

VOLNEI OTT DOS SANTOS

**O PREGÃO ELETRÔNICO NO ÂMBITO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: DO IDEÁRIO
LEGISLATIVO À PRÁTICA, RESULTANDO EM VETOR DE
DESPERDÍCIO DE RECURSOS PÚBLICOS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. Msc Salomão Almeida
Barbosa

BRASÍLIA

2009

À minha mãe, Hilda Ott, pelo exemplo. Mãe, a Senhora foi o meu farol. Deu-me luz, orientação. No transcorrer das tormentas, sempre permaneceu firme a mostrar-me o caminho. Soube, porém, respeitar as minhas escolhas. A Senhora ainda é o meu norte. Onde estiver, saiba que eu a amo de todo o coração.

Agradeço a minha família pela paciência.

Núbia, obrigado pela parceria. Foram longos estes cinco anos. O teu apoio e solidariedade foram essenciais nesta jornada.

Aos meus filhos, Felipe e Matheus, eu agradeço pelo incentivo.

Sou grato ao meu orientador, Professor Msc Salomão Almeida Barbosa, pela compreensão, dedicação e exemplo. Foi um privilégio ter sido seu orientando.

À galera, meus eternos votos de saúde e prosperidade.

“Muita gente ignora o que crê. O ato do pensamento com que se crê uma coisa, não é o mesmo que aquele com o que se conhece a crença.”

“Todos os homens dão mais atenção às palavras do que às coisas; o que faz com que concordem muitas vezes com termos que não entendem e que não se preocupam em entender, ou porque acreditam tê-los entendido noutros tempos, ou porque lhes pareceu que aqueles que lhes ensinaram conheciam-lhe o significado e que eles o aprenderam pelo mesmo meio.”

René Descartes

(Discurso sobre o método, 1637)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O PROCESSO LICITATÓRIO E O PREGÃO ELETRÔNICO	10
1.1 Generalidades	10
1.1.1 <i>Licitação: conceito, princípios, fases e modalidades</i>	11
1.1.2 <i>A modalidade pregão e sua forma eletrônica</i>	20
1.1.3 <i>Agentes administrativos, responsabilidades e sanções administrativas</i>	21
1.1.4 <i>Responsabilidades do licitante</i>	24
1.1.5 <i>Caracterização dos bens de uso comum</i>	26
1.2 O sistema computadorizado que processa o pregão eletrônico	28
1.2.1 <i>Questões sobre a segurança do procedimento</i>	30
1.2.2 <i>Chave de identificação e senha</i>	31
1.3 Desenvolvimento do pregão eletrônico: procedimentos	33
1.3.1 <i>Fase preparatória</i>	33
1.3.2 <i>Publicidade do edital: alterações e impugnações</i>	34
1.3.3 <i>Fase de julgamento e aceitabilidade das propostas</i>	36
1.3.4 <i>Adjudicação, homologação das propostas</i>	40
2 O IDEAL LEGISLATIVO DO PREGÃO ELETRÔNICO E A SUA APLICAÇÃO PRÁTICA	43
2.1 O pregão eletrônico e o ideal legislativo	43
2.2 O pregão eletrônico na prática.....	45
2.2.1 <i>A descrição do objeto a ser licitado e as suas implicações</i>	46
2.2.2 <i>A vedação do estabelecimento da marca e a questão da qualidade</i>	53
2.2.3 <i>A importância dada ao Termo de Referência</i>	56
2.2.4 <i>O pregão eletrônico e a relação qualidade versus preço</i>	60
2.2.5 <i>A apresentação de amostras</i>	62
2.2.6 <i>Os agentes da Administração e a condução do procedimento</i>	65
3 O PREGÃO ELETRÔNICO COMO VETOR DE DESPERDÍCIO DE RECURSOS PÚBLICOS.....	68
3.1 A questão da compra dos fabricantes ou dos seus distribuidores.....	69
3.2 A centralização do processo de aquisição	70
3.3 O requisito do “menor preço” não garante a compra de bens de qualidade...74	
3.4 Para descrever o objeto e pedir amostras faz-se necessário que o agente administrativo tenha qualificação técnica para tanto.....	77
3.5 A referência qualitativa da marca e o princípio da competitividade	78
CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS	86

RESUMO

Esta monografia trata da aquisição dos chamados bens de uso comum pela Administração Pública Federal e das características que tornam esse procedimento um vetor de desperdício de recursos públicos. Desse modo, após uma análise da sistemática de utilização da modalidade licitatória denominada pregão eletrônico, discute-se os procedimentos impostos por esse arcabouço legislativo, os quais tornam a aplicação desse instrumento um relevante escoadouro de dinheiro público. Isso, porque vincula o agente público a uma sistemática que não garante a qualidade dos bens adquiridos para a manutenção das atividades dos órgãos e entidades do Poder Público Federal.

Palavras-chave: Direito Administrativo – licitações – bens de uso comum
pregão eletrônico – Administração Pública Federal – desperdício.

INTRODUÇÃO¹

No ano de 2008, a Administração Pública Federal gastou, na rubrica contábil de material de consumo, aproximadamente oito bilhões de reais.² Essa composição contábil representa aqueles bens considerados como de uso comum. São suprimentos para copiadoras e impressoras, lápis, canetas, tintas, e afins.

Esse universo de gastos seria suficiente para construir um número considerável de escolas, hospitais, e caracteriza um inimaginável espectro de possíveis aplicações de relevante caráter social. Mas o objetivo do presente trabalho não é questionar a pertinência dessas aquisições. Elas, por certo, são necessárias à manutenção da prestação dos serviços públicos - finalidade precípua dos poderes instituídos.

Na verdade, a meta é apresentar alguns aspectos atinentes à sistemática imposta pela legislação que regulamenta a aquisição desses bens e que eivam esse procedimento de hiatos legislativos, bem como o tornam um veículo de desperdício de recursos públicos. Dez por cento de economia nessas aquisições representaria algo em torno de oitocentos milhões de reais. Uma quantia altamente representativa. Vale observar que essas considerações dirigem-se aos gastos da União. Imagine-se essa composição estendida a todos os entes federados.

Assim, a atual sistemática adotada pelo Decreto nº 5.450/2005, que determina a adoção do pregão eletrônico para a aquisição dos chamados bens de uso comum,

¹ Em conformidade com o parágrafo único do artigo 2º do Decreto nº 6.583, de 29 de setembro de 2008, o presente trabalho não contempla o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa, em 16 de dezembro de 1990, e internalizado por meio do Decreto Legislativo nº 54, de 18 de abril de 1995.

² Portal Contas Abertas. *Execução por elemento de despesa*. Dados atualizados até 31/12/2008. Exercício 2008. Fonte: SIAFI. Disponível em: <<http://www.contasabertas.com>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

em diversos aspectos, atua em desfavor do interesse público. A formatação dos seus procedimentos acaba por colocar a Administração Pública em condição de inferioridade perante o fornecedor. A Administração, em determinados casos, adquire o que o fornecedor quer vender e não aquilo que ela quer comprar.

A utilização cogente do pregão eletrônico, na atual formatação, impõe ao agente público a responsabilidade de elaborar, em minúcias técnicas uma perfeita identificação do objeto a ser licitado, sem, no entanto, exigir dele uma formação técnico-científica que dê o necessário respaldo a determinação das características que mobilizarão essa descrição. Essa responsabilidade, segundo vários doutrinadores, é o maior encargo do processo licitatório. Ou seja, para que ele possa cumpri-la, far-se-ia necessário ter uma formação acadêmica multidisciplinar, tecida em várias áreas do conhecimento científico, tais como: química, física, engenharia, etc. Qualificação que, na maioria dos casos, o agente público não possui.

Ratificando a idéia de que a descrição do objeto estabelece as características primordiais do que será adquirido, elaborá-la sem o devido embasamento científico pode resultar em considerável desperdício. Uma coisa é um potencial comprador dirigir-se ao mercado e optar pela aquisição, ou não, de determinada caneta. Uma opção, a bem da verdade, feita muito em função de percepções superficiais. Cor, empunhadura, padrão de escrita, ergonomia, dentre outras. Outra é ter de, por intermédio de uma descrição (cerceada por uma série de restrições e imposições legais), determinar a um mercado ávido pela venda o que a Administração Pública quer adquirir, de forma a garantir os princípios que ensejam esse ato administrativo. Qualquer hiato técnico, ou especificação dúbia ou incompleta, será usado pelo potencial fornecedor para efetivar a sua venda.

No curso desse processo, requisitos como a qualidade do bem, por exemplo, são relegados ao segundo plano. O preço é o fator primordial na determinação do que será adquirido. Muitas vezes, a aquisição pautada exclusivamente por esse parâmetro acaba por encarecer o custo desse bem, haja vista que a sua inferioridade qualitativa termina por diminuir-lhe a vida útil.

O legislador, na ânsia de construir um arcabouço legal que propiciasse ao agente administrativo instrumentos à consecução do interesse público, estruturou, na prática, uma sistemática que inverte a lógica da mercancia. Ela, na verdade, enfraquece o poder de controle sobre o processo. Não valoriza, na negociação do preço, o seu grande volume de compra. Fortalece o poder do fornecedor, garantindo-lhe uma vantagem na manipulação da lei para atingir os seus objetivos. Ou seja, vender o seu produto pelo maior custo possível, sem compensar a quantidade adquirida (economia de escala) e, muitas vezes, sem primar pela qualidade do bem que entrega à Administração Pública. Todas essas conseqüências, vale salientar, alicerçadas dentro de preceitos legais que, supostamente, deveriam garantir a eficácia e a eficiência das compras governamentais.

1 O PROCESSO LICITATÓRIO E O PREGÃO ELETRÔNICO

1.1 Generalidades

A materialização dos fins públicos, pelo Estado, demanda a execução de várias atividades. Visando alcançar este interesse coletivo, a Administração Pública celebra contratos com pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, pautada por um regime jurídico de direito público ou privado, cuja incidência normativa dependerá da natureza e do objeto do contrato.³ Esses contratos visam desde os empreendimentos desenvolvimentistas do governo, até a própria manutenção da máquina pública. Segundo assinala Di Pietro:

[...] os *contratos da administração* (expressão ampla) compreendem os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado, enquanto os contratos administrativos são ajustes que a Administração celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.⁴

Desse modo, os contratos celebrados pela Administração ou obedecem ao regime de direito público, os chamados administrativos, ou ao regime de direito privado, denominados contratos civis. A diferença, segundo Di Pietro, evidenciada pela doutrina francesa, é dada pelas chamadas cláusulas exorbitantes.⁵

O contrato administrativo é aquele em que, na formação das vontades, a Administração Pública, embora possua privilégios e prerrogativas sobre o contratado, não busca causar o desequilíbrio da equação econômico-financeira. No entanto, evidencia-se uma verticalidade decorrente da posição privilegiada da Administração. Esses privilégios

³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 257.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 275.

⁵ Apud Waline. *Ibidem*, p. 275.

caracterizam as cláusulas exorbitantes da relação contratual. Essa supremacia decorre da *potestade pública*⁶ inerente da condição de entidade pública contratante.

A Administração, ao contratar com o particular, analisando-se o âmbito puramente doutrinário, tem o contratado como colaborador. Ela busca equalizar o interesse público com o interesse do contratado, ou seja, estabelecer pela via do contrato uma relação de natureza “ganha-ganha”. A Administração Pública obtém o bem ou serviço pagando um preço justo e o particular lucra com a contratação.⁷ A contratação pelo Poder Público é feita por intermédio do processo jurídico-administrativo denominado *licitação*.

1.1.1 Licitação: conceito, princípios, fases e modalidades

O dispositivo expresso no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal (CF/88)⁸ rege que é da União a competência para legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação em todas as suas modalidades. Essa competência se estende às Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais em todas as esferas governacionais, bem como para as sociedades de economia mista (cuja previsão consta do inciso III, do § 1º, do artigo 173 da CF/88) e empresas públicas.⁹

Segundo Odete Medauar, licitação é o processo que antecede a contratação pelo Poder Público, e ela assim o define:

[...] é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 276.

⁷ Ibidem, p. 276.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2008.

⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 180.

contratado.¹⁰

Essas fases e atos caracterizam um procedimento administrativo¹¹ dimensionado tanto por atos a cargo da Administração Pública, quanto por atos atinentes àqueles que desejam contratar com o Poder Público, denominados licitantes.¹² É da responsabilidade da Administração Pública a elaboração do instrumento convocatório aos interessados (edital ou carta-convite), o processamento das propostas, a habilitação, classificação, adjudicação dos licitantes, além de outras ações de caráter intermediário ou ainda posteriores ao processo, tais como: o julgamento dos recursos, a revogação, a anulação, dentre outros. Cabe ao licitante retirar o edital, elaborar a sua proposta, prestar garantias, etc.¹³

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, enfatiza a obrigatoriedade de a Administração firmar contratos cujas condições visem atender, da melhor forma possível, o interesse público. Sempre em respeito a princípios que propiciem a igualdade entre os participantes e balizados pela moralidade e eficiência. Meirelles, ao conceituar o processo licitatório, *in verbis*:

[...] o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro de padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.¹⁴

Segundo Di Pietro, não existe uniformidade doutrinária sobre os princípios que regem o processo licitatório. Ela ressalta, no entanto, que a própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. A licitação é uma decorrência do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público e que se caracteriza como uma restrição à

¹⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 179.

¹¹ No presente trabalho, processo administrativo e procedimento administrativo são tomados como sinônimos.

¹² Licitante “é a denominação conferida a quem participa da licitação” (Ibidem, p. 181).

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 348.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.25.

liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá de escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.¹⁵

No que diz respeito aos princípios gerais do processo licitatório, destacam-se os que seguem:

Princípio da igualdade¹⁶ – constitui um alicerce do processo e visa garantir a isonomia entre os licitantes evitando que o agente público estabeleça preferência que prejudique os demais. Encontra-se expresso no art. 37, XXI, da CF, a saber:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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 pagamento, 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. (Regulamento)

A Lei nº 8.666/93, Lei de Licitações¹⁷, reforça o dispositivo constitucional ao estabelecer, no § 1º, inciso I, do art. 3º desse diploma legal ao vedar aos agentes públicos:

[...] estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere à moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Existem, porém, duas exceções a este princípio. A primeira diz respeito aos critérios de desempate para o fornecimento de bens e serviços. A preferência é dada a empresas brasileiras de capital nacional; aos bens produzidos no Brasil; e assim

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 351-352.

¹⁶ *Ibidem*, p. 353-354.

¹⁷ 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. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 out. 2008.

sucessivamente em critérios de preferência estabelecidos pelo § 2º, art. 3º, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*.

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:
 I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;
 II - produzidos no País;
 III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.
 IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

A segunda exceção diz respeito às aquisições de bens e serviços de informática e automação, cuja preferência é determinada pelo art. 3º, da Lei nº 8.248/91, cuja redação foi dada pela Lei nº 10.176/2001, e que também procura beneficiar as empresas e a tecnologia nacionais.

Princípio da legalidade¹⁸ – caracteriza a obrigatoriedade de o procedimento licitatório ser desenvolvido de acordo com os preceitos legais que o regulam. Além disso, configura um direito público subjetivo a todos os que participarem da licitação (licitantes), impondo à Administração Pública a fiel observância da lei (arts. 1º e 4º, da Lei nº 8.666/93).

Princípio da impessoalidade¹⁹ – caracteriza a necessidade de a Administração Pública tratar a todos os licitantes de maneira igual no que tange aos seus direitos e obrigações, desconsiderando as suas condições pessoais e possíveis vantagens que este possa oferecer, salvo aquelas previstas em lei.

Princípio da publicidade²⁰ – aponta a necessidade da divulgação do procedimento para todos os interessados, bem como de todos os atos praticados pela

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 354-355.

¹⁹ *Ibidem*, p. 355.

²⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 182.

Administração Pública no desenvolvimento da licitação, de forma a possibilitar o controle do procedimento por todos os interessados.

Princípio da moralidade²¹ – impõe à Administração um comportamento não somente lícito como também pautado pelos bons costumes, pela moral, pela honestidade, pela justiça e equidade, bem como pelas regras da boa administração. A idéia de moralidade confunde-se com a de probidade, embora esta possua uma estrutura normativa melhor delineada no ordenamento jurídico brasileiro.

Princípio da eficiência²² – incluído aos princípios da Administração pela Emenda Constitucional 19/98, norteia a atuação da Administração Pública no sentido da produção de resultados que satisfaçam, de forma rápida e precisa, as necessidades da população, buscando, por conseguinte, a solução mais adequada ao atendimento das demandas públicas.

A licitação, como já foi visto, é um procedimento sistematicamente integrado por atos e fatos de responsabilidade tanto da Administração quanto dos licitantes. Esse procedimento é composto de várias fases, assim estabelecidas.²³

Fase inicial ou de abertura (instauração de edital) – após a chamada fase interna da licitação que, em síntese, abarca a elaboração propriamente dita do edital, a sua análise pela assessoria jurídica, a sua aprovação para a posterior publicação, desencadeia-se a presente fase. O edital é a lei da licitação. Nele estão contidas todas as normas atinentes ao contrato a ser celebrado. Ele tem força vinculante entre as partes contratantes (Administração Pública e licitantes).

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 355.

²² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 129-130.

²³ *Ibidem*, p. 190-197.

Habilitação – é a fase em que a comissão identifica se os potenciais licitantes cumprem as exigências legais para contratar com a Administração Pública. Essas exigências podem ter caráter jurídico, gravitarem pela qualificação técnica, ou econômico-financeira, ou, ainda, pela regularidade fiscal ou ao cumprimento dos dispositivos constitucionais relativos, por exemplo, a limitação do emprego do trabalho de menores (inciso XXXIII, artigo 7º, da Constituição).

Classificação – é a fase em que, adequadas às peculiaridades de cada modalidade, serão analisadas as propostas com o objetivo de abstrair delas a melhor proposta para a Administração. Vale ressaltar que não se admitem preços incompatíveis com os praticados no mercado, mesmo que sejam abaixo deste referencial valorativo. Deste modo, preços estratosféricos ou àqueles irrisórios, simbólicos, e até mesmo o preço zero não serão considerados pelos agentes administrativos que conduzem o certame.

Julgamento – com base na análise das propostas classificadas, partindo-se do pressuposto de que foram sanados os possíveis recursos, é feito o julgamento. Essa fase adota o critério estabelecido pelo edital e pode assumir uma das seguintes configurações: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta. Cada uma delas melhor se aplicará em razão da modalidade de licitação, do objeto licitado, etc.

Homologação – cumpridas as fases anteriores, as propostas devidamente classificadas são encaminhadas à autoridade competente para que esta cumpra a fase em tela, ou seja, homologue o trabalho do pregoeiro e da sua equipe de apoio.

Adjudicação – é a determinação do vencedor do certame.

Existe previsão legal para a contratação pela Administração Pública sem a necessidade de licitação. Esses casos, porém, caracterizam-se pela exceção. Para que se contrate sem o devido processo licitatório faz-se necessária prévia previsão legal. Os ditos casos de contratação direta estão previstos na Lei nº 8.666/93 e a sua caracterização deverá ser devidamente justificada e comunicada, no prazo de três dias, à autoridade superior para que esta homologue a dispensa e a publique na imprensa oficial no prazo de cinco dias. As situações passíveis de dispensa estão relacionadas no artigo 24 da Lei nº 8.666/93 e constitui um rol taxativo.²⁴

Foi criado, ainda, o sistema de Registro de Preços que consiste na sistemática de os potenciais fornecedores informarem através de um sistema previamente estabelecido, que por tal valor e por um período certo de tempo estes garantem a venda de determinado bem em quantidades pré-estabelecidas. A existência de preços registrados no sistema não obriga a Administração a contratar, nem vincula a contratação de bens exclusivamente com os fornecedores cadastrados no registro de preços.²⁵

Neste processo de ajustes entre o Poder Público e os interessados a licitação representa o gênero. Dela, projetam-se várias modalidades licitatórias estabelecidas pela Lei nº 8.666/93 e que constituem um rol taxativo de opções. É vedada, sem a prévia previsão legal, a criação ou miscigenação entre essas modalidades.

As modalidades licitatórias previstas na legislação, na interpretação de Odete Medauar²⁶, assim se definem:

²⁴ WARNECKE, Ana Lucia Ikenaga. Efeitos do Decreto nº 5.450/05 sobre a regulamentação do pregão. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano VII, n. 34, p. 53-54, nov./ dez. 2005.

²⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 188.

²⁶ *Ibidem*, p. 183-186.

Concorrência – é utilizada para contratos de grande porte e para alienação de bens públicos imóveis. É cabível, também nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, na qual é admitida a tomada de preços.

Tomada de preços – só participam licitantes previamente cadastrados ou que atenderem as exigências do edital até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas.

Convite – participam convidados, interessados que atuem no ramo de interesse do objeto da licitação, em número mínimo de três, cujo instrumento convocatório é chamado carta-convite. É utilizada para contratos de pequeno valor.

Concurso – relaciona-se à contratação de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou de remuneração aos vencedores, cujo andamento deverá estar previsto em regulamento previamente veiculado aos participantes. O vencedor deverá ser escolhido por comissão especial e a entrega do prêmio está vinculada à cessão dos direitos patrimoniais do objeto do concurso.

Leilão – é utilizado para a venda de bens móveis inservíveis à Administração, de bens móveis legalmente apreendidos ou penhorados, bem como para a alienação de bens móveis cuja aquisição decorreu de procedimento judicial ou dação em pagamento. O bem a ser leiloadado deve ter sido submetido à avaliação prévia pela Administração, de forma a estabelecer um preço mínimo para o seu arremate.

Pregão – destina-se a aquisição ou contratação de bens e serviços, sem limite de valor, pelo critério do menor preço, em que o objeto da licitação é disputado por intermédio de lances feitos pelos licitantes em sessão pública - e que pode ter por base

recursos de informática que aumentam, e muito, a abrangência, principalmente no âmbito federal, do espectro de licitantes.

A modalidade pregão, de acordo com o Acórdão nº 1.064/2005, do Pleno do Tribunal de Contas da União, é a modalidade a ser aplicada, de forma obrigatória, quando da contratação de serviços de baixa complexidade e bens de uso comum, conforme estabelece o item 9.1.2 do julgado em tela (grifo meu):

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que versam sobre Relatório de Auditoria realizada com intuito de testar, em uma auditoria de conformidade real, o módulo de execução do sistema FISCALIS desta Corte de Contas, analisando-se, para tanto, os procedimentos licitatórios e contratuais levados a efeito pela Coordenação de Recursos Logísticos do Ministério de Minas e Energia.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. Determinar à Coordenação de Recursos Logísticos do Ministério de Minas e Energia - CGRL/MME que:

9.1.2. **atente para a correta modalidade licitatória, utilizando a modalidade pregão somente para o caso de aquisição de bens comuns e contratação de serviços comuns**, nos termos do art.1º, Parágrafo Único, da Lei nº 10.520/2002 (item 3.4);

A modalidade pregão prevê duas formas de atuação para os agentes públicos executores do processo licitatório: a presencial, regulamentada pela Lei nº 10.520/2002²⁷, e a eletrônica, normatizada pelo Decreto nº 5.450, de 01 de julho de 2005²⁸, que é a forma a ser empregada de forma preferencial, conforme estabelece o seu artigo quarto, *in verbis*: “Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica”.

²⁷ BRASIL. *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, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 out. 2008.

²⁸ BRASIL. *Decreto nº 5.450, de 01 de julho 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>>. Acesso em: 29 out. 2008.

1.1.2 A modalidade pregão e sua forma eletrônica

A modalidade pregão foi inicialmente instituída como norma geral no âmbito federal pela Medida Provisória nº 2.026, editada em 04 de maio de 2000, posteriormente modificada pela Medida Provisória nº 2.182 (reeditada dezoito vezes). Essa limitação de competência trouxe uma vasta proliferação de normas locais sobre o tema, bem como alguns questionamentos sobre a constitucionalidade da medida, haja vista que, segundo Adriana Maurano, como é de competência privativa da União legislar sobre licitações, a utilização do pregão deveria ter sido estendida aos demais entes federados. Isso acabou ocorrendo com a promulgação da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que estendeu, também para os Estados, Municípios e para o Distrito Federal, a sua aplicação.²⁹

A edição deste diploma legal (Lei nº 10.520/2002) veio trazer mais segurança jurídica ao aplicador da norma e solucionou um problema reiteradamente apontado pelos órgãos da Administração Pública. Desta forma, a modalidade pregão foi implementada para dar celeridade ao processo de aquisição de bens e contratação de serviços comuns. O emprego desta modalidade deve, portanto, respeitar a natureza do objeto a ser licitado, vale salientar, sem a imposição de limites à contratação.³⁰

As formas de condução do pregão, presencial e eletrônico, se diferenciam basicamente pela presença física de um representante do licitante no desenvolvimento do certame. No presencial, após a remessa de uma proposta inicial impressa, este representante conduzirá verbalmente os lances seguintes, se for o caso. Na forma eletrônica, toda a

²⁹ MAURANO, Adriana. A instituição do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano V, n. 23, p. 164-165, jan./ fev. 2004.

³⁰ *Ibidem*, p. 166.

movimentação do certame é feita pela via eletrônica sem a presença física do licitante no local em que se realiza o processo licitatório.³¹

O processamento da licitação, no âmbito da Administração Pública, é de responsabilidade de agentes administrativos especialmente designados para este fim e que possuem um rol muito específico de responsabilidades.

1.1.3 Agentes administrativos, responsabilidades e sanções administrativas

O processo licitatório é conduzido, no âmbito da Administração Pública, pela chamada *Comissão de Licitação*. Essa comissão é responsável pela condução do processo que, por sua vez, é constituído, como visto anteriormente, de várias fases. Desde a elaboração do edital convocatório, a habilitação dos licitantes, o processamento das propostas, até a declaração do vencedor e o fechamento do contrato, todas essas são atividades atribuídas à comissão, que pode ser constituída em caráter permanente, a chamada Comissão Permanente, ou em caráter pontual, condição, na qual, recebe a denominação de Comissão Especial.³²

Tanto a comissão permanente quanto a especial é integrada por, no mínimo, três membros, sendo que, pelo menos dois deles, deverão ser servidores concursados do órgão promotor do certame. Os membros da comissão têm uma grande responsabilidade residual, pois respondem solidariamente por todos os atos praticados pela comissão. Exceção se faz se o agente da Administração, contrário a determinado ato, posteriormente declarado como fraudulento ou lesivo ao interesse público, anteriormente à sua prática, manifestou a sua

³¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 185.

³² *Ibidem*, p. 189.

contrariedade fundamentadamente na ata da reunião relativa à tomada da decisão questionada.³³

Basicamente, os agentes administrativos inseridos no contexto do processo licitatório são: autoridade competente, pregoeiro e equipe de apoio. Niebuhr, assim se reporta às responsabilidades da autoridade competente:

As atribuições da autoridade competente, consoante os incisos do artigo 8º do Decreto Federal nº 5.450/05, são as seguintes: I – designar e solicitar, junto ao provedor do sistema, o credenciamento do pregoeiro e dos componentes da equipe de apoio credenciar-se junto ao provedor do sistema para homologação dos certames; II – indicar o provedor no sistema; III – determinar a abertura do processo licitatório; IV – decidir os recursos contra os atos do pregoeiro quando este mantiver a sua decisão; V – adjudicar o objeto da licitação, quando houver recurso; VI – homologar o resultado da licitação; e VI – celebrar o contrato.³⁴

Depreende-se deste fato que, embora as tarefas de caráter administrativo possam ser delegadas a outros agentes públicos, é da autoridade competente a responsabilidade pela eficácia do pregão, como bem observa Niebuhr:

Portanto, ainda que outros agentes tenham redigido as minutas dos editais e dos contratos, quem as aprova, quem as assina e quem é juridicamente responsável por elas é a autoridade competente. Que não haja dúvida: o responsável pelo edital não é o pregoeiro, não são os agentes do setor que confecciona o edital; o responsável, para efeitos jurídicos, é a autoridade competente.³⁵

O autor salienta ainda que:

[...] de acordo com o inciso I do artigo 13 da Lei nº 9.784/99 – que é a Lei de Processo Administrativo Federal, cujos efeitos se estendem sobre a Administração Pública Federal – a edição de atos de caráter normativo não pode ser objeto de delegação. Como os editais de licitação veiculam normas a respeito dela, é flagrante que desenham caráter normativo e, por corolário indisputável, não podem ser objeto de delegação. Quer dizer que à autoridade competente não é permitido se desincumbir da sua responsabilidade jurídica em relação ao edital, transferindo-a a

³³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 189–190.

³⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 312.

³⁵ *Ibidem*, p. 315.

outro agente administrativo por meio de delegação.³⁶

A condução do certame licitatório é feita pelo pregoeiro e por outros agentes administrativos que compõem a sua equipe de apoio. Ao tratar da esfera de responsabilidade do pregoeiro, Marçal Justen Filho destaca (grifo do autor):

Em toda e qualquer licitação, independentemente da modalidade, existe uma equipe de apoio, que assessora e colabora com a autoridade incumbida de conduzir o processo. Logo, nem haveria maior necessidade de referência à figura, a propósito do pregão. Mas o silêncio legislativo poderia induzir alguns equívocos lamentáveis. Poderia supor-se que a doção da figura do pregoeiro significaria a *vedação* ao concurso de outros servidores. Nessa linha, alguém pensaria que ninguém mais poderia adotar providência alguma, senão o pregoeiro. Isso seria claramente um equívoco. O pregão, justamente porque conduzido por uma única pessoa física, pressupõe e exige a presença de colaboradores.³⁷

Vale ressaltar que o dispositivo legal expresso pelo § 1º do artigo 10 do Decreto nº 5.450/2005 não aponta nenhum requisito profissional, para que o servidor faça parte da referida equipe, a não ser a condição de concursado ou efetivado no cargo ou função pública.

A licitação é destinada a assegurar o princípio da isonomia e a selecionar, de forma a atender a supremacia do interesse público, a proposta que melhor atenda aos anseios da Administração Pública. As condutas dos agentes públicos, bem como as dos potenciais licitantes, que, no atendimento de seus interesses particulares, forem de encontro aos objetivos supracitados deverão ser coibidas com o rigor da lei, sob pena de causarem sérios prejuízos à coletividade.

³⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 315.

³⁷ FILHO, Marçal Justen. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2009. p. 111.

A Lei nº 8.666/93 é aplicada de forma subsidiária à Lei nº 10.520/2002, que estabeleceu a modalidade do pregão.³⁸ A Lei de Licitações é que define os crimes ligados ao procedimento licitatório. Vale ressaltar, que são poucas as condutas ilícitas cujo sujeito ativo é o licitante, ou potencial licitante do certame. Essas condutas se concentram na fase pós-adjudicatória, na medida em que vinculam o ato ilícito às ações relacionadas ao fornecimento de bens fraudulentos, à má prestação de serviço, à entrega de bens diversos dos contratados, dentre outros.³⁹

O controle externo é conduzido pelo Tribunal de Contas, pela sua finalidade constitucional, ou mediante representação de licitante ou pessoa física ou jurídica para apontar irregularidades na aplicação da lei. No âmbito jurisdicional, o controle se dá pela interposição de mandado de segurança, ação ordinária, etc.⁴⁰

Mas não é somente o agente administrativo que possui atribuições no transcorrer do procedimento licitatório. Ao licitante é atribuída uma série de responsabilidades.

1.1.4 Responsabilidades do licitante

O licitante, assim como o agente público que conduz o procedimento licitatório, possui uma senha de identificação própria, que individualiza a sua ação no decorrer da licitação. O inciso III do artigo 13 do Decreto nº 5.450/2005 assinala que cabe ao licitante:

(...) responsabilizar-se, formalmente, pelas transações efetuadas em seu nome, assumindo como firmes e verdadeiras suas propostas e lances, inclusive os atos

³⁸ WARNECKE, Ana Lucia Ikenaga. Efeitos do Decreto nº 5.450/05 sobre a regulamentação do pregão. *Interesse Público*. Porto Alegre, ano VII, n. 34, p 50, nov./ dez. 2005.

³⁹ TOURINHO, Rita. Ponderações sobre infrações e sanções administrativas no âmbito das licitações e Contratos Administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)*, Belo Horizonte, v.5, n. 16, p. 86-91, jan./ mar. 2007.

⁴⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 203.

praticados diretamente ou por seu representante, não cabendo ao provedor do sistema ou ao órgão promotor da licitação responsabilidades por eventuais danos decorrentes de uso indevido da senha, ainda que por terceiros.

Outros dispositivos desse mesmo diploma legal atribuem como da esfera única de responsabilidade do licitante a inobservância das mensagens emitidas pelo órgão promotor do certame ou pela desconexão do sistema. Assim como, estabelece a necessidade do licitante possuir equipamento que seja compatível com os requisitos tecnológicos exigidos pelo provedor do sistema e que tenha capacitação técnica para operá-lo.

Sua responsabilidade se estende, ainda, conforme salienta Niebuhr, à robustez das propostas submetidas ao certame e a veracidade da documentação exigida para a sua participação. Documentação essa, repassada ao provedor e à entidade administrativa promotora do certame como forma de credenciamento no procedimento⁴¹. Com relação a esse credenciamento faz-se necessário ressaltar alguns aspectos importantes.

O cadastramento é pré-condição para que o licitante participe do certame. Esse registro objetiva apurar as condições de habilitação dos potenciais licitantes e é exigência legal, expressa pelo § 9º do artigo 22 da Lei nº 8.666/93, que estes apresentem à Administração Pública os documentos relacionados nos artigos 27 a 31 do mesmo dispositivo legal, ou seja, comprovem habilitação compatível com o objeto da licitação.⁴²

O processo de credenciamento visa agilizar uma das fases mais morosas do procedimento, a chamada fase de habilitação. Para tanto, foi criado o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF). Esse sistema constitui, no âmbito da Administração Federal, um registro cadastral de todos aqueles que pretendem vender para a

⁴¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 327.

⁴² FILHO, Marçal Justen. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2009. p. 233.

Administração Pública direta, autárquica e fundacional e demais órgãos ou entidades que aderirem ao sistema.⁴³

O registro no SICAF é obrigatório, como determina o § 2º do artigo 3º do Decreto nº 5.450/2005 “no caso do pregão promovido por órgão ou entidade integrante do SISG, o credenciamento do licitante, bem assim a sua manutenção, dependerá de registro atualizado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF”.⁴⁴

A modalidade de pregão deve, obrigatoriamente, ser utilizada para a aquisição de bens de uso comum e serviços de menor complexidade. Ou seja, de acordo com a definição adotada pela norma (parágrafo único, art. 1º, da Lei nº 10.520/2002), são produtos e serviços “[...] cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado”.

1.1.5 Caracterização dos bens de uso comum

Segundo Adriana Maurano⁴⁵, “a interpretação do conceito de ‘bem ou serviço comum’ deve fazer-se em função das exigências do interesse público e das peculiaridades procedimentais do próprio pregão. A natureza do pregão deve ser considerada para determinar o próprio conceito de ‘bem ou serviço comum’”.

O conceito apresentado pela norma é eivado de imprecisão e subjetividade que pode levar a interpretação de que se trata de produtos e serviços absolutamente isentos de complexidade, o que não é verdade. Nesse mister, Adriana Maurano⁴⁶ assim se posiciona: “O

⁴³ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 331.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 331.

⁴⁵ MAURANO, Adriana. A instituição do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano V, n. 23, p. 167, jan./ fev. 2004.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 167.

objeto pode portar complexidade técnica e ainda assim ser ‘comum’, no sentido de que essa técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado”.

Segundo Adriana Maurano⁴⁷, no que tange à definição de serviços comuns, assim os define: “[...] são todos aqueles que não exigem habilitação especial para sua execução. Podem ser realizados por qualquer pessoa ou empresa, pois não são privativos de nenhuma profissão ou categoria profissional. São serviços executados por leigos.”

De forma a estabelecer um rol de bens e serviços que se adequassem as especificações necessárias a qualificação de “comuns”, o legislador organizou, no Anexo II, do Decreto 3.555/2000, uma lista que contém uma série de produtos e serviços considerados como comuns - lista que, segundo entendimento do Tribunal de Contas, não é exaustiva. A característica de estabelecer um rol exemplificativo faz com que, no caso concreto, o objeto a ser licitado tenha de ser analisado com base nas exigências do interesse público, assim como nas peculiaridades inerentes ao próprio pregão, para se saber se a sua natureza se enquadra na definição, ou não.⁴⁸

O agente público, portanto, não pode deixar de usar a modalidade para a aquisição de bens e serviços que possivelmente se enquadrem nesta classificação (já que caracteriza um rol aberto de possibilidades). A não adoção do pregão deve vir acompanhada de uma justificativa plausível que justifique a adoção de outro procedimento.⁴⁹

Portanto, por imposição legal, o agente público deve adotar, para a aquisição de bens de usos comum, a utilização da modalidade licitatória do pregão eletrônico. Essa modalidade, como já foi visto, utiliza-se de recursos tecnológicos que tem por base a

⁴⁷ MAURANO, Adriana. A instituição do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano V, n. 23, p. 168, jan./ fev. 2004.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 170.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 170.

rede internacional de computadores, a Internet. Desse modo, basta que o órgão possua equipamento compatível com os requisitos técnicos estabelecidos pelo administrador do sistema e uma conexão de rede que processe a demanda pelo serviço, para que, com base num pré-cadastramento (senha de segurança), possa utilizar o sistema computacional que gerencia a licitação nessa modalidade.⁵⁰

1.2 O sistema computadorizado que processa o pregão eletrônico

A evolução dos sistemas de informática observada nas últimas décadas veio em benefício da sociedade. Bilhões de informações transitam pela esfera virtual a cada minuto. Assim, por intermédio da tecnologia da informação, a Administração Pública, por meio dos seus técnicos, desenvolveu um sistema computacional que objetivou dar maior transparência e segurança ao processo licitatório. Em especial, para aquela modalidade que trata da aquisição dos bens utilizados no dia a dia dos afazeres dos órgãos públicos – o pregão eletrônico. O Presidente Luiz Inácio Lula da Silva⁵¹ assim se reportou ao referir-se ao projeto:

É preciso revestir as licitações e contratos públicos de total transparência, mediante a universalização das tecnologias da informação e comunicação e possibilitar à sociedade o acesso a todos os atos dos procedimentos licitatórios.

Esse sistema tem a finalidade de processar a licitação em todas as suas fases, tais como: cadastrar os licitantes e os membros da equipe responsável pelo procedimento (autoridade competente, pregoeiro, etc.), receber as declarações e propostas, dentre outros. A condução do processo tem como característica a impessoalidade da comunicação entre o pregoeiro, principal artífice e condutor do procedimento, e os licitantes. Haja vista, que todo o inter-relacionamento estabelecido entre esses entes é feito pela via

⁵⁰ FILHO, Marçal Justen. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2009. p. 333.

⁵¹ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. Portal de Compras do Governo Federal. *Manual do pregão eletrônico/pregoeiro*. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manuais/>>. Acesso em: 29 set. 2008. P. 5.

eletrônica, à distância, pela interface disponibilizada pelo aparato tecnológico. Essa característica é ressaltada no artigo 2º do Decreto 5.450/2005, *in verbis*:

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

A condução do certame é feita pelo órgão que o promove, no entanto, este tem o apoio técnico do Ministério do Planejamento e Gestão (provedor do sistema), por meio da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, que disponibiliza o sistema computacional aos órgãos e entidades federais integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SISG)⁵². Basta que o órgão ou entidade se cadastre no SISG para poder se valer, de forma gratuita, dos recursos ofertados pelo sistema. Vale ressaltar, ainda, que esse sistema pode ser utilizado por qualquer ente federado, inclusive órgãos e entidades ligadas aos demais poderes – Legislativo e Judiciário. O § 5º do artigo 2º do Decreto nº 5.450/2005 estabelece que “a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação poderá ceder o uso do seu sistema eletrônico a órgão ou entidade dos poderes da União, Estados e Distrito Federal e Municípios, mediante celebração de termo de adesão”.⁵³

Mas nem sempre foi assim. Na vigência do Decreto nº 3.697/2000, o sistema informatizado era de uso exclusivo da União. Muitos recursos foram despendidos pelos órgãos e entidades das outras esferas estatais na supressão dessa lacuna. Com a

⁵² Esse sistema visa, conforme enuncia o artigo 1º do Decreto nº 1.094, de 27 de março de 1994, tomar as medidas para disciplinar as atividades de administração de edifícios públicos e imóveis residenciais, material, transporte, comunicações administrativas e documentação. Ademais, desta vez com arrimo no § 1º do supracitado dispositivo, integram o Sistema de Serviços Gerais os órgãos e unidades da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, aos quais incumbe execução das atividades mencionadas no *caput* do artigo. (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 320.)

⁵³ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 319.

promulgação do Decreto nº 5.450/2005 a possibilidade de expansão da utilização desse recurso tecnológico finalmente se materializou.⁵⁴

1.2.1 Questões sobre a segurança do procedimento

Um elemento essencial ao funcionamento do sistema é a questão da segurança. A mídia especializada cansa de ressaltar, no âmbito da rede internacional de computadores, a fragilidade da segurança no seu tráfego de informações. Porém, são intensos os esforços dos técnicos governamentais no sentido de tentar evitar a violação e a manipulação do procedimento licitatório por meio do pregão eletrônico.⁵⁵ Essa característica é ressaltada pelo § 3º do artigo 2º do Decreto 5450/2005, *in verbis*: “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”.

Nessa questão da segurança, duas preocupações primordiais se configuram. A primeira diz respeito à questão da inviolabilidade dos dados que trafegam pela rede. Como já tratado anteriormente, nesse mister, os profissionais da Tecnologia da Informação que servem aos órgãos e entidades públicas travam uma dura batalha diária. Um verdadeiro jogo de xadrez com criminosos tecnológicos que se valem dos seus conhecimentos para tirar vantagem, para si ou em benefício de outrem, dos elevados recursos que pautam as compras dos entes públicos. Essa é uma guerra virtual, tecnológica, travada numa dimensão que, para a maioria, é de inalcançável entendimento.⁵⁶

⁵⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 319.

⁵⁵ FILHO, Marçal Justen. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2009. p. 292.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 292.

A segunda preocupação diz respeito ao desenvolvimento de meios que impeçam a ação dos agentes administrativos no que se poderia chamar de “âmbito tecnológico indireto”. Ou seja, atuar para coibir a fraude que, a partir de uma ação ou omissão do operador, tendo por instrumento possíveis hiatos operacionais do sistema, conceda vantagem a um determinado licitante em detrimento dos outros - desrespeitando, assim, o princípio da isonomia.

Outra questão importante é a relativa à sistemática de utilização e atribuição de responsabilidade no que tange ao mau uso da senha de identificação, seja do licitante ou do agente público.

1.2.2 Chave de identificação e senha

A atribuição de chave de identificação e senha é parte importante do processo de credenciamento no sistema. Elas são de caráter pessoal e intransferível, conforme estabelece o § 1º do artigo 3º do Decreto nº 5.450/2005. Esses elementos de identificação poderão ser utilizados em qualquer pregão na forma eletrônica, desde que mantido em dia e em ordem o seu cadastro junto ao SICAF e o certame seja processado pelo mesmo sistema de informática no qual foi feito o credenciamento, ou seja, pelo mesmo provedor.⁵⁷

A chave de identificação e a senha servem, para efeito de participação no certame licitatório, como meio de se verificar se aquele que atua no processamento do pregão é o digno representante do licitante. Na verdade, essa verificação é feita de forma presumida. Se uma pessoa possuir os elementos de identificação do licitante e, assim, se identificar

⁵⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 322–323.

perante o sistema, presume-se que goze de poderes para atuar em nome deste, oferecendo lances, interpondo recursos, dentre outros atos.⁵⁸

Vale ressaltar, nesse sentido, que o § 5º do artigo 3º do Decreto nº 5.450/2005 prescreve que “o uso da senha de acesso pelo licitante é de sua responsabilidade exclusiva, incluindo qualquer transação efetuada diretamente ou por seu representante, não cabendo ao provedor do sistema ou ao órgão promotor da licitação responsabilidade por eventuais danos decorrentes do uso indevido da senha, ainda que por terceiros”.

Ou seja, em conformidade com o artigo 7º da Lei nº 10.520/2002, se um terceiro, valendo-se do conhecimento dos elementos de identificação de um potencial licitante, por exemplo, interpuser lances em um certame, esse ato o vinculará ao cumprimento do que foi ofertado pelo terceiro, sob pena de sofrer as penalidades expressas nesse dispositivo legal.⁵⁹

Segundo Niebuhr, “a presunção de que quem dispõe da senha goza de poderes para formular proposta em nome do credenciado é medida de ordem imperativa para viabilizar o pregão eletrônico. Em caso contrário, os licitantes participariam do pregão eletrônico sem a mínima seriedade, oferecendo quaisquer tipos de proposta”.⁶⁰

Mediante tais considerações, faz-se necessário indicar a sistemática de procedimentos ligados à condução de um certame licitatório, sob a égide da ferramenta computacional denominada pregão eletrônico.

⁵⁸ FILHO, Marçal Justen. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2009. p. 295-296.

⁵⁹ Ibidem, p. 300-301.

⁶⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 326.

1.3 Desenvolvimento do pregão eletrônico: procedimentos

No que tange ao emprego da modalidade pregão eletrônico, o seu marco inicial associa-se a necessidade de manter em curso as atribuições institucionais dos órgãos e entidades que compõem a Administração Pública. Como a modalidade do pregão eletrônico trata da aquisição de bens e serviços de uso comum, essas atividades, no presente escopo, relacionam-se, na sua maioria, aquelas denominadas vegetativas, ou seja, as ligadas à manutenção das instalações do órgão ou entidade, ao desenvolvimento das tarefas diárias (emissão de relatórios, atendimento ao público, etc.), dentre tantas outras.

1.3.1 Fase preparatória

Estabelecida a necessidade justificada da aquisição, o inciso I do artigo 9º determina que o órgão ou entidade requisitante elabore o chamado Termo de Referência. Esse documento tem a finalidade de indicar, mediante descrição precisa e efetivamente clara, o objeto a ser licitado, bem como apontar um valor de referência para a aquisição - que deve corresponder com a prática do mercado.⁶¹

Da análise do dispositivo supracitado, depreende-se que essa atribuição é daquele que requisita o bem. Cabendo-lhe, portanto, descrevê-lo de forma a atender os requisitos impostos pela norma em tela e providenciar o devido levantamento do seu preço de mercado. Mas, nesse mister, faz-se necessário tecer considerações mais aprofundadas.

Cumpridas essas exigências legais, começa a fase externa do pregão com a materialização do princípio da publicidade. A partir desse momento, será dado conhecimento

⁶¹ FILHO, Marçal Justen. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2009. p. 96.

aos potenciais licitantes da existência do edital, alertando-os para prepararem-se para participar do certame.

1.3.2 Publicidade do edital: alterações e impugnações

Nesta fase é dado cumprimento ao inciso I do artigo 4º da Lei nº 10.520/2002, que prescreve:

(...) a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação, nos termos do regulamento que trata o art. 2º. Ou seja, no âmbito da União, esse diploma legal firma a necessidade de se publicar o edital no Diário Oficial da União, de forma facultativa na Internet e, em conformidade com o regulamento supracitado, em jornal de grande circulação – no caso das licitações de maior vulto.⁶²

O artigo 17 do Decreto nº 5.450/2005, nos incisos de I a III, estabelece normas próprias de publicidade para o pregão, que são auto-explicativas, a saber:

Art. 17. A fase externa do pregão, na forma eletrônica, será iniciada com a convocação dos interessados por meio de publicação de aviso, observados os valores estimados para contratação e os meios de divulgação a seguir indicados:

I - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais):

- a) Diário Oficial da União; e
- b) meio eletrônico, na internet;

II - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) até R\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais):

- a) Diário Oficial da União;
- b) meio eletrônico, na internet; e
- c) jornal de grande circulação local;

III - superiores a R\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais):

- a) Diário Oficial da União;
- b) meio eletrônico, na internet; e
- c) jornal de grande circulação regional ou nacional.

Nos parágrafos do artigo 17 do Decreto nº 5.450/2005 estão expressas algumas indicações sobre a necessidade de se definir com acurácia o objeto, bem como a necessidade de se repassar, pela via do edital, todas as informações necessárias aos

⁶² NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 348.

interessados em participar do certame, tais como: data, horário, local (especificando que se trata de local virtual), o prazo para apresentação de propostas (contado a partir da publicação do aviso, nunca inferior a oito dias úteis e excluindo-se o dia de início), etc.⁶³

Caso seja necessário alterar o edital, deverá ser observado o disposto no art. 20 do Decreto nº 5.450/2005 que anuncia: “qualquer modificação no edital exige divulgação pelo mesmo instrumento de publicação em que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação de propostas”.

No que tange às impugnações, embora o artigo 18 do Decreto nº 5.450/2005 amplie o prazo para impugnações para até dois dias úteis antes da abertura das propostas, essa ampliação reputa-se ilegal tendo em vista que a Lei nº 8.666/93 estabelece prazo diverso, de até cinco dias úteis para a mesma ação. Pela hierarquia das normas, um decreto não cinge forças para ir de encontro a uma lei ordinária, portanto o prazo a ser respeitado é o da Lei nº 8.666/93, que é de cinco dias úteis para a interposição.⁶⁴

De forma análoga pode-se tratar da competência para o julgamento das impugnações. O Decreto nº 5.450/2005 estabelece que caberá ao pregoeiro decidir sobre as impugnações. Já o inciso I do artigo 3º da Lei nº 10.520/2002 vincula a atribuição à autoridade competente, já que é ela a responsável formal pela elaboração do edital. Nesse diapasão, fica claro que é a autoridade competente que reúne a competência para responder

⁶³ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 350.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 352.

sobre uma impugnação ao edital, caso contrário, se outro agente público assim o fizesse, estaria alterando o edital por meio oblíquo, fato defeso pela lei.⁶⁵

Transcorrida a fase de publicidade do edital, dá-se início a fase de análise inicial e de aceitação das propostas.

1.3.3 Fase de julgamento e aceitabilidade das propostas

Aberto o pregão eletrônico (sob o comando do pregoeiro), devidamente identificado pelo sistema computacional, e firmada a declaração de que cumpre os requisitos legais de habilitação estabelecidos pelo edital, cada licitante pode efetuar o seu lance inicial a partir da digitação, em ambiente virtual, da descrição do bem e do valor ofertado em razão do objeto licitado.

A proposta deve ser analisada sob três aspectos: compatibilidade do que está sendo ofertado com as especificações do objeto licitado, bem como se cumpre os requisitos formais do edital; comparativo entre o preço ofertado pelo licitante e o de referência; e se o preço ofertado é exequível.⁶⁶

Essa análise é primordial para o sucesso da licitação. O § 2º do artigo 22 do Decreto nº 5.450/2005 ressalta a necessidade de verificar “as propostas apresentadas desclassificando aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos no edital”. Nessa primeira avaliação não se analisa o preço. Ela é feita em momento posterior, ou, excepcionalmente, nessa fase, quando o valor é manifestadamente inexecuível.

⁶⁵ FILHO, Marçal Justen. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2009. p. 83-84.

⁶⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 358.

O pregoeiro, ao rejeitar a proposta, deve fazê-lo de forma fundamentada, de forma a cumprir o comando do § 3º do artigo 22 do Decreto nº 5.450/2005, a saber: “A desclassificação de proposta será sempre fundamentada e registrada no sistema, com acompanhamento em tempo real por todos os participantes”.

No que tange a identificação dos licitantes, sob o ponto de vista do princípio da isonomia, o dispositivo legal estabelece que estes não devam ser identificados até o fim da etapa de lances. O § 5º do artigo 24 do Decreto nº 5.450/2005 assim determina: “Durante a sessão pública, os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado, vedada a identificação do licitante”. Essa vedação é instituída pelo sistema para os licitantes entre si, ou seja, o sistema não divulga abertamente quem são os licitantes. No entanto, o pregoeiro e os demais agentes administrativos públicos têm acesso, em tempo real, as informações sobre todos os participantes.

Depois de aberta a sessão pública do pregão eletrônico, analisadas e julgadas as propostas, desclassificadas aquelas julgadas irregulares, o sistema, sob a égide do comando do artigo 23 do Decreto nº 5.450/2005, ordenará as propostas consideradas válidas pelo pregoeiro e somente esses licitantes tomarão parte no certame. A sistemática de apresentação dos lances é feita em conformidade com o *caput* e os quatro primeiros parágrafos do artigo 24 do Decreto nº 5.450/2005.⁶⁷

Aberta a fase competitiva, os licitantes cujas propostas foram classificadas pelo pregoeiro, dão início, via Internet, a oferta de lances. O sistema repassa ao licitante a confirmação do recebimento da proposta de lance (informando nº do registro, hora, data e o valor do lance) e os demais licitantes recebem a informação sobre a apresentação desse novo

⁶⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 360.

lance e sobre o seu valor – não é revelada a identidade do licitante. Nessa sistemática o § 3º do artigo 24 do decreto em tela, traduz-se por uma peculiaridade. Esse dispositivo legal estabelece que o licitante poderá apresentar lance que cubra somente àquele que ele mesmo ofereceu anteriormente. Ou seja, para ter a sua proposta validada pelo sistema, ele não é obrigado a cobrir a oferta de menor lance. Basta que ele ofereça uma que seja menor do que o último que ele mesmo apresentou.⁶⁸

Segundo o previsto no § 6º do artigo 24 do Decreto nº 5.450/2005, atribui-se ao pregoeiro encerrar a etapa de lances. No entanto, essa competência contradiz-se com o que prescreve o § 7º do mesmo dispositivo, haja vista que, neste, o texto legal assim se expressa “o sistema eletrônico encaminhará aviso de fechamento iminente dos lances, após o que transcorrerá período de tempo de até trinta minutos, aleatoriamente determinado, findo o qual será automaticamente encerrada a recepção de lances”. Afinal, é o pregoeiro ou o sistema que encerra essa fase? Analisando-se a flagrante inconsistência legislativa, vale interpretar os dois dispositivos na seguinte medida: cabe ao pregoeiro comandar, ao sistema, o fechamento da etapa de lances e, a partir desse comando, o aplicativo processará o fechamento, emitindo o aviso previsto no texto legal e controlando o tempo aleatório (dentro do prazo de trinta minutos) para encerrar a fase de lances.⁶⁹

Encerrada a fase de lances da sessão pública, o pregoeiro poderá estabelecer uma “negociação” com o licitante que tiver apresentado a melhor proposta, visando obter um preço mais vantajoso para a Administração Pública. Vale ressaltar, que essa negociação é ato discricionário do pregoeiro e não vincula o licitante a aceitar tal procedimento. Ela pressupõe um acordo de vontades. Se o licitante não aceitar a negociação o pregoeiro não poderá impor

⁶⁸ FILHO, Marçal Justen. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2009. p. 380-381.

⁶⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 363.

medida punitiva. A única sanção que poderá ser imposta é a desclassificação da proposta. Isso, se o preço ofertado for muito acima do valor de mercado estabelecido para o bem. Nesse caso, desde que devidamente fundamentada pelo pregoeiro, a sua proposta poderá ser desclassificada.⁷⁰

Com ou sem o estabelecimento da negociação, o pregoeiro não pode furtar-se de analisar a aceitabilidade das propostas no que tange ao preço. Aquelas cujos preços estiverem acima do mercado ou forem inexequíveis deverão ser desclassificadas, conforme determina o *caput* do artigo 25 do Decreto nº 5.450/2005, que prescreve: “encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital”.

Mediante a avaliação do pregoeiro, portanto, considerada a proposta como incompatível com os preços praticados no mercado (seja superfaturado ou inexequível) o licitante deve ser excluído da disputa, conforme determina o § 5º do artigo 25 do Decreto nº 5.450/2005: “se a proposta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará a oferta subsequente e, assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração de uma proposta que atenda ao edital”.

Aos licitantes é prevista a possibilidade de recorrer da decisão do pregoeiro.

Esse direito é assegurado pelo artigo 26 do Decreto nº 5.450/2005, que prescreve o que segue:

Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do

⁷⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 364-365.

prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.

Constatado o atendimento das exigências previstas no edital, de acordo com o § 9º do artigo 25 do Decreto nº 5.450/2005, o licitante deve ser declarado vencedor. Inicia-se, então, a fase de adjudicação, homologação e encerramento do pregão eletrônico.

1.3.4 Adjudicação, homologação das propostas

A adjudicação, segundo Medauar, “é o ato pelo qual o objeto do futuro contrato é atribuído ao vencedor da licitação. A administração deverá obedecer estritamente à ordem de classificação das propostas, sendo vedado desatendê-la ou celebrar contrato com terceiros estranhos ao processo licitatório, sob pena de nulidade”.⁷¹

Adjudicação é ato praticado ou pelo pregoeiro, no caso de inexistência de recurso de licitante, ou pela autoridade competente, no caso de ter sido interposto recurso. Neste caso, é feita a adjudicação e posterior homologação do ato. Sem embargo, se a autoridade competente julgar válido o recurso do licitante, o ato é invalidado junto ao sistema que controla o pregão e posteriormente repetido. Abre-se novo prazo para recurso e a sistemática se repete até que, este, seja indeferido pela autoridade competente ou não ocorra nova interposição.⁷²

A homologação é ato pelo qual o agente público competente examina todos os elementos da licitação (pregão eletrônico) e dá, ou não, a sua anuência, aceitando a condução dada, pelo pregoeiro, ao procedimento.⁷³ Quem homologa o certame é a autoridade competente. A homologação faz-se necessária para validar os atos do pregoeiro durante a

⁷¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 197.

⁷² NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 401-402.

⁷³ MEDAUAR, op. cit., p. 196.

condução do pregão eletrônico, bem como atestar a conveniência da futura contratação. Com relação a essa atividade o *caput* do artigo 29 do Decreto nº 5.450 assim estabelece:

A autoridade competente para aprovação do procedimento licitatório somente poderá revogá-lo em face de razões de interesse público, por motivo de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-lo por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, mediante ato escrito e fundamentado.

Portanto, se a autoridade competente constatar alguma irregularidade no curso do procedimento ela, fundamentadamente, deverá anulá-lo. Se, por alguma ocorrência superveniente à assinatura do edital, a contratação vier de encontro ao interesse público, ela deverá revogar o pregão eletrônico – sempre de forma fundamentada. Em ambos os casos é direito, do agora adjudicatário (licitante vencedor), o exercício das garantias da ampla defesa e do contraditório – conforme se depreende da aplicação subsidiária do § 3º do artigo 49 da Lei nº. 8.666/93.⁷⁴

É importante salientar, que a licitação pública pode ser anulada após a sua homologação pela autoridade competente – o que leva a anulação do contrato, se este já tiver sido assinado. Têm essa competência tanto a Administração Pública quanto o Judiciário. Embora o dispositivo expresso no § 2º do artigo 29 do Decreto nº 5.450/2005 estabeleça a não obrigatoriedade do Estado em ressarcir possíveis danos ao adjudicatário pela anulação do procedimento, este dispositivo se apresenta eivado de inconstitucionalidade, haja vista contrariar o instituto da responsabilidade objetiva do Estado prevista no § 6º do artigo 37 da Carta Magna. Ora, se a anulação do procedimento causou prejuízos ao adjudicatário que atuou de boa-fé a ele cabe prestar a devida indenização.⁷⁵

⁷⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 401.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 402.

Cumpridos todos os preceitos legais, é assinado o contrato ou a ata de registro de preços, que são manifestações expressas da vontade tanto da Administração Pública, representada pelos seus prepostos, quanto do fornecedor em estabelecer uma relação comercial. O registro de preços, por sua vez, caracteriza-se por ser⁷⁶:

(...) um modo pelo qual a Administração efetua compras. Por esse sistema, os interessados em vender bens ao poder público indicam os valores de tais bens, válidos por certo período, e as quantidades que podem fornecer, se solicitadas.

Em linhas gerais, este é o liame lógico atrelado ao procedimento licitatório conduzido nos moldes da modalidade pregão eletrônico. Tendo estabelecido a presente base cognitiva, serão formuladas algumas críticas ao procedimento e apontadas algumas características do processo que, na prática, se voltam em desfavor da concretização do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público. Princípio, este, que deve pautar a atuação dos responsáveis pela condução da modalidade licitatória em tela.

⁷⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 188.

2 O IDEAL LEGISLATIVO DO PREGÃO ELETRÔNICO E A SUA APLICAÇÃO PRÁTICA

2.1 O pregão eletrônico e o ideal legislativo

O inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal estabelece a obrigatoriedade da utilização de processo licitatório para a contratação de obras, serviços, compras e alienações a ser firmados com a Administração Pública, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

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 pagamento, 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. (Regulamento)

Essa determinação constitucional, tendo por base os princípios que regem a sua instituição, visou dar eficiência e economicidade às compras públicas. Na análise do texto constitucional se destacam algumas finalidades da licitação, a saber: igualdade de condições aos concorrentes, cláusulas que regulem e garantam os pagamentos, etc. Ou seja, no ideário legislativo o processo licitatório é um instrumento legal de manutenção da lisura e da impessoalidade do investimento público na consecução do seu objetivo mais básico: a prestação de serviços à comunidade.⁷⁷

⁷⁷ MAURANO, Adriana. A instituição do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano V, n. 23, p. 171-172, jan./ fev. 2004.

Adriana Maurano bem sintetiza esse ideário legislativo, apontando, em breve síntese, os objetivos da licitação e os fins para os quais a sua utilização se destina, *in verbis*:

A licitação foi concebida como procedimento prévio à celebração dos contratos pela Administração, objetivando, em especial, assegurar a impessoalidade do administrador na busca da contratação mais vantajosa para a Administração, e conferir igualdade de tratamento aos administrados que com ela quiserem contratar. (...) Pode-se concluir, afinal que a instituição do pregão como nova modalidade de licitação aponta para uma modernização do sistema de licitação, objetivando conferir à Administração um meio mais eficiente para as contratações e, conseqüentemente, para atingir a finalidade precípua do Estado, que é o atendimento ao interesse público.⁷⁸

Na prática, porém, o que se observa diuturnamente é a utilização desse instrumento como escoadouro de recursos públicos, seja pela desonestidade daqueles que deveriam garantir os interesses estatais quanto pela ganância dos fornecedores. Mais a amiúde, faz-se necessário destacar que o procedimento é, em si, eivado de inconsistências, demasiadamente burocrático, de difícil controle (pela pulverização da competência em realizá-lo), e fadado a continuar, mesmo com as constantes intervenções do TCU, a permitir que se esvaíam, pelo ralo da incompetência, recursos que deveriam garantir o bem comum.

Vários são os aspectos que determinam que essa estrutura seja descolada da realidade, na verdade o ideário legislativo foi superado por ela. O principal aspecto é a necessidade imposta aos agentes públicos que têm de adaptar as formalidades e exigências da norma à realidade do comércio. Teatro de operações no qual não se admite imaturidade ou inocência. Processo em que qualquer brecha legislativa ou procedimental será utilizada para concretizar a venda ou impedir que o concorrente o faça.

⁷⁸ MAURANO, Adriana. A instituição do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano V, n. 23, p. 171-172, jan./ fev. 2004.

No afã de criar mecanismos de controle do processo licitatório o legislador colocou nas mãos do fornecedor um arcabouço jurídico que, em se tratando dos bens de uso comum, subverte a posição de supremacia da Administração Pública e a coloca em posição de inferioridade. O fornecedor, tomada as devidas proporções, pode atuar de qualquer forma desde que não defenda em lei. O agente público só pode agir de acordo com a lei e esta é repleta de hiatos e subjetividades que, na maioria das vezes, são utilizados em favor daquele que vende e em detrimento do comprador, no caso, e em sentido amplo, toda a sociedade.

Na aplicação efetiva do processo, a licitação torna-se uma verdadeira batalha campal, na qual, de um lado estão os potenciais fornecedores (cujos compromissos são o cumprimento das metas de venda e a sobrevivência do negócio), e, do outro, a Administração Pública. Nessa guerra, o ideário legislativo desarmou os agentes administrativos impondo-lhes o cumprimento de preceitos legais que, na prática, não concretizam os objetivos para os quais foram efetivamente criados.

2.2 O pregão eletrônico na prática

A utilização da modalidade licitatória do pregão eletrônico trouxe alguns benefícios à Administração Pública. O procedimento está mais célere. Houve o aumento do grau de impessoalidade, já que a condução do certame é feita pela via eletrônica.⁷⁹ Porém, contrariando o ideário legislativo, especificidades inerentes ao procedimento, afastam-no do objetivo para o qual foi idealizado.

Essa constatação relaciona-se com determinados aspectos inerentes ao pregão que, na sua condução, contaminam o processo levando o agente público a, em respeito à legislação, adquirir bens que, como consumidor, certamente não o faria.

⁷⁹ WARNECKE, Ana Lucia Ikenaga. Efeitos do Decreto nº 5.450/05 sobre a regulamentação do pregão. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano VII, n. 34, p. 59, nov./ dez. 2005.

2.2.1 A descrição do objeto a ser licitado e as suas implicações

Devidamente justificada a aquisição, cabe ao requisitante descrever, de forma técnica, aquilo que quer ver adquirido. Essa necessidade se reveste de grande complexidade. Primeiro, porque a legislação impõe algumas restrições a essa descrição. Segundo, porque a narrativa daquilo que quer se comprar tem de ser elaborada na medida exata - de forma a não ser excessivamente ampla ou desnecessariamente pormenorizada.

Com relação à descrição do objeto, Niebuhr⁸⁰ assim se expressa:

A descrição do objeto talvez seja a fase mais delicada da licitação pública. Acontece que, por um lado, a Administração Pública não pode restringir em demasia o objeto do contrato, sob pena de frustrar a competitividade. Por outro lado, ela não pode definir o objeto de maneira excessivamente ampla, haja vista que, nesse caso, além de falecerem critérios objetivos para o julgamento das propostas, a própria consecução do interesse público é posta num segundo plano, em virtude de a Administração ter admitido propostas díspares, por força do que, é transparente, não soube ou não envidou os esforços necessários para delimitar, como devido, qual a utilidade que melhor o contempla.

Vale ressaltar que a definição do objeto a ser licitado e todas as especificações que o caracterizam são da esfera da responsabilidade discricionária do agente público requisitante.⁸¹ Ele, mediante uma análise particular do quadro social, político e econômico, ordena as demandas do órgão ou entidade a que se subordina, buscando atender as necessidades da Administração Pública.

Em vista disso, cabe salientar que essa competência discricionária é limitada. Por isso, o agente público não pode escolher o objeto que pessoalmente lhe

⁸⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 126.

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. et. al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 69.

convenha, estabelecendo características que acabem por restringir o acesso à licitação, maculando o princípio da impessoalidade e da isonomia.⁸²

Em suma, o agente da Administração, mediante uma descrição adequada as restrições legais, deve descrever com presteza técnica o bem que será adquirido, de forma a concretizar, no mercado, a relação qualidade e menor preço. Na prática, porém, essa missão poder ser mais árdua do que parece.

Com base no requerimento e no termo de referência elaborados pelo órgão requisitante, a autoridade competente se empenhará na elaboração do edital. Nessa fase serão determinados os critérios de admissibilidade e aceitabilidade das propostas, as condições de habilitação, as sanções administrativas e demais cláusulas do edital. Serão designados, ainda, a equipe de apoio e o pregoeiro. Todos os atos constantes dos incisos III e IV do art. 9º do Decreto nº 5.450/2005 devem ser devidamente motivados. Além disso, é necessária a elaboração da minuta do contrato; a confecção de orçamento estimado em planilha; a previsão de recursos orçamentários; o cumprimento dos incisos I e II do artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal⁸³, nos casos de criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação governamental; e a aprovação do edital pela consultoria jurídica.⁸⁴

Ressalte-se que os dispositivos expressos no Decreto nº 5.450/2005 não esgotam as atividades inerentes à fase preparatória. Os agentes administrativos devem

⁸² FILHO, Marçal Justen. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2009. p. 36-40.

⁸³ O *caput* do artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal e os seus dois primeiros incisos referem-se à criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa. Nesses termos, servem para estabelecer a necessidade de elaboração de medida estimativa do impacto orçamentário e declarar a adequação e compatibilidade orçamentária e financeira com as leis pertinentes. (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 146.)

⁸⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 347.

respeitar as determinações contidas nos seguintes dispositivos legais: Lei nº 10.520/2002; Lei nº 8.666/93; e em outros diplomas normativos a ser utilizados de forma subsidiária.

Alguns doutrinadores, como Marçal Justen Filho⁸⁵ e Vanderli Teles⁸⁶, indicam a descrição do objeto da licitação como o cerne de um dos principais problemas do processo, a saber: a compra de bens sem qualidade. Esse é o aspecto mais complexo da sistemática de pregão e do processo licitatório como um todo. O inciso II, do artigo 3º, da Lei nº 10.520/2002, estabelece que “a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição”.

De forma absolutamente subjetiva, a norma coloca sobre os ombros do agente público a responsabilidade de descrever o objeto, utilizando-se de clareza, objetividade, concisão, impessoalidade, dentre outras qualificadoras. Por outro lado, arma o fornecedor de má-fé de elementos para que, este, se não lograr êxito no certame, interponha recurso com a única finalidade de prejudicar o concorrente vitorioso.⁸⁷ Com relação à subjetividade e também a dubiedade da legislação no que tange a descrição, assim se manifesta Marcelo Palmieri:

Por descrição adequada deve-se entender aquela que, além de descrever o objeto de forma sucinta e clara (art. 40, inc. I), permitindo aos fornecedores do gênero compreender com exatidão o que a Administração deseja adquirir, seja ao mesmo tempo revestida de informações técnicas capazes de resguardar a boa qualidade do objeto posto em licitação. Não é tarefa fácil, porém de suma importância para o sucesso da licitação e para a qualidade do produto. Poder-se-ia alegar que até mesmo uma aparente contradição entre o disposto no art. 40, inc. I, que determina que o objeto seja descrito de forma sucinta e clara, e o art. 15 § 7º, inc. I, ambos da Lei nº

⁸⁵ FILHO, Marçal Justen. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2009. p. 95-96.

⁸⁶ TELES, Vanderli. Pregão eletrônico: o surgimento do pregão eletrônico teve como escopo dar maior transparência, simplificação, celeridade e economicidade às contratações da Administração Pública. Mas será que realmente atende a estes propósitos? *Justilex: revista jurídica*, São Paulo, v. 4, n. 50, p. 21, fev. 2006.

⁸⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 125.

8.666/93, que determina a especificação completa do bem a ser comprado.⁸⁸

Vale ressaltar, também, que a descrição do objeto fica exposta às mais variadas condições de suspeição. Se o objeto é descrito com pormenores, os fornecedores de bens que não possuam bens a comercializar que correspondam às especificações alegarão que a licitação está direcionada. Se, de outra medida, o agente público não prima pela caracterização precisa do objeto, corre o risco de ter de adquirir um bem que não atende às necessidades da Administração.⁸⁹ Se, por exemplo, para garantir a execução da garantia de determinado equipamento eletrônico ele solicita bens originais, é colocado em suspeição por direcionar o processo licitatório.⁹⁰

E o que vem a ser uma descrição perfeita? Depende do bem a ser licitado. Se for uma caneta, da especificação do objeto deverá constar itens como a cor e o tipo da tinta, a capacidade de escrita, o tipo de dispositivo (esferográfica, tinteiro, etc.). Se for uma resma de papel, quesitos como gramatura do papel por centímetro quadrado, tipo e tamanho do papel, quantidade de folhas por resma, etc., deverão ser considerados.⁹¹

O que vale destacar é que o processo de composição da descrição do objeto, da maneira simplória com que o dispositivo normativo acaba por tratá-lo, não se aperfeiçoa na prática.⁹² É praticamente impossível que o agente público domine, de forma quase científica, o conhecimento necessário para, literalmente, “construir” uma descrição, vale ressaltar para todos os bens a serem licitados, que atenda aos objetivos estabelecidos pela norma. O que se

⁸⁸ PALMIERI, Marcello Rodrigues. Amostras nas modalidades tradicionais (concorrência tomada de preços, convite) e no pregão eletrônico. *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*, São Paulo, v. 22, n. 11, p. 1233, nov. 2006.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 1232-1234.

⁹⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 126.

⁹¹ PALMIERI, *op.cit.*, p. 1234.

⁹² TELES, Vanderli. Pregão eletrônico: o surgimento do pregão eletrônico teve como escopo dar maior transparência, simplificação, celeridade e economicidade às contratações da Administração Pública. Mas será que realmente atende a estes propósitos? *Justilex: revista jurídica*, São Paulo, v. 4, n. 50, p. 21, fev. 2006.

vê, na prática, é um setor ou repartição assoberbado de trabalho, que tem de compilar os pedidos do restante do órgão, ou entidade, e cujos destinatários dos produtos licitados não se satisfazem com a qualidade e os padrões dos bens que foram adquiridos.

Palmieri tece um exemplo de como pode ser solucionado o problema da especificidade técnica. Supondo-se que seja necessária a aquisição de tinta para a manutenção de seus bens imóveis internos. Na descrição do objeto, de forma clara e sucinta, o requerente especificaria “tinta acrílica de *primeira linha* (grifo do autor), na cor, destinada à pintura interna de alvenaria (área coberta)”. A solução para evitar a aquisição de uma tinta de baixa qualidade, seria o requerente anexar ao edital um referencial técnico, que estipularia características mais específicas que teriam como parâmetro⁹³:

[...] normas técnicas como as inúmeras editadas pela Associação de Normas Técnicas – ABNT, ofertando informações relativas ao percentual desejável de carga mineral, espessantes, microbidas (que evitam a proliferação de fungos/mofo), rendimento, composição química, durabilidade, resistência à lavagem (ou não), dimensão do recipiente (latas de 18 litros ou galões, dentre outras inúmeras informações de ordem técnica [...])

Essa orientação é perfeitamente exequível, desde que o requerente seja profundo conhecedor de química e especialista em tintas. Haja vista que, na maioria dos casos, no âmbito da Administração Pública, o elemento responsável pela pintura das dependências do órgão ou entidade não tem, por razão de ofício, a formação acadêmica necessária para formalizar um referencial técnico de tamanha complexidade, ou, simplesmente, é elemento terceirizado que também carece de uma formação que supra essa necessidade. Muitas vezes, o elemento da manutenção é até experiente, mas essa experiência é limitada à prática. Ele conhece, pelo dia-a-dia da sua atividade, se uma determinada tinta é melhor ou pior do que a outra. Mas não sabe distinguir como a razão de espessante ou a

⁹³ PALMIERI, Marcello Rodrigues. Amostras nas modalidades tradicionais (concorrência tomada de preços, convite) e no pregão eletrônico. *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*, São Paulo, v. 22, n. 11, p. 1233, nov. 2006.

composição química da tinta influenciam a sua aplicabilidade na análise do referencial do custo x benefício.

Niebuhr, mais uma vez, destaca as dificuldades impostas àqueles agentes responsáveis pela elaboração das descrições dos objetos da licitação:

Pois bem, importa que a definição do objeto da licitação e todas as suas especificidades são entregues à discricionariedade dos agentes administrativos, que devem sentir o quadro social, político e econômico, bem como priorizar as demandas a serem atendidas pela Administração Pública. Não obstante tais considerações, toda competência discricionária é limitada. Por isso é que o inciso II do artigo 3º da Lei 10.520/02 exige que “a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição.” Isso significa que o agente administrativo, no uso de sua competência discricionária, não pode escolher o objeto que pessoalmente lhe convenha, salientando características que não sejam relevantes para a consecução do interesse público, mas que sirvam a restringir o acesso à licitação, direcionando-a a pessoas predeterminadas.⁹⁴

Niebuhr, na referência supracitada, ressalta que “[...] a definição do objeto da licitação e todas as suas especificidades são entregues à discricionariedade dos agentes administrativos, que devem sentir o quadro social, político e econômico, bem como priorizar as demandas a serem atendidas pela Administração Pública”.⁹⁵

Ou seja, segundo o autor, o agente público deverá, mediante elevada sensibilidade contextual, de âmbito social, político e econômico, tendo ainda em vista o interesse público, se superar na tentativa de compensar o que a lei não previu. Depreende-se que o legislador, mais uma vez, não se preocupou em estabelecer mecanismos de proteção contra àqueles que, de forma muitas vezes predatória, visam de todas as formas atingir o seu objetivo primordial, ou seja: a venda. Objetivo para o qual, não se tenha dúvida, os empresários se valerão de todos e quaisquer mecanismos disponíveis, inclusive as lacunas e subjetividades legais.

⁹⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 127.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 128

No Acórdão 3.394/2007, da Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União, processo 007.707/2005-2, o Min. Relator, Raimundo Carreiro, em sentido contrário, destaca uma suposta simplicidade atinente a aquisição de objetos de uso comum.⁹⁶ Dessa decisão se destacam os seguintes fragmentos (grifos meus):

[...]

21.1 Relembramos que, no presente feito, foram analisadas possíveis irregularidades na licitação pública, modalidade pregão, promovida pelo BB na aquisição de cartuchos para impressoras a laser. Esse pregão realizou-se por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação (denominado de pregão eletrônico), que é disciplinado pela Lei nº 10.520, de 2002, e regulamentado, à época dos fatos, pelo Decreto nº 3.697, de 21/12/2000. O objeto da licitação na modalidade pregão é a aquisição de bens ou serviços comuns, de acordo com o art. 1º da citada lei.

21.2 O termo “bens ou serviços comuns”, com base no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520, de 2002, **pode ser definido como aqueles bens e serviços com características padronizadas, objetivamente definidas no edital, e facilmente encontráveis no mercado.** Tal definição, a nosso ver, não se encaixa com o mencionado objeto licitado pelo BB, porque, conforme relata o Recorrente, a aquisição de cartuchos recondicionados envolve um complexo sistema de verificação da qualificação técnica do fornecedor e do produto a ser entregue.

[...]

21.4 A legislação estabelece que, na modalidade pregão, os requisitos para a habilitação dos interessados não deverão ser complexos, tendo vista a agilidade inerente a esse certame licitatório. Nesse sentido, é o ensinamento de Marçal Justen Filho (Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 92): “Lembre-se que **restringir o cabimento do pregão ao fornecimento de bens e serviços comuns significa, em última análise, reconhecer a desnecessidade de requisitos de habilitação mais severos. Ou seja, não foi casual a reserva do pregão apenas para bens e serviços comuns. Como esses bens estão disponíveis no mercado, segundo tendências padronizadas, presume-se não apenas a desnecessidade de maior verificação acerca do objeto. Também se pode presumir que objetos comuns não demandam maior especialidade do fornecedor.** Logo, os requisitos de habilitação podem ser os mínimos possíveis. (...)”.

[...]

As afirmações destacadas do voto do Ministro relator, ao que parece, atribuem àqueles objetos de uso diário, contínuo, necessários ao atendimento das atividades diárias do órgão ou entidade (e, portanto, inseridos no contexto dos bens de uso comum), uma aura de simplicidade, pois, na visão do Magistrado, estariam “disponíveis no mercado”. Em

⁹⁶ Trata-se de recurso interposto pelo Banco do Brasil S/A-BB, contra o Acórdão nº 391/2006-TCU-2ª Câmara, Sessão de 7/3/2006, Ata nº 6/2006, Relação nº 11/2006, no qual o TCU deliberou acerca de Representação formulada contra possíveis irregularidades cometidas pelo BB na condução do Pregão Eletrônico para Registro de Preços GECOP nº 2005/0055.

razão disso, não demandariam uma maior qualificação dos potenciais fornecedores, haja vista a “desnecessidade de maior verificação acerca do objeto”. Essa visão é a da maioria. No entanto, na prática, a aquisição de um simples grampeador demanda, para que sejam cumpridas as finalidades estabelecidas para o procedimento licitatório, uma complexa gama de estudos acerca daquilo que se vai licitar. E esses estudos deverão pautar a elaboração da descrição do objeto e do rol das suas características técnicas, se for o caso.⁹⁷

Na concepção de Adriana Maurano, a denominação de “comum” não se refere a objeto sem sofisticação ou sem desenvolvimento tecnológico, mas, sim, caracterizam bens que se pode achar facilmente no mercado e que são fornecidos por várias empresas, e ressalta que “sua caracterização deve fazer-se em função das exigências do interesse público e das peculiaridades procedimentais do próprio pregão”.⁹⁸

Têm-se, ainda, a questão expressa pelo § 5 do artigo 7º e o inciso I do § 7º do artigo 15, ambos dispositivos da Lei nº 8.666/93, que, utilizados de forma subsidiária, vedam a indicação de marca em edital de licitação pública. Tal limitação dificulta sobremaneira a determinação de bens de qualidade.⁹⁹

2.2.2 A vedação do estabelecimento da marca e a questão da qualidade

Mesmo naquelas situações em que se poderia argüir uma justificativa plausível para o estabelecimento de marca (como no caso da manutenção da garantia de um equipamento que exige os suprimentos aplicados ao equipamento sejam de determinada

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. et. al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 66 - 67.

⁹⁸ MAURANO, Adriana. A instituição do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano V, n. 23, p. 168, jan./ fev. 2004.

⁹⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 129.

marca) esta poderá ser questionada em sede de recurso por algum fornecedor, o que, como consequência menos lesiva, acarretaria um retardamento do processo.¹⁰⁰

O argumento de que o estabelecimento de marca prejudica a competição é temerário, haja vista que ao querer se estabelecer uma competição sem que seja considerada a qualidade do bem licitado é uma falácia. Mal comparando, seria como querer comprar um carro de luxo e acabar tendo de se contentar com um carro popular, e o pior, pagando mais caro por ele.¹⁰¹

Tome-se por base os cartuchos de tinta para impressora. Criou-se um mercado pirata desses bens. Suprimentos como cartuchos vazios, caixas originais (depois de abertas), lacres, etc., são comercializados por valores ínfimos. Esses bens acabam por mobiliar uma verdadeira indústria da falsificação e do suprimento dito “remanufaturado”. Ou seja, valendo-se da restrição legal, empresas de fundo de quintal literalmente empurram à Administração itens de qualidade inferior e, muitas vezes, de origem duvidosa, sem que o agente público tenha instrumentos eficazes de defesa contra esta prática.

A bem da verdade, suspeitando da qualidade do bem, o pregoeiro poderá suspender a sessão e firmar uma diligência para sanar a questão.¹⁰² Mas, na prática, como solucionar tal incidente? Seria necessário, de forma a testar a qualidade e aplicabilidade dos bens suspeitos, submetê-los à perícia. Mas qual seria o órgão especializado a ser acionado? Os laboratórios forenses? Imagine-se a sobrecarga de trabalho a ser direcionada a tais entidades. E o tempo a ser despendido em tal avaliação? Certamente essa não seria uma solução. O

¹⁰⁰ TELES, Vanderli. Pregão eletrônico: o surgimento do pregão eletrônico teve como escopo dar maior transparência, simplificação, celeridade e economicidade às contratações da Administração Pública. Mas será que realmente atende a estes propósitos? *Justilex: revista jurídica*, São Paulo, v. 4, n. 50, p. 22, fev. 2006.

¹⁰¹ Ibidem, p. 22.

¹⁰² MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. Portal de Compras do Governo Federal. *Manual do pregão eletrônico/pregoeiro*. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manuais/>>. Acesso em: 29 set. 2008. p. 8.

pregoeiro e a sua equipe de apoio, na maioria dos casos, não dispõem do conhecimento técnico necessário à produção de tal avaliação. Mais uma vez, o agente público vê-se a mercê dos interesses do fornecedor.

Se não consegue resultados práticos e efetivos na diligência, o pregoeiro poderá tomar algumas medidas¹⁰³: rejeitar o item esperando que o fornecedor não interponha recurso; cancelar o item, acarretando solução de continuidade às atividades do órgão ou entidade; e, se o fornecedor interpuser recurso, o agente administrativo público acabará sendo constrangido a adjudicar a compra, se, no julgamento do feito, o agente responsável - sem elementos técnicos consubstanciados em conteúdo probatório consistente - tiver de acatar o recurso do fornecedor.

Passo maior ainda poderia ser dado na quebra do paradigma que orienta o processo licitatório no Brasil. Atualmente, se a marca do bem não é conhecida, a qualidade do bem adquirido só é avaliada na fase de execução da licitação. Fato que subverte a lógica da compra. Quem compraria um determinado produto às cegas?

Em contrapartida, a Administração Pública deve planejar e preparar as suas compras tendo em vista o cumprimento dos princípios que regem tal atividade. Nesse planejamento, a elaboração um orçamento daquilo que quer se comprar toma uma importância essencial. É pena, porém, que tão importante instrumento de referência acabe por contaminar o procedimento, dando a falsa ilusão de que a economia obtida com o pregão é muito maior do que realmente é.

¹⁰³ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. Portal de Compras do Governo Federal. *Manual do pregão eletrônico/pregoeiro*. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manuais/>>. Acesso em: 29 set. 2008. p. 8.

2.2.3 A importância dada ao Termo de Referência

O órgão requisitante, como já foi visto, é o responsável pela elaboração do termo de referência. E, segundo Niebuhr, sua finalidade precípua é “explicitar o que ele pretende contratar, com todas as suas especificações, forma de execução, orçamento, etc. A autoridade competente deve decidir se aprova ou não o termo de referência”.¹⁰⁴ Surge nesse contexto uma das primeiras responsabilidades da autoridade competente no processo. A partir da aprovação do termo é que se desencadeiam as demais fases do pregão. Mas, para que este seja aprovado, faz-se necessário observar algumas determinações legais.

Segundo o Tribunal de Contas da União (TCU)¹⁰⁵, o termo de referência, independentemente se aplicado ao pregão presencial ou eletrônico, deve apresentar a seguinte configuração:

Previamente à realização de pregão em qualquer uma das formas, presencial ou eletrônica, a exemplo de projeto básico, o setor requisitante deve elaborar termo de referência, com indicação precisa, suficiente e clara do objeto, sendo vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização. O Termo de Referência, devidamente autorizado pela autoridade competente, é o documento que deve conter todos os elementos capazes de propiciar, de forma clara, concisa e objetiva, em especial: objeto; critério de aceitação do objeto; avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado; definição dos métodos; estratégia de suprimento; valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado; cronograma físico-financeiro, se for o caso; deveres do contratado e do contratante; procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato; prazo de execução e de garantia, se for o caso; sanções por inadimplemento.

O TCU reproduziu os requisitos expressos no inciso II do artigo 3º da Lei nº 10.520/2002 e no inciso I do artigo 9º do Decreto 5.450/2005, e estabeleceu os elementos constitutivos do termo. Cabe salientar, que esses não se aplicam na sua totalidade à

¹⁰⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 346.

¹⁰⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Licitações e contratos: orientações básicas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. p. 68.

modalidade do pregão eletrônico, particularmente no que tange a aquisição de bens de consumo (bens de uso comum).

Em linhas gerais, o termo de referência, no caso da aquisição de bens de consumo, é composto pela descrição do objeto a ser contratado (feita em respeito aos requisitos já mencionados) e por um levantamento de preços. Esse levantamento, ou orçamento, é elaborado junto aos fornecedores e aferirá um preço de referência de mercado a ser observado pelo pregoeiro no momento do julgamento das propostas.

Não existe norma dispositiva que especifique como é determinado o cálculo do preço de referência. Se ele é composto a partir do valor médio dos preços apurados junto aos fornecedores ou se basta apontar o menor preço obtido como referência. Algumas deliberações do TCU que se referem à formação do preço de referência, particularmente os acórdãos 2947/2004 e 90/2004¹⁰⁶, por exemplo, não se reportam a fórmula de cálculo desse referencial. Os acórdãos supracitados determinam, *in verbis*:

Na fase preparatória dos pregões, atente para a útil elaboração do termo de referência, de que trata o art. 8º do Decreto 3.555/2000, de modo que o documento expresse a adequação do objeto licitado aos preços praticados no mercado. (Acórdão 2947/2004 - Primeira Câmara)

Elabore pesquisa de mercado quando da execução de procedimento licitatório na modalidade Pregão, bem como, termo de referência contendo elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, por meio de orçamento detalhado, considerando os preços e as especificações em prática no mercado, conforme preconiza o art. 8º do anexo I do Decreto nº 3.555, de 08/08/2000. (Acórdão 90/2004 Segunda Câmara)

Niebuhr, com relação à forma de cálculo do valor de referência para o objeto a ser licitado, assim se refere: “A legislação não prescreve como deve ser realizado o

¹⁰⁶ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Licitações e contratos: orientações básicas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. p.68–69.

orçamento. Costuma-se consultar três ou quatro pessoas que atuem no ramo do objeto a ser licitado, pedindo a eles que encaminhem orçamento informal”.¹⁰⁷

As informações que compõem o termo de referência não são definitivas. Se for necessário emendar, alterar, substituir, complementar o que foi levantado, não há imposição legal que determine tal limitação. Suas informações constituem uma proposta inicial sobre o que vai ser licitado, e, com base nessa proposta, cabe à autoridade competente autorizar, ou não, a abertura do processo de compra.¹⁰⁸

Aspecto importante da fase interna do pregão, a elaboração do termo de referência objetiva balizar o referencial do preço a ser pago ao fornecedor. Serve como um limitador da negociação, que conduz o pregoeiro a obtenção do melhor preço. Na visão governamental o pregão, na relação preço contratado versus preço de referência, é importante ferramenta de economia. Segundo o Ministério do Orçamento Planejamento e Gestão:

O Governo Federal economizou R\$ 3,8 bilhões com o pregão eletrônico em 2008. Esse valor corresponde a uma redução de 24% entre o valor de referência (o valor máximo que o Governo está disposto a pagar na aquisição de um bem ou na contratação de um serviço) e o que efetivamente foi pago pelos órgãos públicos.¹⁰⁹

A visão otimista dos órgãos governamentais é passível de questionamento, já que a sua análise estatística, como já foi mencionado, é pautada no valor de referência obtido na fase interna do pregão (com base no termo de referência). Esse valor de referência ou orçamento é previsto nos incisos II do artigo 8º do Decreto n 3.555/2000, III do artigo 3º da Lei nº 10.520/2002, dentre outras previsões. Essa exigência legal é de natureza subjetiva,

¹⁰⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 122.

¹⁰⁸ FILHO, Marçal Justen. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2009. p. 96-98.

¹⁰⁹ Ministério do Orçamento Planejamento e Gestão. 26/03/2009 – *Pregão eletrônico economiza R\$ 3,8 bilhões para os cofres públicos em 2008*. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2009.

ou seja, as indicações quanto a sua elaboração são feitas principalmente pelos setores de controle interno de cada órgão ou entidade da Administração Pública e pelo TCU. Como regra geral, na composição do termo, exige-se três orçamentos, tomados a partir de fornecedores regulares dos bens a ser adquiridos.¹¹⁰ Desses orçamentos são retirados valores referenciais que podem ser calculados pela sua média ou mesmo pelo menor preço.

Na prática, o que se observa é que o agente público tem dificuldade em elaborar o termo. Ele se dirige ao mercado local e procura os fornecedores que naquela praça comercializam aquilo que a Administração quer comprar. Para esses fornecedores, salvo raras exceções, participar desse processo representa um encargo. Muitos não se dispõem a custear o levantamento de preços. Um pregão de material de expediente de um órgão ou entidade de médio porte, por exemplo, tem mais de uma centena de itens. Para cumprir tal encargo o fornecedor precisa dedicar um ou mais funcionários para levantar a informação do preço. Sem considerar que, não raro, tal fornecedor não participará da licitação.

Na determinação do preço, normalmente, o que é informado é o preço de balcão. Desconsiderando, portanto, as quantidades que serão adquiridas, as questões regionais, os óbices logísticos, e tantos outros condicionantes. Geralmente, numa negociação de caráter pessoal, por exemplo, se queremos comprar uma unidade de determinado material o preço é um, se for cem o preço é proporcionalmente menor. No presente caso perde-se a vantagem da economia de escala e parte-se de um preço que, originalmente, teria de ser muito menor. Essa característica macula a estatística otimista do governo, pois esses pormenores deveriam ser considerados, para que a percepção sobre o emprego da ferramenta pregão eletrônico representasse uma economia efetiva dos recursos públicos.

¹¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 65.

A Administração deve contratar produto de alta qualidade, com preço compatível com o do mercado, de preferência valorizando o seu potencial como comprador e pagando o menor preço.¹¹¹ Os quatro elementos destacados pautam o interesse geral, não só o da Administração Pública. Todas as pessoas, tomadas no sentido jurídico, querem comprar agregando qualidade, poder de compra, preço e rapidez no atendimento da sua demanda. O que me causa estranheza são as limitações impostas à Administração Pública para cumprir tal objetivo.

2.2.4 *O pregão eletrônico e a relação qualidade versus preço*

Trata-se, aqui, de procedimento administrativo de caráter operacional, ou seja, seu rito não deveria ser tão gravoso e burocrático. Faz-se necessário traçar uma comparação com os processos aquisitivos dos insumos da iniciativa privada. Os entes que compõe tal segmento, pautando-se pelos mesmos elementos da compra utilizados pelos órgãos e entidades públicas, acabam por realizar as suas demandas de forma muito mais efetiva que a Administração Pública. Haja vista que aquelas se valem do volume dos seus negócios, para barganhar descontos e parcerias junto aos seus fornecedores, negociando, na maioria das vezes, direto com o fabricante ou distribuidor e dispensando os intermediários. Os entes privados compram o que lhes interessa. O Poder Público, por sua vez, embora adquirindo em quantidades muito superiores as das maiores empresas do país, muitas vezes, se vê obrigado a comprar o que o fornecedor quer lhe vender e não o que ele originalmente queria comprar.

Niebuhr afirma que “Na realidade, há de se reconhecer, a modalidade pregão não veicula novidades no que concerne à análise da qualidade daquilo que é oferecido

¹¹¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 415.

à Administração em licitação”.¹¹² Com essa assertiva, corrobora a idéia de que o quesito *qualidade*, já que também não é tratado como prioridade na modalidade pregão, deixa, na prática, de se constituir elemento da eficiência do processo licitatório.¹¹³ Essa consequência, como já foi vista, relaciona-se diretamente a falta de ferramentas legais e técnicas que garantam de forma eficiente o processo de aquisição de bens pelo Poder Público.

O que se conseguiu com o pregão eletrônico foi agilizar a compra de bens de qualidade duvidosa por um preço que, comparado aos do Termo de Referência – vale ressaltar, composto a partir de prospecções de mercado que têm por base produtos de qualidade –, são extremamente vantajosos. No entanto, temos de nos lembrar do corolário “o barato acaba saindo caro”.

Niebuhr destaca que “A propósito, para avaliar se os produtos ofertados pelos licitantes realmente são compatíveis com as especificações do edital, é comum que a Administração exija, durante a licitação, a apresentação de amostras”. Este ponto é de relevante importância. A solicitação de amostras tem o objetivo de avaliar a qualidade dos bens licitados.¹¹⁴ Na prática, porém, o agente administrativo enfrentará um novo problema. O fornecedor, ávido pela venda, submete à licitação um bem cujo preço é extremamente competitivo, por que a sua qualidade é aquém da concorrência.

¹¹² NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 416.

¹¹³ TELES, Vanderli. Pregão eletrônico: o surgimento do pregão eletrônico teve como escopo dar maior transparência, simplificação, celeridade e economicidade às contratações da Administração Pública. Mas será que realmente atende a estes propósitos? *Justilex: revista jurídica*, São Paulo, v. 4, n. 50, p. 24, fev. 2006.

¹¹⁴ FILHO, Marçal Justen. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2009. p. 132.

2.2.5 A apresentação de amostras

Ao apresentar a amostra à Administração, o agente público, cioso das suas obrigações, com fulcro no inciso I, do artigo 48, da Lei nº 8.666/93, rejeita o bem, com a justificativa de que ele o considera inservível. Com relação à descrição dos bens licitados:

O ponto fundamental é especificar corretamente os bens licitados. Sucede que o produto de qualidade tem alguma característica que o produto de má-qualidade não tem. Há algo que o distingue. E o fato é que a Administração encontra enormes dificuldades, em inúmeros casos, para identificar essa característica, que distingue o que é de qualidade do que não é de qualidade. Por exemplo, o que distingue uma caneta que escreve por três meses de uma que escreve por apenas duas semanas? O que distingue um café de ótima qualidade de um café intragável? O que distingue um cartucho de impressora que funciona de um que não funciona? Se a Administração souber as respostas para essas perguntas, ela certamente contratará produtos de alta qualidade, quer na modalidade pregão, quer nas modalidades tradicionais.¹¹⁵

O fornecedor, então, na defesa dos seus interesses, interpõe o recurso definido pelo inciso XVIII, do artigo 4º da Lei nº 10.520/2002 - que estabelece o prazo de três dias para a apresentação das suas razões - alegando que o agente não dispõe da capacitação técnica necessária para rejeitar o seu produto.

Mais uma vez se recai no problema já tratado. Se o agente administrativo realmente não detém conhecimentos que o credenciem para embasar tecnicamente a rejeição - e a maioria não os tem - ele deverá tomar uma medida que venha a suprir essa falta. Situação diferenciada impõe-se ao consumidor que faz sua escolha com base em elementos sensoriais, tais como: design, cor, embalagem, durabilidade, etc. O agente público, por sua vez, deverá, dentro de critérios estritamente técnicos, justificar porque rejeitou um e escolheu o outro.¹¹⁶

¹¹⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 416.

¹¹⁶ PALMIERI, Marcello Rodrigues. Amostras nas modalidades tradicionais (concorrência tomada de preços, convite) e no pregão eletrônico. *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*, São Paulo, v. 22, n. 11, p. 1234-1235, nov. 2006.

Pode-se citar o caso de um *toner* que será empregado em uma impressora de milhares de reais. De um lado, o fornecedor assegura que o suprimento que ele oferece à licitação é compatível com o original e que pode ser utilizado no equipamento sem lhe causar dano. De outro, o fabricante da impressora que, sem entrar no mérito do *merchandising*, só assegura a garantia do bem mediante a utilização de suprimentos originais. Na obrigação de pautar-se por uma legislação “engessante” e de objetivos duvidosos, o agente administrativo, assoberbado de responsabilidades, ressalto, para as quais não tem lastro jurídico-administrativo, tem de se desdobrar para suprir os hiatos deixados pela legislação.

Pode-se observar, mais uma vez, que a norma que pauta os processos licitatórios, nas suas várias modalidades, não prima pela lógica:

Ora, os agentes administrativos, entre os quais o pregoeiro, não atuam com liberdade, tal qual atuam em relação aos seus assuntos particulares. Eles estão sujeitos à série de restrições e formalidades, prestantes a preservar a coisa pública, a evitar que ela seja deturpada, utilizada para atender ilegitimamente interesses privados.¹¹⁷

O contra senso presente nessa afirmação é gritante. O agente administrativo representa os interesses da Administração Pública. As formalidades e restrições à sua atuação acabam por favorecer o fornecedor. A lei, ao invés de prover o agente administrativo com instrumentos legais que o auxiliem no desenvolvimento do seu trabalho, cerceia a sua atuação e o coloca a mercê de ávidos empresários cuja única preocupação é garantir os seus negócios e, por conseguinte, os seus lucros. Se o Poder Público não confia nos seus prepostos deveria modificar radicalmente o procedimento licitatório, mas, de maneira alguma, poderia inverter o foco da sua proteção.

¹¹⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 209.

O assunto em questão não trata de direitos inalienáveis e irrenunciáveis como o Direito Penal. A questão em tela é de cunho administrativo, cuja natureza é essencialmente gerencial, e não de direitos humanos. Princípios outros deveriam reger as compras do Poder Público para, na prática, atender ao interesse público. Empregar um mínimo de recursos públicos para a compra de bens de inequívoca qualidade e pagando menos do que a iniciativa privada. Este é um objetivo plenamente alcançável. Observe-se que os entes administrativos compram, tomada à universalidade das suas demandas, em grandes quantidades e, portanto, detêm um inegável instrumento de negociação em suas mãos.

Niebuhr¹¹⁸, com relação ao instituto da negociação, destaca:

Em regra a negociação é procedimento estranho ao Direito Administrativo, haja vista o princípio da indisponibilidade do interesse público. [...] E o ponto é que a negociação abre flancos perigosos para a deturpação da coisa pública, que logo pode se transfigurar em negociata, agasalhando a corrupção. Não que isso ocorra necessariamente. Mas, há de se reconhecer, pode vir a ocorrer.

Quando Niebuhr se refere à proteção da coisa pública e ressalta que as formalidades legais se colocam a preservá-la, essa afirmação é falaciosa. Quais os mecanismos implementados pela norma que garantem que os recursos públicos não atenderão interesses privados? Adotando o critério do menor-preço, sem nivelar a qualidade dos bens em disputa, a norma agrava a situação.¹¹⁹ Fica mais fácil fraudar o processo se o fornecedor já despontar como vencedor do certame (já que cotou um bem de má qualidade a um preço muito abaixo dos seus concorrentes e, mesmo assim, auferindo lucro) do que movimentar a estrutura para colocá-lo nesta situação. Basta ao agente administrativo cerrar os olhos para a falta de qualidade e declarar o fornecedor vencedor.

¹¹⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 209.

¹¹⁹ TELES, Vanderli. Pregão eletrônico: o surgimento do pregão eletrônico teve como escopo dar maior transparência, simplificação, celeridade e economicidade às contratações da Administração Pública. Mas será que realmente atende a estes propósitos? *Justilex: revista jurídica*, São Paulo, v. 4, n. 50, p. 23, fev. 2006.

Outra questão: o agente público, ao estabelecer que, em nome da Administração Pública, só adquirirá um bem de determinadas marcas, sabidamente de melhor qualidade, desde que a um preço justo, estaria contrariando o interesse público? Nesse caso, a bem da verdade, o critério de escolha das opções de compra seria o mesmo que embasaria a rejeição. Ou seja, já que o agente administrativo não detém o conhecimento técnico necessário à produção de laudos e perícias, a sua experiência de vida (profissional e pessoal) é que será a gênese da sua escolha. A diferença é que, ao estabelecer opções de marca, o processo se torna mais transparente e os resultados tendem a ser mais efetivos, já que o elemento qualidade seria verdadeiramente inserido no processo.

2.2.6 *Os agentes da Administração e a condução do procedimento*

Depreende-se deste fato que, as tarefas de caráter administrativo possam ser delegadas a outros agentes públicos, é da autoridade competente a responsabilidade pela eficácia do pregão.¹²⁰ Niebuhr, com relação às responsabilidades da autoridade competente, salienta ainda que:

[...] de acordo com o inciso I do artigo 13 da Lei n ° 9.784/99 – que é a Lei de Processo Administrativo Federal, cujos efeitos se Estendem sobre a Administração Pública Federal – a edição de atos de caráter normativo não pode ser objeto de delegação. Como os editais de licitação veiculam normas a respeito dela, é flagrante que desenham caráter normativo e, por corolário indisputável, não podem ser objeto de delegação. Quer dizer que à autoridade competente não é permitido se desincumbir da sua responsabilidade jurídica em relação ao edital, transferindo-a a outro agente administrativo por meio de delegação¹²¹.

A condução do certame licitatório é feita pelo pregoeiro e por outros agentes administrativos que compõem a sua equipe de apoio. Ao tratar da situação funcional do pregoeiro e da equipe de apoio, Marçal Justen Filho destaca:

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. et. al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 296.

¹²¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 315.

A Lei nº 10.520 previu, no art. 3º, inc. IV, que o pregoeiro e a equipe de apoio seriam designados “dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação”. O Dec. nº 5.450 estabeleceu que a escolha poderia recair também sobre servidores “de órgão ou entidade integrante do SISG”.¹²²

Vale ressaltar que o dispositivo legal expresso pelo § 1º do artigo 10 do Decreto nº 5.450/05 não destaca nenhum requisito técnico-profissional, para que o servidor faça parte da referida equipe, a não ser a condição de concursado ou efetivado no cargo ou função pública.

Sobre o lume da legislação, nenhum requisito de caráter técnico é necessário para que o agente administrativo componha a equipe de apoio ou exerça a função de pregoeiro.¹²³ Essa omissão da lei faz com que esses cargos sejam ocupados por profissionais que, na maioria das vezes, não dispõem do conhecimento técnico necessário ao exercício da função. Vale ressaltar que, com relação aos bens de uso comum, o espectro de compras é de tal forma abrangente, que se torna impossível conhecer com a necessária técnica todos os seus componentes. Em função disto, o agente administrativo, de profunda boa-fé, vê-se em situações muitas vezes constrangedoras.¹²⁴

Por exemplo, uma determinada empresa destaca para acompanhar o procedimento licitatório o seu melhor vendedor. Profundo conhecedor do seu produto e os da concorrência, ele sabe que o quer vender para a Administração Pública é de qualidade inferior e o custo benefício da compra vai trazer prejuízo à entidade licitadora. No entanto, percebendo a manobra, o pregoeiro, cioso das suas obrigações, solicita amostra ao fornecedor. Com base em elementos não necessariamente corroborados por argumentos técnicos, já que

¹²² FILHO, Marçal Justen. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2009. p. 324-325.

¹²³ WARNECKE, Ana Lucia Ikenaga. Efeitos do Decreto nº 5.450/05 sobre a regulamentação do pregão. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano VII, n. 34, p. 57, nov./ dez. 2005.

¹²⁴ PALMIERI, Marcello Rodrigues. Amostras nas modalidades tradicionais (concorrência tomada de preços, convite) e no pregão eletrônico. *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*, São Paulo, v. 22, n. 11, p. 1233-1234, nov. 2006.

normalmente não tem a formação necessária para exarar um laudo técnico pericial, o pregoeiro rejeita a amostra. Ele pode valer-se de uma diligência para tentar sanar o problema, como atesta o julgado da 3ª Turma do TRF da 4ª Região que se segue:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. PREGÃO. HABILITAÇÃO.

1. A providência (da iniciativa exclusiva do Sr. Pregoeiro) de obter referências do TCU - também contratante da licitante vencedora - serviu apenas e tão-somente para reforçar a conclusão de que aquela empresa já se habilitara ao objeto do pregão, quando da juntada tempestiva da documentação a tanto prevista no edital.
2. Dessarte, em tal perspectiva, não teria incidido a parte final do **§ 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93** - aplicado subsidiariamente à Lei que instituiu e regula o chamado Pregão (Lei nº 10.520/2002) - mas sim sua **primeira parte, no que faculta a promoção de diligências destinadas a esclarecer ou a complementar a instrução do processo licitatório.**
3. Agravo de instrumento a que se dá provimento. Prejudicado o regimental.
(TRF 4ª Região. 3ª Turma. Proc. 2003.04.01.055918-9/RS, Data:18/06/2004.)

Ato contínuo, o vendedor interpõe recurso alegando que os argumentos não são válidos tecnicamente e que, à égide da lei, o seu produto não poderia ser rejeitado já que detém a melhor oferta (menor preço). A autoridade competente, ao julgar o recurso, terá de adjudicar o fornecedor ou cancelar o item. Ato que poderá conduzir a uma solução de continuidade na prestação do serviço público prestado pela entidade licitadora.

3 O PREGÃO ELETRÔNICO COMO VETOR DE DESPÉRDÍCIO DE RECURSOS PÚBLICOS

O processo licitatório, no Brasil, com toda a sua gama de imperfeições e contradições, é um dos maiores veículos de desperdício de recursos públicos deste país. Hoje em dia, de forma cada vez mais freqüente, é possível acompanhar através da mídia a descoberta de novas modalidades de fraude ligadas às compras públicas, se não, observe-se:

O governo do Estado de São Paulo teve um prejuízo de R\$ 56 milhões em licitações eletrônicas fraudadas pela quadrilha presa na operação Parasita nesta quinta-feira (30), segundo estimativa da polícia. O prejuízo de cidades lesadas pelos criminosos também é milionário. O governo estadual gasta em média, R\$ 20 bilhões por ano em pregões eletrônicos. A quadrilha conseguiu, nos últimos dois anos, segundo as investigações da força-tarefa estadual, vender medicamentos e insumos hospitalares de má qualidade e superfaturados para hospitais de São Paulo e outras cidades do Brasil. Os responsáveis pelos pregões eletrônicos foram corrompidos.¹²⁵

Os cofres públicos são vilipendiados de forma brutal por esse tipo de fraude. Recursos que deveriam estar servindo a sociedade são desviados para os bolsos de maus empresários e de agentes públicos corruptos. É imperioso que se aperfeiçoe o processo licitatório brasileiro, quebrando o paradigma atual e evitando o desperdício.

A Administração Pública gasta bilhões no custeio da máquina administrativa. Mesmo pautada pelo princípio da inafastabilidade do interesse público, em restrita observância à legislação que normatiza as licitações, o Poder Público vê-se obrigado a adquirir de “atravessadores”, aumentando consideravelmente os seus custos de manutenção.

No que tange a aquisição dos bens de uso comum pela União, vários são os mecanismos que fazem com que a utilização do pregão eletrônico se torne um dos vetores do

¹²⁵ Central Globo de Telecomunicações. *Quadrilha fraudou pregões eletrônicos do governo de SP, diz polícia*. Edição São Paulo. Disponível em: <<http://G1.globo.com/noticias>>. Acesso em: 30 out. 2008.

desperdício de centenas de milhões de reais - que se esvaem pelo ralo da incompetência e do descaso com a coisa pública.

Ao se analisar a sistemática adotada pelo Poder Público na condução do processo licitatório, modalidade pregão eletrônico, e o particular objeto do certame (aquisição de bens de uso comum), faz-se necessário questionar as razões pelas quais a Administração Pública Federal optou por um modelo que subverte a lógica da mercancia. Em vista disso, destacar-se-á os principais aspectos que fazem com que essa sistemática seja um vetor de desperdício de recursos públicos.

3.1 A questão da compra dos fabricantes ou dos seus distribuidores

Uma das justificativas para que a Administração Pública não compre diretamente dos fabricantes é a de que o seu poder de compra deve ser utilizado como instrumento de desenvolvimento. O volume substancial dos gastos atinentes à manutenção da máquina administrativa pública deve ser canalizado para promover a geração de empregos, o desenvolvimento econômico - principalmente no que tange às denominadas micro e pequenas empresas.

O processo licitatório, no Brasil, como já foi visto, pauta-se pelo princípio da inafastabilidade do interesse público. Esse argumento já seria suficiente para que o Poder Público, na salvaguarda e na aplicação efetiva e eficaz dos seus recursos, buscasse soluções mais econômicas para a manutenção da sua máquina administrativa.¹²⁶ Por que comprar de um fornecedor afastado da linha produtiva, quando se poderia comprar direto do fabricante ou de um distribuidor a um custo muito menor?

¹²⁶ MAURANO, Adriana. A instituição do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano V, n. 23, p. 171, jan./ fev. 2004.

É cediço que, na medida em que o bem comercializado se afasta da cadeia produtiva, maiores serão os encargos que compõe o seu preço. Custos como transporte, mão-de-obra, margem de lucro, etc., aumentam no deslocamento do bem até o consumidor final. Faz-se necessário, não só em respeito ao princípio da inafastabilidade do interesse público, mas, também, ao da economicidade, repensar a forma da aquisição dos bens de uso comum no âmbito da Administração Pública.¹²⁷

A compra deveria ser direta, como comumente o é, quando conduzida pela iniciativa privada. Neste segmento, o que vale é a relação custo/qualidade. Na esfera do Poder Público, a relação deveria ser a mesma.

Atualmente, cada órgão ou entidade da Administração Pública que detém autonomia administrativa possui um setor, uma repartição, que é responsável pelas aquisições. Essa estrutura pulveriza o poder de compra do Poder Público, diluindo a sua capacidade de negociação. Além disso, multiplicam-se as possibilidades de fraudes, já que, ao distribuir competência para que os agentes administrativos comprem em seu nome, a Administração Pública se auto-inflige sérias dificuldades de controle e, por consequência, aumenta os seus custos.

3.2 A centralização do processo de aquisição

Pode-se argumentar que a descentralização proporciona dinâmica ao atendimento das atividades diárias do órgão ou entidade. Este se torna mais independente e pode, na medida das suas necessidades, optar com mais liberdade (desde que respeitados os preceitos legais) pela compra que melhor atende à sua demanda.

¹²⁷ TELES, Vanderli. Pregão eletrônico: o surgimento do pregão eletrônico teve como escopo dar maior transparência, simplificação, celeridade e economicidade às contratações da Administração Pública. Mas será que realmente atende a estes propósitos? *Justilex: revista jurídica*, São Paulo, v. 4, n. 50, p. 21, fev. 2006.

O órgão ou entidade pode, ainda, se valer das características regionais para efetuar a melhor compra. Por exemplo, se a localidade for um pólo produtor de um insumo que é demandado pela Administração Pública, as possíveis vantagens relativas ao preço poderão ser aproveitadas. Numa estrutura centralizada essa vantagem restaria descartada.

No entanto, a descentralização das compras não foi à melhor escolha. Na normatização imposta pela Lei de Licitações e suas correlatas, a Administração Pública, embora possua enorme poder de compra, tem tolhido o seu poder de negociação.¹²⁸ Ao pulverizar a competência pelas compras entre os seus vários órgãos e entidades, a Administração Pública multiplica exponencialmente a possibilidade de fraudes. Além disso, enfraquece o seu poder de negociação. Por exemplo, tomando-se por base as relações cotidianas, quem, ao comprar determinado produto, teria maior poder de barganha? Aquele que compra uma ou cem unidades?

Como exemplo dessa afirmação, o quadro abaixo aponta três valores diferentes obtidos em pregões diferentes para o mesmo objeto. Pode-se observar que conforme a quantidade licitada os valores unitários variam vertiginosamente. A centralização do procedimento traz para a equação a questão da economia de escala em nível nacional e até internacional, se for o caso. Os dados são os que seguem¹²⁹:

¹²⁸ TELES, Vanderli. Pregão eletrônico: o surgimento do pregão eletrônico teve como escopo dar maior transparência, simplificação, celeridade e economicidade às contratações da Administração Pública. Mas será que realmente atende a estes propósitos? *Justilex: revista jurídica*, São Paulo, v. 4, n. 50, p. 25, fev. 2006.

¹²⁹ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. Portal de Compras do Governo Federal. *Consulta Atas de Registro de Preços*. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manuais/>>. Acesso em: 18 jun. 2009.

MEMÓRIA PORTÁTIL MICROCOMPUTADOR, CAP. 8, USB, ARMAZENAMENTO DE DADOS			
UASG	Pregão	Quant	Preço Unit. R\$
195002 - CIA DESENVOLV. VALE DO SÃO FRANCISCO-PE	0013/2008	1	120,00
160380 – COMANDO 8 BRIGADA INFANTARIA MTZ-RS	0015/2008	25	59,00
512006 – COORDENAÇÃO GERAL LICITAÇÕES E CONTRATOS	0001/2009	1.146	39,97

Nessa amostragem pode-se observar que há uma diferença de mais de trezentos por cento entre o maior e o menor preço. Houve, aparentemente, um aproveitamento da economia de escala. Porém, faz-se necessário ressaltar que essa é uma visão distorcida da realidade, haja vista a descentralização do procedimento. Analise-se o quadro abaixo¹³⁰:

MEMÓRIA PORTÁTIL MICROCOMPUTADOR, CAP. 4, USB, ARMAZENAMENTO DE DADOS			
UASG	Pregão	Quant	Preço Unit. R\$
56000 – MINISTÉRIO DAS CIDADES	0005/2009	200	40,30

Pode-se observar que, nesse caso, foi adquirida uma partida de duzentas unidades de um produto com metade da capacidade de armazenamento por um preço superior ao cotado no pregão 001/2009 da UASG nº 512006 (quadro anterior). Vale ressaltar que a marca do produto em todos os casos é a mesma. São distorções que seriam facilmente percebidas se o processo fosse centralizado.

Aproveitando-se do vertiginoso avanço da tecnologia, a Administração Pública deveria centralizar as suas compras. Com essa medida, reduziria consideravelmente a possibilidade de fraudes, já que os órgãos de controle se limitariam a auditar um número reduzido de órgãos ou entidades.

¹³⁰ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. Portal de Compras do Governo Federal. *Consulta Atas de Registro de Preços*. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manuais/>>. Acesso em: 18 jun. 2009.

Outro aspecto que justificaria a centralização das compras diz respeito à dita “carona”. Instituto cujo amparo legal deu-se pelo artigo 8º do Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001¹³¹, *in verbis* (grifo meu):

Art. 8º A **Ata de Registro de Preços**, durante sua vigência, **poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório**, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem.

Ora, se qualquer ata de registro de preços pode ser usada pelos órgãos e entidades da Administração, essa permissividade, mais uma vez, enfraquece a capacidade de negociação e desconsidera a vantagem da economia de escala para o Poder Público. Ou seja, faz-se uma licitação para adquirir certa quantidade de bens. O órgão responsável pelo procedimento abre, com isso, a possibilidade de o fornecedor, a seu critério, fornecer essa mesma quantidade a todos os interessados, desconsiderando, na formação do preço, o volume total comercializado. A Administração, *v. g.*, por intermédio do pregão, orça a compra de cem unidades e o fornecedor acaba vendendo dez mil unidades pelo preço de cem. Prejuízo e desperdício para o Poder Público.

A exigência da justificativa expressa na última parte do dispositivo legal supracitado perde importância, visto que, conforme jurisprudência do Tribunal de Contas, a comprovação da vantagem limita-se a uma pesquisa de preço de caráter amplo. Em momento algum essa condição estabelece a necessidade de considerar-se a quantidade global dos itens a ser adquiridos pelos interessados – considerados na sua totalidade. Esta é a ementa do acórdão (grifo meu):

¹³¹ BRASIL. *Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001*. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

REGISTRO DE PREÇOS. DOU DE 15.05.2008, S. 1, p. 114. Ementa: o TCU determinou à CFIAe que fizesse constar, nas contratações realizadas mediante adesão a ata de registro de preços, nos respectivos processos realizados: a) que a contratação a ser procedida fosse acompanhada de justificativa que atendesse ao interesse da Administração, sobretudo quanto aos valores praticados; b) justificativa contendo o diagnóstico da necessidade de aquisição; c) **ampla pesquisa de mercado, em equipamento equivalente ou similar** (item 1.1.3, TC-012.294/2006-0, Acórdão nº 1.219/2008-TCU-2ª Câmara)

O legislador cometeu um sério equívoco ao estabelecer, para as aquisições de bens de uso comum, a modalidade pregão eletrônico com o requisito “menor preço”. Nessa modalidade, que traz prejuízos aos cofres públicos, o requisito qualidade é posto em segundo plano.¹³² A legislação não disponibiliza mecanismos eficazes de garantia da relação custo/qualidade dos bens licitados. Coloca-se, sob os ombros do agente administrativo, que, na maioria das vezes, não dispõe do conhecimento técnico necessário para descrever e, muito menos, avaliar a qualidade desses bens, a responsabilidade de julgar o que deve e o que não deve ser adquirido pela Administração Pública.

3.3 O requisito do “menor preço” não garante a compra de bens de qualidade

Na visão de alguns doutrinadores, a afirmação de que a Administração Pública compra mal porque se pauta pelo requisito do menor preço é um mito. Nessa concepção, a culpa pela aquisição de bens que pecam pela falta de qualidade é do agente administrativo. Este, ao não descrever o objeto de forma adequada, abre margem para que sejam ofertados ao certame bens que não primam pela qualidade. O problema resume-se à descrição do objeto.¹³³ Esta é de importância crucial ao sucesso do certame. Ao adequar a descrição do objeto às necessidades da Administração Pública, o agente administrativo solucionaria o problema da aquisição de bens de qualidade duvidosa não deixando margem

¹³² TELES, Vanderli. Pregão eletrônico: o surgimento do pregão eletrônico teve como escopo dar maior transparência, simplificação, celeridade e economicidade às contratações da Administração Pública. Mas será que realmente atende a estes propósitos? *Justilex: revista jurídica*, São Paulo, v. 4, n. 50, p. 24-25, fev. 2006.

¹³³ PALMIERI, Marcello Rodrigues. Amostras nas modalidades tradicionais (concorrência tomada de preços, convite) e no pregão eletrônico. *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*, São Paulo, v. 22, n.11, p. 1231-1232, nov. 2006.

aos licitantes para a apresentação de bens que não correspondessem às especificações do edital.

Numa análise um pouco mais acurada, imputar a precária descrição do objeto como única causa da aquisição de bens de qualidade duvidosa pela Administração Pública é, no mínimo, temerário. A descrição pode ser construída de forma impecável, consolidando todas as características necessárias à inequívoca identificação do bem¹³⁴. No entanto, sem o estabelecimento ou definição de parâmetros de avaliação que levem em consideração a sua qualidade e durabilidade, o preço obtido no certame representará um *menor valor absoluto*, longe, portanto, do objetivo primordial desta modalidade licitatória, ou seja, a obtenção do *menor preço*.¹³⁵

A inserção do quesito qualidade é fundamental para a efetiva materialização da relação custo/qualidade. No entanto, na prática, não se identifica no rito estabelecido para o Pregão, espaço ou possibilidade para se atribuir à devida valoração a estes quesitos. As propostas são niveladas por mera verificação, em termos gerais, de atendimento aos termos do edital, não tornando segura a escolha pelo menor lance ofertado.

A legislação determina que o agente administrativo responsável pela condução do pregão eletrônico pode exigir a apresentação de amostras dos bens licitados. Essa medida, embora pertinente, não é necessariamente efetiva. Na maioria dos casos, na constituição da comissão de licitações (que pode ser permanente ou especial) não encontramos membro que tenha a capacitação técnica necessária à avaliação da qualidade desses bens. Ao rejeitar a amostra, o licitante pode interpor recurso alegando que a rejeição

¹³⁴ TELES, Vanderli. Pregão eletrônico: o surgimento do pregão eletrônico teve como escopo dar maior transparência, simplificação, celeridade e economicidade às contratações da Administração Pública. Mas será que realmente atende a estes propósitos? *Justilex: revista jurídica*, São Paulo, v. 4, n. 50, p. 21, fev. 2006.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 21-22.

foi embasada em laudo exarado por profissional não qualificado, fato que causa sérios entraves a condução do certame.

Essa carência técnica acarreta, ainda, outras conseqüências prejudiciais à condução do certame. Exige-se informalmente do agente público que, além de dotado de expertise técnico (vale ressaltar, não exigido legalmente), este seja, também profundo conhecedor do mercado. Já que deve fundamentar todas as restrições que, porventura tenha de impor aos licitantes. Caso, por exemplo, o preço ofertado como lance seja, na concepção do pregoeiro, inexecutível, este deverá fundamentar essa restrição. A luz da lei, nada mais justo.

Mas será que o pregoeiro dispõe de meios e conhecimento para racionalizar todas as características de um mercado multifacetado? Normalmente o pregoeiro é um só e se encarrega do processo aquisitivo dos mais variados itens. Certamente o nicho mercadológico que comercializa material de expediente é diferente daquele que atua no ramo dos suprimentos de impressora, por exemplo. Nesse acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região evidencia-se tal exigência (grifo meu):

LICITAÇÃO PÚBLICA. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR PARA SUSPENSÃO DE CONTRATO COM A EMPRESA VENCEDORA. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE FORMAL DA PROPOSTA. PREÇO INEXEQUÍVEL NÃO DEMONSTRADO.

1. Para se averiguar as alegações da ATENTO quanto à regularidade formal das propostas, não cotação de preços unitários e preço inexecutível, deveria ter sido juntado ao mandamus a proposta da empresa CSU, junto com a demonstração da alegada inexecutibilidade.
2. **Simples alegação de que um preço é inexecutível não é suficiente para se interrompa o processo licitatório. É necessário que a parte interessada demonstre cabalmente que o preço cotado não corresponde à realidade dos custos**, ainda mais em sede de mandado de segurança onde a prova deve ser pré-constituída.
3. Precedentes jurisprudenciais do TRF – 1ª Região e do STJ.
4. Agravo de instrumento provido.

(AG 2001.01.00.013301-2/DF, Rel. Desembargadora Federal SELENE MARIA DE ALMEIDA, DJ 16/07/2001, p.546).

É importante salientar que, no supracitado julgado, a “parte” pode ser tanto um licitante concorrente que interpõe recurso ao preço praticado por outro licitante, quanto o próprio pregoeiro.

3.4 Para descrever o objeto e pedir amostras faz-se necessário que o agente administrativo tenha qualificação técnica para tanto

A solicitação de amostras é instrumento de relevada importância no processo de aquisição de bens de qualidade. Colocada em suspeição a qualidade do bem, pode ser solicitada a apresentação de amostra. O agente administrativo pode, então, submetê-la as análises e avaliações que se fizerem necessárias. Com isso, convencido da sua qualidade, adjudicará o licitante ou, se já se estiver na fase de execução, receberá o bem.

A solicitação de amostras tem o objetivo de avaliar a qualidade dos bens licitados.¹³⁶ Na prática, porém, o agente administrativo enfrentará um novo problema. O fornecedor, ávido pela venda, submete à licitação um bem cujo preço é extremamente competitivo, por que a sua qualidade é aquém da concorrência. Ao apresentar a amostra à Administração, o agente público, cioso das suas obrigações, rejeita o bem, com a justificativa de que ele o considera inservível. O fornecedor, então, na defesa dos seus interesses, interpõe o recurso alegando que o agente não dispõe da capacitação técnica necessária para rejeitar o seu produto.¹³⁷

O processo licitatório é interrompido e, na maioria das vezes, mesmo não adquirindo o bem de qualidade suspeita, o pregoeiro, para dar seguimento à licitação, anula o

¹³⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 180.

¹³⁷ PALMIERI, Marcello Rodrigues. Amostras nas modalidades tradicionais (concorrência tomada de preços, convite) e no pregão eletrônico. *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*, São Paulo, v. 22, n. 11, p. 1234-1235, nov. 2006.

item, o que pode trazer solução de continuidade a prestação de serviço do órgão ou entidade. Portanto, a solicitação de amostras não garante a compra de bens de qualidade.

A impossibilidade de se indicar a marca do bem (salvo situações que constituem exceção ao processo e que devem ser fortemente justificadas) conduz ao desequilíbrio do certame, pois na disputa pelo melhor lance não se nivela em termos qualitativos o que virá a ser adquirido pela Administração Pública.¹³⁸

3.5 A referência qualitativa da marca e o princípio da competitividade

Os dispositivos expressos pelo § 5, do artigo 7º e inciso I, do § 7º do artigo 15, ambos da Lei nº 8.666/93, que, utilizados de forma subsidiária, vedam a indicação de marca em edital de licitação pública têm a finalidade de fortalecer o princípio da competitividade. Essa medida destina-se a possibilitar que pequenos empreendedores não sejam alijados do processo, o que, em última análise, torna-se importante vetor de desenvolvimento e geração de empregos.¹³⁹

O estabelecimento de determinada marca realmente contraria o princípio da isonomia, no entanto faz-se necessário estabelecer um referencial mínimo de qualidade para nortear a aquisição. No Acórdão 2300/2007, do Pleno do Tribunal de Contas da União, processo 015.597/2007-0, o Min. Relator, Aroldo Cedraz, destacou alguns aspectos atinentes ao reconhecimento, por aquele Tribunal, do referencial de marca como fundamento de qualidade. Dessa decisão se destaca os seguintes fragmentos (grifos meus):

[...]

5. Cabe, ainda, ressaltar que esta Corte já deliberou no sentido de que, **na hipótese**

¹³⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006. p. 181.

¹³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70.

de a entidade se ver obrigada a utilizar no edital marca de algum fabricante, deve ser tão somente a título de referência, para não denotar exigência de marca, por maior que seja sua aceitação no mercado, ante a vedação constante do inciso I do § 7º do art. 15 e do inciso I do art. 25 da Lei Licitação (decisão 130/2002-TCU-Plenário e acórdão 1437/2004-TCU-1ª Câmara).

6. Evidentemente que a **imposição de determinada marca nas aquisições promovidas pela Administração deve estar sempre acompanhada de sólidas razões técnicas.** Modo contrário, e nos termos da Lei de Licitações, estará representando direcionamento irregular da licitação e limitação não razoável do universo de fornecedores.

7. Há ainda que se ponderar, no presente caso, a **aceitabilidade da indicação da marca como referência de qualidade do material a ser adquirido, com a respectiva menção expressa dos termos “ou similar”, “ou equivalente”, “ou de melhor qualidade”, fato já incorporado à jurisprudência desta Corte de Contas.** Assim sendo, o acréscimo dessa informação na descrição dos itens constantes do anexo I do edital do Pregão Eletrônico 9/2007, sanaria a impropriedade verificada, razão pela qual entendo pertinente incluir determinação nesse sentido à UFMG.

8. Por fim, entendo conveniente orientar a entidade para que acrescente a seus editais cláusula prevendo a necessidade de a **empresa participante do certame demonstrar, por meio de laudo expedido por laboratório ou institutos idôneo, o desempenho, qualidade e produtividade compatível com o produto similar ou equivalente à marca referência mencionada no edital.**

[...]

Desse acórdão, pode-se caracterizar como consolidada, pelo órgão de controle, a aceitabilidade da imposição, pelo edital, de um norte qualitativo atinente ao objeto da licitação. Para tanto, o TCU exige que se especifique na descrição do objeto indicações do tipo: “similar”, “equivalente”, “melhor qualidade”, etc. E, para reforçar essa indicação, orienta o agente público a solicitar do licitante um laudo que comprove a similaridade, a equivalência, a melhor qualidade do bem ofertado ao certame. Esse laudo, segundo diretiva do acórdão, deve ser exarado por laboratório ou instituto idôneo.

No entanto, nem o TCU ou a legislação especificam quais seriam as entidades que se enquadrariam nessa exigência, abrindo, mais uma vez, a possibilidade para que laudos exarados por entidades distintas avaliem o mesmo bem de forma diversa. Ressalte-se, também, que as especificidades de cada bem deveriam estar apontadas no edital - como

forma de tentar padronizar os elementos de avaliação.¹⁴⁰ A falta de padrão se materializa a partir desse hiato técnico-descritivo o que abre ao licitante a possibilidade de produzir laudos a partir de elementos que lhe sejam favoráveis – não necessariamente equivocados ou manipulados – mas restritos ou abrangentes o suficiente para derivar os resultados.

Por conseguinte, para um determinado cartucho de tinta para impressora, v. g., os testes considerariam uma qualidade de impressão inferior aquela fixada para o teste de um suprimento concorrente. Como resultado de uma análise leiga, se poderia aduzir que aquele suprimento é melhor, porque tem maior capacidade de impressão. Na verdade, os testes foram formalmente legítimos, mas os parâmetros de avaliação não foram os mesmos ocasionando um desvio do padrão de qualidade que acabaria por beneficiar determinado fornecedor.

Vale observar, também, que, mais uma vez se exige do agente público que na “imposição de determinada marca nas aquisições promovidas pela Administração deve estar sempre acompanhada de sólidas razões técnicas”.¹⁴¹ O exercício da função de pregoeiro, de membro da equipe de apoio, e mesmo do responsável pela requisição da compra, na maioria dos casos, não está atrelado à prévia capacitação técnica em área do conhecimento científico (química, física, engenharia, dentre outras).¹⁴² Em vista disso, a limitação técnica restringe a atuação desses profissionais, restando-lhes, mediante esforço e interesse próprio,

¹⁴⁰ Tomando-se como exemplo um cartucho de tinta de impressora, podemos avaliar de forma superficial a gama de informações que envolvem esse tipo de especificação. Um mesmo cartucho pode servir a vários modelos de impressora. Cada impressora tem uma particularidade com relação à qualidade de impressão, ao consumo de tinta, ao tipo de papel que utiliza, etc. Um elemento leigo terá muitas dificuldades em estabelecer todo o rol de especificidades necessário a pautar a melhor compra, ainda mais tendo de se preocupar em não ferir as restrições impostas à descrição do objeto, que não podem caracterizar uma “condução do procedimento licitatório” à determinado bem ou fornecedor.

¹⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 66.

¹⁴² WARNECKE, Ana Lucia Ikenaga. Efeitos do Decreto nº 5.450/05 sobre a regulamentação do pregão. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano VII, n. 34, p. 57-58, nov./ dez. 2005.

deslindar os complexos subterrâneos técnico-científicos da descrição de um simples lápis, por exemplo.

Tendo em vista os questionamentos supracitados, um dos principais problemas que afetam o sucesso das licitações dos bens de uso comum é o da descrição do objeto da licitação. Atribuição daquele que requer a compra, os requisitos estabelecidos pela legislação são, de toda a sorte, evitados de subjetividade. O inciso I do § 7º do artigo 15 da Lei nº 8.666/93 especifica que as compras deverão observar “a especificação completa do bem a ser adquirido, sem indicação de marca“. O dispositivo legal requer a especificação completa, sem, no entanto, estabelecer critérios tais que efetivamente pautem o requerente na formatação dessa descrição

CONCLUSÃO

Na maioria das vezes, as pessoas não se apercebem da complexidade inerente às coisas ditas comuns. A mera necessidade de ter-se de aprofundar na intrincada tecnologia que envolve a caracterização de um simples lápis, direciona a caminhos para os quais a maior parte das pessoas não está preparada a trilhar.

No dia a dia dos agentes públicos responsáveis pela aquisição dos bens de uso comum, essa dificuldade se expressa na necessidade de superar as limitações do seu conhecimento técnico e de driblar os hiatos e subjetividades legais que regulam essa atividade. A responsabilidade pela elaboração da descrição do objeto a ser licitado é um dos encargos mais importantes do processo licitatório.

A partir da descrição daquilo que a Administração quer contratar é que começam a ser delineados os resultados do processo. Ou seja, uma descrição sem a caracterização necessária, levará a compra de um bem de qualidade duvidosa. Se a descrição for muito detalhada, os licitantes poderão alegar que a licitação está direcionada. A exata medida dessa descrição é o desafio que se apresenta aos agentes da Administração.

A dificuldade no enfrentamento desse desafio é sintetizada pela sua falta de capacitação técnica. Mesmo que este tenha o conhecimento necessário para elaborar a descrição de alguns dos bens a ser adquiridos, ele não o terá para a totalidade desse universo. Ninguém detém o conhecimento necessário a tal empreitada. Todos sabem, por exemplo, o que é uma caneta esferográfica, mas a grande maioria desconhece a complexidade da sua fabricação. A variedade dos materiais com que podem ser manufaturadas. A gama de tintas

que pode ser empregada. A miríade de tipos e formatos da chamada “ball point”, ou seja, a ponta do dispositivo esferográfico. O desconhecimento de tal variedade de formatações compromete a aquisição. Licitar dessa maneira pode levar a aquisição de bens sem a qualidade e a formatação esperada, gerando desperdício e frustração para o seu destinatário.

Outro aspecto importante do procedimento é a elaboração do Termo de Referência. Os preços expressos nesse instrumento pautarão a aprovação das propostas. Se a pesquisa for feita sem contemplar a quantidade e a qualidade dos bens a ser adquiridos, o instrumento perde o seu sentido e acaba por constituir apenas mais um trâmite burocrático. Vale ressaltar, ainda, que, na maioria das vezes, esse levantamento de preços é feito no mercado local e as propostas submetidas ao pregão eletrônico são de âmbito nacional. Fator que diminui a sua efetividade. Além disso, esse levantamento perde relevância na medida em que os preços são tomados de revendedores e, no pregão, concorrem distribuidores que, pela sua proximidade com a cadeia produtiva, possuem preços notadamente melhores. Nesse caso, o preço de referência será cotado em patamar mais alto e, com isso, o Agente da Administração terá a impressão de que realizará um bom contrato, quando, na verdade, estará perdendo espaço de negociação.

No decorrer do presente ano, a previsão dos gastos da União na rubrica material de consumo está na faixa dos seis bilhões e meio de reais. Dessa previsão já foram empenhados cerca de quatro bilhões e oitocentos milhões de reais e efetivamente pagos mais de dois bilhões e setecentos milhões de reais.¹⁴³ É um poder de compra considerável que é desperdiçado na medida em que é pulverizado pelas várias comissões de licitação espalhadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

¹⁴³ Portal Contas Abertas. *Execução por elemento de despesa*. Dados atualizados até 17/08/2009. Exercício 2009. Fonte: SIAFI. Disponível em: <<http://www.contasabertas.com>>. Acesso em: 23 ago. 2009.

A descentralização das compras leva a Administração a não tirar vantagem da economia de escala. Além de impor aos órgãos de controle uma missão impossível de se realizar. Tomando como exemplo as Forças Armadas, só no caso do Exército são centenas de Organizações Militares com autonomia administrativa pra licitar. É um poder de barganha desperdiçado e que gera prejuízos à sociedade.

Apenas como contribuição acadêmica, sugere-se que, antes de pretender vender à Administração, o fabricante deveria submeter o seu produto a uma avaliação técnica. O fabricante pagaria pela avaliação da qualidade e da durabilidade do seu produto. Um órgão oficial como, por exemplo, o Instituto Nacional de Pesos e Medidas (INMETRO), seria estruturado de forma a atender a demanda dos fabricantes. Tal órgão manteria o cadastro de bens passíveis de compra, cabendo ao agente administrativo somente requerer as quantidades necessárias à manutenção das atividades diárias do órgão ou entidade no qual atua. Uma entidade centralizadora das compras se encarregaria de encaminhar o processo de aquisição, processando a universalidade dos pedidos e cuidando da logística de distribuição, na medida do possível, usando a própria estrutura daquele que vende.

Dessa maneira, os órgãos de controle fiscalizariam somente um órgão ou entidade. Os encarregados pelas compras poderiam ser submetidos a um revezamento, os pregoeiros e as equipes de apoio formadas por sorteio. Especialistas (capacitados não só academicamente, mas com formação em técnicas de negociação e com profundo conhecimento do mercado) conduziriam o processo licitatório para cada espécie de objeto a ser adquirido.

Um que conheça *toners* e cartuchos de impressora. Um especialista em tintas. Ou seja, elementos com a devida formação na área de interesse da Administração.

Profissionais, esses, que efetivamente conduziriam uma negociação eficaz e efetiva. Que leve em consideração as questões não só relativas ao preço, mas, também, à qualidade, à durabilidade, em suma, uma negociação que contemple todos os aspectos inerentes a uma boa compra e que, dessa forma, atenda ao interesse público.

Embora uma aura de eficiência pare sobre a modalidade licitatória do pregão eletrônico, faz-se necessário reestruturar os seus procedimentos. A Administração Pública deveria aproveitar o imenso poder de negociação que tem e contratar de forma mais profissional. Abandonar definitivamente essa proposta amadora de fazer negócio, haja vista que na maioria dos casos é a sistemática da licitação, no Brasil, o instrumento utilizado para atacar o erário.

As normas que regem o processo licitatório tendem a proteger os licitantes do agente público e não o contrário. Quebrar este paradigma e adotar uma sistemática que contemple a garantia da qualidade e do preço justo dos bens a ser fornecidos à Administração deveria ser uma das prioridades governamentais. Mas, ao que parece, outros interesses regem a manutenção desta estrutura fadada a ser um dos principais escoadouros de recursos públicos. Uma estrutura que, ao invés de atender à sociedade, acaba por servir a um número limitado de pessoas inescrupulosas, que garantem, valendo-se de um ideário legislativo que, na prática, vai de encontro ao interesse público, ideais dissociados de qualquer senso comum.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra. *Ato administrativo, licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BARELLA, Rodrigo Maurício; BARELLA, Luiz. *Problemas no pregão eletrônico*. Disponível em: <<http://www.advogadosemsaopaulo.adv.br>>. Acesso em: 29 set. 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. et. al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para a redução dos custos e controle. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 6, n. 70, p. 7-12, out./ 2007.

_____. Da competência para legislar sobre licitações e contratos e o poder regulamentar conferido pela Lei Federal de Licitações e Contratos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 7, n. 74, p. 39-47, fev. 2008.

_____. *Sistema de registro de preços e pregão*. Belo Horizonte: Fórum. 2003.

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

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Portal do Instituto. *Origem da boa governança*. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/>>. Acesso em: 03 nov. 2008.

MAURANO, Adriana. A instituição do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano V, n. 23, p. 156-173, jan./ fev. 2004.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo Brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Licitação e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Renato Geraldo Mendes; DE BIASI, Fábila Mariela. *Lei de licitações e contratos administrativos* – incluindo legislação correlata. 12. ed. Curitiba: Zênite Editora, 2006.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. Portal de Compras do Governo Federal. *Manual do pregão eletrônico/pregoeiro*. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manuais/>>. Acesso em: 29 set. 2008.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 4. ed. Curitiba: Zênite Editora, 2006.

PALMIERI, Marcello Rodrigues. Amostras nas modalidades tradicionais (concorrência tomada de preços, convite) e no pregão eletrônico. *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*, São Paulo, v. 22, n.11, p. 1231-1242, nov. 2006.

SPÍNOLA, André. A participação da pequena empresa nas compras públicas e o correto conceito de licitação vantajosa. *Revista Jurídica CONSULEX*, ano XII, n. 278, p. 53, ago. 2008.

TELES, Vanderli. Pregão eletrônico: o surgimento do pregão eletrônico teve como escopo dar maior transparência, simplificação, celeridade e economicidade às contratações da Administração Pública. Mas será que realmente atende a estes propósitos? *Justilex: revista jurídica*, São Paulo, v. 4, n. 50, p. 20-26, fev. 2006.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Licitações e contratos: orientações básicas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006.

TOURINHO, Rita. Ponderações sobre infrações e sanções administrativas no âmbito das licitações e Contratos Administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)*, Belo Horizonte, v. 5, n. 16, p. 77-94, jan./ mar. 2007.

WALINE, Marcel. *Précis de droit administratif*. v. I. Paris. Montchrestien, 1969.

WARNECKE, Ana Lucia Ikenaga. Efeitos do Decreto nº 5.450/05 sobre a regulamentação do pregão. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano VII, n. 34, p. 47-55, nov./ dez. 2005.