

VANTAGENS E DESVANTAGENS DO PREGÃO ELETRÔNICO

José Leto de Medeiros¹
Gilmar dos Santos Melo²

RESUMO

Pregão é uma modalidade de licitação. É, portanto, um procedimento licitatório dotado de características próprias e diferenciadas. Pode-se dizer também que pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por propostas e lances em sessão pública. É também chamado de pregão presencial. O pregão eletrônico, por sua vez é uma das formas de realização da modalidade licitatória que apresenta as mesmas regras básicas do Pregão Presencial, com procedimentos próprios. Importante salientar que o primeiro instrumento normativo a prever a possibilidade de realização do Pregão Eletrônico no ordenamento jurídico brasileiro foi a Medida Provisória nº 2.026/2000. Com o Decreto nº 3.697/2000 regulamentou-se o pregão em sua forma eletrônica, estabelecendo normas e procedimentos para a realização de licitações na modalidade pregão, por meio da utilização de recursos de tecnologia. O objetivo deste estudo é, pois, expor a evolução histórica do pregão eletrônico, demonstrando suas principais vantagens e desvantagens de sua aplicação. A metodologia utilizada neste trabalho está circunscrita à pesquisa bibliográfica onde se buscou fundamentação teórica em autores consagrados na literatura especializada, concluindo-se que o pregão eletrônico é um instrumento inovador que pode proporcionar grandes mudanças nas contratações, conferindo maior rapidez, segurança e transparência nas contratações de bens e serviços.

Palavras-Chave: Direito Administrativo. Licitação. Pregão eletrônico.

ADVANTAGES AND DISADVANTAGES OF ELECTRONIC EXCHANGE

ABSTRACT

Auction is a bidding method. It is therefore endowed with a bidding process and differentiated characteristics. You can also say that trading is the form of bidding for the purchase of common goods and services, whatever the estimated value of procurement, where the competition for supply is made for proposals and bids at public sale. It is also called outcry trading. The electronic trading in turn is one way of carrying out the bidding modality that provides the same basic rules of the outcry trading, plus procedures. Importantly, the first legal instrument to provide for implementation of Electronic Auction in Brazilian law was the Provisional Measure No. 2.026/2000. With the Decree No. 3.697/2000 the regulations were trading in their electronic form, establishing standards and procedures for the conduct of bidding in the auction mode, through the use of technology resources. The aim of this study is

¹ Acadêmico do Curso de Direito da FARN.

² Analista Processual do MPU, Professor da FARN, e Mestrando em direito constitucional pela UFRN.

therefore to expose the historical evolution of electronic trading, showing its main advantages and disadvantages of its application. The methodology used in this work is limited to literature, where we seek theoretical renowned authors in the literature, concluding that electronic trading is an innovative tool that can provide large changes in hiring, giving greater speed, security and transparency in contracting of goods and services.

Keywords: Administrative Law. Bid. Electronic trading.

1 INTRODUÇÃO

Foi com a crise no sistema brasileiro de licitações que revelou corrupção perpetrada com o benefício indevido de algumas empresas em detrimentos de outras. Por esta razão foi que surgiu a necessidade do desenvolvimento de inovadores métodos de seleção e contratação de fornecedores, melhorando assim a lisura do procedimento e aumentando a segurança das licitações.

Assim em face aos problemas causados pelo procedimento das modalidades existentes e a necessidade de criação de uma forma mais simples e rápida de contratação, sem fugir dos princípios que regulam as licitações, é que foi criado o Pregão que é uma nova modalidade de licitação que preza, principalmente pela celeridade.

Diante das falhas nas modalidades de licitação existentes, decidiu-se pela criação de uma nova modalidade. Modalidade na qual se buscava maior celeridade, maior competitividade, e, por consequência, propostas mais vantajosas para o Estado.

O Pregão trouxe assim, inúmeras vantagens ao Estado, pois constitui uma excelente instrumento do Governo Federal na realização de licitações, sendo reais suas principais vantagens na economia que poderá proporcionar ao Governo Federal.

A regulamentação do Pregão foi consolidada pela Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002. Desta forma o Pregão se insere nessa nova realidade brasileira como uma importante ferramenta para tornar mais ágeis e eficientes os procedimentos licitatórios existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Este estudo tem como objetivo descrever estas vantagens, bem como demonstrar as desvantagens, pois faz-se necessário reconhecer que o Pregão apresenta certas vulnerabilidades, que propiciam desvantagens relevantes como: 1) a dificuldade na obtenção de prestações de qualidade adequada, 2) a redução da segurança da Administração quanto à

idoneidade do licitante e 3) a preponderância das empresas de maior poder econômico.

Justifica-se então a execução desse estudo em razão de que com a introdução do Pregão na legislação pátria alterou-se a legislação sobre licitações sendo de suma importância o conhecimento destas alterações para os operadores do direito, principalmente aquelas modificações que estão afetas ao pregão eletrônico.

Para maior clareza o trabalho foi dividido em 5 capítulos a saber:

O primeiro capítulo esta introdução onde se delimita o tema se justifica sua execução e se dá os seus principais objetivos.

O segundo trata da licitação, seu conceito, sua história e suas modalidades, como a Concorrência, Tomada de Preço, Convite, Concurso e Leilão.

O terceiro capítulo trata especificamente do Pregão propriamente dito, sua conceituação, sua história seus aspectos legais, seus tipos, suas fases e a norma geral da versão eletrônica.

O quarto capítulo trata especificamente das vantagens e desvantagens do pregão eletrônico.

O quinta trata das considerações finais e por fim as referências bibliográficas que deram sustentação a este estudo.

2 LICITAÇÃO

Antes de se falar em pregão propriamente dito, faz-se necessário para maior clareza deste trabalho compreender alguns aspectos ligados ao conceito e história da licitação.

2.1 CONCEITO DE LICITAÇÃO

A palavra licitação admite vários significados, porém, de acordo com Marinho (2008, p. 15), “os melhores conceitos estão ligados à idéia de disputar ou concorrer”.

O autor em referência considera que no contexto da legislação brasileira, prevaleceu durante muito tempo a expressão concorrência, significando procedimento pelo qual o Estado escolhe a proposta que mais atende ao interesse público.

Nesta linha de pensamento Melo, (2009, p. 519), define licitação da seguinte forma:

É o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

Corroborando com a definição de Mello (2009), Carvalho Filho (2009, p. 188), também está de acordo que licitação é

o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Tendo-se como base a Lei 8.666/93 tem-se que licitação seria o processo pelo qual o Estado torna público seu interesse em contratar uma empresa, obedecendo aos princípios que a norteiam, por intermédio da proposta mais vantajosa para o erário público, garantindo aos administrados a participação de forma isonômica.

Assim baseando-se nas definições elencadas pode-se dizer que licitação é um certame que as entidades públicas devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.

De acordo com Marinho (2008, p. 16), O art. 37, XXI, da Constituição Federal registrou a existência e os casos de exigência desse procedimento administrativo, estabelecendo, como regra geral, a necessidade de licitação para contratações celebradas em a Administração Pública direta e indireta, deixando ao legislador ordinário a tarefa de estipular as exceções e condições contratações (estipulada pela Lei 8.666/93) conforme cita-se:

Art. 37 (...)

XXI – Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamentos mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988)

Importante considerar que a competência para legislar sobre licitações assiste às quatro ordens de pessoas jurídicas de capacidade política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), competindo à União a edição de normas gerais sobre o assunto.

2.2 PEQUENO HISTÓRICO DO INSTITUTO DA LICITAÇÃO

No Brasil processo licitatório sofreu várias transformações ao longo do tempo. De acordo com Mota, (2001, p. 27), o primeiro dispositivo a introduzir a idéia de licitação foi criado em 1828, pela Lei de 29 de agosto, que no seu art. 5º previa: “Art. 5º Aprovado o plano de algumas referidas obras, imediatamente será a sua construção oferecida a Empresários por via de Editais Públicos, e, havendo concorrentes, se dará preferência a quem oferecer maiores vantagens”.

Ainda Mota (2001, p. 27), também considera que em 1909, por meio da Lei Orçamentária nº 2.221, foram introduzidos preceitos que permanecem ainda atuais ao fixar as regras a serem observadas no processo concorrencial, conferindo sobriedade e seriedade no que tange a aplicação do dinheiro público.

Marinho (2008, p. 18), ensina que como texto importante, dentre os precursores do instituto em comento, tem-se o Código de Contabilidade Pública, aprovado pela Lei 4.632 de 06 de janeiro de 1922, que ao tratar das Concorrências previa em seu art. 741, o “julgamento prévio da idoneidade do proponente” o que torna mais correta a concorrência, pois assegura a justa competição.

O autor em referência analisa que em 1957, sem alterar o texto anterior, nasceu o Código das Águas que trouxe a exigência da concorrência para o estabelecimento e exploração de energia elétrica.

Marinho (2008, p. 18), afirma que:

Em 1964, na Lei 4.401, foi introduzida a palavra licitação como indicativo de todas as modalidades do procedimento. No ano seguinte surgiram dois novos textos de grande importância. O primeiro que eleva em nível de Carta Magna, quando feita pela Emenda Constitucional 15 (Emenda à Constituição de 1946) o instituto da Concorrência. O segundo, em nível infraconstitucional, foi a Lei 4.717. Esta norma se destaca por regulamentar a Ação popular e como instrumento de controle da Administração Pública.

Importante também considerar o que diz de Di Pietro (apud MARINHO 2008, p. 19), esclarecendo que:

Na Constituição de 1967 não havia forma expressa definindo a competência para legislar sobre licitação, o que deu margem à formação de duas correntes doutrinárias. A primeira entende ser licitação matéria de direito financeiro, portanto cabe exclusivamente à União Legislar sobre normas gerais e ao Estado, normas específicas (art. 8º, XVII, c e parágrafo único da Constituição). Já a segunda corrente entende ser de direito administrativo, portanto seria de competência de cada um das unidades federativas.

Outro aspecto que vale a pena considerar é que em 1967, de acordo com Marinho (2008, p. 19), o Decreto-Lei 200, alterando o Código de Contabilidade, finalmente trabalhou o conceito de licitação, mais precisamente nos artigos 125 e 144.

O autor em referencia também ensina que em 1986, o Presidente da República baixou o decreto Lei 2.300/86, alegando urgência. Dispositivo que foi considerado Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos. Este decreto, em seu art. 86, ampliou a aplicação do Decreto-Lei 200 também para as entidades paraestatais. O Decreto-Lei 2.300/69 foi posteriormente modificado pelos Decretos-Lei 2.348/87 e 2.360/87.

A Constituição Federal de 1988 surge pondo fim à incerteza jurídica quanto à competência para legislar sobre licitação, esta Constituição determinou que a competência para legislar sobre licitação é privativa da União, conforme art. 22, XXVII *in verbis*

Normas gerais de licitação e contratos administrativos, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle. (BRASIL, 1988).

Também importante citar dentro desta retrospectiva histórica sobre licitações o Decreto 449/92 que institui o Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores (SICAF), haja vista que tal dispositivo trouxe mais segurança, simplicidade e agilidade ao processo de contratação.

Por fim veio a criação da atual norma reguladora de Licitação, a Lei 8.666/93, a qual foi severamente criticada e alterada por Medidas Provisórias e posteriormente pela Lei 9.648/98

Em 1998 a Emenda Constitucional nº 19 deu nova redação ao art. 22, XXVII, da Constituição Federal, conforme citação a seguir:

Normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III. (BRASIL, 1988)

Importante também considerar que a Lei 8.666/93 prescreve, em seu art 22, cinco modalidades de licitação, que são a Concorrência, a Tomada de Preços, o Convite, o Concurso e o Leilão.

O tópico seguintes tratará de cada uma dessas modalidades de licitação separadamente.

2.3 MODALIDADES DA LICITAÇÃO

Como se viu, são cinco as modalidades de licitação, porém, são três os fins a que se destinam, e isso, porque as três primeiras modalidades – a concorrência, a tomada de preços e o convite, têm o mesmo objetivo: a contratação de obras, serviços e fornecimento, enquanto o concurso e o leilão têm objetivos próprios e diferenciados.

De acordo com Carvalho Filho (2009, p. 261), essas modalidades são expressas na lei. Nenhuma outra, além delas, pode ser criada pela Administração. Nem também podem sofrer combinações entre si.

Esta restrição no que tange a criação da modalidade de licitação obedece ao princípio da legalidade.

A propósito do exposto, é importante considerar que nesse sentido, dispõe o art. 22, § 8º, do Estatuto, que fica ressalvada apenas a modalidade de pregão, regulada por lei especial (Lei 10.520/2002).

2.3.1 Concorrência

A concorrência é a modalidade de licitação adequada a contratações de grande vulto. O Estatuto estabelece duas faixas de valor: uma, para obras e serviços de engenharia, e outra para compras e serviços (art. 23, I, “c”, e II, “c”).

Sobre este tema, Carvalho Filho (2009, p. 261), afirma que:

A partir de tais limites, a contratação exigirá a concorrência. Se o contratante for um consórcio público, as faixas de valor serão alteradas: o dobro, em se tratando de consórcio formado por até três entidades federativas, e o triplo, no caso de número superior de pactuantes (art. 23, § 8º, do Estatuto, com a alteração da Lei nº 11.107/2005, que regula os consórcios públicos).

Sobre o exposto o autor em referência considera que: Isso ocorre porque os recursos financeiros a serem empregados pela Administração são mais elevados, essa modalidade é a que apresenta, em seu procedimento, maior rigor formal e exige mais ampla divulgação.

Importante considerar que há dois tipos de concorrência: a nacional e a internacional. A primeira é realizada para as empresas nacionais dentro do território do país. A internacional é aquela da qual podem participar empresas estrangeiras.

Quanto às características da concorrência pode-se dizer duas são as características

mais marcantes. A primeira delas, de acordo com Carvalho Filho (2009, p. 261), é o formalismo mais acentuado, razão por que é sempre exigível uma fase inicial de habilitação preliminar, na qual são aferidas as condições de cada participante. A segunda é a publicidade mais ampla, o que se traduz na necessidade de participação de todos quantos estiverem interessados na contratação.

Assim, pode-se dizer que a concorrência é a modalidade licitatória genérica destinada a transações de maior vulto, precedida de ampla publicidade, à qual podem concorrer quaisquer interessados que preencham as condições estabelecidas.

2.3.2 Tomada de preços

A Tomada de Preços, de acordo com Melo (2009, p. 552), é destinada a transações de vulto médio, é a modalidade em que a participação na licitação restringe-se:

- (a) às pessoas previamente inscritas em cadastro administrativo, organizado em função dos ramos de atividades e potencialidades dos eventuais proponentes e
- (b) aos que, atendendo a todas as condições exigidas para o cadastramento, até o terceiro dia anterior à data fixada para recebimento das propostas, o requeiram e sejam, destarte, qualificados.

Importante considerar que a Tomada de Preços é comparativamente menos formal que a concorrência, e isso se verifica em virtude de se destinar a contratações de vulto médio, cujas faixas de valor são estabelecidas em lei.

Outro aspecto importante a ser avaliado é que na Tomada de Preços o círculo de divulgação do certame é menos amplo, já que, ao contrário da concorrência, só participam da competição aqueles que estão previamente cadastrados e os cadastráveis, vale dizer, são aqueles que demonstrem condições de provar, antes da data final do recebimento das propostas, que possuem os requisitos para o cadastramento.

Quanto as características da Tomada de Preços Carvalho Filho (2009, p. 263), considera que a primeira delas reside na inscrição ou na possibilidade de inscrição do interessado nos registros cadastrais. Cuida-se de condição necessária à participação nessa modalidade.

Outra característica, também de acordo com o autor referendado acima, é a habilitação prévia, enquanto na concorrência a habilitação constitui uma fase autônoma em cada certame, na tomada de preços a aferição em sua maior parte, se faz com antecipação, no

momento da inscrição nos regimes cadastrais.

Há ainda o fator substituição. Ainda que o vulto do futuro contrato comporte a Tomada de Preços, pode o administrador optar por realizar concorrência. Mas a recíproca não é verdadeira, ou seja, não pode a concorrência ser substituída pela Tomada de Preços.

2.3.3 Convite

O convite é a modalidade de licitação que comporta menor formalismo, isso porque se destina a contratações de menor vulto.

De acordo com Carvalho Filho (2009, p. 264), nesta modalidade, não há edital. O instrumento convocatório denomina-se carta-convite, e é nesta que são colocadas, sucintamente, as regras da licitação. As cartas-convite são remetidas, no mínimo, a três interessados no ramo a que pertence o objeto do contrato, os quais são livremente escolhidos pelo administrador, entre empresas cadastradas ou não.

Neste mesma linha de pensamento Mello (2009, p. 553), afirma que:

O convite é a modalidade licitatória cabível perante relações que envolverão os valores mais baixos, na qual a Administração convoca para a disputa pelo menos três pessoas que operam no ramo pertinente ao objeto, cadastradas ou não, e afixa em local próprio cópia do instrumento convocatório, estendendo o mesmo convite aos cadastrados do ramo pertinente ao objeto que hajam manifestado seu interesse até 24 horas antes da apresentação.

Sobre o exposto, convém considerar que quando existirem na praça mais de três interessados, não podem ser sempre os mesmos, e apenas eles, os convidados. Dessa maneira, realizando-se novo convite para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o chamamento de, no mínimo mais um interessado, enquanto houver cadastrados não convidados nas últimas licitações.

2.3.4 Concurso

O Concurso é a modalidade de licitação que visa à escolha de trabalho técnico, artístico ou científico. Trata-se, pois, de aferição de caráter eminentemente intelectual.

Melo (2009, p. 553), define concurso como:

Uma disputa entre quaisquer interessados que possuam a qualificação exigida, para a escolha de trabalho técnico, científico, ou artístico, com a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial.

Importante considerar que o prêmio ou a remuneração, só poderão ser pagos se o autor do projeto ceder à Administração os direitos patrimoniais a ele relativos e a ela permitir a utilização, de acordo com sua conveniência, na forma do que estabelecer o regulamento ou o ajuste para a elaboração deste.

Sobre esta questão Carvalho Filho (2009, p. 266), ensina que Se o projeto se referir à obra imaterial de cunho tecnológico, não passível de privilégio, a cessão dos direitos abrangerá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos informativos referentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, aplicação da obra e fixação em suporte físico de qualquer natureza.

Vale a pena dizer que como se trata de seleção de projeto intelectual, compete a comissão que dirige a licitação que esta seja bastante criteriosa e apta intelectualmente, uma vez que não é difícil perceber que, em face do inevitável subjetivismo seletivo, pode ser facilitado eventual desvio de finalidade.

Outro aspecto a ser considerado é que o concurso terá regulamento próprio, acessível aos interessados no local indicado no edital.

2.3.5 Leilão

O leilão é a modalidade de licitação na qual podem participar quaisquer interessados e deverá ser utilizada predominantemente para a venda de bens móveis inservíveis.

Nesta linha de pensamento Mello (2009, p. 254), define leilão como:

A modalidade licitatória utilizável para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou legalmente apreendidos ou adquiridos por força de execução judicial ou, ainda, para a venda de imóveis cuja aquisição haja derivado de procedimento judicial ou dação em pagamento, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação.

Corroborando com a assertiva acima Carvalho Filho (2009, p. 266), ensina que há três modalidades de leilão: “a) vender bens móveis inservíveis, b) vender produtos legalmente apreendidos ou penhorados e c) alienar bens imóveis adquiridos em procedimentos judicial ou através de dação em pagamento, como permite o art. 19 do Estatuto”.

Dois requisitos são importantes no leilão. Primeiramente, deve ser dada ao certame a mais ampla divulgação, como o que rigoroso aqui é o princípio da publicidade. Depois, é necessário que, antes do processo, sejam os bens devidamente avaliados, e isso por óbvia razão: o princípio da preservação patrimonial dos bens públicos; é o que emana do art. 54, § 1º, do Estatuto.

Importante considerar que o prazo mínimo desde a publicação do edital do leilão até a data de sua ocorrência é de 15 dias devendo seu resumo contar com veiculação em órgão de imprensa oficial, em jornal de grande circulação e afixação em mural do órgão, a exemplo das concorrências e das tomadas de preços.

De todo o exposto pode-se dizer que as modalidades de licitação tem características próprias, destinando-se a determinados tipos de contratação. A licitação é o gênero, do qual as modalidades são as espécies. A estas definições precisa ser acrescida da modalidade Pregão, que foi introduzida por Medidas Provisórias e posteriormente convertida em lei, a Lei 10.520/2002.

Assim visto todas estas modificações, infere-se que o instituto Licitação encontra-se em plena adequação à realidade comercial e administrativa, como bem se demonstra com a criação do Pregão, conforme se verá no capítulo seguinte.

3 PREGÃO: CONCEITUAÇÃO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Para maior clareza deste estudo, e antes mesmo de se falar sobre as vantagens e desvantagens do pregão eletrônico, convém inicialmente que se conceitue o que vem a ser propriamente “pregão”, como se verá a seguir.

3.1 CONCEITUAÇÃO DE PREGÃO

Pregão é um procedimento licitatório recentemente criado no Brasil e colocado à disposição da Administração Pública quando desejar adquirir bens e serviços comuns.

Pregão de conformidade com Justen Filho (2009, p. 9), “é uma modalidade de licitação”.

O primeiro dispositivo de introduzir na legislação brasileira a idéia de licitação foi de acordo com Marinho (2008, p. 130), “criada em 1928, pela Lei de 29 de agosto, que no art.5º

definia esta como tentativa de busca de maiores vantagens para o Estado”.

O que isto quer dizer é que se trata de uma espécie de procedimento licitatório dotado de características próprias e diferenciadas. Existe, pois, uma ordem pré determinada de formalidades a serem observadas e uma estrutura normativa própria e diferenciada.

Sobre esta questão o autor em referência explicita que 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.

As principais características do pregão, de acordo com Monteiro (2010, p. 13), são:

- 1) Habilitação ao final – a fase de julgamento das propostas antecede a fase de habilitação e 2) disputa por lances orais – o procedimento expressamente autoriza a realização de lances verbais, o enfrentamento direto entre os licitantes e a negociação entre os órgãos promotor da licitação e o vencedor do certame.

Do exposto, infere-se que a consequência de um rito com as características explicitadas, é a celeridade no processo de contratação e a possibilidade de celebração de um melhor negócio para o poder público.

Assim pode-se dizer que o procedimento do pregão é rápido, quando comparado com as tradicionais modalidades licitatórias existentes na lei Geral de Contratações Públicas (Lei 8.666/1993).

Assim pode-se definir pregão como a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, promovida exclusivamente no âmbito da União, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.

Importante também considerar que existem duas espécies de pregão o comum e o eletrônico. As diferenças entre estes, são bastante relevantes e se pode dizer que se trata de duas modalidades distintas.

O pregão comum ou presencial caracteriza-se pela prática de atos “não virtuais”. Nesse caso, conforme considera Justen Filho (2009, p.13), a licitação desenvolve-se segundo o modelo tradicional: a sessão pública de pregão ocorre num determinado local, ao qual comparecem fisicamente os agentes administrativos, os licitantes e os eventuais interessados.

Já o pregão eletrônico envolve a utilização intensa dos recursos de tecnologia da informação e da Internet.

Feito estas considerações sobre a conceituação de pregão, o tópico seguinte tratará de sua evolução histórica.

3.2 O PREGÃO E SUA CONCEITUAÇÃO HISTÓRICA

A aceção moderna de pregão surge pela primeira vez no sistema brasileiro no ano de 1997. Este fato se dá, de acordo com Monteiro (2010, p. 26), “com a promulgação da Lei 9.472 de 16 de julho de 1997, a chamada Lei Geral de Telecomunicações (LGT)”.

A autora em referência considera que este foi o primeiro diploma legislativo a trazer em seu bojo a autorização para a Administração Pública fazer licitação por pregão para a aquisição de bens e serviços.

Esta solução legislativa apareceu em um momento histórico brasileiro onde se decidiu empreender uma série de medidas legislativas que tinham a participação do Estado no cenário econômico como objeto.

Para este estudo não convém descrever aqui as razões políticas que levaram a edição da Lei Geral de Telecomunicações. O que interessa é saber que o texto normativo foi editado com o interesse de promover uma radical mudança na forma de prestação dos serviços de telecomunicações. Tal lei foi o marco que determinou a transformação do papel do Estado no setor. Restaram cunhadas as expressões “Estado regulador” e “agência reguladora”.

Monteiro (2010, p. 26), considera que a decisão política tomada naquele momento foi a venda de ativos estatais e de introdução da competição na prestação dos serviços de telecomunicações, por meio da entrada de prestadores privados no setor.

Monteiro (2010, p. 26), também ensina que:

Para implementar tais ideais, a LGT criou uma autarquia federal sob o nome de Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, cujas características, definidas no seu art.8º, são; entidade integrante da Administração Pública Federal indireta; submetida a regime especial autárquico, com vinculação ao Ministério das comunicações; e com a função de autoridade reguladora das telecomunicações.

O interesse em enfatizar este conceito de autarquia especial, se dá pelo fato de que é dele que descende a idéia do pregão. Desta forma, pela LGT, a ANATEL, é uma agência reguladora, cuja natureza de autarquia especial é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

A mesma LGT estabeleceu a forma de tal “independência administrativa” e conseqüente “ausência de dependência hierárquica”, o “mandato” e “estabilidade” dos dirigentes, bem como a sua fonte de recursos para lhe garantir “autonomia financeira”.

Importante aqui considerar que a LGT fixou regras organizacionais e de gestão da

ANATEL, a par de também ter fixado normas ligadas à prestação do serviço de telecomunicações. Ao fazê-lo – ou seja, ao desenhar a vida administrativa desta “autarquia especial” – a LGT criou regras inéditas na vida das autarquias em geral, visando a agilidade no processo licitatório.

É Neste contexto que a LGT estabeleceu um regime próprio de contratações para a ANATEL. Foi quando surgiu o pregão como nova modalidade licitatória de aplicabilidade restrita à entidade. Suas regras próprias estão dispostas nos arts. 54 e 59 da lei 9.472/97. Assim, as regras explicitadas acima foram pensadas para garantir à ANATEL a autonomia desejada para fazer a gestão e fiscalização das novas formas de prestação dos serviços de telecomunicações. Esta é a justificativa para terem sido fixadas na LGT regras inéditas na organização de entidades administrativas públicas brasileiras.

Explica Monteiro (2010, p. 28), que o significado dos art. 54 a 59 da LGT é que eles estabeleceram a forma pela qual a ANATEL realiza suas contratações, e são, ainda hoje, as normas legais de observância obrigatória por aquela agência nos seus procedimentos de aquisição.

Tais dispositivos legais, pela especialidade, excluem a aplicabilidade da Lei Geral de Contratações Administrativas, a Lei federal 8.666/93. Às licitações feitas pela Agência. A não ser em um único caso – qual seja, quando se tratar de licitação para obras e serviços de engenharia, e por expressa determinação do art. 54 da LGT – todos os outros procedimentos de escolha e aquisição feitos pela ANATEL têm fundamento legal na própria LGT, e não na Lei geral 8.666/93.

Sobre o exposto Monteiro (2010, p. 29), esclarece que os art 54 a 59 da LGT autorizaram a Agência a utilizar procedimentos próprios de contratação – nas modalidades de consulta e pregão – os quais não encontram correspondência em qualquer outro previsto na Lei 8.666/93, tais procedimentos foram regulamentados pela própria Agência, por meio da Resolução 5, de 15 de janeiro de 1998, editada pelo Conselho Diretor, com base na competência outorgada pelo art. 22 II, da LGT.

No que se refere ao procedimento de consulta, vale salientar que este procedimento é controverso até hoje em função da ausência de ordenamento jurídico próprio.

Importante colocar que a partir desta situação questionou-se por meio da ação direta de inconstitucionalidade a possibilidade de uma única entidade Administrativa indireta Federal estar autorizada a realizar procedimentos licitatórios distintos daqueles fixados na Lei 8.666/93. Questionou-se a autorização legal para a ANATEL realizar pregão e consulta.

Sobre esta questão Monteiro (2010, p. 30), considera que a criação de modalidade

licitatória para um único ente na esfera pública federal (ANATEL) fez surgir um intenso debate sobre a constitucionalidade de tal solução, tendo culminado com a propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Monteiro (2010, p. 30), analisa que o debate pode ser descrito por meio das duas correntes antagônicas que se firmaram sobre o tema, ambas envolvendo a compreensão do conceito de normas gerais de licitação, tendo em vista o art. 22, XXVII, da Constituição Federal, o qual outorga competência privativa à União para a edição já transcrito neste trabalho quando se falou das licitações.

A autora em referência também considera que de um lado - e pela inconstitucionalidade da solução criada pela LGT - está o argumento segundo o qual a União não poderia criar nova modalidade licitatória com âmbito de aplicabilidade restrito a uma única entidade da esfera federal. Tal interpretação decorre do art. 22, XXVII, da Constituição Federal, que imporia a aplicação uniforme da nova regra para todas as esferas federativas; já que, segundo este entendimento, a criação de modalidade licitatória somente pode ser feitas por meio de lei geral, cuja característica própria é ser aplicável indistintamente para a União, estados, Distrito Federal e Municípios.

O argumento se completa com a constatação de que a Lei 8.666/93 norma geral em matéria de licitação - estabeleceu que não são admitidas outras modalidades licitatórias além das que ali foram previstas (art. 22, § 8º). E, não tendo a LGT o imprescindível caráter geral - porque aplicável a uma única entidade na esfera federal -, tal lei não poderia ter criado nova modalidade licitatória; o que somente seria possível por norma geral com aplicabilidade a todas as esferas federais.

Monteiro (2010, p. 31), também considera que de outra parte e em sentido oposto à tese anteriormente explicitada, afirma que:

O argumento da constitucionalidade das modalidades de licitação criadas pela LGT (pregão e consulta) para a contratação do fornecimento de bens e serviços necessário à atuação da ANATEL está na distinção entre os conceitos de “norma geral” e “regime jurídico único” de licitação. O argumento pressupõe que o atendimento ao art. 22, XXVII, da Constituição não depende da existência de um regime uniforme, único, de licitação para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Segundo esta linha de pensamento a Constituição não teria exigido qualquer unicidade no regime das licitações, de modo que o Congresso Nacional, competente para dispor sobre o assunto, poderia criar diversas modalidades licitatórias com soluções particulares, indicando os casos, os órgãos e os entes a que elas se aplicam. Bastaria que fossem obedecidos os arts. 37 e 175 da Carta, que obrigam a Administração a licitar e definem os objetivos da licitação. Além do quê as peculiaridades da ANATEL, “agência reguladora” que é, justificariam a criação das modalidades licitatórias próprias para o ente, tendo a LGT disciplinado adequadamente sobre as normas gerais aplicáveis.

Compreende-se do exposto que a LGT foi alvo de uma ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. Esta ação foi ajuizada pelos seguintes partidos políticos: Partido Comunista do Brasil (PC do B), Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Democrático Trabalhista (PDT) e Partido Socialista Brasileiro (PSB).

A petição inicial da ADI recebeu o nº 1.668/97 e trouxe basicamente três argumentos pela inconstitucionalidade dos referidos dispositivos:

O Primeiro contra o art. 22, II da LGT, o qual dá Conselho Diretor a competência para aprovar “normas próprias de licitação”. Afirmou-se que nele estaria uma indevida delegação do poder de legislar, na medida em que ele teria atribuído à ANATEL, competência normativa à revelia do princípio da legalidade (art. 5º, II, e art. 37, *caput*, da Constituição federal). O segundo argumento que deu fundamento à impugnação aos arts. 54, 55, 56, 57 e 58 da LGT – os quais criaram as novas modalidades de licitação por pregão e consulta, destinadas à contratação do fornecimento de bens e serviços necessários à atuação da ANATEL -, foi no sentido da sua inconstitucionalidade frente ao art. 22, XXVII, da Constituição Federal. Isto porque a LGT não poderia ter criado modalidades licitatórias próprias para um único ente – no caso, a ANATEL -, uma vez que a referida norma constitucional diz que lei nacional estabelecerá “normas gerais” de licitação e contratação, em todas as modalidades, para os variados órgãos e entes da Administração Federal, Estadual e Municipal. Por fim o terceiro argumento -, a ação direta de inconstitucionalidade também impugnou o art. 59 da LGT, que autorizou a ANATEL a contratar técnicos ou empresas “para executar atividades de sua competência”. Duas foram as alegações de inconstitucionalidade ao dispositivo. De um lado, a de que a norma teria indevidamente autorizado que essas contratações se fizessem sem licitação. E, de outro, que permitiria a delegação, a empresas contratadas, do poder de produzir normas, regulamentares e de tomar decisões em procedimentos (inclusive licitatórios).

De acordo com Monteiro (2010, p. 33), o julgamento do pedido de medida cautelar foi iniciado em 01 de outubro de 1997 e finalizado em 20 de agosto de 1998. A Corte Suprema, na relatoria de Min. Marco Aurélio, concedeu em parte a liminar pleiteada pelos autores da ação. O mérito da ação, até agora (ano de 2010) não foi analisado.

Monteiro (2010, p. 33), considera resumidamente os dispositivos da LGT impugnados que tratam do procedimento das contratações administrativas da ANATEL, a autora afirma que o Supremo Tribunal Federal decidiu o seguinte em sede de liminar:

(a) Quanto ao art. 22, II – deferir em parte o pedido de medida cautelar para, sem redução de texto, dar-lhe interpretação conforme à Constituição, com o objetivo de

fixar a exegese segundo a qual a competência do Conselho Diretor fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência;

(b) Quanto ao art. 54 parágrafo único, art. 55, ao art. 56, ao art. 57 e ao art. 58, que tratam de criar e estabelecer as regras do pregão na agência – indeferir, por votação majoritária, o pedido de medida cautelar;

(c) Quanto ao art. 59 – deferir em parte o pedido de medida cautelar para, sem redução do texto, dar-lhe interpretação conforme à Constituição, com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a contratação há de reger-se pela Lei 8.666, ou seja, considerando-se, como regra a ser observada, o processo licitatório.

No que se refere ao resultado da decisão explicitada acima, pode-se dizer em síntese que tal decisão, mesmo que em sede de liminar, é que o Supremo Tribunal Federal não suspendeu a eficácia de qualquer dispositivo questionado da LGT sobre o tema, o que o órgão de cúpula do Judiciário fez de conformidade com Monteiro (2010, p. 35), foi indeferir o pedido de medida cautelar com relação aos arts. 54, parágrafo único, e 55 a 58; e determinar fosse feita “interpretação conforme à Constituição” para os arts. 22, II, e 59. Isto quer dizer que o Supremo Tribunal Federal, ainda que implicitamente, admitiu a constitucionalidade da norma que autorizou apenas um órgão administrativo federal – a ANATEL – a realizar licitação da modalidade de pregão.

Desta forma, com a autorização dada pela LGT e o aval do Supremo Tribunal Federal, a prática do pregão existe no Direito Brasileiro desde a edição, pela ANATEL, de seu regulamento de contratações. Trata-se da Resolução 5, de 15 de janeiro de 1998, a qual disciplinou o procedimento desta nova modalidade licitatória no âmbito da autarquia.

Infere-se assim que desde então até a edição da Medida Provisória 2.026, em 04 de maio de 2000, o pregão era uma realidade apenas para a ANATEL. Nenhum outro órgão administrativo (federal, estadual, ou municipal) estava autorizado a utilizar-se desta outra modalidade. Esta autorização expressa só veio com a edição da Lei 10.520, em 17 de julho de 2002, que converteu a Medida Provisória 2.182-18 de 28 de agosto de 2001, em lei. Como se verá no próximo capítulo.

3.3 ASPECTOS LEGAIS DO PREGÃO

Como se viu anteriormente, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT) foi a precursora da do pregão como uma nova modalidade licitatória. A experiência da ANATEL foi decisiva para que o modelo fosse estendido para além de seus domínios.

Assim, quase dois anos e meio de resultados positivos na ANATEL, o Governo

Federal decidiu estender a nova modalidade para toda a Administração Pública. Optou pela via da medida provisória, ao invés de proceder a uma ampla revisão do sistema de compras governamentais.

Surgiu então a Medida Provisória nº 2.026 em 04 de maio de 2000, que de acordo com Monteiro (2010, p. 36), foi “reeditada pelo governo federal mês a mês, por 18 meses consecutivos”. Nela veio a autorização para que os outros órgãos da Administração Federal adotassem a nova modalidade licitatória Alijou, no entanto, a mesma regra para Estados e Municípios.

Importante observar que a Medida Provisória 2.026 foi editada em 04 de maio de 2000, portanto, quando ainda vigia o art. 62 da Constituição federal na sua redação original. No entanto, Monteiro (2010, p. 37), ensina que “fosse naquele regime constitucional de edição de medidas provisórias ou no atual, introduzido pela Emenda Constitucional 32, em nenhuma hipótese se sustentaria a edição de medida provisória para tratar de matéria relativa a licitação pública”.

A autora em referência considera também que a competência do Executivo para a edição de medida provisória é especial e só pode ser exercitada quando presentes todos os pressupostos constitucionais para tanto; isto é, apenas em caso de relevância e urgência, cabendo ao Judiciário o controle da presença de tais pressupostos ao caso concreto. As razões que levaram à edição da Medida Provisória 2.026 foram de índole política. Não havia qualquer empecilho para que o tema tivesse seguido o trâmite normal dos processos legislativos.

Importante enfatizar que a Medida Provisória nº 2.026/2000 entrou em descompasso com a ordem constitucional que como se viu foi, reeditada por 18 meses consecutivos até ser estabilizada em virtude da Emenda Constitucional 32 de 11 de setembro de 2001. Que limitou (expressamente) os casos de edição de medida provisória, modificando substancialmente o art. 62 da Constituição Federal. O art. 2º da Emenda Constitucional 32/2001 tornou definitivas todas as medidas provisórias pendentes de aprovação pelo Congresso Nacional inclusive a Medida Provisória 2.182-18 de 23 de agosto de 2001, relativa ao pregão.

Desta forma a Medida Provisória 2.182-18 ficou valendo, até sua transformação na Lei 10.520 em 17 de julho de 2002.

Apesar das questões elencadas acima, fato a que se quer enfatizar é que o pregão passa a ser uma nova modalidade licitatória definida na Lei Federal 10.520 de 17 de julho de 2002, já amplamente usada como método de aquisição governamental não apenas na órbita federal, mas também por Estados e Municípios, passando a ser considerada um marco nas

contratações públicas.

Tem-se assim resumidamente que além da Lei 8.666/93, que é o Estatuto geral das licitações, foi editada, posteriormente, a Lei nº 10.520/2002, (antecedida de várias medidas provisórias reeditadas), que passou a regular nova modalidade de licitação – o pregão. A referida lei, por conseguinte, tem caráter especial diante do Estatuto, eis que disciplina especificamente a nova modalidade licitatória.

3.4 TIPOS DO PREGÃO

Para de falar a respeito dos tipos de pregão faz-se necessário se compreender que de acordo com o art. 4º, I da Lei 10.520, o pregão inicia-se para o público com a convocação dos interessados, mediante aviso publicado no correspondente Diário Oficial ou, se este não houver, em jornal de circulação local e, facultativamente, por meios eletrônicos e, conforme o vulto da licitação, também em jornal de grande circulação.

Importante considerar que a nova legislação teve como objetivo básico complementar a Lei nº 8.666/93. Não houve, portanto, o intuito de revogação desta última.

Sobre esta questão Carvalho Filho (2009, p. 290), ensina que a nova disciplina tem normas que alteram certos aspectos de fins e procedimentos em relação ao Estatuto. Evidentemente, por ser *Lex posterior*, prevalecem suas normas sobre as da lei antiga. Mas, confrontando-se sistematicamente os diplomas legais, pode-se, quando muito, considerar presente, em alguns casos hipóteses de derrogação (ou revogação parcial), mantendo-se, no entanto, o arcabouço fundamental do Estatuto.

Assim a modalidade de licitação denominada pregão, destinada à aquisição de bens e serviços comuns, possui como principal característica a agilidade nos processos licitatórios, minimizando custos para a Administração Pública.

Curiosamente o procedimento do pregão se assemelha ao leilão podendo-se dizer que o pregão é um leilão ao avesso, visto que no leilão tradicional os participantes explicitam sua disposição a pagar pela aquisição do objeto colocado à venda, apresentando suas ofertas em lances verbais crescentes e sucessivos, numa disputa que é vencida por quem se propõe a pagar o maior valor em moeda corrente. No pregão ocorre a explicitação da disposição a receber dos participantes para o fornecimento de um produto, vencendo a disputa quem oferece o menor preço de venda para o objeto licitado.

No que se refere aos tipos de pregão o estatuto prever dois tipos. O Pregão presencial e

o Pregão Eletrônico. Como se verá a seguir.

3.4.1 Pregão Presencial

Pregão presencial ou comum como o próprio nome diz, é uma modalidade de Licitação onde ao invés, de se fazer o pregão com a utilização dos meios eletrônicos ou virtuais como a internet, o pregoeiro, sua comissão e os licitantes se reúnem para fazerem a compra através do menor lance ofertado. No pregão presencial as empresas envolvidas no processo apresentam a documentação física na hora e pode haver também negociação de preço imediata.

Assim pode-se dizer que o pregão presencial se caracteriza pela presença em ambiente físico, de agentes da Administração como o pregoeiro e dos interessados em determinadas etapas do procedimento.

3.4.2 Pregão eletrônico

O Pregão eletrônico, diferentemente do pregão presencial, os licitantes não comparecem a uma sessão pública coletiva, tendo em vista a não existência da mesma. É assim a uma modalidade licitatória realizada por meio do uso de recursos tecnológicos de informação. Este tipo de pregão foi disciplinado pelo Decreto 3.697/00.

Depois o Governo Federal publicou o Decreto 5.450/05, que regulamentou que todas as compras e contratações de bens e serviços comuns fossem realizadas através da modalidade de licitação pregão, preferencialmente em sua versão eletrônica - o pregão eletrônico.

O decreto prevê, também, que no caso da escolha de outras modalidades de licitação, o ente público responsável justifique o porquê de sua escolha. Até então o órgão público tinha a possibilidade de definir que modalidade utilizar, como por exemplo tomada de preços, concorrência e carta-convite, entre outras. O decreto, que entrou em vigor em 1º de julho de 2005, revogou assim o Decreto 3.697/00.

No pregão eletrônico toda a fase de disputa por lances é feita por meio da Internet, onde também busca a aquisição de bens e serviços comuns.

Importante considerar que em geral, toda a fase de disputa é feita à distância, por meio da Internet. São aproveitadas as regras básicas do pregão presencial, acrescidas de normas específicas.

De acordo com Marinho (2008, p. 31), para que sejam realizadas as contratações por meio do Pregão eletrônico, torna-se necessária a utilização de tecnologias e instrumentos adequados. Tais instrumentos são essenciais, principalmente para assegurar aos participantes a veracidade e segurança do tráfego de informações.

Importante considerar que para garantir a segurança deste processo utiliza-se de criptografia e de autenticação que assegurem segurança em todas as etapas do certame, conforme texto legal abaixo transcrito do decreto 5.450/05, art. 2º § 3º.

Art. 2º O pregão, na forma eletrônica, como modalidade de licitação do tipo menor preço, realizar-se-á quando a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns for feita à distância em sessão pública, por meio de sistema que promova a comunicação pela internet.

(...)

§ 3º O sistema referido no caput será dotado de recursos de criptografia e de autenticação que garantam condições de segurança em todas as etapas do certame. (BRASIL, 2005).

Outro aspecto importante a ser considerado é que de acordo com o Decreto 5.450/05 o pregão, na forma eletrônica, deverá ser conduzido pelo órgão ou entidade promotora da licitação, com apoio técnico e operacional da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que atuará como provedor do sistema eletrônico para os órgãos integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG.

Assim pode-se dizer que o pregão eletrônico é uma importante ferramenta de licitação que utilizando as tecnologias da informática, tem o objetivo dotar o mercado de um sistema operacional eficiente e que proporcione a competição e a transparência nos negócios, tanto para o setor privado quanto para o público.

3.5 FASES DO PREGÃO

O pregão como todas as outras modalidades de licitação é formado por duas fases, a interna ou preparatória e a externa ou procedimental, conforme se verá a seguir.

3.5.1 A Fase preparatória do pregão

A fase preparatória é considerada a mais importante é o alicerce do processo licitatório.

De acordo com Marinho (2008, p. 32), é na fase preparatória onde tudo é preparado para a participação do particular no processo. Nesta fase são verificadas as necessidades de definição do objeto, das condições de participação e de contratação, além da estimativa de preço do bem.

Sobre esta questão o art. 38 da Lei 8.666/93 reza que:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

- I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;
- II - comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite;
- III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite;
- IV - original das propostas e dos documentos que as instruírem;
- V - atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora;
- VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;
- VII - atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação;
- VIII - recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;
- IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;
- X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;
- XI - outros comprovantes de publicações;
- XII - demais documentos relativos à licitação.

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). (BRASIL, 1993).

Do exposto infere-se que é na fase interna que a autoridade competente produz o edital, objeto que norteará toda a fase externa. Assim, durante a produção do edital a autoridade competente se fará valer de preceitos infraconstitucionais e constitucionais, como o art. 3º, I da Lei nº 10.520/02 e do art. 37, XXI, da Constituição Federal que estabelecem que as exigências estão submetidas ao crivo da autoridade competente, tendo apenas que respeitar o que seria o estritamente necessário.

3.5.2 Fase externa ou procedimental do pregão

Com a convocação dos possíveis interessados, dá-se início à fase externa. Esta fase é regulamentada pelo art. 4º da Lei 10.520/02.

Na forma da convocação se divulga aos interessados, conforme se retira em leitura do art. 4º II da Lei 10.520/02, de forma sucinta, a “definição do objeto da licitação, indicação do

local, dias e horários em que poderá ser lida e obtida a íntegra do edital”.

Na data, hora e local marcadas pelo edital e constantes da convocação é feito o credenciamento, que consiste no ato de identificar os interessados e ou representantes das empresas.

De acordo com Marinho (2008, p. 34), concluída a fase do credenciamento se passa para a entrega dos envelopes, seguida da imediata abertura de todas as propostas, verificando a conformidade e viabilidade do preço ofertado.

O autor em referência considera que logo em seguida vem uma das grandes novidades presentes no pregão, a etapa de lances verbais e sucessivos obedecendo o estabelecido pelo art. 4º, incisos VIII e IX da Lei 10.520/02

Art. 4º, VIII – no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;

Art. 4º, IX – não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos; (BRASIL, 2002).

Assim classificada a melhor proposta ao final dos sucessivos lances verbais, cabe ao pregoeiro negociar diretamente com o vencedor, no sentido de obter maiores vantagens financeiras para o erário, desde que respeitadas as mínimas do edital.

Entende-se assim que verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor.

3.6 A NORMA GERAL DA VERSÃO ELETRÔNICA DO PREGÃO

A forma eletrônica do pregão de acordo com Monteiro (2009, p. 198), “não equivale a uma nova e distinta modalidade licitatória. Trata-se da mesma modalidade licitatória criada e descrita na Lei 10.520/02, a qual traduz as seguintes regras específicas aplicáveis:

Art. 2º (Vetado)

§ 1º Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

§ 2º Será facultado, nos termos de regulamentos próprios da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a participação de bolsas de mercadorias no apoio técnico e operacional aos órgãos e entidades promotores da modalidade de pregão, utilizando-se de recursos de tecnologia da informação.

§ 3º As bolsas a que se referem o § 2º deverão estar organizadas sob a forma de sociedades civis sem fins lucrativos e com a participação plural de corretoras que operem sistemas eletrônicos unificados de pregões. (BRASIL, 2002).

Como se viu anteriormente a peculiaridade do pregão eletrônico está na sua realização com o auxílio de recursos de informática, o que transporta a sessão pública para um ambiente virtual – a Internet.

De acordo com Monteiro (2009, p. 198), a autorização legal permite que normas complementares sejam editadas para dar formato a esta via eletrônica do pregão, sendo absolutamente vedado qualquer desvio da norma geral do pregão.

A assertiva referida se justifica, pois sendo referida alternativa decorrente direta da Lei 10.520/02, dos princípios constitucionais aplicáveis à atuação administrativa e das normas gerais da Lei 8.666/93 que dão completude à modalidade, não há como seus ditames serem desviados quando o pregão se realizar pela Internet.

Desta forma pode-se dizer que para a realização do pregão eletrônico é imprescindível a edição de norma específica pela entidade que pretende beneficiar-se desta via, tendo em vista a necessidade de definição de um conjunto de situações que não foram previstas abstratamente na norma, todas relacionadas à adequação do procedimento presencial à via eletrônica. O âmbito próprio dessas normas específicas é apenas a organização do encontro virtual, não sendo possível qualquer inovação da ordem jurídica que impõe restrição ao âmbito de participação, à publicidade do certame e ao controle dos atos administrativos pelos interessados.

Assim infere-se que da mesma forma que se verifica no pregão presencial, fazem-se necessário no pregão eletrônico o registro de todos os atos e a formalização do processo administrativo de escolha do particular até a celebração do contrato.

Feito estas colocações o capítulo seguinte tratará das vantagens e desvantagens do pregão eletrônico.

4 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO PREGÃO ELETRÔNICO

4.1 VANTAGENS

O pregão eletrônico propriamente dito apresenta grandes vantagens em relação às modalidades tradicionais.

De acordo com Justen Filho (2009, p. 18), o pregão, apresenta três vantagens marcantes em relação as modalidade tradicionais de licitação previstas na Lei nº 8.666/93. Trata-se das seguintes: “1) potencial incremento das vantagens econômicas em favor da

Administração, 2) ampliação do universo de licitantes e 3) simplificação do procedimento licitatório”.

Sobre a potencial ampliação das vantagens econômicas o pregão contempla uma fase de lances posterior à apresentação das propostas. Desse modo, os licitantes podem elevar as vantagens de suas ofertas, pois podem diminuir os valores desta e aumentar as vantagens financeiras para o Estado.

Quanto ao exposto Justen Filho (2009, p. 18), considera que a mutabilidade do valor oferecido insere-se num processo de ampliação da competitividade, o que não existe no modelo tradicional da Lei 8.666/93. Como resultado, a Administração obtém contratações por valor econômico mais reduzido.

No que se refere a ampliação do universo licitatório, especificamente no tocante ao pregão eletrônico, de acordo com o autor referendado acima verifica-se, a desnecessidade de comparecimento no local em que se processa o certame. A possibilidade de competir por meio de propostas e lances apresentados pela internet abre oportunidades para que os licitantes dos mais diversos locais do Brasil participem de todos os pregões instaurados. Isto reduz o risco de acordos reprováveis entre os licitantes e amplia a possibilidade de obtenção de propostas mais vantajosas.

Quanto a simplificação do procedimento licitatório a inversão das fases torna desnecessário o exame da documentação de habilitação de todos os licitantes. A isso se soma o cabimento de recurso somente contra a última decisão adotada pela Administração. Como decorrência, o procedimento licitatório torna-se muito mais rápido, consumindo menos esforço dos agentes administrativos. Desse modo, um pregão pode iniciar-se e encerrar-se em horas, senão em minutos, hipótese esta, impensável no âmbito das licitações tradicionais.

Outros aspectos que vale a pena se listar no que se refere às vantagens do pregão eletrônico é que este apresenta maior transparência haja vista que toda a sociedade pode acompanhar, em tempo real, os pregões em andamento.

Tem-se também a vinculação com o módulo do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI), pois as propostas vencedoras dos pregões estão, eletronicamente, vinculadas ao SIAFI – módulo do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (SIASG) em que ocorre o empenhamento das despesas.

Tudo isto sem contar que o licitante pode participar da licitação estando fisicamente, em qualquer lugar, desde que conectado à internet.

Resumindo o que foi explicitado acima tem-se como vantagens do pregão eletrônico, a desburocratização nos processos de contratação, agilidade, celeridade, eficiência e economia

nas contratações, melhor gerenciamento nas despesas públicas, publicidade e transparência do procedimento licitatório, entre outras.

4.2 DESVANTAGENS

Mesmo com as vantagens acima elencadas, é importante reconhecer que o pregão apresenta certas vulnerabilidades, que propiciam desvantagens relevantes.

Sobre estas desvantagens Justen Filho (2009, p. 18), considera as seguintes: “a) a dificuldade na obtenção de prestações de qualidade adequada. b) a redução da segurança da Administração quanto à idoneidade do licitante e c) a preponderância das empresas de maior poder econômico”.

No que se refere a dificuldade no tocante à qualidade da prestação o autor referendado considera que o pregão privilegia o menor preço e conduz a Administração a obter o preço mais reduzido possível. Por outro lado, o pregão versa sobre “objeto comum” o que conduz a que todos os produtos disponíveis no mercado sejam ofertados à Administração. Daí se segue o enorme risco de o pregão conduzir à seleção de uma proposta de valor reduzido para contratação de um objeto de qualidade imprestável. Assegurar a contratação de respostas de qualidade e receber prestações adequadas é o maior desafio no âmbito do pregão quer ele seja o comum ou o eletrônico.

No que se refere a redução da segurança da Administração quanto à idoneidade do licitante, Justen Filho (2009, p. 19), considera que este, constitui um outro problema existente no âmbito do pregão. Tal fato decorre diretamente da inversão das fases. Pois o pregão se desdobra primeiramente com a seleção da proposta mais vantajosa. Depois, passa-se ao julgamento dos requisitos de habilitação do licitante que ofertou a melhor proposta.

O autor em referência ensina que o conhecimento do valor ofertado pelo licitante contamina, de modo inquestionável, a isenção para avaliar o preenchimento dos requisitos de habilitação. As vantagens econômicas ofertadas pelo licitante incentivam a Administração a ignorar defeitos e tentar “salvar” uma proposta que, em outro cenário, seria sumariamente rejeitada.

Justen Filho (2009, p. 20), esclarece ainda que sobre a questão acima levantada, existem muitos contratos que são avençados com sujeitos cuja qualificação é duvidosa e que se traduzem, no final das contas, em verdadeiros desastres para a Administração.

No que se refere a preponderância das empresas de maior poder econômico pode-se dizer que estas estão em condições de ofertar os menores preços, em virtude de uma lei econômica inafastável. Trata-se de que a elevação da escala de atuação do empresário a ele permite praticar preços menores. O grande empresário adquire grandes quantidades de seus fornecedores, incorre em custos fixos proporcionalmente menores e pode suportar margem de lucratividade mais reduzida. Portanto, a difusão do pregão e, especialmente, a consagração de sua forma eletrônica significou a inviabilização de micro e pequenos empresários sagrarem-se vencedores de licitações públicas.

5 SOLUÇÕES AOS PROBLEMAS ORIGINADOS DO PREGÃO

O pregão eletrônico oportuniza a entrada de pessoa jurídica sem muita qualificação financeira sendo necessário maior rigor na análise das propostas, podendo o gestor público também efetuar uma triagem em relação as reais condições econômica e financeira da empresa licitante, através da análise de balanços e balancetes e demais documentos fiscais.

Outra questão que se refere a solução para dirimir a problemática originada do pregão é a necessidade de especificações de qualidade mínima, pois a fórmula legal não impede a adoção desse requisito. Um bem ou serviço não deixa de ser “comum” quando a Administração estabelece padrões mínimos de aceitabilidade. Mesmo no mercado, existem diversos padrões de qualidade de produtos, todos eles reconduzíveis ao conceito de “comum”. A adoção da modalidade de pregão não significa que a Administração seja constrangida a adquirir produtos de qualidade inadequada, apenas porque buscará o menor preço.

Vale ressaltar também que o pregão eletrônico tornou-se uma notável ferramenta para o processo licitatório, pois busca uma contratação fundamentada no menor preço e melhor qualidade. Valendo-se ressaltar que nem sempre o menor preço representa a proposta que contemple a melhor qualidade, haja vista que em determinados produtos uma diferença pequena pode acarretar prejuízo, como exemplo pode-se citar o preço de um litro de gasolina que pode ser adquirido no raio de 5km da sede da instituição, a um preço superior a outro adquirido numa distância de 20km com um preço inferior, não compensando a sua aquisição.

Outra questão que se pode elencar é a de que não há regra que determine o número mínimo de participantes ou o menor valor da proposta na licitação mediante pregão. A solução portanto para este problema seria a criação de regras que corrigisse essa falha.

Assim o gestor público pode dirimir alguns problemas originados do pregão.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se verificou no decorrer deste estudo O Decreto 5.450 de 31 de maio de 2005, regulamentou o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns. O que permite dizer que é perfeitamente inviável para qualquer operador do Direito compreender o pregão eletrônico a aplicar adequadamente as regras do Decreto em comento sem dominar e conhecer o instituto da licitação. Compreende-se assim que o aplicador do pregão eletrônico deve necessariamente dominar de modo pleno o conhecimento das normas gerais constitucionais e legislativas pertinentes à atividade administrativa do Estado, à licitação administrativa, mesmo ao pregão comum.

Importante considerar que o pregão eletrônico apresenta algumas peculiaridades, porém não se pode esquecer que se trata de uma modalidade de licitação o que significa a submissão às normas gerais, princípios e regras contidas na Lei 8.666/93. Além disso, sujeita-se à disciplina da Lei 10.520/02, fazendo-se necessário se conjugar o exame de todos estes dispositivos com o Decreto 5.450/05 e com a CF de 1988.

Outro aspecto importante a ser considerado é da celeridade porque por este princípio, os atos devem ser praticados em menos tempo, a fim de que a contratação seja logo efetivada, objetivando rapidez e agilidade no certame licitatório.

Também não se pode deixar de falar sobre o princípio da razoabilidade pois este é de fundamental importância em toda atuação administrativa e especialmente na licitação.

Enfatiza-se também que o pregão em sua forma eletrônica possibilitou um grande impulso a competitividade desenvolvendo a disputa entre os fornecedores que passaram a ter maior credibilidade nos certames licitatórios.

Por fim a guisa de conclusão pode-se dizer que o pregão eletrônico é um instrumento inovador que pode proporcionar grandes mudanças nas contratações, conferindo maior rapidez, segurança e transparência nas contratações de bens e serviços.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 13 de out. 2010.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. acesso 13 de out. 2010.

_____. **Lei nº 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. Disponível em <<http://www.leidireto.com.br/lei-10520.html>>. Acesso em 20 de out. 2010.

_____. **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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. acesso 18 de out. 2010.

_____. **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. Disponível em <http://www.sesrh.rn.gov.br/contentproducao/aplicacao/sesrh/arquivos/licitacoes/lei_federal_n_8.666_de_21_de_junho_de_1993.pdf>. Acesso 20 de out. 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)** 5 ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MARINHO, Leonardo Campos. **O pregão: a necessidade de inversão parcial das fases**. São Paulo: Scortecci, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MONTEIRO, Vera. **Licitação na modalidade de pregão**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

MOTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações & contratos**. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.