

**FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE
REDE DE ENSINO DOCTUM**

KÊNIA MARA DIAS

**O PREGÃO PRESENCIAL COMO FERRAMENTA DE CELERIDADE,
ECONOMICIDADE E TRANSPARÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**João Monlevade
2015**

KÊNIA MARA DIAS

**O PREGÃO PRESENCIAL COMO FERRAMENTA DE CELERIDADE,
ECONOMICIDADE E TRANSPARÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Coordenação de Curso
Direito da Faculdade Doctum de João
Monlevade - Rede de Ensino Doctum,
como requisito parcial para a obtenção
do título de bacharel em Direito.**

**Área de concentração: Direito
Administrativo**

**Prof. Orientador: Msc. Hugo Lázaro
Marques Martins**

João Monlevade

2015

KÊNIA MARA DIAS

**O PREGÃO PRESENCIAL COMO FERRAMENTA DE CELERIDADE,
ECONOMICIDADE E TRANSPARÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado e aprovado, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito, na Faculdade Doctum de João Monlevade - Rede de Ensino Doctum, em 2015.

Média final: _____

João Monlevade, de _____ de 2015.

.....
MSc. Hugo Lázaro Marques Martins
Professor Orientador

.....
MSc. Maria da Trindade Leite
Professora TCC II

.....
Fabiano Thales de Paula Lima
Coordenador de Curso

A Deus, por dar-me forças para vencer.
E à minha família, - pessoas maravilhosas
que foram colocadas em minha vida e que
estiveram sempre me apoiando e
incentivando.

AGRADECIMENTOS

A Deus por me sustentar. Luz da minha vida.

Aos meus pais, Laurentino Dias e Maria Auxiliadora Dias, e meus irmãos, Luciene, Lucimara e Samuel, razão de meu viver - pelo apoio incondicional.

Ao meu marido, Roberto Dias de Avelar, amor da minha vida - por tanto carinho e companheirismo durante esta trajetória. Por embarcar em meus sonhos e ultrapassar comigo todas as barreiras de mãos dadas - Deus é conosco!

Aos familiares e amigos, pelo apoio e pela compreensão nos momentos difíceis e, ao mesmo tempo, minhas desculpas pelas muitas ausências.

Aos grandes mestres da vida pública, que sabem transmitir a importância e desafios da gestão pública, mais que profissão, sacerdócio que requer sacrifício, abnegação, retidão e muita determinação.

Em especial ao Sr. Walter Martins Lima (sempre presente) meu grande alicerce profissional; ao Professor Benedicto de Tolosa Filho pelas inesquecíveis lições, frutos de toda uma vida dedicada a ensinar o respeito à coisa pública; ao grande amigo e mestre Dr. Wantuil Pires Berto profissional excepcional e grande incentivador para a realização desse projeto de vida. Aos colegas de trabalho, especialmente a Cleres R. Souza e Marcelo H. Silva, pelo importante auxílio, sem o qual seria mais difícil concluir esta etapa.

Ao meu orientador Professor Hugo Lázaro, pelas valorosas dicas e intervenções. À professora Ana Paula Cota Moreira pela valiosa contribuição na etapa do projeto, ao Coordenador do curso e grande mestre Fabiano T. Lima, que sempre acreditou em minha capacidade, mesmo quando eu quase desisti. Enfim, àqueles professores que souberam ser mestres. E aos colegas pela colaboração e solidariedade, especialmente às amigas de toda a vida: Alessandra Nazareth, Alessandra Vilela, Francisléia, Marcélia, Rute e Wksley. Meninas grata pelo carinho e cooperação, só Deus é capaz de retribuir. A todos que fazem parte deste momento, muito obrigada.

RESUMO

O estudo em questão objetivou demonstrar as vantagens da modalidade pregão do tipo presencial como eficaz ferramenta de gestão pública, para contratação e aquisição de serviços. Neste momento em que está em voga a transparência no uso dos recursos públicos, buscou-se comprovar a importância dessa nova modalidade licitatória, com base na economicidade e celeridade. Para atingir esses objetivos o método utilizado centrou-se na revisão bibliográfica em livros, artigos de periódico, e informações em meio eletrônico. Assim, foi possível constatar que os princípios norteadores da Administração Pública em conjunto com as inovações das normas que regem as licitações, embora importantes, necessitam ser utilizadas e acompanhadas pelos cidadãos para uma maior efetividade. Ainda, pelo prisma da Carta Magna, que além de Lei Maior é a regente da organização e gestão públicas, e a Lei que constituiu o pregão, restou constatado que o pregão presencial, pelas peculiaridades materiais e formais, é legitimamente mais eficaz e célere e fomenta o desenvolvimento local, trazendo maior transparência e economicidade ao processo licitatório para a contratação de serviços e aquisição de bens comuns.

Palavras-chave: Administração Pública. Licitações. Pregão Presencial. Transparência. Celeridade.

ABSTRACT

The study in question aimed demonstrate the advantages of bidding mode “Reverse Auction presential” as an effective tool management of public, in contracting and procurement of services. At this time that is in vogue the transparency the use of public resources, the search was to prove the importance this new bidding mode, with based on the economy and celerity. For achieve these objectives the method utilized focussed the literature review in books, periodical articles and information electronic means. Thus it was possible to see that the guiding principles the public administration together with the innovations of the rules governing the bids, while important, necessitate be utilized and accompanied by citizens for greater effectiveness. Still, through the prism of the Constitution, which in addition to Mayor Law is the regent of the organization and public management, and law that instituted this form of bidding, we reached the conclusion that what this mode of bidding presential, by peculiarities both material and formal, is rightfully more effective and agile, and fosters the local development, bringing greater transparency and economy to the bidding process for the contracting of services and procurement of common goods.

Keywords: Public administration. Bidding. Reverse auction presential. Transparency. Celerity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
Art.	Artigo
CREA	Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura
CND	Certidão Negativa de Débitos
CPL	Comissão Permanente de Licitações
CR	Constituição da República
DF	Distrito Federal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EPP	Empresa de Pequeno Porte
ME	Microempresa
SICAF	Sistema Unificado de Cadastramento de Fornecedores

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A LICITAÇÃO NO BRASIL	13
2.1	Conceito	13
2.2	Contexto Histórico	14
3	OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DAS LICITAÇÕES	16
3.1	Administração pública	16
3.2	Princípios.....	17
3.3	As modalidades licitatórias	19
4	A CONCEPÇÃO JURÍDICA DA MODALIDADE PREGÃO	21
4.1	Conceito e rito procedimental.....	22
5	EFICÁCIA DO PREGÃO DENTRE AS DEMAIS MODALIDADES LICITATÓRIAS	24
5.1	O pregoeiro e sua equipe	25
6	FASES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	27
6.1	Fase interna	27
6.2	Fase externa	28
7	INVERSÃO DE FASES E DEMAIS INOVAÇÕES DO PREGÃO	33
7.1	Inversão de fases	33
7.2	Fase de lances	35
7.3	Fase recursal.....	36
8	A MODALIDADE PREGÃO COMO FERRAMENTA DE GESTÃO	38
9	AS LEIS COMPLEMENTARES DAS ME E EPPS E O DESENVOLVIMENTO LOCAL ATRAVÉS DO PREGÃO PRESENCIAL	40
10	O DESAFIO DA QUALIDADE FRENTE A OFERTA DE MENOR PREÇO	42
10.1	Auferir qualidade no pregão: um desafio.....	42
10.2	As possibilidades de sanções	43
11	PREGÃO PRESENCIAL E PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO – MAIOR TRANSPARÊNCIA AO FEITO	44
11.1	Economicidade e transparência.....	46
12	CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
	REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

A administração pública e mais especificamente o tema licitação ou popularmente conhecida por concorrência, é sempre atual e abrangente, tanto em meio acadêmico, jurídico e político, quanto em conversas informais, principalmente quanto à questão da ética e transparência, tão em voga na conjuntura do país.

A presente pesquisa visa apresentar a modalidade licitatória pregão, enfatizando o tipo presencial, como ferramenta da gestão pública capaz de trazer economicidade, eficiência e maior lisura ao processo.

As modalidades licitatórias advêm de previsão constitucional, especialmente do art. 37 da CR/88 (BRASIL, 1988), que trata dos aspectos gerais da Administração Pública. Dentre o universo dinâmico das licitações, a modalidade pregão mais recentemente adotada, possui peculiaridades sob a ótica jurídico-administrativa, que podem impulsionar o desenvolvimento local.

Surgido da necessidade de desburocratizar os procedimentos licitatórios para a aquisição de bens comuns na Administração Pública, utilizado a princípio apenas no âmbito da União, logrou tal êxito em aspectos de celeridade e economicidade, que teve sua abrangência expandida através da Lei 10.520/02 (BRASIL, 2002), alcançando os Estados, Municípios e Distrito Federal.

O presente estudo foca nos elementos da modalidade pregão presencial, suas características formais e materiais, e as possibilidades de desenvolvimento local, bem como maior eficácia e transparência.

Diante das intempéries constantes que abarcam a administração pública, é importante buscar formas de fomentar o desenvolvimento da comunidade, através de ações e procedimentos eficazes, céleres e transparentes, garantindo ao cidadão formas de acompanhar de perto todos os processos de uso dos recursos públicos, possibilitando o acesso e a participação nas licitações públicas, sem quaisquer obscuridades.

Buscando alcançar os objetivos e para melhor apreciação da pesquisa, o método utilizado compreendeu a pesquisa exploratória ou teórica; com intuito de agregar maior conhecimento sobre a modalidade licitatória pregão, enfatizando o pregão presencial.

Para tanto, foram utilizadas fontes bibliográficas de diversos autores em: livros, artigos científicos, revistas, documentos físicos e eletrônicos e quaisquer trabalhos científicos que possam acrescentar informações relevantes à pesquisa. Recursos da Internet também foram explorados na busca de artigos, legislação e posicionamento doutrinário e jurisprudencial pertinente ao assunto proposto.

O trabalho reveste-se de natureza comparativa, uma vez que foram comparadas as modalidades licitatórias, com foco no pregão presencial, buscando atingir os objetivos.

O problema foi direcionado à pesquisa teórica nos entes da Administração Pública, não delimitando local específico devido à própria natureza da pesquisa possuir maior abrangência, apesar de enfatizar a maior possibilidade de desenvolvimento local através da modalidade pesquisada. Por óbvio, entende-se por local o lugar em que está o sujeito, e nesta pesquisa entende-se por sujeito a comunidade atendida pelo ente público, Município, Estado, ou mesmo órgãos da União, indiferente de ser seja Administração Direta ou Indireta. Daí a importância do método exploratório ou teórico.

Portanto, esta pesquisa tem como objetivo responder à seguinte questão: sendo o pregão uma nova e mais célere modalidade de licitação, o tipo presencial é de fato o que oferece maior transparência, possibilitando maior economicidade à administração e realmente possibilita maior desenvolvimento local?

Assim, visa demonstrar a importância do pregão presencial como uma ferramenta de gestão pública para o desenvolvimento de toda a sociedade, principalmente a comunidade local, trazendo maior eficiência aos processos licitatórios e garantindo o acesso do cidadão como agente ativo nos procedimentos.

A importância da pesquisa se dá pelo real valor social do tema abordado. Tanto em termos práticos quanto acadêmicos. Muito em voga atualmente, a transparência no uso dos recursos públicos, deve nortear todas as ações do Estado. O pregão presencial é uma das ferramentas de gestão que tem se mostrado mais eficaz, se comparado às outras modalidades licitatórias, tanto que sua utilização tem se estendido para os serviços de engenharia de baixa complexidade.

Visando a um melhor detalhamento sobre o presente estudo, este trabalho está organizado em 12 capítulos. Na introdução, capítulo 1, apresenta-se, os objetivos e justificava da escolha pelo tema, além dos métodos utilizados para alcançar os objetivos proposto. Capítulos dois ao onze, traz a argumentação teórica, discorrendo pesquisas referentes à licitação no Brasil, os princípios, a concepção jurídica, pregão no contexto da sociedade, eficácia do pregão dentre as demais modalidades, fases e inovações do procedimento, modalidade pregão como ferramenta de gestão, as Leis complementares das ME e EPPS e o desenvolvimento local através do pregão presencial, o desafio da qualidade frente a oferta de menor preço, participação do cidadão - maior transparência ao feito.

Apresenta, portanto, um levantamento de caráter bibliográfico, buscando encontrar elementos subsidiários ao quadro teórico escolhido. Em seguida, no capítulo doze, têm-se as considerações finais da pesquisa.

2 A LICITAÇÃO NO BRASIL

A princípio, é importante conceituar o termo licitação, para então contextualizar as diversas questões.

2.1 Conceito

A palavra licitação comporta vários significados. Quer-nos parecer que quase todos estão ligados à ideia central de “oferecer”, “arrematar”, “fazer preço sobre a coisa” e “disputar”. Como curiosidade semântica, esse verbete citado por Motta (1990, p. 10), foi mencionado em sua obra imediata à Promulgação da Constituição da República de 1988, e anterior à Lei Geral de licitações a 8.666/93. Contemporaneamente, a palavra sofreu pequena variação conceitual, por influência de sua utilização jurídica, conforme define Holanda (2008, p. 516) licitar 1. Oferecer qualquer quantia no ato de arrematação. 2 pôr em leilão 3 efetuar (a administração pública) seleção da proposta mais vantajosa para fornecimento de bens ou prestação de serviços. Adentrando-se na seara da administração pública, o conceito, foi eloquentemente definido por Di Pietro:

A licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual. Por parte da Administração o edital ou convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a adjudicação, além de outros atos intermediários ou posteriores, como o julgamento de recursos interpostos pelos interessados, a revogação a anulação, os projetos, as publicações, anúncios atas etc. Por parte do particular, a retirada do edital, a proposta, a desistência, a prestação de garantia a apresentação de recursos, as impugnações. (DI PIETRO, 2014, p. 465)

O conceito doutrinário abarcou todo o procedimento legal e os personagens envolvidos, não deixando dúvidas a respeito quanto ao rito e a formalidade administrativa.

Portanto, licitação é a causa primária e necessária, precedida de atos administrativos, objetivando um acordo entre as partes para a celebração de um contrato com a Administração Pública.

Tem como agentes, os licitantes que oferecem seus produtos e serviços conforme condições preestabelecidas em um instrumento convocatório, e entram numa

disputa pública para ofertarem aquela que será a oferta mais vantajosa para a administração. Essa por sua vez, é agente principal do certame, e vincula-se a ele através das leis e normas que o regem, escolhendo a melhor oferta conforme o rito formal, observados os princípios elencados na legislação licitatória. (JUSTEN FILHO, 2010)

2.2 Contexto Histórico

Há registros de que as contratações públicas no estilo licitação se iniciaram à época do Brasil colônia, em 1592 nas Ordenações Filipinas, conforme alude Motta (1990). Outro marco legislativo se deu quando da Proclamação da República.

Posteriormente, após a Proclamação da República, no governo de Nilo Peçanha, surge a Lei 2.221 de 30 de setembro de 1909 (“Fixa a despesa geral da república dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1910, e dá outras providências [...] Entretanto a meu ver, o grande referencial da Lei Nilo Peçanha está exatamente no art. 54 que contém, na linguagem da época “regras” gerais, hoje certamente denominadas princípios. (MOTTA, 1990, p. 12).

À medida que o Estado foi se modernizando, foram necessárias inovar nas legislações para as compras no âmbito da Administração Pública. Em janeiro de 1922, no entanto é que surge uma das mais importantes normas, o Decreto Legislativo nº 4.536, conhecido como “código da contabilidade Pública” que inseriu Concorrência e contratos em seu texto. (MOTTA, 1990).

A princípio as licitações eram tratadas apenas em âmbito administrativo e apenas a partir da constituição de 1946 é que ganhou status constitucional. Porém, doutrinariamente, ainda havia a discussão se dentro do ordenamento jurídico a licitação deveria ser tratada pelo direito financeiro ou direito administrativo, discussão que perdurou até 1986 quando foi baixado pelo Presidente da República o Decreto-Lei 2.300, considerado o “Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos.” (MOTTA, 1990).

Após este importante instrumento normativo, em 1988, com a promulgação da nova Constituição da República, as licitações públicas passam a ser norma geral no âmbito da União, Estados, Municípios, Distrito Federal (DF), além dos órgãos da administração direta e indireta.

A sistemática da licitação sofreu fundamental modificação no Direito Brasileiro desde o seu insipiente tratamento no Código de Contabilidade Pública da União, de 1922, até o Dec-lei 200/67, Lei 5.454/68, Lei 6.946/81 e Decreto Lei 2.300/86, todos revogados e substituídos pela Lei 8.666 de 21.6.93 (MEIRELLES, 2010, p. 282).

A regulamentação nos moldes da constituição veio com a Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993) que não só regulamentou a matéria, como compilou, organizou e modernizou todas as normas até então editadas sobre o tema, sendo possível a revogação das diversas leis, sem prejuízos jurídicos para as contratações públicas.

A modalidade pregão surge da necessidade de desburocratizar os processos licitatórios para a aquisição de bens comuns na Administração Pública. No entanto, devido à ausência de norma e vedação legislativa para a criação de nova modalidade licitatória, o executivo valeu-se do instituto da medida provisória apenas para o âmbito da União.

Pretensamente atendendo a mandamento constitucional (art.37, XXI – tal como ocorrera com o atual Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93) -, foi editada a Medida Provisória 2.026, em 4.5.2000, instituindo, no âmbito da União, uma nova modalidade de licitação denominada Pregão, com o exclusivo intuito à aquisição de bens e serviços comuns por parte da Administração Pública Federal, independente de valor. (BITTENCOURT, 2012, p. 25).

No entanto, devido aos bons resultados obtidos, principalmente no tocante à celeridade processual e economicidade observou-se a necessidade de estender a aplicação aos demais entes federados. Em julho de 2002, instituiu-se o Pregão como nova modalidade licitatória, revogando o art. 8º da Lei Federal nº 8.666/93 que impedia a criação de nova modalidade licitatória estendendo sua aplicação aos Estados, Municípios e Distrito Federal.

É verdade que a introdução do pregão envolveu um projeto de alteração geral da legislação sobre licitações. Tratou-se de substituir a disciplina tradicional da Lei 8.666 por instrumentos licitatórios mais ágeis e rápidos. [...] É essencial insistir, no entanto, que a Lei 10.520 não revogou a Lei 8.666/93. A Lei nº 8.666 veiculou normas gerais sobre licitações e contratações administrativas, inclusive em relação ao pregão. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 16).

Assim, em meio a diversas questões legislativas, sem ferir o art. 22 da Constituição, a Lei 10.520/02, originada de uma Medida Provisória, surge para suprir a necessidade da Administração Pública, sem ferir a norma geral das licitações, ao contrário, tendo com esta um convívio normativo harmônico e extensivo.

3 OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DAS LICITAÇÕES

Antes de adentrar na seara dos princípios, é importante conceituar Administração Pública, uma vez que licitações já foram conceituadas em capítulo anterior.

3.1 Administração pública

O conceito de Administração Pública é amplo, possui aspectos subjetivos e objetivos, e possui sua estrutura a partir do próprio Estado, aqui tratado conforme a conceituação de Estado de Direito:

Como Ente personalizado, o Estado tanto pode atuar no campo de Direito Público como no do Direito Privado, mantendo sempre sua única personalidade de Direito Público. Esse é o Estado de Direito, ou seja, O Estado organizado e obediente às suas próprias leis. (MEIRELLES, 2010, p. 61).

Tal observação é necessária, pois a Administração Pública está essencialmente interligada aos elementos e poderes do Estado, este por sua vez, possui um governo, que conduz a política estatal e também vai compor o conceito de Administração Pública.

Para Di Pietro (2012), a Administração Pública é abrangente a todos quanto são atribuídas funções constitucionais, com preponderância do Poder Executivo, ao qual pertence o Chefe de Estado, cujas ações são voltadas ao bem-estar coletivo. Em linhas gerais, embora haja uma ou outra variação conceitual, doutrinariamente não haverá profundas divergências sobre a relação Estado-Governo-Administração Pública.

Administração Pública – Em sentido formal é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. (MEIRELLES, 2010, p. 66).

Observa-se que o próprio conceito de administração pública, já demonstra um preceito constitucional que é a superioridade do Estado em detrimento aos direitos individuais, objetivando a coletividade.

3.2 Princípios

A própria palavra princípio já remete à ideia de origem. No ordenamento pátrio, possui validade normativa, por ser concebida a partir do poder originário. A Carta Magna de 1988, ao enunciar reiteradamente os princípios, elevam-no à qualidade de vetores normativos para a solução de conflitos e arcabouço para a interpretação no caso concreto.

1.Princípio é o mandamento nuclear do sistema espargindo sua força por todos os escaninhos da Constituição. Alicerce, pedra de toque, disposição fundamental, seja qual for o adjetivo que se prefira usar, ele compõe o espírito da lógica e da racionalidade que preside o sistema jurídico positivo. [...] Princípio constitucional é o enunciado lógico que serve de vetor para soluções interpretativas. [...] Demais disso, se, pelo que se está dizendo, normas e princípios colocam-se num denominador comum, em virtude de integrarem uma mesma fonte de origem – A constituição – não há porque fazer escalonamentos, porquanto ambos são cânones hermenêuticos, que expressam enunciados legislativos, precisamente para possibilitar o desenvolvimento, a integração e a complementação dos vazios normativos. (BULOS, 2009, p. 72-73).

Os princípios que norteiam a dinâmica da Administração Pública estão elencados no próprio texto constitucional em seu art. 37 (BRASIL, 1988), e interliga-se diretamente à gestão do Estado e seus poderes constituídos. Isto porque, primordialmente, há a primazia do Direito Administrativo sobre o Direito Privado, pois ao Estado é tutelado o bem-estar da coletividade em detrimento dos interesses particulares. Por esta maneira os princípios norteadores da Administração são tão importantes, pois vinculam o Estado à sua observância, ao praticar os atos administrativos. (DI PIETRO, 2014).

No atual ordenamento jurídico, os princípios possuem força normativa, que não só suprem lacunas, mas também auxiliam na tomada de decisões, tanto dos operadores do direito quanto dos gestores públicos. Elencados no *caput* do artigo 37 da Carta Magna (BRASIL, 1988), cujo verbo imperativo faz com que seja um preceito a ser seguido. São eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

São, portanto, os pilares da Administração Pública. Outros princípios são elencados nas diversas normas gerais, porém descendem dos previstos na *Lex Mater*.

Os princípios básicos da administração pública estão consubstanciados em doze regras de observância permanente e obrigatória para o bom

administrador e na interpretação do Direito Administrativo: legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público. (MEIRELLES, 2010, p. 66).

Deve-se considerar, portanto, que diferentemente de outros ramos do direito, o Administrativo não possui um código específico. A própria Constituição é sua norma central a qual advém, além das separações e definição dos poderes, todas as atribuições dos entes e agentes públicos, organização financeira da máquina estatal e todas as competências dos poderes executivo, legislativo, judiciário, como se observa entre os arts.18 ao 169 (BRASIL, 1988).

Especificamente o artigo 22, XXVII, institui a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitações para os Entes Federados, a administração direta e indireta, à exceção de empresas públicas e sociedade de economia mista que após a EC nº19/98 (BRASIL, 1998) passaram a possuir legislação específica devido à natureza e finalidade.

Portanto, uma vez que as licitações públicas possuem limites e possibilidades, buscando-se sempre a proposta mais vantajosa para a Administração, abstendo-se aos preceitos legais elencadas na norma geral ou Lei 8.666/93, institui-se também princípios específicos para as licitações públicas:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL, 1993, p. 3).

Os princípios licitatórios além de incluir os constitucionais, abrangem todas e quaisquer modalidades que possam ser aplicadas, inclusive o pregão, já que embora não possua artigo específico alusivo a eles, utiliza compulsoriamente a norma geral subsidiariamente. A partir daí, Tolosa Filho (2003) esclarece:

Portanto, a realização de licitação na modalidade de pregão deve observar todos os princípios que regem o ato administrativo em geral e os seus requisitos, além dos princípios próprios do procedimento licitatório, sem prejuízo da celeridade, que por si só não pode justificar o sacrifício desses princípios. (TOLOSA FILHO, 2003, p. 16).

Por se tratar de um conjunto de atos administrativos, a licitação na modalidade pregão, não se esquivava de nenhuma premissa inerente aos processos administrativos, principalmente aos princípios, que os norteia.

3.3 As modalidades licitatórias

As modalidades de licitatórias previstas na norma geral são:

- a) convite;
- b) tomada de preço;
- c) concorrência;
- d) leilão; e
- e) concurso.

Essas duas últimas com peculiaridades que serão explicadas adiante. E mais recentemente, a partir da Lei 10.520/02 (BRASIL, 2002) e tema do presente estudo: o pregão. Todas, no entanto, regem-se pelos princípios basilares da administração pública.

Na norma geral, via de regra, as licitações eram realizadas, principalmente, devido ao valor estimado do bem, obra ou serviço a ser contratado, mesmo nas do tipo técnica e preço ou melhor técnica, seguiam tal definição. Assim, o procedimento se dava da seguinte forma conforme a modalidade:

- a) convite: é realizado para contratos estimados acima de oito mil reais até o limite de oitenta mil para serviços e bens e entre quinze mil e cento e cinquenta mil para obras e serviços de engenharia. A particularidade é que são necessários o mínimo de três participantes aptos a concorrer, cadastrados ou não, e que podem ser previamente convidados pela administração a participar do certame;
- b) tomada de preços: para contratos de bens e serviços até o limite de seiscentos e cinquenta mil reais e até o limite de um milhão e meio de reais para obras e serviços de engenharia. Exige-se para a participação cadastro prévio dos interessados e não há limite mínimo de participação;
- c) concorrência: Geralmente utilizada para as aquisições e obras de maior vulto, sendo acima de seiscentos e cinquenta mil para aquisição de bens e serviços

e acima de um milhão e meio para obras e serviços de engenharia. Podem participar da concorrência quaisquer interessados que atendam às exigências do edital. Não há a necessidade por lei de cadastro prévio, a menos que o instrumento convocatório - edital, assim o exija. Nesta modalidade também é possível fazer por registro de preços, que consiste em dar ao licitante vencedor o direito de preferência na contratação, substituindo o instrumento contratual por uma ata de expectativa de contratação.

As particularidades das outras duas modalidades da Lei 8.666/93 devem-se à forma de contratação, no leilão ocorre à venda de bens inservíveis à Administração, e o concurso se dá na premiação onerosa, remunerada ou não, de vencedores que concorreram com trabalhos artísticos, técnicos ou científicos, conforme regras preestabelecidas em edital. No entanto, estas duas estão previstas na lei de licitações, por estabelecerem vínculo contratual com a administração, e a regra para tais contratações é a própria licitação.

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. (BRASIL, 2013, p. 2)

Entretanto, devem-se distinguir as contratações, que embora sigam as formalidades da Lei 8.666/93, são inexigíveis, dispensáveis ou dispensadas. Tratam-se das exceções previstas na lei, possuem características muito particulares e estão elencadas nos arts. 24 a 26 da Lei 8.666/93. Embora haja essa exceção legal, os ritos administrativos para as contratações públicas seguem inalterados. (BRASIL, 2013).

4 A CONCEPÇÃO JURÍDICA DA MODALIDADE PREGÃO

Apesar da Lei de licitações e contratos administrativos ser bastante completa, com a necessidade da modernização e desburocratização dos procedimentos, houve alterações procedimentais, como as diversas leis que alteraram seu texto original. Porém, por tratar-se de norma geral que subordina todos os entes da Federação, bem como a administração indireta à sua aplicação, traz em seu art. 22, vedação expressa de criação ou modificação de modalidades de licitação.

Art. 22. São modalidades de licitação:

I - concorrência;

II - tomada de preços;

III - convite;

IV - concurso;

V - leilão.

[...]

§ 8º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo[...] (BRASIL, 2013, p. 27).

O artigo citado conjugado com o art. 37 da Constituição da República, sobre a competência da União para legislar sobre a matéria, por se tratar de norma geral, criou algumas dificuldades jurídicas para se instituir norma distinta sobre licitações. O surgimento do pregão se deu através do instituto da Medida Provisória, que a princípio teve abrangência apenas no âmbito federal.

Tal medida, gerou polêmica no meio doutrinário, por envolver radical alteração na lei geral de licitações. Para possibilitar a edição da Lei 10.520/02 o Poder Executivo editou várias normas específicas através de Medidas Provisórias. Nesse sentido, Tolosa Filho (2003) afirma:

O Poder Executivo, novamente, se valeu da edição de Medida Provisória para disciplinar uma atividade da Administração Pública Federal, sem que a providência se revista de relevância e urgência, como preconizado pelo art. 62 da Constituição da República, usurpando a função própria do Poder Legislativo. Desta vez, a “legislação executiva”, materializada pela Medida Provisória nº 2.026, de 04 de Maio de 2000, introduz uma nova modalidade de licitação, o pregão, [...] Em não alterando a Lei Federal nº 8.666/93, a Lei 10.520/2002 tem vida própria, utilizando-se do Estatuto das Licitações, subsidiariamente. (TOLOSA FILHO, 2003, p. 1).

Após tal artifício executivo para viabilizar uma nova modalidade de licitação, apesar da vedação expressa, há na doutrina, o receio de que tal e qual ocorreu com as antigas leis alusivas às licitações, a regulamentação constitucional consolidada na Lei 8.666/93, possa a vir a sofrer tantas modificações, que o seu texto original, perca

seu viés normativo, passando a nortear tão somente princípios, perdendo a materialidade fática.

O receio tem razão de ser, afinal foi o que ocorreu durante o processo de concepção do pregão, ainda que, por impedimentos legais, a Lei 8.666/93 não fora derogada.

Isto posto, Justen Filho (2009), sustenta:

É verdade que a introdução do pregão envolveu um projeto de alteração geral da legislação sobre licitações. Tratou-se de substituir a disciplina tradicional da Lei 8.666/93 por instrumentos licitatórios mais ágeis e rápidos. Diante da impossibilidade material (por circunstâncias políticas) de produzir a substituição da Lei nº 8.666, a União passou a editar legislação específica e diferenciada, com a perspectiva de que, a médio e longo prazo, todas as licitações se subordinem aos novos modelos. [...] Em suma, pode-se esperar ao longo do tempo, a Lei 8.666 torne-se um diploma cuja única utilidade normativa será a veiculação de princípios gerais. A disciplina concreta será efetivada por meio de diplomas específicos. E um papel fundamental caberá à figura do pregão. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 16).

No entanto, apesar das modificações aplicadas à legislação, ou quaisquer outras alterações feitas no instituto das licitações, a lei geral, seja qual for, não deixará de ser aplicada. Justen Filho (2009) ensina que estão contidas na Lei 8.666/93 os princípios e as formalidades a serem observadas, e como a Lei 10.520/02 pode suscitar dúvidas, e como a administração não tem legitimidade de interpretar a seu bel prazer, há que se recorrer sempre à norma geral. Assim “a correta aplicação do pregão pressupõe, então, o conhecimento aprofundado da Lei 8.666” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 17). Ademais, a Lei 8.666/93 possui os recursos necessários para a solução de conflitos que ora possam existir.

4.1 Conceito e rito procedimental

Superadas as questões normativas para a criação da modalidade pregão, assunto central do presente estudo, bem como as questões principiológicas atinentes ao tema, tem-se que o conceito e o rito, são bem mais simples e menos polêmicos.

Pregão é modalidade licitatória que se juntou às demais modalidades preexistentes no ordenamento jurídico pátrio (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão), tendo como finalidade precípua incrementar a competitividade e a agilidade nas contratações públicas, possuindo como pedra angular a aquisição de bens comuns e a contratação de serviços comuns (BITTENCOURT, 2012, p. 23).

Um dos diferenciais desta modalidade, é que ela é apenas do tipo menor preço e

para bens e serviços comuns. Um dos principais procedimentos e responsáveis pelo bom resultado é o Termo de Referência, que é uma pesquisa de preços que deve condizer exatamente com a realidade do mercado. E como enfatiza Justen Filho (2009) proceduralmente, possui uma fase específica, a de lances, que antecede a fase de habilitação elencada nas normas gerais de licitações. Essa fase é a da disputa em si, uma vez que proporciona um embate direto entre os participantes no oferecimento do melhor preço. Tal procedimento alcança a finalidade da proposta mais vantajosa para a Administração.

5 EFICÁCIA DO PREGÃO DENTRE AS DEMAIS MODALIDADES LICITATÓRIAS

O pregão possui a característica de modalidade, por se tratar de aquisição de bens e serviços comuns, não sendo necessário limites pecuniários para a sua realização, desde que oferecido o menor preço e por possuir uma fase específica de lances, que se diferencia radicalmente das demais, por anteceder a fase de habilitação. Neste sentido, há uma importante característica, comum às demais modalidades citadas: todas convergem para um contrato formal e solene com a Administração Pública. Daí a importância principiológica e, o rigor cada dia crescente, do controle na aplicação normativa e procedimental, como bem explana Justen Filho (2009).

O pregão é uma modalidade de licitação. Isso significa que se trata de uma espécie de procedimento licitatório dotado de características próprias e diferenciadas. Existe uma ordem predeterminada de formalidades a serem observadas e uma estrutura normativa própria e diferenciada. O pregão diferencia-se de outras modalidades de licitação em virtude dessa estrutura procedimental, a qual não comporta alterações e inovações, senão nos limites facultados na lei e nas condições previstas no ato convocatório da licitação. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 9).

O pregão possui características muito próprias e peculiares. Por isso é atualmente a modalidade mais utilizada. Dentre as inovações do procedimento está a inversão de fases, a criação de uma fase intermediária que é a fase de lances e o principal ponto, para conseguir o melhor preço, há de ser utilizado tão somente para materiais e serviços comuns.

O grande desafio ainda enfrentado pelos gestores e doutrinadores, é exatamente a definição fática do objeto como sendo comum. Tolosa Filho (2003) define objeto comum como aquele cuja descrição é simples e não obsta de dificuldades de encontrar no mercado. Vale-se do Decreto 4.150 /1962, para tal definição, cujos ditames remetem à normatização estabelecida pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). No entanto, conforme assevera Justen Filho (2009) que o conceito jurídico é extremamente vago e nebuloso, por tratar-se de extrema generalidade, podendo induzir o administrador a erro. Porém, na maior parte dos casos, tal expressão reveste-se de certeza positiva. “logo a utilização do pregão deve ser reservada para as hipóteses em que não há controvérsia lógica”. JUSTEN FILHO, 2009, p. 35).

Na seara legislativa, vários Decretos tentaram suprimir tais lacunas, como o Decreto 3.555/00 (BRASIL, 2000) que trazia em seu anexo segundo um rol de objetos considerados comuns, o Decreto 5.450/05 (BRASIL, 2005) e por fim o Decreto 7.174/2010 (BRASIL, 2010) que inovou ao revogar o rol, e utilizar tão somente o termo genérico da Lei 10.520/02.

Hoje inexistindo o rol, a averiguação quanto a ser ou não um bem ou serviço comum será respaldada na avaliação do agente responsável, quando verificará se o objeto pretendido se enquadra em padrões de desempenho e qualidade passíveis de definição objetiva no instrumento convocatório da licitação, por intermédio de especificações usuais praticadas no mercado. (BITTENCOURT, 2012, p. 55).

No entanto, na dúvida, seja por motivos de complexidade de descrição ou pela dificuldade de oferta pelo mercado, a opção mais segura é a escolha por modalidade licitatória distinta, a fim de evitar vícios processuais.

5.1 O pregoeiro e sua equipe

Um processo licitatório eficiente e eficaz, faz-se necessários indicar os agentes que processarão os atos administrativos, e levarão a termo uma contratação vantajosa para a administração pública. Nas licitações comuns teremos a Comissão Permanente de Licitações e nos pregões os pregoeiros e sua equipe de apoio.

A constituição da Comissão Permanente de Licitação está prevista no artigo 51 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), deve ser formada de no mínimo três membros, sendo dois servidores de carreira e possui a responsabilidade de processar todos os atos administrativos da licitação.

Já a previsão legal para a designação do pregoeiro e sua equipe de apoio está no art. 3º da Lei 10.520/02 (BRASIL, 2002). Diferentemente da CPL em que todos são responsáveis pelo processo, no pregão a responsabilidade é do pregoeiro, que tem o poder decisório sobre os procedimentos e principalmente por ser dele a responsabilidade de conduzir a principal fase do pregão que é a fase de lances. A autoridade competente deverá designar dentre os servidores, o pregoeiro e a equipe de apoio.

A equipe de apoio deverá, por sua vez, dar todo o suporte necessário ao pregoeiro,

para que possa tomar as melhores decisões e garantir que o certame atinja a sua finalidade que é a proposta mais vantajosa para a administração, escoimadas na legalidade, eficiência e celeridade, uma vez que, por ser um processo ágil, todas as decisões, geralmente, são tomadas no ato da sessão pública.

No pregão, a comissão de licitação é substituída por um único servidor, a quem incumbe conduzir formalmente o certame. Essa opção legislativa deve ser interpretada em termos. Afigura-se como indispensável que o pregoeiro seja assessorado por outros servidores, inclusive para fornecer subsídios e informações relevantes. Mas os atos administrativos serão formalmente imputados ao pregoeiro, ao qual incumbirá formalizar as decisões e por elas responder. [...] Deverá cogitar-se tanto de suporte material como técnico jurídico, possibilitando a rápida solução dos incidentes e o exaurimento imediato de todas as etapas. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 107).

Observa-se que os servidores, devem ser altamente qualificados e instruídos, tamanha a responsabilidade que lhes é conferida em tal ato administrativo. Não só em observar e processar todas as formalidades do procedimento, mas principalmente por serem os representantes diretos da Administração na utilização dos recursos públicos.

6 FASES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

A regra geral trazida pela Lei 8.666/93 é que quaisquer procedimentos licitatórios possuem fases interna e externa.

6.1 Fase interna

A fase interna, ocorre com a requisição formal do gestor ou autoridade competente do órgão, ordenando a instauração do procedimento licitatório. Daí em diante o responsável pelos procedimentos de compras e serviços começarão a delinear o processo, observando-se o valor e a complexidade do objeto para a definição da modalidade. Trata-se, portanto, de ato administrativo (JUSTEN FILHO, 2009)

Ressalta-se que jurisprudencialmente existe uma relatividade compulsória para o uso do pregão, principalmente quando os recursos são oriundos da União. Não se trata de mitigar o poder discricionário do gestor ou autoridade competente, ao decidir-se sobre a modalidade a ser utilizada, no entanto, ao ser aplicada modalidade distinta, tal decisão deverá ser devidamente justificada dentro do processo, conforme determinação expressa nos Decretos 5.450/05 e 5.504/05 que regulamentam e estabelecem a prioridade na utilização do pregão. Nesse sentido, Tolosa Filho (2003) assinala:

A utilização do pregão, como modalidade de licitação, não se reveste de caráter obrigatório, mas gravita na órbita do poder discricionário do administrador público [...]. Portanto, atribui à modalidade de pregão prioridade para a contratação de bens e serviços de natureza comum, e não obrigatoriedade, devendo o administrador público justificar a escolha de outra modalidade de licitação. (TOLOSA FILHO, 2003, p. 6-7).

Após a análise minuciosa da modalidade que trará maior vantagem à administração, procede-se à confecção do edital, lembrando que desta etapa em diante, ingressam ao processo a figura do pregoeiro e sua equipe de apoio ou da comissão permanente de licitação, formalmente designados pelo gestor, para o processamento do certame.

O edital é a regra específica do certame. Na conceituação de Tolosa Filho (2003, p. 31) “O edital é chamado de “lei interna do procedimento licitatório”, pois, tanto a

administração que o elaborou quanto os licitantes se subordinam integralmente aos seus termos”. Ou seja, além de possuir todos os requisitos básicos previstos nas leis regentes, trata meticulosamente do objeto a ser contratado as previsões e implicações contratuais e as partes são submetem-se ao princípio da vinculação ao ato convocatório.

Após esta etapa, o edital é publicado, respeitando-se os prazos de cada modalidade. No caso do pregão a publicidade oficial deverá ser de no mínimo oito dias. Até esse momento, o procedimento padrão para qualquer modalidade, denominada de fase interna. Ressaltado que no pregão, um dos anexos obrigatórios do edital é o termo de referência, juntamente com as demais peças que o compõe. O procedimento da fase interna das licitações, está descrito entre os arts. 38 a 42 da Lei 8.666/93, o qual Justen Filho (2009) esclarece:

A fase interna à Licitação envolve o cumprimento de formalidades essenciais e indispensáveis ao êxito do certame e à obtenção de contrato adequado e satisfatório. Não se passa diversamente no tocante ao pregão. Devem cumprir-se às exigências e os requisitos genéricos contidos na Lei 8.666, sem que o tema apresente maior peculiaridade quando se trata de um pregão. [...] O dispositivo impõe outra, de distinta natureza. Não apenas é obrigatório definir com precisão o objeto licitado, mas também estão vedadas exigências supérfluas ou excessivas, que reduzam indevidamente o universo dos licitantes. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 94-95)

Conclui-se, portanto, que a fase interna, é um trabalho minucioso e importante, pois é o momento em que são feitas todas as considerações e possibilidades, para se lançar uma licitação a público. Há de se observar o princípio da eficiência para que evitar vícios procedimentais, que podem prejudicar a celeridade do processo ou restringir a ampla participação dos interessados.

6.2 Fase externa

Ultrapassada a fase interna, tem-se que a fase externa se inicia quando o edital se torna de conhecimento público, através de publicação em imprensa oficial e em alguns casos, obrigatoriamente em jornal de grande circulação, quando determinado pela Lei 8.666/93. (BRASIL, 1993).

Uma vez público, o edital será também, passível de questionamentos e impugnações por parte dos interessados, sejam possíveis licitantes ou cidadãos. O

prazo de impugnação da, modalidades da Lei 8.666/93 art. 41 são cinco dias para o impugnante, salvo a modalidade convite que são três; e três dias para a resposta administrativa. No pregão, especificamente, devido a sua natureza célere, por não aplicar a norma geral, mas o que determina decreto de regulamentação.

A impugnação deverá ser protocolada até dois dias úteis antes da data fixada para o recebimento das propostas, nos termos do art. 12 do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 3.555/00, ficando a Administração obrigada a manifestar-se antes da data marcada para a abertura dos envelopes. (TOLOSA FILHO, 2003, p. 37).

No pregão, é importante que a participação seja ampla, pois quanto mais licitantes se interessarem, maior a transparência e a possibilidade de bons negócios para a administração, portanto, além de um edital muito bem elaborado, com pesquisas de mercado precisas e regras objetivas, é necessário também, que o pregoeiro tenha conhecimentos específicos para dirimir quaisquer questionamentos ou impugnações, em tempo hábil, pois essa modalidade exige rapidez e perspicácia. Ao contrário das demais, que possuem prazos dilatados.

Ultrapassado o prazo para manifestações a respeito do edital, vem a sessão pública, em que as propostas dos licitantes serão conhecidas e conferidas, bem como a documentação de habilitação elencada no art. 27 da Lei 8.666/93, quais sejam:

- a) habilitação jurídica: consiste em conhecer credenciar o licitante e seu representante legal, se for o caso, através de documentação oficial que identifique a empresa, contrato social e correlatos, e identidade e procuração para o representante. No caso de pregão eletrônico, é solicitado ao licitante cadastro prévio ao Sistema Unificado de Cadastro de Fornecedores (SICAF), que é gerenciado pelo Ministério de planejamento. No entanto, os documentos mais relevantes exigidos, são aqueles de regularidade fiscal e trabalhista, elencados no artigo 29 da norma geral, para garantir que as participantes estejam em dia com o fisco;
- b) qualificação técnica: documentação elencada no art. 30 da norma geral que demonstra que o fornecedor possui condições de acordo com o mercado, para fornecimento ou prestação do serviço objeto do edital. No pregão, essa documentação é a mais simplificada e objetiva o possível, devido às características quanto a objeto comum;

- c) qualificação econômico-financeira: documentação exigida ao licitante, para averiguar a saúde financeira da empresa, de forma a garantir que caso sagre-se vencedora no certame, consiga cumprir as obrigações contratuais e de execução ou fornecimento do objeto licitado. Essa é a regra geral elencada no art. 31 da Lei 8.666/93. E subsidiariamente utilizada no pregão;
- d) regularidade fiscal e trabalhista: consiste na apresentação das certidões e documentos comprobatórios da idoneidade da licitante junto ao fisco e aos órgãos da Administração, elencados no artigo 28 da norma geral. As ressalvas quanto à apresentação de tais documentos verificar-se-á em leis complementares, que serão apresentadas em capítulo próprio;

Por fim a declaração de que a licitante não emprega menores, salvo em casos permitidos por lei específica. Visa garantir os direitos das crianças e adolescentes elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), bem como coibir abusos. Esta é uma previsão do art. 7º da CR/88, e inserida da norma geral. É indispensável quando da habilitação para todas as modalidades.

Após a fase habilitatória, em que todos os documentos foram devidamente analisados pela comissão ou pelo pregoeiro quanto à autenticidade e validade, abre-se prazo recursal, cada modalidade possui prazo distinto, determinado pela lei geral, e após, em caso de recurso por algum interessado, que tanto pode ser licitante ou o cidadão comum, é aberto aos licitantes o prazo para suas contrarrazões. Superada esta etapa a Comissão de licitações decide motivadamente a respeito. A decisão proferida é encaminhada à autoridade competente, que pode tanto ratificar a decisão da comissão como reformá-la. Motivadamente, o processo pode ser adjudicado e homologado, ordenando-se a contratação, ou podem ser deferidos os recursos, e o certame ser republicada com as alterações necessárias, seguindo-se os mesmos prazos de publicação e marcada nova sessão. Esse é o rito da norma geral, utilizado nas modalidades descritas na Lei 8.666/93. (BRASIL, 1993).

Embora a exigência de documentos seja o mesmo para o pregão, há profunda alteração no rito procedimental. Nas próprias modalidades tradicionais, houve mudança em relação a apresentação de alguns documentos na fase habilitatória, por força das Leis Complementares 123/06 e 147/14, que estabelecem tratamento

diferenciado às Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPPs).

Na análise da fase de habilitação, a comissão julgadora da licitação ou o pregoeiro, na hipótese de que a primeira classificada tenha direito ao privilégio estabelecido pela LC 123/06, por ser microempresa ou empresa de pequeno porte, deverá conceder o prazo de cinco dias úteis (LC123/06, art. 42, §1º, teve a redação alterada pela LC 147/14) prorrogável a critério da Administração por igual período (apenas uma vez), para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de negativas. (TOLOSA FILHO, 2003, p. 232).

Conforme observado, o tratamento diferenciado é apenas para documentos fiscais, aqueles que geram obrigações onerosas junto ao erário. A Certidão Negativa de Débitos (CND) trabalhista, não é um documento fiscal, portanto, tal exceção não a abrange. Ao final desta fase abre prazos para possíveis recursos, em não havendo, passar-se-á para a abertura dos envelopes contendo as propostas comerciais.

As propostas serão analisadas conforme as exigências editalícias e será classificada aquela em que melhor atender à administração, ressaltando, que tanto o licitante quanto a administração, se vinculam ao estritamente exigido no edital, não sendo permitidas ofertas estranhas às normas do certame. Ao final, abre-se prazo para recursos e em não havendo, será o processo encaminhado para a autoridade competente adjudicar e homologar. A partir daí será celebrado o contrato com o vencedor.

Classificadas as propostas, está encerrada a missão da comissão de julgamento de licitação, restando, submeter à autoridade superior para a homologação do procedimento licitatório e adjudicação do objeto ao primeiro classificado, justificando que o objeto atende às especificações e que o preço é compatível com o mercado, à vista da pesquisa prévia. (TOLOSA FILHO, 2014, p. 264).

O fechamento das fases externas e internas, convergem ao princípio da eficiência, pois, será quando o gestor ratificará todos os atos dos servidores envolvidos, para motivadamente, celebrar o contrato administrativo.

Quanto aos recursos administrativos, seguem a exegese da norma geral:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

- a) habilitação ou inabilitação do licitante;
- b) julgamento das propostas;
- c) anulação ou revogação da licitação;

[...]

§ 2º O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

§ 3º Interposto, o recurso será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 4º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.

§ 5º Nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado.

§ 6º Em se tratando de licitações efetuadas na modalidade de "carta convite" os prazos estabelecidos nos incisos I e II e no parágrafo 3º deste artigo serão de dois dias. (BRASIL, 2013, p. 95-97).

Cabe observar, os recursos administrativos elencados na Lei 8.666/93, possuem prazos extensos, têm efeito suspensivo, e podem ser interpostos em diversos momentos durante o certame. O mesmo também ocorre com os prazos de impugnação, desta feita, um processo que tenha um recurso interposto e acolhido, será muito demorado, o que poderá causar transtornos à administração.

No pregão a mais radical é a inversão de fases, além da criação da fase de lances a ser tratada por oportuno. Conforme Justen Filho (2009) embora motivo de controvérsias, o exame de admissibilidade da habilitação apenas ao final do certame, é em verdade, o que deveria ser a lógica de qualquer procedimento licitatório, pois analisa-se apenas a documentação do classificado em primeiro lugar. Destaca-se também em relação aos recursos que além de prazos reduzidos e inova sobre o efeito suspensivo.

7 INVERSÃO DE FASES E DEMAIS INOVAÇÕES DO PREGÃO

Nas licitações elencadas na norma geral, cujas modalidades visam a proposta mais vantajosa no quesito preço, quais sejam: convite, tomada de preço e concorrência, na sessão pública, são processados pela CPL os envelopes dos participantes contendo documentação e proposta. Essa será a ordem de abertura, conforme o rito já abordado.

7.1 Inversão de fases

A inversão de fases e a fase intermediária de lances, foram primordiais para os resultados positivos trazidos à Administração em todas as esferas. Segundo Justen Filho (2009) a inversão de fases está dentre as mais modernas e eficazes mudanças procedimentais em matéria de licitações públicas. A fase habilitatória no pregão, é fase conclusiva e os documentos apreciados serão tão somente dos vencedores.

Na modalidade de pregão, a habilitação é posterior à de classificação das propostas, e somente da empresa classificada em primeiro lugar. Se a empresa não for habilitada, serão analisadas as das demais na ordem de classificação. (TOLOSA FILHO, 2003, p. 27).

A sistemática do chamamento dos outros colocados tem razão de ser, pois diferente das demais modalidades, em que a proposta escrita é praticamente imutável, uma vez que seja chamado um segundo colocado, o pregoeiro pode e deve negociar com ele para tentar ao menos cobrir o preço do primeiro colocado, inabilitado.

Além dessa alteração, outra significativa é a fase de lances. No entanto, para que o licitante possa participar da disputa pela melhor oferta, é imperativo que ele esteja devidamente credenciado do contrário, sua proposta não será impedida de participar da disputa, porém, o representante não credenciado, ficará impedido de dar lances. Assevera Justen Filho (2014, p. 215) “As licitantes que não se fizerem representar não serão alijadas do certame, mas ficam impedidas de formular lances verbais e de exercer do direito de recorrer das decisões prolatadas pelo pregoeiro.”

Portanto, não há a obrigatoriedade do credenciamento para a participação do certame, porém a licitante ficará limitada tão somente à apresentação da proposta

comercial e em caso de ainda assim o licitante sagrar-se vencedor, da habilitação jurídica, motivar um recurso na sessão pública.

No pregão eletrônico, embora a maioria dos editais faça a exigência de cadastro prévio no SICAF ou comprovação de cadastro em outro órgão da administração, há nesta prática, uma ressalva, se o documento de credenciamento não é obrigatório por lei, para a participação da fase de lances, como a Administração irá se proteger de um licitante virtual? Infelizmente, é uma lacuna, que eiva de vícios diversos processos eletrônicos e pode trazer diversos problemas, inclusive frustrar a licitação com empresas fictas. Justen Filho (2009) ilustra tal situação, ao abordar a gravidade gerada por essa falta de prerrogativa nos vários decretos regulamentadores do pregão eletrônico, pois ao fazer tal exigência estará contrariando a lei do pregão a 10.520/02, e em não credenciar os licitantes poderá trazer prejuízos ao erário, além de todo o transtorno processual, contrariando os princípios da celeridade e eficiência. Ainda segundo o autor, seria necessário um regulamento específico para os provedores do pregão eletrônico, a fim de normatizar o credenciamento eletrônico.

Daí não se pode extrair obrigatoriedade de cadastramento prévio (no SICAF ou outro cadastro) como condição para participar do certame. Tal imposição, apenas poderia resultar de dispositivo legal e não decorre da natureza do pregão eletrônico. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 299).

Interessante observar, que durante a pesquisa, ao analisar os ritos e formalidades, ocorre sempre a convergência aos procedimentos do pregão presencial. Isto porque, além do pregão eletrônico ser regulamentado por uma série de decretos que mudam constantemente, e conforme o exposto, possui muitas lacunas ainda não superadas, a Lei 10.520/02, faz referência quase sempre ao pregão comum. O próprio legislador ao redigir a lei, fez o texto voltado à sessão pública e presencial, conforme pontua Melo (2015).

A lei 10.520/02 não trata do pregão eletrônico. Todavia, nesta lei se encontra o fundamento de validade para a sua corporificação. Apesar de a regulação do pregão eletrônico ter sido feita por ato normativo subalterno (decreto ou instrumento jurídico que o valha), os institutos fundamentais e princípios do instituto pregão expressos na Lei 10.520/02 também se aplicam a ele. [...] compete ao Chefe do Executivo editar decretos. O art.84, IV da CF/88 dispõe[...] Atualmente, há o Decreto Federal 5.450/05 regulamentando o pregão eletrônico. Todavia, este decreto, por ser federal, só tem aplicação no âmbito de competência do Chefe do executivo. (MELO, 2015)

Tendo a Lei 10.520/02 se firmado no ordenamento e não possuir tantas lacunas, os próprios doutrinadores, escrevem e interpretam conforme o texto da Lei. Mesmo porque os decretos possuem muitas questões normativas a elucidar.

7.2 Fase de lances

Outra importante inovação do pregão, é a fase de lances, essa menos polêmica que o credenciamento, embora seja de certa forma, dependente deste. É na fase de lances que o pregoeiro tem a responsabilidade de portar-se como um negociador. É o ponto ápice do pregão. Os licitantes disputarão entre si, e cabe ao pregoeiro observar, não só se a disputa está trazendo vantagens para a administração, mas também, deverá ele coibir possíveis abusos, intervir quando necessário, para que a disputa não descambe para um preço inexecuível, ou seja, muito abaixo do preço de mercado, e nem que fique muito acima. (TOLOSA FILHO, 2003). Além do termo de referência bem elaborado, a Lei 10.520/02 em seu art. 4º dá ao pregoeiro a prerrogativa de classificar as propostas com valor até 10% superiores à menor proposta escrita apresentada, quando há mais de três licitantes participando.

Entendemos, numa interpretação teleológica, que o procedimento deve perseguir a forma constante na redação original da medida provisória, devendo clareá-lo os editais.

Dessa forma, ocorrendo o preceituado, o pregoeiro classificará as três melhores propostas subsequentes, independentemente de percentuais de diferença da primeira, para que seus autores ofereçam lances verbais e sucessivos. (BITTENCOURT, 2012, p. 158).

É certo que a finalidade crucial do pregão é ampliar a disputa e não restringi-la. Contudo, esse entendimento é importante para manter os valores dentro do planejamento de despesa estimada pela administração, com aquele objeto.

No pregão eletrônico, existem duas peculiaridades bastante controversas entre os doutrinadores, uma é que os lances não necessitam ser decrescentes entre os competidores. O licitante pode cobrir o próprio lance, ainda que haja lance menor de outro participante. Outra questão é em relação ao tempo randômico, um período existente entre o horário de encerramento da sessão e o bloqueio do sistema do provedor para a possibilidade de lances. Na literatura específica, observa-se que os doutrinadores criticam esse tempo por ferir o princípio da igualdade de condições na licitação. Não obstante, relacionado ao sistema de lances eletrônicos, tem surgido

uma prática muito comum que é a utilização de softwares para dar lances automaticamente, sem a menor chance para o licitante que está digitando o texto no teclado. Assim, Vasconcellos (2015) observa:

A cada oferta dada por um concorrente, os robôs dão lances mais baixos em menos de um segundo – uma pessoa demora seis segundos até o encerramento do pregão ou até o limite de preço definido pelo usuário.[...] Desde 2007 micro e pequenas empresas têm preferência nas compras governamentais. [...] Governo reconhece que *software* fere isonomia entre empresas. (VASCONCELLOS, 2015)

Resta demonstrado até o momento, que apesar de ser o pregão eletrônico o mais usado no âmbito da União, pelos órgãos da Administração Federal, a questão normativa, é extremamente inconsistente, por equívocos legislativos reiterados. Até o seu surgimento em 2000 até hoje foram diversos decretos regulamentadores, e nem assim a lacuna provocada por vício de concepção conseguiu ser sanada.

Ao discorrer sobre o assunto em questão Justen Filho (2009) expõe:

A disciplina do pregão comum consta não apenas dos regulamentos, mas está prevista na Lei 10.520. As inovações atinentes ao pregão eletrônico, no entanto, estão consagradas exclusivamente em nível regulamentar. Rigorosamente, o pregão eletrônico está eivado de vícios insanáveis, eis que o regulamento introduziu alterações na Lei nº 10.520. No entanto, existe uma situação fática consolidada. Todos os órgãos estatais, inclusive os do Poder Judiciário, praticam o pregão eletrônico, o que torna implausível a pronúncia do defeito. Esse argumento não afasta, no entanto, o defeito. Sob o enfoque constitucional, o pregão eletrônico somente poderia ser praticado em termos estritamente conformes com a Lei 10.520. E isso não ocorre, gerando dificuldades [...] (JUSTEN FILHO, 2009, p. 15).

O pregão eletrônico, pode até ser mais prático no sentido do não confronto direto com licitantes e uma situação mais confortável para dirimir esclarecimentos durante a sessão on-line. Resta saber se vale a pena investir alto em sistema da tecnologia para implantar uma modalidade maculada, que podem trazer inúmeros problemas devido à falta de legitimidade jurídica. Na atual crise ética em que passa o país, não se pode considerar que os fins justificam os meios. Por esse motivo, o melhor caminho deve ser o da legalidade formal e material. A Lei 10.520/02 é a que melhor cumpre a legislativa, e se ambas trazem os mesmos resultados práticos, não há porque declinar da licitude. (BRASIL, 2002).

7.3 Fase recursal

Pode parecer paradoxal, uma modalidade licitatória, que ao invés de duas, possui

três fases e ainda assim, consegue ser infinitamente mais célere que as demais. A inversão de fase auxilia, sem dúvidas, mas não faz muita diferença quando são muitos itens a serem licitados. Porém, a fase recursal, demonstra faticamente que nem tudo precisa ser moroso em questões de processos administrativos. (JUSTEN FILHO, 2009)

A diferença básica, deve-se ao fato de que o licitante deverá manifestar o interesse de interposição de recurso ao final da sessão pública. Deverá fazê-lo formalmente e motivadamente ao pregoeiro, sob pena de preclusão. É importante observar, que ao contrário do que enuncia a Lei 8.666/93, em que os recursos podem ser interpostos em qualquer fase, no pregão, só pode ser requerido ao final de tudo e não tem efeito suspensivo absoluto. Apenas os atos insuscetíveis de aproveitamento aguardarão a decisão recursal por parte da autoridade competente.

O modelo adotado não infringe os princípios jurídicos pertinentes, desde que respeitadas certas precauções. Determinar que os recursos serão interpostos ao final do procedimento não a suprimir a garantia de impugnação dos atos administrativos não significa negativa dos direitos à ampla defesa ou ao contraditório. Equivale, tão somente, à concentração na etapa final do processo de todos os atos praticados anteriormente. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 205).

Quantos a dizer que o pregão fere o direito ao contraditório e ampla defesa, não há razão de ser, mesmo porque os prazos recursais, tendo em vista a celeridade do feito, não é aleatória, mas análoga ao prazo recursal da modalidade convite da norma geral. O prazo recursal está elencado no art. 4º XVIII da 10.520/02 (BRASIL, 2002) e é de três dias, sendo imediatamente dado conhecimento aos demais licitantes para as contrarrazões. Outra diferença, é que uma vez acolhido o recurso, o julgamento deve ser feito pela autoridade competente, diferente das outras modalidades em que a própria comissão decide.

8 A MODALIDADE PREGÃO COMO FERRAMENTA DE GESTÃO

O pregão presencial, comumente chamado de pregão comum, tem na Lei 10.520/02, artifícios que pressupõe maior segurança jurídica, enquanto que através do Decreto 3.555/00, o pregão eletrônico foi regulamentado, e a princípio utilizado apenas para os órgãos da administração federal. Conforme ensina Justen Filho (2009, p. 16) "as distinções de fundo entre pregão comum e eletrônica autorizam não apenas o reconhecimento da sobrevivência do pregão comum como, eventualmente, inclusive a preferência por ele em casos concretos."

As pesquisas em todas as fontes consultadas, não divergiram em relação à fática aplicação dos princípios constitucionais da administração pública e dos princípios elencados na norma geral das licitações. O pregão é deveras uma importante e moderna ferramenta para a gestão pública.

No entanto, em decorrência dos inegáveis benefícios de ordem econômica que essa modalidade comprovadamente tem proporcionado quer pela celeridade, quer pela facilidade operacional e redução de preços, não há justificativa plausível para que não seja adotada em razão dos princípios de moralidade, eficiência, razoabilidade e economicidade. (TOLOSA FILHO, 2014, p 200).

Embora haja críticas no arcabouço legislativo para a sua concepção, há de se admitir a assertiva prática na implantação da modalidade. Existem nuances e minúcias em relação, principalmente, sobre quais modalidades a serem adotadas. Haja vista que, a Administração Pública figura como a maior contratante, e por isso mesmo, necessita de instrumentos eficazes.

A Lei 10.520/02 é basicamente voltada ao pregão comum, e apenas cita em seus §1º e §2º a faculdade de se realizar o pregão por meio de tecnologia da informação (BRASIL, 2002). Ao contrário do Decreto 3.555/00 (BRASIL, 2000), que sujeita os entes a utilização compulsória da modalidade.

Por sua vez, e em atendimento a Lei 10.520/02, a maioria dos Municípios e diversos Estados da Federação, têm aplicado a lei do pregão comum. Como leciona Tolosa Filho (2014) a própria Lei 10.520/02 traz a exigência aos entes, para que regulamentem o uso do pregão através de Decreto. Assim, conforme a realidade

estrutural e regional, há a discricionariedade do gestor avaliar qual a melhor modalidade a ser utilizada.

A principal dificuldade enfrentada por tais entes, deve-se à falta de estrutura tecnológica, além de funcionários capacitados para a operação dentre outras. Contudo, essa dificuldade trouxe uma vantagem além da celeridade, uma maior possibilidade de fomento à economia local.

Pesquisa realizada pela Confederação Nacional dos Municípios, em 2010, com 2.780 municípios brasileiros, demonstrou que a maioria prefere utilizar o pregão nas suas contratações, e que o Pregão presencial é a modalidade mais utilizada (83%), uma vez que a forma eletrônica, devido a diversos fatores, principalmente a falta de estrutura tecnológica e inexistência de incentivo para a qualificação de servidores, ainda é vista com grande desconfiança. A situação não é muito diferente nos estados, notadamente os do norte, nordeste e centro-oeste. (BITTENCOURT, 2012, p. 24).

Nota-se que o pregão presencial é invariavelmente o mais utilizado, não só pela sua celeridade processual e economia aos cofres públicos, mas também pelas dificuldades encontradas por alguns entes a um acesso de qualidade à internet, e servidores notoriamente capacitados. Contudo, pelos resultados que traz, a adesão pelos gestores públicos corrobora a eficácia da modalidade.

9 AS LEIS COMPLEMENTARES DAS ME E EPPS E O DESENVOLVIMENTO LOCAL ATRAVÉS DO PREGÃO PRESENCIAL

O País passou por um momento de crescimento econômico, que atraiu diversas empresas e fez com que as grandes empresas expandissem suas atividades consideravelmente. No entanto, para incentivar o mercado interno e proporcionar maior competitividade para as micro e pequenas empresas, foram sancionadas duas Leis complementares a 123/06 (BRASIL, 2006) e a 147/14 (BRASIL, 2014), ou popularmente conhecidas como Lei das Microempresas.

Com o advento do pregão, estas empresas estavam perdendo espaço ao competir com as grandes corporações, por falta de condições fiscais e logísticas de disputar preço nas licitações públicas.

A lei trouxe então, benefícios para que estas empresas pudessem entrar nas disputas com mais isonomia em relação às empresas de maior faturamento. Na lei 123/06, veio a inovação sobre o empate com empresas distintas das Microempresa (ME) ou Empresa de Pequeno Porte (EPP). Em caso de proposta até 5% acima da melhor ofertada por empresa distinta, é será considerado empate e a ME ou EPP, gozarão de preferência na contratação. Ressalte-se que ocorrendo a licitação onde estejam presente apenas as microempresas, essa regra não ocorrerá. Tal regra está instituída no art. 44 da Lei 123/06 (BRASIL, 2006).

Outra inovação diz respeito à fase de habilitação, a Lei 123/06 elencava que se durante a sessão a ME ou EPP classificada, deixasse de apresentar algum documento fiscal ou o apresentasse vencido poderia apresenta-los em até dois dias úteis. A Lei 147/14 inovou ainda mais, a tornar a exigência da apresentação de tais documentos apenas no ato de assinatura do contrato.

Quando iniciou-se a aplicação da Lei em 2006, houve grande alvoroço doutrinário, a alegação era que tal medida feria os princípios da isonomia, da impessoalidade e da igualdade de condições. Porém, essa visão ortodoxa não prosperou, tendo em vista a natureza social da Carta Magna e o princípio da solidariedade, trazido ao direito comercial e administrativo na seara das licitações. Di Pietro (2014) acrescenta:

As exceções criadas em benefício das microempresas e empresas de pequeno porte não conflitam com o princípio da isonomia, tendo em vista que, no caso das microempresas e empresas de pequeno porte, o tratamento diferenciado resulta da própria situação desigual dessas empresas em relação a outras que não têm a mesma natureza e encontra fundamento nos artigos 170, IX, e 179 da Constituição Federal. O primeiro inclui entre os princípios gerais da ordem econômica o "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País"; o segundo determina que "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensem às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei"; por outras palavras, trata-se de tratar desigualmente os desiguais. (DI PIETRO, 2014, p. 384).

No entanto, trata-se de uma assertiva legislativa, preceituado na lei e na justiça cuja a máxima é tratar de forma igualitária os desiguais.

Outra nuance positiva da lei, diz respeito ao fomento da economia local, que conjugado com o pregão presencial, atrai fornecedores do próprio município e regiões próximas, por questões práticas e logísticas. O que não se vê no pregão eletrônico, que um fornecedor de uma região extrema do país, pode participar simultaneamente em pregões de diversas regiões do Brasil. Desta forma, muitas vezes sequer conhece a realidade da região em que está negociando. Muitas vezes pode tratar-se de recôncavos de difícil acesso, que colocará em risco, inclusive o fiel cumprimento contratual, pois tudo há de ser considerado ao lançar uma proposta de fornecimento ao ente público. Diferente é o empresário que conhece a realidade da região de onde vem o seu sustento.

A LC 123/06, conhecida como Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, [...] cumpre o seu papel ao estabelecer privilégios às microempresas e às empresas de pequeno porte com relação à demonstração de regularidade fiscal considerando que essas empresas prestam relevantes serviços à economia do País, principalmente na geração de empregos, (TOLOSA FILHO, 2014, p. 231).

O pequeno empresário, pelas dificuldades que encontra em seu dia a dia, possui maior cautela, pois cada contrato é de suma importância para a própria sobrevivência. Não se pode olvidar, que são essas as empresas que mais empregam no País, por esse motivo, geralmente não se lançam a aventuras mercadológicas.

10 O DESAFIO DA QUALIDADE FRENTE A OFERTA DE MENOR PREÇO

Indiferente da modalidade, um dos maiores desafios dos gestores públicos, sempre foi a questão da qualidade dos produtos e serviços adquiridos, em licitações da modalidade melhor preço.

Diferentemente do Direito Privado que em não havendo proibição legal expressa, os atos praticados não se tratarão de ilícitos, na administração pública é exatamente o contrário, o gestor está estritamente vinculado à lei e demais normas. Por essa razão, nas compras públicas não se pode exigir, fazer referência ou direcionar a compra para determinada marca ou fornecedor. (JUSTEN FILHO, 2009)

10.1 Auferir qualidade no pregão: um desafio

No pregão, essa situação se agrava consideravelmente, por se tratar de materiais e serviços comuns. Diferente de outras modalidades, as exigências precisam ser detalhadas. O instrumento processual mais importante para o pregoeiro, deve ser o Termo de Referência, não só por ser obrigatório, mas essencialmente, por ser ele que irá orientar o pregoeiro na fase de lance, o momento mais importante do certame. Esse documento deverá conter não só os preços reais de mercado, mas os principais elementos do objeto e da futura contratação. (TOLOSA FILHO, 2014)

É vedada a exigência de alguns documentos que atestem a técnica, salvo exceções quando em pequenos serviços de engenharia, em que não demande projetos complexos, possa ser pedido um registro do CREA do engenheiro responsável. A exigência de documentos alheios ao exigido por lei, não é pacificado na doutrina e jurisprudência, devido aos princípios da eficiência e proposta mais vantajosa à Administração pública.

No entanto, existe a questão das amostras que além de controverso no meio doutrinário, tem em maioria vedações pelos Tribunais e demais órgãos de controle. Já a diligência, é permitida, mas com parcimônia, mesmo porque nem todos os materiais e serviços são passíveis de verificação de qualidade através desse instituto, utilizado mais para documentação. (JUSTEN FILHO, 2009)

10.2 As possibilidades de sanções

Como já foi exposto, as sanções previstas na lei de pregão são bem mais pesadas, justamente pelo fato de ser uma modalidade muito voltada à boa fé objetiva daqueles que se propõe contratar com a administração pública, uma vez quebrado esse vínculo, é dever legal do gestor tomar as medidas cabíveis. Nesse contexto, Justen Filho (2009) acrescenta:

A seriedade dos licitantes e do particular contratado é essencial para o êxito do modelo da contratação administrativa. Essa questão se põe com maior intensidade ainda nos casos em que se opta por pregão. É que procedimento simplificado não comporta maior indagação acerca da idoneidade do licitante. Por isso mesmo, existe o risco de aventureiros lançarem-se em busca da contratação. É essencial a previsão precisa e determinada das sanções para tornar previsível, inquestionável e irreversível a punição a situações dessa ordem. [...] devem prever-se sanções não apenas para a fase de execução do contrato, mas inclusive para os licitantes, como condições de assegurar a seriedade do certame. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 106).

O artigo 4º da Lei 10.520/02 elenca os casos em que o licitante deve ser sancionado, mas em caso de aplicação, deve-se também reportar ao art. 87 da lei geral.

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no SICAF, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais. (BRASIL, 2013, p. 279).

A crítica feita pelos autores consultados, é em relação a não transcrever ou mesmo citar o artigo da lei geral nesse artigo, pois há possibilidades de alegações de falta de previsão estrita na Lei de pregão, e ademais, com as inovações feitas pelo estatuto da microempresa, existe um problema jurídico a resolver. (TOLOSA FILHO, 2014) No entanto, a previsão está expressa, e sua utilização pode e deve ser conjugada com a Lei 8666.93.

11 PREGÃO PRESENCIAL E PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO – MAIOR TRANSPARÊNCIA AO FEITO

O universo da licitação, de forma geral, sempre esteve em voga, principalmente na mídia, como sendo uma porta de entrada para desvios de conduta e diversos tipos de fraude, atentando contra os princípios da administração pública e sobretudo contra o princípio da moralidade que conforme definição de Bittencourt (2012, p. 78) “Princípio da moralidade, que, sem dúvida, confunde-se com o Princípio da Probidade Administrativa, [...] licitador e licitantes devem observar uma conduta honesta e honrada.” Fato é que este princípio está diretamente ligado ao caráter humano. No entanto não se trata de um princípio subjetivo, pois:

Sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa. É evidente que, a partir do momento em que o desvio de poder foi considerado como ato ilegal e não apenas imoral, a moralidade administrativa teve seu campo reduzido; o que não impede, diante do direito positivo brasileiro, o reconhecimento de sua existência como princípio autônomo. (DI PIETRO, 2014, p. 79).

Portanto, uma vez que, embora atrelado ao princípio da probidade administrativa, o direito serve para nortear as ações do indivíduo, não há como moldar-lhe o caráter. Em face a isso, não se pode afirmar que exista ato administrativo ou processo licitatório a prova de fraudes. O que se pretende é demonstrar que há como dificultar práticas reprováveis a fim de coibir tais condutas.

Quando o pregão foi criado, houve grande resistência para sua implementação, pois a modalidade por suas características, dificulta os conchavos, as cartas marcadas, a elevação excessiva de preços ofertados ao governo. Ainda hoje, existem resquícios desta insatisfação, pois restringiu o ganho fácil, e o locupletamento ilícito de fornecedores. Uma vez que na disputa sem a possibilidade de lance, o que vale é o que está no preço da proposta escrita.

Ressalta-se, por oportuno, que há os entusiastas do pregão eletrônico, mesmo porque foi o primeiro a ser implantado através do Decreto 3.555/00, atualmente regulamentado pelo Decreto 7.174/10. A União, possui uma estrutura própria de

tecnologia da informação, muito além das que se possam ser adotadas pela maior parte dos municípios. Mesmo porque, é uma estrutura bastante onerosa, que demanda de constantes aperfeiçoamentos. Uma das alegações sobre a vantagem do pregão eletrônico, conforme Justen Filho (2009) é a vasta ampliação do universo de licitantes, devido a comodidade de poder participar do certame de seu próprio local de trabalho e de vários ao mesmo tempo, o que aumenta a competitividade. Outra questão sobre o anonimato dos licitantes durante a sessão eletrônica, o que diminuiria a possibilidade de conchavos.

Porém, nesse processo o cidadão participa tão somente como sujeito passivo, pois não tem “credenciais” para intervir ou mesmo observar certos fatos estranhos ao certame. Pode sim fazer questionamentos ao final, mas não tem acesso ao processo físico.

Quanto às fraudes no pregão eletrônico, segundo Odilla (2009), não são raras, o que a princípio era uma vantagem, atualmente tem-se tornado um problema justamente pelo vasto universo de licitantes, o que tem causado disputas desleais justamente pela imoralidade, como as realizadas por ‘robôs’ conforme já mencionado, e também por ilegalidades como no caso de empresas fictas ou licitantes que abrem diversas empresas para uma única disputa. Há ainda uma dificuldade enfrentada pelos pregoeiros, que muitas vezes, não conseguem detectar tais condutas reprováveis, apenas no decorrer da sessão eletrônica, e nem mesmo ao receber os envelopes de habilitação, uma vez que os recebe apenas dos vencedores. Normalmente, apenas com a fiscalização minuciosa de órgãos externos é que se consegue detectar tais fraudes.

Nem mesmo a modalidade considerada a mais transparente entre as licitações está imune a fraudes. Estão sob suspeita compras feitas pela União no valor de R\$5,75 bilhões entre 2005 e este ano (2009) grifo meu. [...] A auditoria da CGU identificou que superam os R\$25,87 milhões os contratos de valor superior ao limite estabelecido por lei firmados entre União e microempresas ou empresas de pequeno porte. O levantamento também detectou vínculo societário entre os concorrentes em disputas[...] No pregão eletrônico, os lances são feitos pela internet. O pregoeiro, que começa e encerra a sessão, não vê quem estão apresentando a proposta em nome das concorrentes. [...] Foram detectados também casos de empresas criadas menos de dois meses antes da disputa, vínculo entre os responsáveis pela licitação e vencedores bem como casos de propostas entregues antes do edital. (ODILLA, 2009)

O pregão presencial não está livre de ilegalidades, porém possui maior possibilidade de controle, pois há a possibilidade do cidadão beneficiário dos serviços públicos locais, acompanhar todas as fases e o pregoeiro intervir caso verifique qualquer anormalidade no certame. Ao motivar sua decisão, em casos de suspeita de irregularidade, deve levar ao conhecimento da autoridade competente para que tome as medidas necessárias, inclusive a possível instauração de processo administrativo que pode culminar, dentre outras sanções, com a penalidade de suspensão do direito de licitar por até cinco anos. (TOLOSA FILHO, 2003)

Esse prazo de suspensão, inclusive, é outra inovação do pregão, já que nas modalidades tradicionais o prazo máximo são dois anos.

11.1 Economicidade e transparência

É indiscutível a questão da ampliação da competitividade no pregão, seja ele presencial ou eletrônico este último, porém, demanda grande estrutura para sua eficiência. E, possui maior probabilidade de fraudes que o presencial. (BITTENCOURT, 2012).

A simplificação do procedimento licitatório, principalmente no pregão presencial, já evidenciado, traz enorme celeridade ao processo. Faz com que a administração pública cumpra sua função junto aos beneficiários diretos dos serviços prestados: o cidadão. Este, inclusive é dotado de legitimidade de manifestação nos processos licitatórios; conforme pronuncia Di Pietro (2014)

Mais do que direito público subjetivo, a observância da legalidade foi erigida em interesse difuso, passível de ser protegido por iniciativa do próprio cidadão. É que a Lei nº 8.666/93 previu várias formas de participação popular no controle da legalidade do procedimento (arts. 4º, 41, § 1º, 101 e 113, § 1º), ampliou as formas de controle interno e externo e definiu como crime vários tipos de atividades e comportamentos que anteriormente constituíam, em regra, apenas infração administrativa (arts. 89 a 99) ou estavam absorvidos no conceito de determinados tipos de crimes contra a Administração (Código Penal) ou de atos de improbidade, definidos pela Lei n. 8.429, de 2-6-92. (DI PIETRO, 2014, p. 384).

Observa-se um maior controle social, através da participação do cidadão na fiscalização dos atos administrativos, até fomentada por instrumentos normativos como a Lei 101/2000 ou lei de responsabilidade fiscal, a Lei 131/2009 (BRASIL,

2009) conhecida por lei da transparência, dentre outras. Mas para dar efetividade e prestar serviços satisfatórios à comunidade, é necessário o bom uso dos recursos públicos indiferentes das fontes: impostos, taxas, convênios, etc. O pregão presencial definitivamente cumpre tal finalidade, senão vejamos:

A prefeitura de Erechim apresenta os números sobre os processos de licitação de 2014, que aponta, mais de R\$8 milhões em economia. O valor que ficou nos caixas é resultado da adoção da modalidade pregão presencial, [...]A prefeitura estimava o valor de compras em 29,7 milhões. Entretanto, com os lances dos pregões presenciais as compras somaram R\$21,1 milhões. A rapidez no processo também é outra vantagem do pregão presencial.[...] Desta forma, a prefeitura consegue fazer as compras em menor tempo e também oferecer serviços e atender demandas com maior eficiência. (ERECHIM..., 2014)

Como já citado, 83% dos municípios brasileiros utilizam a modalidade pregão presencial. É sabido, que as maiores demandas e geralmente os menores recursos estão nos municípios, principalmente os pequenos. Por isso, a importância dessa eficaz ferramenta de gestão. Porém, como foi observado, uma ferramenta só é produtiva se o trabalhador utilizá-la de maneira correta e com acuidade. Portanto é necessário qualificar os servidores e escolher o pregoeiro dotado de características próprias para a condução eficiente do certame.

12 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento deste trabalho referente à modalidade licitatória pregão presencial, possibilitou uma análise sobre como a Administração Pública possui em sua dinâmica a participação dos cidadãos. Não apenas os agentes diretamente envolvidos na relação contratual, mas da sociedade como agente fiscalizador utilização eficaz dos recursos públicos em prol da coletividade.

O pregão, não é simplesmente uma nova modalidade, é uma importante ferramenta de economicidade, celeridade e transparência para a Administração Pública. No caso do pregão presencial, especificamente, é instrumento de desenvolvimento local, subsidiariamente com o advento das Leis 123/06 e 147/14, ao inserir no processo as empresas de menor porte através do princípio da equivalência, dando a elas a oportunidade de também contratar com a Administração.

Através de vasta pesquisa legislativa e doutrinária, restou demonstrado que das diversas ferramentas da gestão pública, o pregão presencial é de fato um procedimento licitatório eficaz, que por sua celeridade, transparência e economicidade, propicia um maior desenvolvimento local e gera maiores oportunidades de contratos com a administração pública, equalizando desigualdades, sem perder a qualidade dos serviços prestados à população, através da maior competitividade entre os licitantes.

Nesse contexto, o pregão presencial possibilita um melhor resultado, além de atrair mais fornecedores locais incentivando, através de tal procedimento, o fomento do mercado de bens e serviços comuns a preços apazíveis. Muito embora haja desafios nas licitações públicas, a transparência depende muito do acompanhamento dos cidadãos, uma vez que toda a sessão é pública.

Como toda a ferramenta, os resultados só são alcançados quando bem utilizada. É necessário, não só a aplicação dos princípios que regem a administração pública pelos entes, mas sobretudo a participação da sociedade no cerne dos processos licitatórios.

A comunidade acadêmica também possui um papel fundamental, ao instruir os profissionais a conhecerem sobre as questões básicas da administração pública, e dos processos licitatórios, para estejam bem preparados a lidar com as situações sucedidas, seja através da profissão, seja como cidadão beneficiário dos serviços públicos. O bom uso dos recursos é dever de todos.

Nesse sentido, o trabalho proposto, buscou contribuir para que a sociedade acadêmica e os cidadãos em geral, possam ter consciência da grandeza de seu papel, nas engrenagens que movem o Estado, a fim de saber que a aplicação eficiente e transparente dos recursos públicos é possível com o acompanhamento sistemático dos processos e procedimentos. A disseminação desse conhecimento é a real forma de desenvolvimento da sociedade.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sidney. **Pregão Presencial**: comentários ao Decreto 3.555/2000 e ao regulamento do pregão, atualizado pelo Decreto nº 7.174/2010: considerando as Leis 10.520/2002 e 8.666/93 atualizadas. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BRASIL. Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 ago. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm> Acesso em: 04 nov. 2015.

BRASIL. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 01 jun. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm> Acesso em: 04 nov. 2015.

BRASIL. Decreto nº 7.174, de 12 de maio de 2010. Regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 maio. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7174.htm> Acesso em: 04 nov. 2015.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 jun. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm> Acesso em: 04 nov. 2015.

BRASIL. Lei Complementar 123 de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm> Acesso em: 21 mar. 2015.

BRASIL. Lei Complementar 131 de 27 de maio de 2009. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras

providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 maio. 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp131.htm> Acesso em: 21 mar. 2015.

BRASIL. Lei Complementar 147 de 7 de agosto de 2014. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, e as Leis nos 5.889, de 8 de junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 8 ago. 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp147.htm> Acesso em: 21 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666compilado.htm> Acesso em: 04 nov. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.520 de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm> Acesso em: 04 nov. 2015.

BRASIL. **Licitações e Contratos Administrativos. Lei 8.666 de 21.6.93. Lei 10.520 de 17.7.02.** Atualizada até 23.1.13. São Paulo: NDJ, 2013.

BULOS, Uadi. Lammêgo. **Constituição Federal anotada.** São Paulo: Saraiva, 2009.

CONSULTORIA, Negócios Públicos. Jurisprudência Comentada. **LICICON - Revista de Licitações e Contratos**, Curitiba, v. 7, n. 79, p. 93-100, jul. 2014.

DI PIETRO, Maria. Sylvia. Zanella. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2014.

ERECHIM economiza mais de R\$ 8 milhões com pregão presencial. [s.l.]: Erechim, 2014. Disponível em: <<http://www.stampha.com.br/site/vernoticia/210/erechim-economiza-mais-de-r-8-milhoes-com-pregao-presencial>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda **Miniaurélio**: o minidicionário da língua portuguesa. Curitiba: Positivo, 2010

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão**: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. São Paulo: Dialética, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** São Paulo: Dialética, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Verônica Vaz de. A compulsoriedade relativa da obrigatoriedade do pregão Eletrônico no Brasil. **Ambito Jurídico**, 2015. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?nlink=revista_artigos_leitura&artigo_id=13268&revista_caderno=4>. Acesso em: 10 maio 2015.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Licitação e contrato administrativo**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

ODILLA, Fernanda. Governo apura fraudes em compras feitas por pregão. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2 nov. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0211200902.htm>>. Acesso em: 10 maio 2015.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão: uma nova modalidade de licitação**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Licitações, contratos e convênios**: incluindo a modalidade de pregão, o registro de preços e a contratação de publicidade. Curitiba: Juruá, 2014.

VASCONCELLOS, Marcos de. **Pregão eletrônico: robôs ganham licitações - Lance automático em pregões do governo exclui quem não tem o software**. São Paulo: Jus Brasil, 2015. Disponível em: <<http://idag.jusbrasil.com.br/noticias/2611942/pregao-eletronico-robos-ganham-licitacoes>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

VAZ, Lúcio. **Golpe no pregão eletrônico**. Isto É, ed. 2168, 27 maio 2011. Disponível em: <http://www.istoé.com.br/reportagens/139247_GOLPE+NO+PREGÃO+ELETRONICO>. Acesso em: 2015.