

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS

LICITAÇÕES NA MODALIDADE PREGÃO

MARIA ELISETE SOARES

**BELO HORIZONTE/MG
DEZEMBRO/2009**

DEDICATÓRIA

“O dia está na minha frente esperando para ser o que eu quiser e aqui estou eu, o escultor que pode dar forma”.

Faço minha as palavras de Charlie Chaplin, nesse momento de grande emoção.

Assim, agradeço minha mãe, exemplo de batalha e excelência, meu porto seguro e ao meu pai, apesar de longe, foi fonte de incentivo para meu desenvolvimento intelectual.

Aos amados irmãos: Cornélio Ronaldo e Maria Margarete, pelos valores éticos.

À minha filha: Michele e ao seu pai Clarismar César, que mesmo ausentes foram incentivos para minha conquista.

Minha sobrinha-neta: Maria Cecília, por sua eterna doçura. Grande incentivo para não desistir de meus sonhos.

Aos sobrinhos: Priscila, Rodolfo, Antonny, Natielle e Fábio e amigos, minha sincera gratidão.

Aos colegas, professores e Marcela da Fundação Getúlio Vargas – FGV – pelo apoio e amadurecimento profissional.

Aos colegas e amigas: Gislaine, Terezinha, Meire, Marília, Beatriz, Bete, Bete Lemos, José Norberto, César Augusto e Dr. Synval, que me mostraram o valor da vida e a todos que tornaram essa conquista menos difícil.

AGRADECIMENTOS

Amabilidade de meus amigos.

A Deus por ter me devolvido a vida, força para enfrentar as dificuldades encontradas no caminho e por emprestar diariamente seu coração.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é apresentar as vantagens e desvantagens do pregão eletrônico em relação às outras modalidades de licitação. Para explicar com detalhes o que vem a ser o pregão eletrônico, como funciona, como é operado, bem como há de se falar no como ser dos demais meios de licitação.

ABSTRACT

El objetivo de este trabajo es presentar La ventajas y desventajas del comercio electrónico em relación com otros métodos de licitación. Para explicar será em detalle lo que pregão eletrônico vema ser, cómo funciona, y está ahí para hablar sobre cómo ser outro médio de licitación.

PENSAMENTO:

“Os sonhos são como vento, você os sente, mas não sabe de onde eles vieram e nem para onde vão. Eles inspiram o poeta, anima o escritor, arrebatam o estudante, abrem a inteligência do cientista, dão ousadia ao líder. Eles nascem como flores nos terrenos da inteligência e crescem nos vales secretos da mente humana, um lugar que poucos exploram e compreendem”.

ÍNDICE

1 - INTRODUÇÃO	08
1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO.....	10
1.2 OBJETIVOS.....	12
2 – REFERENCIAL TEÓRICO	
CAPÍTULO I	
LICITAÇÃO	14
1.1. LICITAÇÃO	14
1.2. HISTÓRICO DO INSTITUTO DA LICITAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	15
1.3. DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.....	17
1.4. AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO	22
1.4.1. Concorrência	22
1.4.2. Tomada de Preços	23
1.4.3. Convite	24
1.4.4. Concurso.....	25
1.4.5. Leilão.....	26
1.4.6. Pregão	27
1.5. A ESFINGE DAS LICITAÇÕES	28
1.6. A LICITAÇÃO COMO PRECEITO	31
CAPITULO II	
PREGÃO	32
2.1. BENS E SERVIÇOS COMUNS	33
2.2. FASE INTERNA OU PREPARATÓRIA DO PREGÃO	36
2.3. FASE EXTERNA OU OPERACIONAL DO PREGÃO	38
2.4. A ESCOLHA DA MODALIDADE DE PREGÃO PELO AGENTE PÚBLICO: VINCULAÇÃO OU DISCRICIONARIEDADE.....	41
2.5. O PREGÃO E O REGISTRO DE PREÇOS	43

CAPITULO III

PREGÃO: PRESENCIAL E ELETRÔNICO	47
3.1. PREGÃO PRESENCIAL: A DINÂMICA DO PROCEDIMENTO.....	47
3.2. PREGÃO ELETRÔNICO.....	49

CAPÍTULO IV

A CORRUPÇÃO EM CONTRATOS E LICITAÇÕES	52
4.1. O COMBATE À CORRUPÇÃO EM LICITAÇÕES	54
4.2. CONSCIENTIZAÇÃO PÚBLICA.....	55

CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
-----------------------------------	-----------

METODOLOGIA.....	57
-------------------------	-----------

BIBLIOGRAFIA	57
---------------------------	-----------

I - INTRODUÇÃO

Conforme dispõe a Carta Constitucional de 1988 no capítulo onde define os princípios constitucionais que norteiam os dispêndios da Administração Pública Brasileira, uma vez que os recursos públicos obrigatoriamente devem ser aplicados com racionalidade, priorizando metas pré-estabelecidas, visando a maior economia possível.

Para a realização de uma Administração transparente e eficiente, necessário se faz a utilização de um instrumento bastante importante que é a igualdade de condições no processo licitatório.

A Lei 8.666 de 21 de junho de 1993 estabelece Normas Gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Os órgãos da administração pública, bem como os fundos especiais, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios são subordinados pela referida Lei, da qual, inclusive, prevê os crimes e sanções pela não observância das disposições estabelecidas.

A Lei Ordinária que dispõe sobre Improbidade Administrativa, entre outras, também trata da matéria objeto do presente trabalho, sendo assim, o gestor público subordina-se a outros diplomas legais.

Apesar do pomposo sistema jurídico e operacional de controle, os resultados decorrentes das ações políticas do Executivo apresentam ineficiências, e em todos os níveis em maior ou menor grau, em razão de contratações mal conduzidas ou viciosas.

O Poder Legislativo tem o condão fiscalizador do Poder Executivo com o auxílio dos Tribunais de Contas, quer sejam da União, dos Estados ou dos Municípios, conforme se depreende da norma impositiva do art. 71 e 75 da Constituição Federal de 1988.

Os equívocos que por décadas acontecem na Administração, verifica-se o direcionamento ao adjudicante sem o devido respeito aos critérios legais.

Do ponto de vista social, essa situação agrava-se pelo aspecto deficitário da cultura das sociedades que compõem a nação, um tanto pela inversão dos valores éticos e morais, ou inércia mental, ou conformismo, ou anuência aos ilícitos praticados no arcabouço da Administração.

As conseqüências são: investimentos ineficientes e ineficazes; resultados não econômicos e má gestão; compras, obras e serviços superfaturados; má qualidade dos serviços ofertados; problemas sociais não atendidos, sob alegação de falta de recursos que mobiliza a elevação de taxas e preços dos serviços, entre outros.

O objetivo desse trabalho é mostrar de que forma os contratos administrativos e as licitações podem causar implicações nas finanças públicas, além de mostrar as principais deficiências detectadas nos processos licitatórios. Pretende ainda apontar soluções exequíveis para mudanças nesses aspectos e propor ligações mais profundas da sociedade com o poder de gestão dos recursos públicos, interagindo-se.

Foi utilizada a pesquisa bibliográfica como o procedimento metodológico para atingir os objetivos propostos nesta pesquisa científica desenvolvida.

Os dados serão baseados em análise documental sobre a conceituação geral existente sobre Contrato e Licitação contida nas Leis e comentários efetuados pelos mais diversos autores, bem como, da experiência adquirida sobre o assunto ao longo dos anos de trabalho de auditoria na área de licitação.

Nos capítulos seguintes serão apresentados conceitos, características, procedimento, inclusive, sua importância para a Administração Pública, dando enfoque mais detalhados detalhadas sobre contratos administrativos e licitações.

1.1 - Contextualização

Conforme dispõe a Carta Constitucional de 1988 no capítulo onde define os princípios constitucionais que norteiam os dispêndios da Administração Pública Brasileira, uma vez que os recursos públicos obrigatoriamente devem ser aplicados com racionalidade, priorizando metas pré-estabelecidas, visando à maior economia possível.

Para a realização de uma Administração transparente e eficiente, necessário se faz a utilização de um instrumento bastante importante que é a igualdade de condições no processo licitatório.

A Lei 8.666 de 21 de junho de 1993 estabelece Normas Gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Os órgãos da administração pública, bem como os fundos especiais, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios são subordinados pela referida Lei, da qual, inclusive, prevê os crimes e sanções pela não observância das disposições estabelecidas.

A Lei Ordinária que dispõe sobre Improbidade Administrativa, entre outras, também trata da matéria objeto do presente trabalho, sendo assim, o gestor público subordina-se a outros diplomas legais.

O Poder Legislativo tem o condão fiscalizador do Poder Executivo com o auxílio dos Tribunais de Contas, quer sejam da União, dos Estados ou dos Municípios, conforme se depreende da norma impositiva do art. 71 e 75 da Constituição Federal de 1988.

Os equívocos que por décadas acontecem na Administração, verifica-se o direcionamento ao adjudicante sem o devido respeito aos critérios legais.

As conseqüências são: investimentos ineficientes e ineficazes; resultados não econômicos e má gestão; compras, obras e serviços

superfaturados; má qualidade dos serviços ofertados; problemas sociais não atendidos, sob alegação de falta de recursos que mobiliza a elevação de taxas e preços dos serviços, entre outros.

O objetivo desse trabalho é mostrar de que forma os “pregões” podem causar vantagens ou desvantagens nas finanças públicas, além de mostrar as principais deficiências detectadas. Pretende ainda apontar soluções exeqüíveis para mudanças nesses aspectos e propor ligações mais profundas da sociedade com o poder de gestão dos recursos públicos, interagindo-se.

De acordo com a Medida Provisória nº 2.026/2000, posteriormente convertida na Lei Federal nº 10.520/2002, o Pregão é a nova modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas escritas e lances verbais em sessão pública.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, o Pregão foi instituído pela Lei Estadual nº 14.167 de 10 de janeiro de 2002, e regulamentado pelos Decretos nºs 42.408, de 08 de março de 2002 e 42.416, de 13 de março de 2002. O artigo 4º da referida lei diz que o pregão poderá ser realizado utilizando-se de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica. É nesse sentido que o Decreto nº 42.416/2002 regulamenta a modalidade de licitação denominada “pregão eletrônico”.

Foi utilizada pesquisa bibliográfica como o procedimento metodológico para atingir os objetivos propostos nesta pesquisa científica desenvolvida.

Os dados serão baseados em análise documental sobre a conceituação geral existente sobre Contrato e Licitação contida nas Leis e comentários efetuados pelos mais diversos autores, bem como, da experiência adquirida sobre o assunto ao longo dos anos de trabalho de auditoria na área de licitação.

Nos capítulos seguintes, serão apresentados objetivos, características, procedimentos, inclusive sua importância para a Administração Pública, dando enfoque mais detalhados sobre pregão.

1.2 – Objetivos

Objetivo Geral

O objetivo deste trabalho é apresentar as vantagens e desvantagens do pregão eletrônico com relação às outras modalidades de licitação. Para isto explicar-se-á com detalhes o que vem a ser o pregão eletrônico, como funciona, como é operado, bem como há de se falar no como ser dos demais meios de licitação.

1.3 Objetivos Específicos

Com a publicação da Medida Provisória nº 2.026/2000, foi instituída uma nova modalidade de licitação, chamada pregão. O pregão é uma modalidade de licitação que tem por objetivo aquisição de bens e serviços comuns, independente do valor de estimação para a aquisição, sendo que as propostas são efetuadas por meio de lances em sessão pública.

Esta modalidade de licitação vem unir-se às configurações citadas nas modalidades que disciplina a Lei 8.666/93, já bem conhecidas pela Administração Pública brasileira.

O pregão ocorrerá em uma sessão pública, a disputa entre os licitantes será por meio de lances, o que se busca é a desburocratização do procedimento da licitação convencional, daquelas estabelecidas em lei própria. Será duas fases a licitação, uma compreendendo dos lances das propostas, e aquela que vencer o pregão será analisada a documentação, importante frisar, que a documentação será analisada apenas daquela que vencer o pregão, invertendo assim o procedimento estabelecido na Lei n.º 8.666/93.

Destacam-se as principais características do pregão e:

- a) destina-se à aquisição de bens e serviços comuns;*
- b) licitação promovida exclusivamente no âmbito da União;*
- c) não há prévio limite de valor, como na concorrência, na tomada de preços e no convite;*
- d) conjugação de propostas por escrito e lances verbais em sessão pública.”¹*

¹JUSTEN Filho, Marçal. *op. cit.* p 20.

2 - REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 - Licitação

Conforme dispõe a Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXI, a decisão de contratar para a Administração Pública, acha-se inexoravelmente vinculada à decisão de abrir licitação, incluindo nas alternativas disponíveis as possibilidades de dispensa e inexigibilidade do procedimento.

No Brasil existe um extenso acervo normativo, entre Leis e Decretos federais e estaduais, exigindo dos gestores públicos, constante aprendizado sobre os procedimentos necessários à realização de uma licitação pública.

Por isso o treinamento em licitações públicas deve-se constituir em atividade permanente. Os servidores públicos responsáveis pelas licitações precisam deixar o apego excessivo às normas em detrimento dos resultados, passando a conduzir os processos licitatórios à luz do princípio da eficiência, inclusive no que tange à aplicação da legislação em vigor, para que possam extrair desta, seus instrumentos de eficiência. Cada vez mais é preciso agentes que se mostrem gestores, que assumam uma posição semelhante à dos profissionais da iniciativa privada, que demonstrem um comportamento ativo e negociador diante dos fornecedores, a fim de garantir para a Administração Pública as contratações mais vantajosas.

A Administração Pública já vem exigindo esta mudança de postura principalmente após o advento do Pregão. O pregoeiro, servidor que conduz esta modalidade, deve apresentar uma postura proativa de negociador dos interesses dos órgãos e entidades, ajustando com o fornecedor a contratação mais vantajosa, devendo ser cobrado para atuar dessa forma, já que é co-responsável pelos resultados do certame.

Ainda nessa direção, os servidores públicos também devem se orientar de acordo com as mudanças tecnológicas oferecidas, incorporando-as na

Administração Pública, imprimindo-lhes todas as vantagens que essas podem lhe oferecer, de forma a suprir a necessidade de modernização da legislação geral sobre licitações.

CAPÍTULO I

LICITAÇÃO

1.1. Licitação

Em termos genéricos, licitação é, segundo a conceituação introduzida por Luiz Antônio Sacconi:

“Parte do leilão em que se fazem as ofertas de preços, precedendo a arrematação, feita pelo preço mais elevado. Concorrência para a escolha de fornecedores de produtos ou serviços.”²

Já no direito administrativo, no qual está o trato de nosso assunto licitação é, nas palavras de Figueiredo:

“é um procedimento administrativo interno e externo destinado a selecionar, entre outras, a proposta mais vantajosa para a administração pública, realizar compras, contratar serviços ou construir obras.”³

Segundo o entendimento de Di Pietro:

“o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.”

² SACCONI, Luiz Antonio. *Dicionário Essencial*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: 2001. p. 558.

³ FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 25.

Como explicação detalhada, segundo o renomado administrativista, Meirelles, temos que:

“Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.”⁴

1.2. Histórico do instituto da licitação na administração pública

Segundo Pereira Júnior:

“remonta ao império o tratamento legislativo das concorrências com o Decreto n°2.926, de 14 de maio de 1862, mais tarde, segundo textualística de época, firmada por Biolchini, surgiram novos ditames para as licitações, a saber: a lei orçamentária n°2.221, de 30 de dezembro de 1909, em seu artigo 54, fixou as regras a serem observadas no processo das concorrências e a leis, n°s 3.232, de 05 de janeiro de 1.917 (art. 94, 3.454, de 06 de janeiro de 1918 (art. 170), e 3.991, de 05 de janeiro de 1920 (art. 173), e decreto n° 4.555, de 10 de agosto de 1922 (art. 87) também se ocuparam do assunto.”⁵

Nos comentários de Servídio, tem-se que:

“No Brasil, após a promulgação do Decreto lei n°200 de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização administrativa federal, é que o instituto federal da licitação passou realmente, a ser consagrado, merecendo disciplinação bem mais ampla e rica de conteúdo e com tratamento mais sistemático.”⁶

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 241.

⁵ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro, Renovar: 1994. p. 05.

⁶ SERVÍDIO, Américo. *Dispensa de Licitação Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 01

Já os insinuatários ensinamentos do ilustre doutrinador conhecido como Dayrell, escrevem que:

*"O termo licitação, que já fora empregado em diversos textos legais, foi introduzido, pela primeira vez, em nosso direito administrativo pela lei n° 4.401 de 10 de Setembro de 1964, no sentido de gênero abrangente de variadas espécies ou modalidades, dentre as quais a concorrência."*⁷

Ainda havia sobre o assunto, raros dispositivos junto ao Código de Contabilidade Pública, Decreto Legislativo n° 4.536 de 28 de Janeiro de 1922, e respectivo regulamento, Decreto n° 15.783, de 08 de novembro de 1922, onde se cuidava da concorrência pública, da coleta de preços e da concorrência administrativa.

Na Súmula do Tribunal de Contas da União, no artigo 158, que os órgãos da Administração direta e as entidades da Administração indireta, incluindo aquelas com personalidade jurídica de direito privado, devem prestar obediência às normas básicas da competição licitatória, principalmente no que diz respeito a isonomia dos licitadores, como princípio universal do procedimento ético e jurídico da administração pública, sem impedir a adoção de regras mais branda e páreis com as especificidades de cada entidade e metas de cada instituição.

O desenvolvimento sobre o assunto ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que dispensou à licitação, três referências diretas e uma indireta.

Nos próximos anos, após as inúmeras normas regulamentadoras já citadas, sobre a matéria, surge o Decreto-Lei n° 2.300, de 28 de novembro de 1986, atualizado em 1987, sendo o primeiro estatuto que, em seus noventa artigos, regulamenta o procedimento licitatório para toda a administração pública.

O Doutrinador, Pereira Júnior, completa o histórico afirmando que:

⁷ DAYRELL, Carlos Leopoldo, *Das Licitações na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 15.

“A lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, atualizada pela Lei nº 8.883, de 08 de junho de 1994, que estatui as normas gerais sobre licitações e contratos completa o ciclo, disciplinando o instituto e os contratos públicos em 125, artigos, a partir das diretrizes traçadas pela Constituição e de molde a exigir sua prática na administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 37, caput). Ressalvadas as hipóteses previstas na lei, nenhum órgão ou entidade da administração pública brasileira, pode, hoje, contratar compra, obra, serviço, alienação ou locação sem prévia licitação, sob pena de violar os princípios fundamentais da igualdade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade.”⁸

Ressalta-se que a evolução em relação às licitações continua como acontece em toda norma jurídica, adequando-se e modificando-se de acordo com os novos princípios econômicos, sociais e culturais.

1.3. Do procedimento licitatório

Imaginam-se várias idéias que vão desde uma compra de material de expediente, uma simples satisfação de necessidades do Poder Público, até o mais complexo emaranhado de documentos e exigências burocráticas para a execução de obras e aquisição de bens e serviços. De um jeito ou de outro, o processo licitatório tem idêntica e extrema importância, tanto para a Administração pública, quanto para a sociedade à qual esta se destina.

A referida lei capitula as modalidades de licitação, sendo elas: a Concorrência Pública, Tomada de Preços, Convite e o Leilão, tendo entre si como diferenças com exceção do leilão, os valores, a publicidade, a complexidade na elaboração do Edital, e a exigência nos documentos de proposta e habilitação.

⁸ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Op. cit.* p. 01.

O alcance das obras, serviços ou bens, pelo administrador público, têm conceituação própria, proposta na lei das licitações, que, em rápida leitura dos artigos 6º e 23 daquele diploma legal, é perceptível:

“Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

III - Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente; (...)

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); (Redação dada à alínea pela Lei nº 9.648, de 27.05.1998)

b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); (Redação dada à alínea pela Lei nº 9.648, de 27.05.1998)

c) concorrência - acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); (Redação dada à alínea pela Lei nº 9.648, de 27.05.1998)

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (Redação dada à alínea pela Lei nº 9.648, de 27.05.1998)

b) tomada de preços - até Cr\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); (Redação dada à alínea pela Lei nº 9.648, de 27.05.1998)

c) concorrência - acima de Cr\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). (Redação dada à alínea pela Lei nº 9.648, de 27.05.1998)

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia

de escala. (Redação dada à alínea pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)

§ 2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação. (Redação dada à alínea pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)

§ 3º A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País. (Redação dada à alínea pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)

§ 4º Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.

§ 5º É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço. (Redação dada à alínea pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)

§ 6º As organizações industriais da Administração Federal direta, em face de suas peculiaridades, obedecerão aos limites estabelecidos no inciso I deste artigo também para suas compras e serviços em geral, desde que para a aquisição de materiais aplicados exclusivamente na manutenção, reparo ou fabricação de meios operacionais bélicos pertencentes à União. (Redação dada à alínea pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)

§ 7º Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas a ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar

*a economia de escala. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.648, de 27.05.1998)*⁹

Por conseguinte há necessidade de ser precedido de um processo de licitação pública qualquer contrato para obras, serviços, compras e alienações, que obrigatoriamente deve ser regido por alguns princípios fundamentais: legitimidade, isonomia e da utilidade pública (subordina-se à conveniência da Administração pública). Há, entretanto, muitos pontos dentro de tais princípios que, por certo, serão observados para que a licitação possa representar a oportunidade de atendimento ao interesse público por particulares, de forma lícita e igualitária. Para tanto, os particulares que concorrem em processos licitatórios têm sempre meios jurídicos de ver assegurados os seus direitos, assegurando a lisura e a eficácia para a realização do processo licitatório.

Na legislação que regula a licitação, encontramos os próprios termos do edital que é, sem dúvida, a matriz do processo licitatório e do contrato administrativo. Como corolário, não se pode exigir ou decidir além ou aquém dessa norma, ou seja, a Administração deve e tem que acatar, fiel e rigorosamente, os termos estabelecidos no edital. Assim, se de alguma forma o edital de um determinado processo licitatório deixa de ser observado em qualquer aspecto, ou ainda se é acrescentada a esse processo uma exigência não contida no edital, poderão as empresas concorrentes buscar, administrativa ou judicialmente, a depender do caso, a correção e/ou retratação do erro cometido no decorrer da licitação, pois de algum modo maculou-se a lisura do processo administrativo.

Dessa forma, para que se possa alcançar o devido cumprimento pela Administração pública do que foi determinado no edital, respeitando os limites da lei de licitações e contratos administrativos, o particular tem como principal aliado o recurso administrativo, as medidas cautelares, meios legalmente previstos, através dos quais se requer a reforma da posição adotada pela Administração pública, com a qual se sente prejudicada a empresa concorrente.

⁹ BRASIL. Lei n.º 8666 de 21 de junho de 1993. *Op. cit.*. Acesso em: 20.jun.2006.

Inquestionável são a necessidade e o bom senso das exigências legais, uma vez que, como já mencionamos, a Administração deve prezar pelo bem comum. No entanto, vale fazer algumas observações com relação a algumas dessas exigências que têm sido sempre utilizadas como base de processos licitatórios, e que, se, por um lado, são justificáveis, por outro, podem tornar-se bastante desastrosas, tanto para a coletividade, quanto para os particulares que se propõem a executar o serviço, mas, principalmente, para a administração pública que fica cada vez mais exposta às críticas.

No mesmo sentido, nem sempre se pode atribuir como principal critério de julgamento das propostas apresentadas, o preço! Está evidente que tal critério a cada dia torna-se mais decisivo, mas tem dificultado e até prejudicado tanto os particulares quanto a Administração Pública.

Economicamente e financeiramente o País tem servido para justificar muitos dos diversos fracassos dos processos licitatórios, pois, na hora do julgamento das propostas, os julgadores se deixam impressionar exclusivamente pelos preços que são apresentados. Tal posição, gerada em regra pela própria Administração pública, ávida em conter as despesas, acaba por levar à aquisição de bens e serviços nem sempre aceitável.

As pessoas jurídicas de direito privado que se propõem a prestar os serviços ou a fornecer os bens, por sua vez, conhecedoras de tais critérios, preocupam-se muito mais em encontrar formas de reduzir os custos para poder baixar ao máximo possível o valor da proposta a ser apresentada, deixando de dar a devida atenção à qualidade do que se propõem a fazer.

Como conseqüência disso, temos malfazejos serviços, produtos de pouca qualidade, e a insatisfação da sociedade, que passa a posicionar-se contra a Administração pública, e esta inevitavelmente irá atribuir parcela de culpa às empresas prestadoras dos serviços. Assim, o que poderia representar um desenvolvimento empresarial, aliado ao reconhecimento do trabalho executado pelo particular, passa a ser uma fonte de descrença e desagrado.

Diante disso, se faz necessário o empresário questionar sempre as posições adotadas pelo Poder público, principalmente nas licitações, no sentido de zelar pelos interesses coletivos e até por seus próprios interesses, passando, antes de tudo, a criar padrões de qualidade e de eficiência para a prestação dos serviços, atingindo a desejada credibilidade junto à população

em geral. Dessa forma, pode-se acabar com alguns vícios de administração pública.

1.4. As modalidades de licitação

A Lei de Licitações traz cinco modalidades de licitação, que são: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. As modalidades de licitação têm características próprias, destinando-se a determinados tipos de contratação. A licitação é o gênero, do qual as modalidades são as espécies.

Dessa forma, cabível é aplicar a essas modalidades os aspectos gerais da licitação, enquanto os aspectos específicos regem em especial, cada modalidade.

1.4.1. Concorrência

É a espécie de licitação que se cumpre, com extensa publicidade, para assegurar a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos previstos no edital.

Previndo-se a importância do acordo futuro, a concorrência é a modalidade obrigatória em razão de determinados limites, que por sua vez se sujeitam a revisões periódicas. Contudo, independentemente do valor, a lei prevê que a modalidade concorrência deve ser adotada nos seguintes casos: a) compra de bens imóveis; b) alienações de bens imóveis para as quais não tenha sido adotada a modalidade leilão; c) licitações internacionais; d) concessões de direito real de uso, serviço ou obra pública.

Como a modalidade própria configura-se, para os contratos de grande vulto, grande valor, não se exigindo registro prévio ou cadastro dos interessados, cumprindo que satisfaçam as condições prescritas em edital, que

deve ser publicado com, no mínimo, trinta dias de intervalo entre a publicação e o recebimento das propostas.

Versa o Estatuto das Licitações e Contratos Públicos, além desses casos específicos, que a concorrência é obrigatória quando, em havendo parcelamento, o valor das licitações das parcelas, em conjunto, correspondam a montante igual ou superior ao previsto para a modalidade concorrência.

Existe poucas observações que necessitam serem feitas em relação aos ditames da lei: admite-se a tomada de preços nas licitações internacionais, quando o órgão ou entidade licitante possuir cadastro internacional de fornecedores, ou até convite, caso inexista fornecedor no país. Além disso, permite-se que seja realizado o leilão para a alienação de bens imóveis, quando tenha sido adquirido por dação em pagamento ou procedimentos legal.

Importante, portanto, caracterizar a concorrência como uma espécie do gênero licitação. Conforme se constata, está adstritos aos mais diversos princípios, características e requisitos do modo mais vasto.

1.4.2. Tomada de preços

A tomada de preços é a modalidade de licitação realizada entre interessados previamente cadastrados ou que preencham os requisitos para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação, conforme prescreve o Estatuto das Licitações e Contratações Públicas.

É admissível, a tomada de preços, nas contratações de obras, serviços e compras dentro dos limites de valor estabelecidos em lei e corrigidos por ato administrativo competente. A grande característica dessa modalidade, que a distingue da concorrência é a existência de habilitação prévia dos licitantes, através dos registros cadastrais. Esses cadastros são registros dos fornecedores de bens, executores de obras e serviços que ali se inscreveram,

mantidos por órgãos e entidades administrativas que freqüentemente alcancem procedimentos licitatórios.

Carecerá, na tomada de preços, um prazo de quinze dias, no mínimo, entre a publicação e a data fixada para o recebimento das propostas. Contudo, caso o certame seja julgado na conformidade dos "tipos", ou seja, pelos critérios de "melhor técnica" ou de "técnica e preço", o prazo será de, pelo menos, trinta dias, sendo a contagem feita da mesma forma que na modalidade anterior expandida.

A finalidade é tornar a licitação mais e rápida. Entretanto, não resta dúvida que o procedimento da tomada de preços acaba por se tornar tão complexo quanto o da concorrência. A vantagem que havia na legislação anterior é que a comissão limitava-se a examinar os certificados de registro cadastral, o que já não pode ocorrer sob a nova lei, pois, havendo licitantes fora do cadastro, a comissão de licitação terá que examinar toda a documentação para a denominação.

1.4.3. Convite

É a espécie de licitação entre, no mínimo, três interessados do ramo pertinente a seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa. Podem também participar aqueles que, mesmo não sendo convidados, estiverem cadastrados na correspondente especialidade e manifestarem seu interesse com antecedência de 24 horas da exposição das sugestões.

O convite é a mais pueril, em meio a todas as espécies de licitação, sendo adequada a pequenas contratações, cujo objeto não contenha maiores complexidades, ou seja de pequeno valor. É a única modalidade de licitação que não exige publicação de edital, já que a convocação é feita por escrito (carta-convite), obedecendo a uma antecedência legal de cinco dias.

O dispositivo garante o conhecimento de quaisquer interessados, desde que cadastrados e havendo manifestação nesse sentido, formalizada em

até 24 horas antes da apresentação das propostas. Tal medida visou a aumentar o número de licitantes, mas da mesma forma que ocorreu com a tomada de preços, tornou mais complexo o procedimento. Permitindo, pois, essa participação aos "não-convidados", deve a unidade administrativa afixar cópia da chamada em lugar adequado.

De início, carecerá dispor de, no mínimo, três licitantes, ou seja, em condições de contratar. O TCU já deliberou que, não se obtendo esse número legal de propostas, impõe-se a repetição do ato, convocando-se outros possíveis interessados, a fim de garantir a legitimidade do certame. A abertura de envelopes é feita em ato público, no dia, hora e local especificados na carta-convite e seu julgamento é feito por uma comissão ou servidor designado pelo prelado.

1.4.4. Concurso

É a espécie entre quaisquer interessados para opção de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores, segundo critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial. É comumente utilizado na seleção de projetos, onde não se busca o menor preço, mas sim a melhor técnica.

No entender de Hely Lopes Meirelles, o concurso:

“É uma modalidade de licitação de natureza especial, porque, apesar de se reger pelos princípios da publicidade e da igualdade entre os participantes, objetivando a escolha do melhor trabalho, dispensa as formalidades específicas da concorrência.”¹⁰

A apreciação é perpetrada por uma comissão especial, integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria, sejam ou não servidores públicos. Esse julgamento será realizado com base nos critérios fixados pelo regulamento.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 74.

Deve ser apregoado com vasta exposição pela imprensa oficial e particular, através de edital, publicado com uma antecedência mínima legal de 45 dias para a realização do evento. A qualificação exigida aos participantes será estabelecida por um regulamento próprio do concurso, que conterà também as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho, bem como as condições de realização e as recompensas a serem outorgadas.

O estipêndio da recompensa ou do pagamento é dependente à transferência, por parte do autor do projeto, dos direitos a ele relativos, a fim de que a Administração possa utilizá-lo de acordo com o prescrito no regulamento ou no ajuste para sua elaboração.

Por fim, dá-se a classificação dos trabalhos e o pagamento do prêmio ou da remuneração, não sendo conferido qualquer direito a contrato com a Administração. Já a execução do projeto escolhido será, de outra forma, objeto de outra licitação, revestida de outra modalidade (concorrência, tomada de preços ou convite), como licitante é vedada a participação do autor.

1.4.5. Leilão

É a espécie entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou ainda para a alienação de bens imóveis cuja aquisição haja dação em pagamento ou derivado de procedimento judicial.

O leilão administrativo é feito por servidor público. Já o leilão comum, que é privativo do leiloeiro oficial, é regido pela legislação federal pertinente, podendo a Administração estabelecer as condições específicas. Antes do leilão, devem os bens ser previamente avaliados, constando no edital o preço mínimo a ser ofertado.

Indispensável se faz ainda que o edital descreva os bens, possibilitando sua perfeita identificação. Deve, além disso, indicar o local onde

se encontram, possibilitando o exame por parte dos interessados. O dia, horário e local do pregão são especificados.

Configurando uma disputa pública entre os ofertantes, os lances no leilão deverão ser verbais, pelo menos enquanto durar o pregão. Aquele que, ao final, oferecer maior lance, de valor igual ou superior ao avaliado previamente, arremata-o.

Não se exige qualquer tipo de habilitação prévia dos licitantes, para o leilão, tendo em vista que a venda é feita à vista ou em curto prazo. Admite-se, entretanto, a exigência, quando o pagamento não for todo à vista, de um depósito percentual do preço, servindo como sinal.

1.4.6. Pregão

È uma espécie para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em assentada solene.

Constitui-se o pregão em uma nova modalidade de licitação, criada através da Medida Provisória n.º 2.026, de 04 de maio de 2000, e regulamentada pelo Decreto n.º 3.555, de 08 de agosto de 2000.

À diferença das modalidades já conhecidas, e por expressa disposição legal, o pregão somente poderá ser promovido no âmbito da Administração Federal.

Como já acenado, o pregão ocorre numa sessão pública, sendo a disputa entre os licitantes feita através de propostas e lances. Pretende-se, aqui, uma espécie de "concentração", "flexibilização" e "desburocratização" do procedimento licitatório convencional. De fato, a habilitação e o julgamento das propostas serão decididos em uma única fase, sendo a habilitação verificada apenas em relação ao(s) licitante(s) vencedor(es), invertendo-se, assim, o procedimento tradicional, onde a habilitação sempre precede ao exame das propostas.

1.5. A esfinge das licitações

O chamado procedimento licitatório é colocado como pressuposto das contratações.

A legislação brasileira sobre licitações e contratos pode ser vista como resultado dum processo contínuo e ininterrupto, com avanços e retrocessos.

Essa discussão começa a despertar maiores atenções quando o Estado brasileiro passou a ter uma atuação mais incisiva nos campos social e econômico. Esta crescente intervenção despertou a atenção para o problema da transferência dum enorme volume de recursos públicos para particulares por força de contratações administrativas, tudo isso aliado à questão das contratações malfeitas, com grande desperdício e prejuízo para os cofres públicos.

A matéria no plano federal surgiu com o Código de Contabilidade Pública da União (Lei nº 4.536, de 28.01.22, arts. 4º a 52), que adotou o princípio da concorrência. O regulamento geral editado para execução do Código (Decreto no 15.783/22) dispunha extensamente sobre o processo de concorrência e os contratos administrativos subseqüentes (arts. 736 a 804). Na época não se fazia ainda referência às autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Após a Lei nº 4.320, que estabeleceu normas gerais de Direito Financeiro (elaboração e controle de orçamentos e balanços), reafirmou, no tocante à aquisição de materiais, ao fornecimento e à adjudicação de obras e serviços da Administração direta, o acatamento do princípio da concorrência (art. 4º).

A Lei nº 4.401, de 10.09.64, fixou normas gerais para a licitação de serviços, obras e aquisição de materiais (no serviço público de Administração direta e de Administração descentralizada (art. 1º), excluindo explicitamente, como era então comum, as empresas públicas e sociedades de economia mista, sujeitas a regime de Direito Privado.

A chamada "reforma administrativa", promovida pelos governos militares posteriores a 1964, manifestou grande preocupação com a situação

caótica até então vigente, marcada pela dispersão e fragmentação das normas existentes, bem como com os constantes desvios apontados, contrários à isonomia e à moralidade administrativa.

Tal reforma administrativa, regulada pelo Decreto-Lei nº 200/67, também tratou de disciplinar os procedimentos preliminares a serem adotados no campo das contratações administrativas. O título XII deste diploma foi dedicado às normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações. Tal disciplina destinava-se a regular as licitações "na administração direta e nas autarquias".

Desde então, doutrina e jurisprudência debruçaram-se mais detidamente sobre os diversos ângulos da questão das licitações e dos contratos, podendo-se detectar avanços, inclusive, na legislação dos Estados da federação.

Foi então promulgado o Decreto-Lei nº 2.300, que, intentando dar maior sistematicidade à legislação anterior, ampliou de modo significativo a minúcia e o detalhamento acerca da matéria, tanto no que concerne às formalidades prévias como no tocante às contratações propriamente ditas. Dispunha que os demais entes federativos poderiam também disciplinar a matéria, desde que respeitados os princípios e regras gerais fixados pela legislação federal.

A Constituição de 1988 trouxe novo alento e novos ingredientes à discussão, ao consagrar regras extremamente rígidas e minuciosas sobre a atividade administrativa. Os princípios fixados no texto constitucional impunham nova reformulação da legislação. Ademais, consagrou-se constitucionalmente o princípio de que toda contratação administrativa deveria ser precedida de procedimento licitatório formal.

Neste contexto, foi editada a Lei nº 8.666/93, atual estatuto federal das licitações e contratos, posteriormente modificada em vários dos seus dispositivos pela Lei nº 8.883/94. Tal estatuto impõe uma disciplina bastante minuciosa e detalhista, sendo manifesta sua intenção de diminuir o campo da discricionariedade administrativa nesta matéria.

Não há consenso na doutrina sobre o que sejam "normas gerais". Pode-se afirmar, grosso modo, que "*normas gerais*" se contrapõem a "*normas específicas*". Tal distinção contudo, embora ofereça uma primeira aproximação

do problema, não nos permite vislumbrar o âmbito de abrangências desta normatividade geral.

Alguns critérios já foram propostos pela doutrina para determinação do que sejam as "*normas gerais*", tais como: a) critério da essencialidade, pelo qual normas gerais seriam aquelas reveladoras da "essência" jurídica de um dado instituto ou instituição; b) critério uniformizador, pelas quais normas gerais seriam os "padrões jurídicos" que uniformizam as demais normas; c) critério dos princípios, segundo o que normas gerais seriam diretrizes básicas, destacáveis dos princípios que regem a atividade ou instituto; d) critério espacial, segundo o qual normas gerais seriam aquelas que pudessem se estender até o ponto em que não interferissem nas competências de outras entidades federadas.

Todos os critérios apontados apresentam algum aspecto saliente das chamadas "normas gerais". Acreditamos, contudo, que, em se tratando de competências legislativas atribuídas a mais de uma esfera de governo, torna-se imperiosa certa uniformização no que concerne a procedimentos, institutos e atividades administrativas. Somente nesta ótica tem sentido falar-se na fixação de normas gerais, atribuídas, no conjunto da federação, à competência da União. As "normas gerais", assim, têm em vista conferir certa uniformização à determinada instituição jurídica, uniformização que deve abranger o instituto em seus aspectos formais e materiais básicos, de tal forma a evitar sua descaracterização por outros entes federativos dotados de poder legiferante na matéria. Neste sentido é que as normas gerais fixadas pela União têm uma função ordenadora, a qual não pode, contudo, sob tal pretexto, asfixiar as competências legislativas de Estados e municípios.

Sob este aspecto deve-se dizer que a sistemática acolhida pela legislação pertinente disciplina pormenores e prescreve exaustivamente sobre a matéria, praticamente inviabiliza a competência dos Municípios e dos Estados.

1.6. A licitação como preceito

A necessidade da observância prévia do procedimento licitatório nas transações e negócios jurídicos com particulares constitui uma regra básica do nosso ordenamento jurídico. Entre nós não cabem dúvidas de que o procedimento de licitação é obrigatório, e não facultativo para a Administração Pública. De fato, por expressa determinação constitucional, encontram-se vinculados ao procedimento licitatório a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios (art. 37, caput, e inciso XXI, da CF). O Estatuto licitatório (Lei nº 8.666, de 21.06.93) consolida tal diretriz ao dispor que se subordinam à observância de prévia licitação, além dos órgãos da Administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e municípios (art. 3º).

Tal obrigatoriedade, constituída em regra geral para a Administração direta e indireta, comporta algumas ressalvas, segundo hipóteses expressamente previstas em lei. Tais hipóteses são catalogadas em nossa legislação sob as denominações de dispensa e inexigibilidade.

Segundo Hely Lopes Meirelles:

“a licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo...; é a condição para sua formalização”. No mesmo sentido é a lição de Oliveira Franco Sobrinho: “licitar é um dever da Administração”, e já que esta se encontra subordinada à lei e ao ordenamento jurídico, salvo casos excepcionais, “não tem liberdade para contratar.”¹¹

Assim, não cabe prescindir da licitação senão quando a lei autorize de forma expressa. Não se pode relegar ao arbítrio do agente público quando deve e quando não deve observá-la. Sob este aspecto pode-se dizer que a licitação é vinculada quanto ao seu procedimento e discricionária quanto

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 04.

ao momento da sua realização, devendo, em todo caso, preceder, como regra geral, as contratações, tanto as regidas pelo Direito Privado quanto às disciplinadas pelo Direito Público.

CAPÍTULO II

PREGÃO

Com a publicação da Medida Provisória nº 2.026/2000, foi instituída uma nova modalidade de licitação, chamada pregão. O pregão é uma modalidade de licitação que tem por objetivo aquisição de bens e serviços comuns, independente do valor de estimação para a aquisição, sendo que as propostas são efetuadas por meio de lances em sessão pública.

Esta modalidade de licitação vem unir-se às configurações citadas nas modalidades que disciplina a Lei 8.666/93, já bem conhecidas pela Administração Pública brasileira.

O pregão ocorrerá em uma sessão pública, a disputa entre os licitantes será por meio de lances, o que se busca é a desburocratização do procedimento da licitação convencional, daquelas estabelecidas em lei própria. Será duas fases a licitação, uma compreendendo dos lances das propostas, e aquela que vencer o pregão será analisada a documentação, importante frisar, que a documentação será analisada apenas daquela que vencer o pregão, invertendo assim o procedimento estabelecido na Lei n.º 8.666/93.

Destacam-se as principais características do pregão e:

- a) destina-se à aquisição de bens e serviços comuns;*
- b) licitação promovida exclusivamente no âmbito da União;*
- c) não há prévio limite de valor, como na concorrência, na tomada de preços e no convite;*
- d) conjugação de propostas por escrito e lances verbais em sessão pública.”¹²*

¹² JUSTEN Filho, Marçal. *op. cit.* p 20.

2.1. Bens e Serviços Comuns

Para a constatação da viabilidade de adotar a modalidade de pregão, necessário se faz analisar o que são determinados bens e serviços comuns.

Dispõe a Lei Federal nº 10.520/2002, em seu art. 1º:

"Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado."¹³

No entendimento Marçal Justen Filho:

"(...) a interpretação do conceito de "bem ou serviço comum" deve fazer-se em função das exigências do interesse público e das peculiaridades procedimentais do próprio pregão. A natureza do pregão deve ser considerada para determinar o próprio conceito de "bem ou serviço comum".¹⁴

Marçal Justen Filho conceitua:

"Todo e qualquer objeto licitado tem que ser descrito objetivamente, por ocasião da elaboração do ato convocatório da licitação. Mesmo quando se licitar um bem ou serviço "incomum", especial, singular, haverá a necessidade (e a possibilidade) de fixação de critérios objetivos de avaliação. Ou seja, o que identifica um bem ou serviço "comum" não é a existência de critérios objetivos de avaliação. Quando muito, poderia afirmar-se que um bem ou serviço comum pode ser descrito mais fácil e completamente através de critérios objetivos do que os que não o sejam".¹⁵

¹³ Idem. ibidem. p 20.

¹⁴ JUSTEN Filho, Marçal. *op. cit.* p 20.

¹⁵ Ibidem. p 19.

No mesmo sentido, Jessé Torres Pereira Junior conceitua que:

"Em aproximação inicial do tema, pareceu que 'comum' também sugeria simplicidade. Percebe-se, a seguir, que não. O objeto pode portar complexidade técnica e ainda assim ser 'comum', no sentido de que essa técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado. Sendo tal técnica bastante para atender às necessidades da Administração, a modalidade pregão é cabível a despeito da maior sofisticação do objeto".¹⁶

Armando Moutinho Perin:

"(...) somente poderão ser classificados como "comuns" os bens e serviços de fácil identificação e descrição, cuja caracterização tenha condições de ser feita mediante a utilização de especificações gerais, de conhecimento público, sem prejuízo da qualidade do que se pretende comprar. Bem comum, para fins da Lei nº 10.520, é, por exemplo, um automóvel, em que a indicação de apenas algumas características, de conhecimento público e notório, mostra-se suficiente para identificação plena do objeto. Serviço comum, por exclusão, é todo aquele que não pode ser enquadrado no art. 13 da Lei nº 8.666, que arrola os serviços qualificados como técnicos profissionais especializados." ¹⁷

Hely Meirelles :

"SERVIÇOS COMUNS - serviços comuns são todos aqueles que não exigem habilitação especial para sua execução. Podem ser realizados por qualquer pessoa ou empresa, pois não são privativos de nenhuma profissão ou categoria profissional. São serviços executados por leigos"¹⁸

¹⁶ PEREIRA Junior, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p 1006.

¹⁷ PERIN, Armando Moutinho. Pregão: breves considerações sobre a nova modalidade de licitação, na forma presencial. In Interesse Público. Porto Alegre: Notadez, 2003. p 174.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p 39.

Para Ricardo Ribas da Costa Berloff:

"Bem ou serviço comum é aquele que pode ser adquirido, de modo satisfatório, por intermédio de um procedimento de seleção destituído de sofisticação ou minúncia. Enfim, são comuns os objetos padronizados, aqueles que têm um perfil qualitativo definido no mercado."¹⁹

Vera Scarpinella salienta, ainda, que:

"(...) o objeto comum para fins de cabimento da licitação por pregão não é mero sinônimo de simples, padronizado e de aquisição rotineira. Bens e serviços com tais características estão incluídos na categoria de comuns da Lei 10.520/2002, mas não só. Bens e serviços com complexidade técnica, seja na sua definição ou na sua execução, também são passíveis de ser contratados por meio de pregão. O que se exige é que a técnica neles envolvida seja conhecida no mercado do objeto ofertado, possibilitando, por isso, sua descrição de forma objetiva no edital."²⁰

Pelo exposto, podemos constatar que não existe uma precisão na definição legal no que se refere a bens e serviços comuns, uma vez que existem expressões plurissignificativas.

Nasce então a dúvida: *o que não pode ser objetivamente definido pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado?*

Todos os componentes e serviços que a Administração Pública precisa, podem e devem ser objetivamente determinados na convocação, de modo que exclusivamente por essa ponderação não poderemos ter formas de tomar conhecimento do que pode e do que não pode ser licitado por pregão.

A propósito a Lei nº 8.666/93, em seu art. 40, que relaciona as cláusulas necessárias em todo edital, de início, prevê: *I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;*

Partindo-se da idéia de que numerosos são os objetos passíveis de serem licitados pela modalidade pregão, torna-se inexecutável qualquer

¹⁹ BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. A Nova Modalidade de Licitação : Pregão. Porto Alegre: Síntese, 2002. p 33.

²⁰ SCARPINELLA, Vera. Licitação na Modalidade de Pregão. São Paulo: Malheiros, 2003. p 81.

experimento de se estipular, num rol taxativo e fechado, uma indicação de quais bens e serviços podem ser contratados pelo pregão; contudo, se for condição precedente ao contrato aferir-se qualquer quesito técnico, e a execução do objeto estiver dependente à observância de um estudo técnico, seguramente não estaremos perante de um elemento que possa ser licitado por esta modalidade. Desta forma, precisará organizar o certame nos padrões da lei de licitação.

2.2. Fase Interna ou Preparatória do Pregão

Como outras modalidades de licitação, esta modalidade é composta de etapa preparatória interna e externa.

Designadamente a fase interna ou preparatória, que vai até a publicação do aviso do ato convocatório, está prevista no art. 3º da Medida Provisória nº 2.026/2000²¹ e não trouxe grandes modificações.

São passos inerentes à etapa preparatória do pregão:

- “a) a justificativa da autoridade competente quanto à real necessidade da pretensa contratação;*
- b) a elaboração do ato convocatório, o edital de pregão, contendo, conforme o caso, as mesmas cláusulas presentes no art. 40 da Lei nº 8.666/93, que estabelece os itens necessários em todo edital;*
- c) a designação do pregoeiro, servidor que conduzirá o certame.”²²*

Frisa-se que o edital de pregão necessita conter uma precisa, satisfatória e o significado do objeto do certame, sem especificação que, por exagerado, irrelevante ou dispensável, limitem a concorrência, devendo, ainda, fazer parte do edital os requisitos de habilitação; os critérios de anuência das propostas; as medidas repressivas por descumprimento; as cláusulas do contrato (minuta do contrato do edital), até mesmo com definição dos prazos para fornecimento ou condições para a prestação do serviço; a estimativa

²¹ JUSTEN Filho, Marçal. *op. cit.* p 20.

²² Idem. *Ibidem.* p. 20.

realizada pela Administração licitante, que servirá de parâmetro ao pregoeiro; e eventuais elementos técnicos que orientarão o futuro contratado a executar fielmente o objeto desejado pela Administração.

Em resumo, o edital do pregão necessitará antever sob quais condições ocorrerá o certame, sendo, para tanto, indispensável que este ato considere uma ordem seqüencial lógica que satisfaz ao desenvolver dos fatos próprios do pregão.

Embora com inclusão ao edital e por expressa consignação do art. 5º da interpretada Medida Provisória, não será imprescindível a sua compra, como condição de conhecimento no certame; não poderá cobrar quaisquer taxas e/ou emolumentos, assim como determinação do art. 32, § 5º, da Lei nº 8.666/93; e, por fim, do mesmo não poderá constar à exigência de segurança de alvitre (art. 31, inc. III, da Lei nº 8.666/93), a fim de não acarretar uma advertência ao mundo de concorrentes.

Uma inovação recente no art. 3º da Medida Provisória nº 2.026/2000, especificamente em seu inc. IV, é a formato do *pregoeiro*, em transferência à tradicional Comissão de Licitações, órgão organizado composto de no mínimo três membros, responsável pela direção das concorrências, das tomadas de preços e dos convites.

O pregoeiro é nomeado pela autoridade competente, este deverá ser servidor público lotado no setor de licitação, onde sua atribuição é basicamente de receber proposta e acatar lances verbais, analisar a aceitação e classificar, habilitar e adjudicar, o objeto da licitação ao vencedor do pregão.

Frente às várias imputações que são próprias ao pregoeiro, é apropriado que a autoridade competente para nomeá-lo verifique se o agente que almeja indicar para exercer funções tão eficazes possui o perfil adequado a preencher direção do certame.

Compete ao pregoeiro requisitar, quando julgar conveniente o apoio de alguns membros da comissão, com a finalidade de auxiliá-lo na certificação de que o objeto cotado é o mesmo requisitado no edital do pregão, ou seja, que atende as necessidades da Administração.

O pregoeiro é o servidor indicado para dirigir o aspecto operativo do concurso, mas não seria aceitável sustentarmos que todas as deliberações reincidam em um só participante. Se o pregoeiro reputar inevitável, deverá

buscar o auxílio de qualquer setor (requisitante, jurídico, financeiro, etc.), com a finalidade de dirimir certas dúvidas que eventualmente ocorrerão, relativas ao objeto ou até mesmo em relação à legalidade da prática de determinado ato.

2.3. Fase Externa ou Operacional do Pregão

Acordando com o *caput* do art. 4º da Medida Provisória nº 2.026/2000²³, a etapa externa do pregão principia-se com a chamada dos auferidos, por meio da divulgação apropriada, ressaltando-se, até mesmo, as normas constantes em seus incisos, que serão transcorridas a seguir:

“I – a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso no Diário Oficial da União, em jornais de grande circulação e, facultativamente, por meios eletrônicos.”²⁴

Origina-se do conceito que esta Medida Provisória é dirigida somente à União (art. 1º, *caput*), justifica-se a decisão de que um dos meios de publicidade seja o Diário Oficial da União. Caso eventualmente reveja uma das disposições da Medida Provisória, no mesmo entendimento se estende o pregão também para os Estados e Municípios, estas pessoas da Federação deverão servir-se de sua própria imprensa oficial, vale ressaltar, o Diário Oficial do Estado e o Diário Oficial do Município, ou, na ausência de um Diário Oficial dessas pessoas, o outro jornal que tenha sido eleito como o responsável por veicular os atos oficiais, fazendo às vezes de Diário Oficial.

Além de ser obrigada a sua publicação num veículo de informação oficial, o inciso impõe um requisito cumulativo, que se baseia na publicação em jornais de grande circulação.

Enfatiza-se, que a expressão *jornais* é escrita no plural, o que, numa variante restrita, nos mostraria a opinião de que o instrumento responsável pelo pregão precisaria fornecer a divulgação em mais de um jornal de grande movimentação.

²³ JUSTEN Filho, Marçal. *op. cit.* p 20.

²⁴ Idem. *Ibidem.* p. 22.

Portanto, sendo federal o órgão que promove a licitação, basta que ele publique no Diário Oficial da União e em outro jornal de grande circulação, estando em todo, atendida a exigência desse primeiro inciso, assim, se tiver disponibilidade, poderá, a sua maneira, veicular o aviso por meios eletrônicos, ressalta-se, pela Internet. Não obstante, nada antepara que a Administração licitante derive a mais de uma divulgação no Diário Oficial da União e no jornal de ampla circulação, que facultará tentar um acréscimo expressivo no número de licitantes.

“II – do aviso constarão a definição do objeto, a indicação do local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital e recebidas as propostas;”²⁵

Assim, nada difere das disposições presentes no art. 21, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Deverão conter no aviso de modo sucinto todos os elementos básicos do pregão, ressaltando quando e onde o interessado terá acesso à íntegra de sua convocação *“III – do edital constarão todos os elementos definidos na forma do inciso I do artigo anterior e as normas que disciplinarem o procedimento;”²⁶*

No entanto, deverá ser o mais cristalino possível e deve conter uma definição que não apresente dúvidas, e que seja objetiva do bem ou do serviço que se pretende pactuar e todas as normas devidamente ordenadas que venham refletir a seqüência dos acontecimentos do certame *“IV – cópias do edital e do respectivo aviso serão colocadas à disposição de qualquer pessoa para consulta;”²⁷*

Tal inciso, combinado com o art. 5º, inc. II, da Medida Provisória nº 2.026/2000, reforça a idéia de que a compra do edital não é um encargo a ser imposto à empresa interessada, para participar de uma licitação, seja qual for à modalidade.

Se, caso, algum dos presentes não aspire contrair uma cópia da ação convocatória, não poderá ser denegado seu direito de ascensão aos complementados termos dos proclamas, já que a Administração licitante

²⁵ JUSTEN Filho, Marçal. *op. cit.* p 22.

²⁶ Idem. *Ibidem.* p 22.

²⁷ Idem. *Ibidem.* p. 22.

deverá disponibilizar uma cópia do mesmo (e de seus avisos) para ocasionais consultas.

“V – o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a oito dias úteis;

VI – no dia, hora e local designados, será realizada sessão pública para recebimento das propostas, devendo o interessado, ou seu representante, identificar-se e, se for o caso, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame;

VII – a habilitação far-se-á com declaração do próprio licitante de que está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, bem como de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;

VIII – aberta a sessão, os interessados entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

IX – no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até dez por cento superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;

X – não havendo pelo menos três ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das três melhores propostas oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos; e

XI – para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;²⁸

Depois de realizar os passos anteriores, o pregoeiro deverá fazer a uma primeira triagem, e identificar, na hora, a proposta de menor preço e todas as demais cujos preços variem até dez por cento a mais daquela que até o momento seria a maior proposta.

²⁸ JUSTEN Filho, Marçal. *op. cit.* p 20.

2.4. A escolha da modalidade de pregão pelo agente público: vinculação ou discricionariedade

De acordo com o já mencionado, a modalidade pregão será a espécie selecionada, em geral, quando o poder público precisar adquirir bens ou serviços considerados comuns.

Para tanto, para contratar um serviço especializado o agente público deverá se valer das modalidades previstas na Lei 8.666/93, porquanto, no ajuizamento de outras propostas como, nas modalidades concorrência ou tomada de preços, exemplificando, poderão ser empregados outros discernimentos como o de menor preço, do mais perfeito procedimento ou até mesmo de procedimento e valor já no pregão o critério de avaliação é exclusivamente o do menor preço.

Há outras particularidades do pregão, que é a adoção parcial do princípio da oralidade. Enquanto nas formas banais de licitação a manifestação de pretensão dos proponentes de contínuo se forma por meio de sugestões, no pregão os concorrentes se ansiarem, poderão apresentar outras propostas verbalmente, por meio de lances, na sessão pública designada à seleção.

A importância à discricionariedade na seleção da modalidade do pregão pelo administrador público, o preceito discorda.

No juízo de Vera Scarpinella, se o componente do contrato for um bem ou serviço comum e sendo combinante com o pregão, esta necessitará ser a modalidade elegida. E discorre:

*"Portanto, o agente público não pode escolher livremente entre as diversas modalidades licitatórias quando o objeto licitado puder estar contido no conceito de bem e serviço comum. Na dúvida, como se trata de um conceito fluido, o agente deve justificar a não inclusão do específico objeto licitado, para poder fazer uso de outro procedimento."*²⁹

²⁹ SCARPINELLA, Vera. Licitação na Modalidade de Pregão. São Paulo: Malheiros, 2003. p 167.

De outro lado, os atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles afirmam que:

" (...) não está a Administração obrigada a realizar o pregão toda vez que deseja obter um bem ou serviço de interesse comum. Poderá optar por qualquer outra das modalidades, desde que o interesse público assim aconselhe. O pregão é mais uma opção que a lei lhe concede, o que se deduz da leitura do art. 1º da medida provisória (...)"³⁰

Para Marçal Justen Filho:

"A opção pelo pregão é facultativa, o que evidencia que não há um campo específico, próprio e inconfundível para o pregão. Não se trata de uma modalidade cuja existência se exclua a possibilidade de adotar-se convite, tomada ou concorrência, mas se destina a substituir a escolha de tais modalidades, nos casos em que assim seja reputado adequado e conveniente pela Administração."³¹

Examinando-se os dispositivos da Lei Federal nº 10.520/2002 e ante os motivos que levaram à sua edição, conclui-se que o pregão, como descrito pelo Marçal Justen Filho, não elimina as outras modalidades licitatórias antevista na Lei Federal nº 8.666/93, mas veio como alternativa, com a intenção de adjudicar maior celeridade às contratações da Administração Pública.

Sendo assim, há muitos aspectos a serem considerados na seleção desta modalidade pelo agente público: a caracterização do objeto como bem ou serviço comum, a importância da contenda justa, do resultado econômico, da garantia e da eficácia, sob pena de criarem-se maiores obstáculos à contratação.

Considera-se ainda a necessidade da Administração contar com servidores prontos para desempenhar a função de pregoeiro. Saliencia-se que,

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p 97.

³¹ JUSTEN Filho, Marçal. op.cit. p 42

no pregão, a responsabilidade de conduzir e julgar é pessoal e exclusiva do pregoeiro, que atuará sozinho, ao contrário do que ocorre nas comissões de licitação.

Neste sentido, o entendimento que mais se adequa ao interesse público é verificar ao administrador a faculdade de decidir, diante do caso concreto, por qual modalidade seja, em meio às presumidas na Lei 8.666/93, as quais, destarte o pregão, acata os princípios constitucionais concernente à licitação.

2.5. O Pregão e o Registro de Preços.

A Lei nº 10.520/02³², a União, Estados, Municípios e o Distrito Federal facultarão empregar a modalidade do pregão para realizar o registro de preços, previsto no art. 15 da Lei de Licitações, antes só efetuada mediante concorrência.

Houve outra inovação na matéria e, que disponibilizou mais uma ferramenta, para agilizar as aquisições de bens e serviços comuns, assim, oportunizando uma mais rápida e eficaz resposta às necessidades mais corriqueiras no âmbito das administrações municipais, de forma a diminuir ao máximo o risco de uma eventual falta de materiais e serviços básicos para a continuidade do atendimento feito à sociedade.

Nos termos do disposto do inciso II do art. 15 da Lei nº 8.666/93, *“as compras, sempre devem ser processadas através de sistema de registro de preços”*³³, que será feito por meio de extensa análise de mercado, sendo divulgado trimestralmente para direção da Administração, na imprensa imediata, onde a escolha precisará ser feita diante a concorrência, atualmente, mesmo por meio do pregão, segundo condicionamento característico. Respeitável frisar que, além das aquisições, o registro de preços concretizado mediante a modalidade do pregão, até mesmo servirá para as contratações de serviços comuns.

³² JUSTEN Filho, Marçal. *op. cit.* p 20.

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.* p 97.

O registro de preços propenderá constituir o preço máximo que a empresa presente poderá estabelecer da administração pública durante o limite de validade do registro que no campo federal este prazo é regulamentado de no máximo doze meses, pois visará o fornecimento de bens ou a prestação de serviços, que estão definidos no § 1º do art. 1º da Lei nº 10.520/02. Já no âmbito municipal a matéria necessita de regulamento próprio.

Depois de seguir a ordem de classificação, a empresa que for classificada em primeiro lugar, fornecerá ao órgão licitante os serviços ou os materiais que a mesma ofertou com o menor preço, realizando o fornecimento, quando requisitado, em seu horário de expediente normal, ou de outra forma, conforme solicitação previamente feita.

Será providenciada a empresa fornecedora o despacho, o transporte e a entrega dos materiais solicitados pela área competente do município, por sua conta, sem que haja qualquer ônus para a administração municipal, cumprido aos prazos regulamentados no instrumento convocatório e no contrato, quando, então, poderá realizar requisições em regime de urgência, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, entretanto, neste caso, é recomendado que o pedido de fornecimento não seja superior a quinze por cento do consumo mensal, sob pena de acarretar sérias dificuldades aos fornecedores.

Contudo, no sistema de registro de preços, a administração municipal tem obrigação de realizar vistorias das suas precis mais evidente e estipular no edital um cálculo de quantidades a serem obtidas no prazo de validade do registro, de maneira que os fornecedores possam preliminarmente conhecer a demanda durante toda a validade do contrato e, desta forma, possam oferecer desconto sobre os seus preços.

Mesmo havendo cálculo mencionado anteriormente, a administração não está obrigada a obter este quantitativo na sua integralidade, posto que as requisições de abastecimento deverão ser feitas na proporção em que forem sendo indispensáveis os materiais ou os serviços, de acordo com o gasto efetivamente feito durante o decorrer do período de validade do registro de preços.

É adequado que a administração municipal coloque em seu edital o maior preço que se dispõe a pagar por cada produto ou serviço, após ser

feita pesquisa de preço, sendo que as propostas que ostentarem preços maiores ao fixado, deverão ser desclassificadas.

Tratando-se de maior quantidade de bens, é recomendado que a administração coloque, em edital, que a empresa que se auferiu maior interesse em prestar o fornecimento ofereça propostas para alguns dos itens previstos, sendo que, para o item oferecido a proposta deverá incluir, no mínimo, 70% (setenta por cento) do quantitativo pré-estabelecida, levando-se em conta cada item, buscando a ampliação da concorrência entre os interessados, independentemente de serem elas grandes ou pequenas empresas.

Utilizando-se a sistemática supramencionada, quando o primeiro fornecedor registrado chegar o seu limite de fornecimento, a administração municipal poderá adquirir do segundo considerado e, assim, consecutivamente, até mesmo aplicando-se para a presunção de ampliação que se perpetrassem indispensáveis, correspondendo os limites previstos na Lei nº 8.666/93 e suas alterações póstumas.

Diante sua própria regulamentação, poderá ser renunciado que o registro de preços possa ser útil para qualquer órgão da administração pública municipal, que esteja com interesse em adquirir os materiais citados no edital.

Tendo em vista a possível desvalorização da moeda, o regulamento deverá impor um prazo máximo de validade dos preços, de forma a não causar danos de lado a lado. Conforme supramencionado, na esfera federal o prazo de validade do registro de preços é de no máximo doze meses, sendo este improrrogável.

No entanto, durante o prazo de legitimação do registro, o preço não terá possibilidade de haver aumento, salvo nas hipóteses admitidas em direito administrativo. Entretanto, a qualquer tempo, o preço registrado poderá ser alterado em decorrência de eventual diminuição daqueles praticados no mercado, cabendo ao administrador público reunir os fornecedores registrados para negociar a mudança do valor.

O registro de preços tem possibilidade de ser cancelado nas hipóteses estipuladas em regulamento a ser estabelecido, sendo resguardado

o incoerente e a extensa alegação, e mediante despacho embasado pela autoridade máxima do município.

Na esfera federal, o cancelamento poderá acontecer nas seguintes hipóteses: quando o fornecedor não cumprir as condições da Ata de Registro de Preços; ou quando não retirar a respectiva nota de empenho no prazo fixado pela Administração, sem justificativa aprovada; ou quando não aceitar diminuir o seu preço registrado, na hipótese que este se tornar maior que àqueles praticados no mercado, ou ainda, quando estiverem presentes razões de interesse público.

O fornecedor poderá ter a iniciativa de cancelar, desde que demonstre a ocorrência de caso fortuito ou de força maior.

Em se tratando da compra de bens e serviços ligados à área da saúde, com a inclusão do art. 2-A na Lei nº 10.191/2001³⁴ a administração municipal também poderá empregar o preceito de registro de preços para estas contratações, desde que sejam ressaltados os conseqüentes assuntos.

Para que possa ser utilizado o pregão para o registro de preços, é obrigatório ser considerado que os bens e serviços comuns da área da saúde são aqueles fundamentais ao atendimento dos órgãos que fazem parte do Sistema Único de Saúde, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser definidos com objetividade no edital, através de especificações usuais do mercado.

Para tanto edital poderá permitir que, no caso do fornecedor não cumprir na íntegra o quantitativo total esperado para a contratação ou fornecimento, a administração poderá solicitar os outros licitantes que forem necessários para que contrato seja cumprido. Os outros fornecedores deverão ser chamados de acordo com a ordem de classificação, e só serão contratados se concordarem em fornecer o bem ou a prestar os serviços pelo mesmo preço da proposta vencedora.

Eventualmente, quando não for possível a contratação dos outros licitantes pelo preço da maior proposta, a administração municipal poderá estipular outros preços que diferem a proposta vencedora, desde que fique claro que os bens ou serviços sejam de qualidade ou desempenho maior

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2003. p. 157.

àquele já fornecido ou prestado pelo fornecedor que foi classificado em primeiro lugar, comprovando e justificando a sua vantagem, e que as ofertas sejam em valor inferior ao maior limite admitido no edital.

CAPÍTULO III

PREGÃO: PRESENCIAL E ELETRÔNICO.

Como vimos o pregão é uma modalidade de licitação para obtenção de bens e serviços comuns, qualquer que seja a importância considerada da contratação, em que a diferença pelo provimento é feita mediante sugestões e lances em sessão pública. ARTIGO 2º

O pregão poderá ser feito pelos participantes no modo tradicional comparecendo ao órgão licitador, na data e hora previamente estipulada, e, lá, exibem suas propostas e lances verbais. Ao lado desta forma, comum e mais rotineira, a Lei do Pregão facilitou a adoção do chamado pregão eletrônico, onde não há a presença física dos representantes das empresas licitantes. Esta questão será examinada mais adiante.

3.1. Pregão Presencial: A dinâmica do procedimento.

O pregão presencial, na à sua etapa diligente, inicia-se com a abertura da sessão, ocasião em que os presentes apresentarão ao Pregoeiro os envelopes de alvitres e de capacitação, na forma estipulada no edital, alcançando o devido credenciamento dos emissários legais dos licitantes, comprovando-se a existência de capacidade para a formulação dos lances orais, e para método das outras ações próprias ao certame, tais como praticar questionamentos em nome da licitante, subscrever atas, introduzir recursos, dentre os demais.

Ainda no credenciamento, inovando a matéria em relação à disciplina estabelecida pelas sucessivas medidas provisórias que regularam o

pregão, a Lei nº 10.520/02 dispõe que, aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, deverão fornecer declaração dando ciência de que irão cumprir plenamente os requisitos de habilitação, e, a partir daí, entregarão os envelopes, sendo um deles constando à proposta comercial e o outro relativo os documentos de habilitação, tendo vista não caber no procedimento do pregão a licitação do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço".

A declaração firmada pela licitante dando ciência que deverá cumprir plenamente com os requisitos de habilitação, sendo desprovida de qualquer finalidade prática, em razão de que o representante da empresa mesmo declarando atender a todos os requisitos de habilitação, não estará acessível, na etapa de habilitação, se o pregoeiro abranger de forma diferente e declará-la incapaz, culminando com a sua eliminação do certame. Assim, ocorrendo, a administração pública não poderá aplicar qualquer tipo de penalidade. Sendo excluído do certame, o que certamente não configurará imposição de penalidade, para efeitos legais.

Finalizada esta fase, o Pregoeiro irá proceder à abertura dos envelopes com as propostas comerciais e à verificação da conformidade destas com os requisitos fixados no instrumento convocatório.

No decorrer da sessão, o autor da oferta de menor valor e os das ofertas com preços até dez por cento maiores àquela poderão fazer novos lances orais e sucessivos, até a divulgação do vencedor.

Se, apesar disso, não existindo pelo menos três ofertas nestas categorias, poderão os autores das mais perfeitas ofertas, até o máximo de três, proporcionar novos lances verbais e sucessivos, não importa quais sejam os preços apresentados.

Para ponderação e aprovação das escolhas, será aceito o juízo crítico do menor preço, ressalvados os prazos máximos para provimentos, as particularizações técnicas e os parâmetros mínimos de performance e qualidade deliberados no edital.

Após observar a proposta qualificada em primeiro lugar, quanto ao elemento e valor, incumbirá ao pregoeiro determinar a importância da sua aceitabilidade.

Ao final da etapa competitiva e ordenada à oferta, o pregoeiro abrirá o envelope contendo as informações de capacitação do licitante que

ofereceu a melhor proposta, para averiguação do atendimento das categorias adsorvidas.

Depois de atender as exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor pelo pregoeiro. Nesta oportunidade, poderá qualquer licitante manifestar-se, de forma motivada quanto à sua intenção de interpor recurso administrativo.

Tal interesse se for manifestado, ainda que de maneira sintética, concederá o prazo de três dias corridos (não se aplicando a regra do art. 109 da Lei nº 8.666/93).

Conforme artigo 4º da Lei 10520/2002:

“XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;”

A falta de manifestação imediata licitante por motivos plausíveis, importará na decadência do direito de recurso, e na adjudicação do elemento da licitação pelo pregoeiro ao vencedor do certame.

3.2. Pregão Eletrônico

O Decreto federal 3697³⁵, de 21 de dezembro de 2000, disciplina a utilização do pregão eletrônico³⁶.

O emprego do pregão eletrônico no campo dos Estados e Municípios foi aceita pela Lei nº 10.520/02, quando dispôs da realização do pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação (TI).

Artigo 2º *in versus*:

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 147..

³⁶ Este decreto foi editado para regulamentar o parágrafo único da Medida Provisória 2026-7, de 23 de novembro de 2000. Dispõe sobre normas e procedimentos para a realização de licitação na modalidade de pregão eletrônico, objetivando a aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito federal.

“Será facultado, nos termos de regulamentos próprios da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a participação de bolsas de mercadorias, organizadas sob a forma de sociedades civis sem fins lucrativos e com a participação de várias corretoras que operem sistemas eletrônicos unificados de pregões, para o apoio técnico e operacional aos órgãos e entidades promotores da modalidade de pregão, utilizando-se de recursos de tecnologia da informação.”

Os Estados e Municípios utilizarão o modelo já utilizado pelo Governo Federal, a ponto de desenvolver sua regulamentação própria.

Procuraremos observar alguns aspectos do pregão eletrônico regulamentado, na esfera Federal, pelo Decreto nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000, a partir deste ponto, as autoridades políticas dos Municípios analisam a viabilidade técnica e operacional, para adequá-la à realidade, no sentido de implantar o pregão eletrônico no âmbito municipal.

Por pregão eletrônico será indicado o procedimento licitatório em que o núcleo das atividades competitivas faz-se através dos meios de comunicação à distância, em rede de computadores, conhecida mundialmente por "internet".

Como característica do pregão eletrônico, apontaremos a ausência de sessão solene e a ausência de envelopes de habilitação e propostas, bem como a não existência de lances verbais, na forma do pregão presencial.

O sistema do pregão eletrônico utilizará recursos de criptografia e de autenticação que resguardem as condições adequadas de segurança em todas as etapas do certame.

Desta feita, a chave de para identificar o licitante e a sua senha poderão ser aproveitadas em qualquer pregão eletrônico, salvo quando invalidadas por requerimento do habilitado ou por motivo de sua inabilitação diante o órgão realizador da licitação, na forma a ser determinada na sua regulamentação.

A participação no pregão é praticada através da digitação da senha particular do licitante e encaminhamento de sugestão de preço, em data e horário estipulado no edital, apenas pelo meio do sistema eletrônico.

No aviso de licitação e no edital estará descrito o endereço eletrônico onde acontecerá à sessão pública, a data e hora de sua realização e a indicação de que o pregão realizará por meio de sistema eletrônico.

A partir do horário pré-estipulado no edital, iniciará à sessão pública do pregão eletrônico, com a divulgação das propostas de preço recebidas e em nos padrões das especificações e condições de fornecimento detalhadas pelo edital.

O exemplo do que ocorre no pregão presencial, aberta a etapa competitiva, os licitantes encaminharão lances somente por meio do sistema eletrônico, após o licitante ser prontamente avisado de sua aceitação e atinente horário de registro e importância.

Ao licitante deverá ainda dispor de oportunidades para oferecer novos lances, inferiores e sucessivos, observando o horário estabelecido e as regras de aceitação dos mesmos, conforme fixado no edital.

O sistema só deverá aceitar novos lances cujos valores forem menores ao lance de menor valor, já registrado no sistema, não devendo ainda ser aceitos dois ou mais lances de mesmo valor. Nesta conjectura, deverá predominar aquele que for auferido e apontado em primeiro lugar, de modo automático pelo sistema.

No decorrer da sessão pública, os licitantes deverão ser avisados em tempo real, sobre o valor de menor lance registrado pelo sistema, feito pelos demais licitantes, vedada a identificação do detentor do lance.

Na etapa de lances da sessão pública, estipulada em edital, encerrará por meio de aviso de fechamento independente dos lances, enviado pelo sistema eletrônico aos licitantes, após o que passar o prazo definido na regulamentação.

Toda via, o pregoeiro fará o anúncio do licitante vencedor logo após o encerrar a etapa de lances da sessão pública ou, eventualmente, após negociação e decisão pelo pregoeiro a respeito da aceitação do lance de menor valor.

Desta forma os procedimentos para interpor o recurso, atendida a manifestação inicial do licitante, durante a sessão pública, o encaminhamento de memorial e de eventuais contra-razões pelos demais licitantes, serão feitos

somente na esfera do sistema eletrônico, em formulários próprios disponibilizados pelo sistema, de forma a acelerar todo o procedimento.

Se a proposta ou o lance de valor mais baixo não for aceitável, ou se o licitante não atender às exigências habilitatórias, o pregoeiro verificará a proposta ou o lance subsequente, examinando a sua aceitabilidade e fazendo à sua habilitação, na ordem de classificação, sucessivamente, até a apuração de uma proposta ou lance que preencha os quesitos do edital. Neste caso, incumbirá ao pregoeiro negociar com o licitante para que seja obtido preço melhor.

Apurado o acolhimento das exigências feitas no edital, o licitante será declarado vencedor, sendo-lhe conferindo o elemento do certame.

CAPÍTULO IV

A CORRUPÇÃO EM CONTRATOS E LICITAÇÕES

Este IV CAPÍTULO, é baseado na obra de Eduardo Ribeiro Capobianco e Cláudio Weber Abramo.³⁸

Dentro da legalidade, onde o arbítrio do administrador público é muito amplo, os controles são escassos e as visibilidades públicas dificultada sobrevêm às seguintes conseqüências, entre outras:

O rol da arbitrariedade do administrador público é bem amplo, ainda que amplamente amparado em lei, no entanto os controles não são eficazes o suficiente, trazendo omissões onde deveria haver transparência, com isso trazendo sérias conseqüências conforme veremos a seguir:

a) A administração pública, ao editar as regras básicas e fundamentais para a confecção de um edital, muitas das vezes pode tornar algo que de certa forma deveria ser isonômico em algo extremamente individual, excluindo tacitamente, e as vezes o que é pior, excluindo expressamente a participação de demais outras licitantes interessadas.

b) O administrador dentro de suas atribuições, exerce por meio de um julgamento arbitrário em que se levam em conta aspectos subjetivos

³⁸ Eduardo Ribeiro Capobianco e Cláudio Weber Abramo publicaram a obra Licitações e Contratos: Os Negócios entre O Setor Público e o Privado.

travestidos de considerações técnicas. Facilitando a provável "venda" de um possível resultado.

c) A aptidão para o julgamento é de certa forma embasado por uma definição deliberadamente vago do objeto da licitação. Assim por exemplo, considerações quanto à qualidade, necessariamente subjetivas, passam a fazer parte do processo de significação daquele entendido como vencedor.

d) A possibilidade de se poder definir previamente os vencedores dos certames licitatórios faz com que administradores públicos realizem uma espécie de "venda antecipada": especificam a destinação de investimentos públicos com base não em seu interesse social mas, por exemplo, na existência de máquinas ociosas nas mãos de uma determinada empresa, para a qual a licitação resultante da destinação da verba orçamentária será futuramente dirigida.

e) A ausência de requisitos objetivos quanto ao acompanhamento de contratos faz com que o administrador "feche os olhos" (por um preço) ao seu descumprimento. Quantidades são falsificadas, contas são sub ou superfaturadas, especificações são desobedecidas.

f) A atonia de dispositivos de controle e auditoria resulta em impunidade e conseqüente estímulo à perpetuação de práticas ilícitas.

Pode-se dizer que existem outras formas e outros meios para que sejam manipulados os resultados de uma licitação, tais como a inserção de determinadas exigências tanto no âmbito das documentações fiscais, como no âmbito das documentações estritamente técnicas.

Quando o administrador faz a inserção de uma determinada exigência, deveria esta ser inserida de forma a proporcionar isonomia entre todos e quaisquer interessados, fato este que parece estar meio em desuso, pois o que vemos são os noticiários de todo o mundo divulgando casos de corrupção dentro das licitações públicas, demonstrando-se assim total imparcialidade por parte de alguns administradores públicos.

Não podemos é claro generalizar, dizendo que "todos" os administradores se pré-dispõe a transformar um ato que de regra deveria ser transparente e conduzido com total lisura e isso não acontece, mais o que tem que ser observado é que os fatos estão sempre em foco, e ainda assim, alguns

de nossos governantes se omitem diante de denúncias, como se todo fosse extremamente normal.

4.1. Combate a corrupção em licitações

O combate a corrupção em licitações deve ser uma iniciativa previamente política, onde os governantes em companhia dos legisladores deveriam aplicar as leis de forma mais eficaz.

O que talvez seria essa aplicação eficaz, pois bem, nada mais é do que o executivo em conjunto com os demais poderes fazerem uma espécie de “pente fino” nas já existentes leis de incentivo de combate a corrupção, e aplicá-las indistintamente do agente, seja ele político, ou do poderio administrativo, ou civil.

A ação para se coibir a corrupção em licitações deve ser realizada principalmente em conjunto com a sociedade, pois esta é a que mais sofre com os desvios de recursos públicos direcionados seja para educação, saúde ou cultura.

Os procedimentos licitatórios devem ser obrigatoriamente transparentes, divulgados em todas as esferas da sociedade, desde a pretensão de sua realização, até o extrato do contrato e a finalização da prestação dos serviços ou fornecimentos de bens e produtos pretendidos.

Não basta somente que os resultados das licitações sejam a eles dado publicidade, mais principalmente popularizar os procedimentos, do seu início ao fim, de forma clara e objetiva, para que desde ao analfabeto até o mais graduado saiba, de forma simples como aquele determinado bem público é obtido, e quais foram os percalços até a concretização daquela aquisição.

A clareza dos procedimentos licitatórios faz com que os mesmos sejam de certa forma transparente e objetiva, pois nenhuma civilização nasce sem que antes não aconteça uma revolução de idéias e principalmente de ideais, basta tão e somente força de vontade política, baseadas em iniciativas populares, para que a sociedade de uma forma geral seja a principal beneficiária.

4.2. Conscientização pública

O combate à corrupção só alcançará seu principal êxito se os cidadãos participarem ativamente de todo o processo, e receberem de forma clara a mensagem de que ela não é tolerada, e, que os responsáveis por atos ilegais independentemente de qual esfera da sociedade em que se encontrar, devem sem dúvida alguma ser punidos.

O aprendizado demonstra que, mesmo que isso não impeça completamente a prática da corrupção, mesmo porque o combate a corrupção não somente em licitações, mais o combate a corrupção de um modo geral, é um processo lento e gradativo de conscientização político-social, mais definitivamente limita o problema, criando assim, pelo menos dificuldades na prática.

Nos processos licitatórios a transparência deve se sobrepor aos demais procedimentos, tudo deve ser “as claras”, instruções e esclarecimentos devem dirigir-se a todas as partes envolvidas – funcionários responsáveis por licitações e pela administração de contratos, fornecedores e o público em geral, em atenção especial a este último.

As ações de combate a corrupção devem ser executadas de forma eficaz, pois o não cumprimento de regras, tendem a se desmoralizar se não são acompanhadas de ação concreta contra todos aqueles que descumprem as normas: sejam quem for eles, pois se funcionários, têm estes que ser processados, se administradores, tem estes que serem culpados e serem demitidos, exonerados, se fornecedores, e todo e qualquer envolvido em atos de corrupção precisam sofrer de fato as medidas repressivas que a lei institucionalizar, pois somente desta forma poderemos caminhar com a certeza de que os processos licitatórios são em benefício da administração, e não para a ruína de uma sociedade inteira

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mais que eleger, a Sociedade precisa produzir bons gestores de recursos públicos, todos com conhecimentos científicos, tecnológicos e considerável sentimento humanitário, capaz de garantir a sustentação do compromisso social e impregnar de ética à administração pública.

Uma eficiente gestão não prescinde da adequação dos valores éticos, de forma que não se pode dissociá-los da Administração e da Cultura da Sociedade.

Em busca de uma solução para maior empreendimento na Administração Pública consiste em técnicas de fiscalização mais precisa deve ser implementada pelos órgãos responsáveis pelos controles internos e externos. Neste último, é necessário maior tempo para ocorrência dessas técnicas, que podem variar ou combinar todas, sejam: circularização, confirmação física, acompanhamento e atualização de registro de preços, comparação, entre outros.

O presente trabalho procurou demonstrar que a lisura e correta formulação dos contratos administrativos e realização de licitação podem contribuir com economia nas finanças e transparência na administração pública.

A adoção das medidas norteadas neste trabalho demonstra o respeito aos contribuintes, razão da existência do serviço público, pois os responsáveis pela sua gerência pública devem ser obrigados a prestar contas a eles, os verdadeiros financiadores dos gastos públicos.

A justificativa da pesquisa se resume na possibilidade de contribuir como forma mais consciente da administração, quer seja federal, estadual ou municipal, ao gerir o erário público efetuando uma administração mais transparente na realização de contratações e procedimentos licitatórios onde garantam a aplicação racional dos recursos públicos priorizando metas pré-estabelecidas, visando melhor economicidade com eficácia e eficiência.

3 – METODOLOGIA

3.1 – Tipos de pesquisa

Para a realização deste artigo foi usado um estudo de caso na área de pregões. A pesquisa bibliográfica para a realização do trabalho foi apoiada em autores que versam sobre estratégia, produção, administração de pregões e todas as demais áreas que possam contribuir para a consecução.

BIBLIOGRAFIA

Constituição. 1988. Constituição do Brasil: promulgada em 5.10.88. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1988.

Lei 4.320, de 17 de março de 1964. Estabelece Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

SACCONI, Luiz Antônio. *Dicionário Essencial Da Língua Portuguesa*. São Paulo:Atual, 2001.

CRETELLA JUNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DAYRELL, Carlos Leopoldo, *Das Licitações na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12^a ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do Estado Derivadas de Contratos Inválidos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

CHIZOTTI, A. *Pesquisa em Ciências Humanas e Sociais*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE (CFC). *Lei de Responsabilidade Fiscal LRFácil - Guia Contábil da Lei de Responsabilidade Fiscal*. Brasília: CFC, 2000.

FAZZIO JR. Waldo. *Improbidade administrativa – aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1999.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

FERRAZ, Sérgio, FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

LAKATOS, Eva M. *Sociologia Geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

MATOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei de responsabilidade fiscal: teoria e prática*. São Paulo: América Jurídica, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. PAZZAGLI FILHO, Marino. ROSA, Márcio Fernando Elias.

NUNES, Pedro dos Reis. *Dicionário de Tecnologia Jurídica*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1993.

SAVIGNY, *apud* Bazilli, Roberto Ribeiro. *Licitação A Luz Do Direito Positivo*. São Paulo: Catavento, 1996.

TORRES PEREIRA JÚNIOR, JESSÉ. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro, Renovar: 1994.

SERVÍDIO, Américo. *Dispensa de Licitação Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.