



**Centro Universitário de Brasília  
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

**ALEXANDRE MAGNO DA SILVA**

**O PREGÃO ELETRÔNICO: MODALIDADE LICITATÓRIA QUE  
FORTALECEU E CONSOLIDOU A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
GERENCIAL**

Brasília  
2012

**ALEXANDRE MAGNO DA SILVA**

**O PREGÃO ELETRÔNICO: MODALIDADE LICITATÓRIA QUE  
FORTALECEU E CONSOLIDOU A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
GERENCIAL**

Trabalho apresentado ao Centro  
Universitário de Brasília  
(UniCEUB/ICPD) como pré-requisito  
para obtenção de Certificado de  
Conclusão de Curso de Pós-graduação  
*Lato Sensu* em Direito Público.

Orientador: Professor Rui Magalhães  
Piscitelli.

Brasília  
2012

**ALEXANDRE MAGNO DA SILVA**

**O PREGÃO ELETRÔNICO: MODALIDADE LICITATÓRIA QUE  
FORTALECEU E CONSOLIDOU A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
GERENCIAL**

Trabalho apresentado ao Centro  
Universitário de Brasília  
(UniCEUB/ICPD) como pré-requisito  
para a obtenção de Certificado de  
Conclusão de Curso de Pós-Graduação  
*Lato Sensu* em Direito Público.

Orientador: Professor Rui Magalhães  
Piscitelli.

Brasília, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2012.

Banca Examinadora

---

---

Dedico este trabalho a Deus, a minha querida esposa Candida Andréia e aos meus amados filhos Victor Hugo, Thaís e Luiz Felipe.

Agradeço ao meu orientador, Professor Rui Magalhães Piscitelli, pelas orientações seguras e oportunas, sempre com palavras de incentivo a cada progressão alcançada na elaboração deste trabalho.

“Sem embargo, é sabido e ressabido que a atividade hermenêutica não se esgota com a apreensão semântica dos enunciados normativos, isto é, não basta desnudar o significado das palavras empregadas nos enunciados normativos. Além disso, é necessário apreender o Direito como um todo, como um conjunto estruturado e sistêmico, contrastando os *enunciados normativos, extirpando pretensas contradições, recusando entendimentos absurdos ou que levem a inconstitucionalidade, tudo sob o foco dos princípios jurídicos, que são instrumentos indispensáveis para tal mister. Quer dizer que o direito deve ser apreendido como um todo, não como partes isoladas, desconectadas, sem sentido.*”

*Joel de Menezes Niebuhr*

## RESUMO

O instituto da licitação surgiu no direito público brasileiro com o Decreto N° 2.926, de 14 de maio de 1862. Já na segunda metade do século XX o instituto da licitação foi alçado a nível constitucional, com previsão na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabeleceu a realização da licitação para as contratações de obras, serviços, compras e alienações, salvo as exceções previstas em lei. Os principais objetivos de qualquer licitação são assegurar igualdade de condições a todos os interessados em contratar com o Poder Público e a obtenção de proposta mais vantajosa, que atenda as necessidades da Administração Pública. Até os idos dos anos 70 do século XX, a Administração Pública se revelava muito burocrática, ineficiente e lenta. Em virtude destas características estava cumprindo o seu papel de forma insatisfatória, inclusive, mostrando-se insensível a mudanças que a posicionasse dentro da realidade de um mundo globalizado e informatizado. O reflexo desta ineficiência se propagou nas diversas atividades desenvolvidas pelo poder público, principalmente, no desenvolvimento dos certames licitatórios. A Lei nº 8.666/93 se mostrava ultrapassada, apresentando uma sistemática ineficiente, sem objetividade, morosa e com excessivo formalismo. Cabe ressaltar que o excessivo formalismo não se revertia em eficiência administrativa, tampouco conseguia atender, com oportunidade, as necessidades para o bom funcionamento da máquina administrativa. A sociedade cobrava mudanças urgentes, clamava por uma administração moderna, com boa gestão gerencial. Neste contexto, emerge a Administração Pública Gerencial, comprometida com a evolução e melhoria dos serviços prestados pelo Estado. Com a Administração Pública Gerencial, surge uma modalidade que inovou e revolucionou a sistemática das licitações em território brasileiro, esta modalidade foi denominada pregão. O pregão, na forma presencial e eletrônica, proporcionou aquisições em curto espaço de tempo se comparados às realizadas com fundamento na Lei Geral de Licitações e Contratos, além de ter revelado outras vantagens que serão tratadas neste trabalho. Será verificado, também, se a adoção da modalidade pregão, na forma eletrônica, proporcionou economia aos cofres públicos, se a norma que regulamentou o pregão eletrônico atendeu aos princípios da Administração Pública, bem como da possibilidade de emprego do pregão eletrônico para aquisições de bens e serviços que não sejam comuns. Este trabalho de pesquisa foi alicerçado na boa doutrina, em acórdãos do TCU, em cadernos da ENAP, em trabalho de campo junto as Seções de Licitações e Contratos de órgãos da Administração Pública Federal, entre outros. Restou provado que o pregão, na forma eletrônica, reduziu custos e otimizou a gestão dos recursos públicos, revelando celeridade, competência, eficiência e objetividade, tudo voltado para o alcance do interesse público.

**Palavras-chave:** Administração Pública Burocrática. Administração Pública Gerencial. Licitações Públicas. Pregão Presencial e Eletrônico. Princípios da Administração Pública.

## ABSTRACT

The institute of bidding emerged in the Brazilian public law with the 2,929<sup>th</sup> Decree of May 14<sup>th</sup>, 1862. In the second half of the twentieth century, the institute of bidding was raised to the constitutional level, which is determined by the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, that established the bidding for the hiring of works, services, purchases and disposals, unless otherwise provided by law. The main objectives of any bidding are to ensure equal conditions to all interested in hiring with the government and obtaining the most advantageous offer that meets the needs of the Public Administration. Until the ides of the 70s of the twentieth century, the Public Administration proved too bureaucratic, inefficient and slow. Because of these features, it was not fulfilling its duties satisfactorily, including, being insensitive to changes that would position itself within the reality of a globalized and computerized world. The consequence of this inefficiency spread in the many activities undertaken by the government, especially in the developing of bidding events. The Law 8,666/93 revealed to be outdated, presenting an inefficient systematic, lacking objectivity, time consuming and with excessive formalism. It is worth mentioning that the excessive formalism is not reversed in administrative efficiency, nor could meet, with opportunity, the needs for the proper functioning of the administrative machinery. The society charged urgent changes, called for a modern administration, with good managerial organization. In this context, the Managerial Public Administration emerges, committed to the development and improvement of services rendered by the state. With the Public Administration Management, arises a modality that innovated and revolutionized the systematics of bids in Brazilian territory, this modality was called trading system. This trading system, in person or electronically, gave acquisitions a shorter time compared to those performed on the grounds of the General Law of Bids and Contracts, and has revealed other advantages that will be further addressed in this paper. It will be verified, also, if the adoption of the modality trading electronic ally provided savings to the public safe, if the standard which regulates the electronic trading system met the principles of public administration, as well as the possibility of using the electronic bidding for procurement of goods and services that are not common. This research was grounded in sound doctrine, in judgments of the TCU, in notebooks from the ENAP, in field work along the sections of Bids and Contracts, organ of the Federal Public Administration, among others. Was proved that this trading system, in electronic form, reduced costs and optimized the management of public resources, showing speed, competence, objectivity and efficiency, all geared to the achievement of the public interest.

**Keywords:** *Bureaucratic Public Administration. Managerial Public Administration. Public Bidding. Trading Floorand Electronic Classroom. Principles of Public Administration.*

## **SUMÁRIO**

<u>INTRODUÇÃO.....</u>	<u>9</u>
<u>1 AS MUDANÇAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O ADVENTO DA LICITAÇÃO.....</u>	<u>13</u>
<u>1.1 A licitação como regra para as aquisições da Administração Pública.....</u>	<u>16</u>
<u>1.2 Breve histórico da licitação.....</u>	<u>18</u>
<u>1.3 Tipos de licitação.....</u>	<u>20</u>
<u>2 BREVE HISTÓRICO DO PREGÃO E A SUA ADOÇÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA.....</u>	<u>22</u>
<u>2.1 Breve histórico.....</u>	<u>22</u>
<u>2.2 A adoção do pregão por força de Medida Provisória.....</u>	<u>28</u>
<u>3 PREGÃO ELETRÔNICO: DIFERENÇAS DAS DEMAIS MODALIDADES LICITATÓRIAS E OPERACIONALIZAÇÃO.....</u>	<u>29</u>
<u>3.1 Diferenças entre o pregão e as demais modalidades previstas na Lei No 8.666/93.....</u>	<u>30</u>
<u>3.2 Diferenças entre o pregão eletrônico e o presencial.....</u>	<u>34</u>
<u>3.3 Vantagens do pregão eletrônico.....</u>	<u>37</u>
<u>3.4 Desvantagens do pregão eletrônico.....</u>	<u>41</u>
<u>3.5 Operacionalização do pregão eletrônico.....</u>	<u>45</u>
<u>3.5.1 Fases do pregão eletrônico.....</u>	<u>51</u>
<u>4 CONTROLE E FISCALIZAÇÃO NA GESTÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS.....</u>	<u>58</u>
<u>5 POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO MAIOR PREÇO NO PREGÃO.....</u>	<u>60</u>
<u>6 LEI X DECRETO – HARMONIA OU ATRITO.....</u>	<u>65</u>
<u>7. AMPLITUDE NA APLICABILIDADE DA MODALIDADE PREGÃO, NA FORMA ELETRÔNICA.....</u>	<u>69</u>
<u>8. APLICAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO: ANÁLISE QUANTITATIVA E QUALITATIVA.....</u>	<u>74</u>
<u>CONCLUSÃO.....</u>	<u>81</u>
<u>REFERÊNCIAS.....</u>	<u>84</u>

## INTRODUÇÃO

As mudanças na Administração Pública começaram a ser notadas no governo de Getúlio Vargas, considerado o pioneiro na adoção de medidas direcionadas à reforma administrativa do Estado.

Em 1933, atendendo solicitação de Getúlio Vargas, Maurício Nabuco elaborou diretrizes voltadas para a reforma administrativa do Estado, que tiveram como metas estabelecer<sup>1</sup>:

- critérios profissionais para o ingresso no serviço público;
- desenvolver as diversas carreiras de Estado; e
- regras de promoção baseadas no mérito.

Ainda no governo de Getúlio Vargas foi criado o Departamento de Administração do Serviço Público (DASP), com a finalidade de implementar as metas estabelecidas pelo chefe do executivo federal, tendo como principais atribuições a supervisão da administração pública e a formação de recursos humanos para o desempenho de cargos no alto escalão do serviço público.

Segundo Martins<sup>2</sup>, apesar de todo esforço, a reforma administrativa pretendida por Getúlio Vargas acabou sendo obstaculizada pelas pressões populistas e pelo clientelismo. A década de 70 do século XX revelou a existência de duas esferas públicas, com dois segmentos de servidores sociologicamente diferentes. De um lado o servidor burocrata mal remunerado, com baixa qualificação e desmotivado, do outro lado um servidor altamente motivado, incentivado a se especializar, tendo um padrão de vida de classe média alta.

Somente no início da década de 1990 a Administração Pública evidenciou uma significativa mudança, passando da gestão pública burocrática e ineficiente para uma gestão gerencial, com uma considerável melhoria na eficiência das ações do Estado. O servidor público passou a ter um maior comprometimento público, voltado para os “direitos do cidadão”, peça fundamental na estrutura de uma sociedade organizada e promissora.

O Estado, por meio de seus agentes, colocou como meta a melhoria efetiva dos serviços prestados ou assegurados aos cidadãos, passando o cidadão

---

<sup>1</sup> MARTINS, Luciano. **Reforma da Administração Pública e cultura política no Brasil**: uma visão geral. Brasília: ENAP, 1997.

<sup>2</sup> Idem.

a ocupar posição de destaque no desenvolvimento do processo político e econômico do Brasil.

Infelizmente a cultura política em nosso país carrega uma herança colonial patrimonialista, que acaba criando obstáculos ao crescimento socioeconômico do Brasil. Nos dias atuais ainda ocorre a prática do nepotismo, a troca de favores, que revela objetivos espúrios, direcionados ao atendimento de interesses particulares, em detrimento do interesse público. Somente para reforçar este posicionamento, cabe citar o julgamento do mensalão, pelo Supremo Tribunal Federal, que revelou altos desvios de verbas públicas, com a participação ativa de pessoas que estavam ocupando altos cargos no executivo e no legislativo federal.

As constantes denúncias de desvios de verbas públicas e a forma como são apuradas, acaba causando um grande descrédito em relação à estrutura organizacional do Estado e este descrédito influencia diretamente na eficiência e eficácia das atividades desenvolvidas pelos diversos setores do serviço público.

A imprensa constantemente revela a necessidade de urgente reforma estrutural na administração pública federal, estadual, municipal e distrital. O clamor pela reforma emerge da comprovada precariedade na prestação de serviços públicos essenciais, principalmente os relacionados à educação, saúde e transporte.

Para Martins<sup>3</sup> a estrutura ineficiente e a burocracia inchada, nos diversos setores do Poder Público, são derivadas das resistências de caráter legal, corporativista e político. A reforma da administração pública não é tratada, por grande parte dos parlamentares, como uma questão relevante.

A corrupção é um fator pernicioso que emperra a reforma administrativa. A corrupção, na administração pública, tem o mesmo poder destruidor de um tumor maligno que atua em um corpo humano, vez que ela acaba desarticulando as estruturas do Estado, proporcionando um descrédito da população.

Buscando inibir favorecimentos ou direcionamentos nas diversas aquisições, que normalmente visavam atender interesses particulares, em prejuízo do interesse público, foi criado dispositivo legal com a finalidade de nortear a conduta e os procedimentos nos certames licitatórios.

---

<sup>3</sup> MARTINS, Luciano. **Reforma da Administração Pública e cultura política no Brasil**: uma visão geral. Brasília: ENAP, 1997.

Para moralizar e normatizar as diversas aquisições do poder público foi editada a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamentou o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. A Lei nº 8.666/93 instituiu normas para licitações e contratos no âmbito da Administração Pública. Mais tarde veio a Lei nº 10.520<sup>4</sup>, de 17 de julho de 2002, que instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, a modalidade de licitação denominada pregão para as aquisições de bens e serviços comuns.

A inteligência humana não tem limites e esta inteligência permite a mudança, com conseqüente modernização dos recursos disponíveis, tudo voltado para facilitar o dia a dia do cidadão, seja no setor público ou privado. Seguindo este azimute, pode-se afirmar que a tecnologia da informação possibilitou, em tempo real, a comunicação visual e auditiva entre as pessoas, bem como aproximou os interlocutores, independente da distância que os separa. Ainda que exista alguma vulnerabilidade das informações que transitam em ambiente virtual, não se pode, nos dias atuais, descartar a importância que a internet representa para as pessoas. Hoje, graças à internet é possível realizar várias tarefas e obter vários produtos sem sair de casa, tais como: aquisições de pacotes turísticos, pagamento de diversas contas, aquisições de eletrodomésticos e eletrônicos, entre outros.

No pregão eletrônico a tecnologia da informação constitui ferramenta essencial na execução do certame licitatório, possibilitando o desenvolvimento dos procedimentos em ambiente virtual.

O pregão surgiu da necessidade de estabelecer nova sistemática no desenvolvimento do processo licitatório, uma vez que a Lei nº 8.666/93 se mostrava ineficiente e apresentava certa lentidão na passagem de uma fase para outra. A morosidade no desenvolvimento do certame é devida à possibilidade de interposição de recursos, em mais de uma oportunidade, nas modalidades elencadas na Lei nº 8.666/93. Em virtude destes entraves burocráticos, a Administração Pública clamava por modificações significativas que proporcionassem maior celeridade, objetividade e eficiência nas licitações destinadas às aquisições de bens e serviços comuns.

Este trabalho busca verificar se a utilização da modalidade pregão, na forma eletrônica, conseguiu proporcionar à Administração Pública redução de custos e eficiência nas diversas aquisições, bem como, se a norma que

---

<sup>4</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm). Acesso em: 18 Out. 2011.

regulamentou o pregão eletrônico deixou de atender aos princípios basilares da boa administração pública.

Alguns questionamentos são levantados a partir da observação dos princípios constitucionais e normas infraconstitucionais que regem as licitações públicas:

a) as alterações legislativas promovidas, em especial a que criou a modalidade licitatória denominada Pregão, efetivamente propiciaram o aumento da competitividade entre os licitantes?

b) a adoção do pregão proporcionou uma melhor gestão dos recursos públicos?

c) as normas que regulam o pregão eletrônico afrontam o princípio da legalidade?

d) seria possível ampliar a utilização do pregão para bens e serviços que não sejam comuns?

Como referencial teórico no desenvolvimento deste trabalho foi verificada a transformação da Administração Pública e a sua contribuição para o bom desenvolvimento do processo licitatório no Brasil. Foram realizados estudos sobre a implantação da modalidade do pregão eletrônico, cujo sucesso vem sendo amplamente divulgado pelos órgãos da Administração Pública, em especial o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por intermédio de sua Secretaria de Logística e Tecnologia de Informação, por respeitados autores que atuam no Direito Administrativo e outros profissionais que labutam na parte de operacionalização do pregão eletrônico. Para alcançar o objetivo, deste trabalho, vamos seguir uma sequência lógica dos fatos e a consequente adoção do pregão eletrônico, que surgiu com a Administração Pública Gerencial.

O presente trabalho foi estruturado em oito capítulos. No primeiro capítulo apresentamos as mudanças na Administração Pública e o advento da licitação; no segundo capítulo é apresentado um breve histórico sobre o pregão e a sua adoção por medida provisória; no terceiro capítulo estabelecemos as diferenças do pregão eletrônico para as demais modalidades licitatórias, as principais vantagens e desvantagens dessa inovadora modalidade e a sua operacionalização; no quarto capítulo ressaltamos a importância do controle e da fiscalização na gestão dos recursos públicos; no quinto capítulo levantamos a possibilidade de adoção do

maior preço no pregão; no sexto capítulo faz-se uma análise de algumas divergências entre a lei do pregão e a sua norma regulamentar; no capítulo sete tratamos da amplitude na aplicabilidade do pregão eletrônico para as diversas aquisições de interesse da Administração Pública; no oitavo e último capítulo apresentamos os resultados de pesquisas que retratam, de forma incontestável, o acerto da adoção do pregão eletrônico pela Escola Gerencial.

## **1 AS MUDANÇAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O ADVENTO DA LICITAÇÃO**

A Administração Pública no século XX buscou ampliar o papel social e econômico do Estado e o controle hierárquico e formalista sobre os procedimentos.

Entretanto, a forma adotada para a nova gestão pública não foi a mais apropriada, vez que se mostrou dispendiosa, lenta e ineficiente em face das novas necessidades e exigências de uma sociedade moderna e informatizada.

A administração pública burocrática e ineficiente gerou uma insatisfação generalizada, que serviu de alerta aos governantes, indicando a necessidade de buscar alternativas viáveis na condução da gestão pública. Esta necessidade emergencial de mudanças possibilitou o surgimento de uma administração renovadora e inovadora, que revelava uma dinâmica de trabalho voltada para a eficiência, objetividade, celeridade, pro atividade e, principalmente, para atender as necessidades básicas do cidadão, razão de ser do Estado. Esta administração, preocupada com a boa gestão dos recursos públicos, foi denominada “administração gerencial” e surgiu nos anos 60 e 70 do século XX<sup>5</sup>.

Vale ressaltar, só para conhecimento, que Margareth Thatcher implantou na Grã-Bretanha a administração pública gerencial em 1979, sendo a precursora na adoção de medidas voltadas para afastar a morosidade e ineficiência da administração pública burocrática<sup>6</sup>. A administração pública gerencial mudou o foco no serviço público britânico, substituiu a burocracia retrógrada e sem resultados positivos, por uma boa gestão pública, com características gerenciais modernas e dinâmicas.

No Brasil, até o início dos anos 90, a Administração Pública sofreu severas críticas, sendo considerada burocrática e ultrapassada na realização de suas atividades e na resolução dos problemas de interesse coletivo. A sociedade clamava por mudanças significativas na gestão de recursos públicos. A necessidade de adequar a administração pública ao avanço de um mundo globalizado e informatizado exigiu a formação de uma “nova administração”, uma administração inovadora que conduzisse com eficiência e objetividade a gestão dos recursos públicos. Essa administração deveria colher os bons frutos e até mesmo copiar as boas práticas da gestão privada.

Esta necessidade de mudanças radicais fez surgir uma administração participativa, voltada para atender o cidadão, preocupada com a eficiência dos serviços e atividades desenvolvidas pelo poder público. Neste contexto, emerge a administração pública gerencial, que imprimiu um ritmo mais dinâmico, com

---

<sup>5</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Administração pública gerencial**: estratégia e estrutura para um novo Estado. Brasília: MARE/ENAP, 1996.

<sup>6</sup> Idem.

eficiência e objetividade na condução de suas atividades. A administração gerencial trouxe uma significativa melhoria do serviço público prestado à sociedade. Segundo Pereira<sup>7</sup>, a implantação da Administração Pública Gerencial no Brasil mostrou-se eficiente, vez que enfrentou a crise fiscal, reduziu custos e estabeleceu instrumentos para proteção do patrimônio público.

Nos anos 90, o governo de Fernando Henrique estabeleceu, como uma de suas principais metas, a reforma da administração pública em nosso país, destacando como prioridade de seu governo a reforma ou reconstrução do Estado. Para iniciar este processo o Chefe do Poder Executivo Federal fundiu a antiga e burocrática Secretaria da Presidência e a Secretaria da Administração Federal no Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado<sup>8</sup>.

No início, a gestão de Fernando Henrique foi severamente criticada pelos servidores civis, pela imprensa e pelos intelectuais. Mesmo sendo bombardeado, por fogos intensos vindos de todos os lados, o chefe do executivo federal não esmoreceu, permanecendo na trincheira defendendo suas idéias e seus ideais. Inclusive, lutou para que a reforma administrativa fosse incluída entre as reformas constitucionais, afirmando que para termos uma administração pública moderna e eficiente, compatível com o capitalismo competitivo em que vivemos, seria imperioso adequar o estatuto da estabilidade dos servidores públicos, com uma maior aproximação dos mercados de trabalho público e privado.

Felizmente a classe dominante compreendeu os benefícios e frutos que poderiam ser colhidos, com a implantação da tão sonhada reforma administrativa. A reforma administrativa mostrava-se necessária, vez que o Brasil já despontava como um Estado emergente e promissor no cenário internacional.

Aos poucos, o chefe do executivo federal passou a receber apoio dos governadores estaduais, dos prefeitos, dos grandes empresários, da imprensa, bem como, da opinião pública. A reforma administrativa foi um marco significativo para o público interno e para os investidores estrangeiros. A globalização, cada vez mais presente, revela o papel importante que o Brasil desempenha no cenário internacional.

---

<sup>7</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Administração pública gerencial**: estratégia e estrutura para um novo Estado. Brasília: MARE/ENAP, 1996.

<sup>8</sup> Idem.

Foi encaminhada ao Congresso Nacional, em agosto de 1995, emenda constitucional que tratou da reforma administrativa. Esta emenda foi fortalecida pela publicação da Presidência da República do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que transformou a burocrática e ineficiente administração pública brasileira em uma administração pública gerencial, voltada para o atendimento do cidadão<sup>9</sup>.

Geralmente, os recursos econômicos são escassos e insuficientes para atender a todas as demandas e necessidades da população, a situação se torna mais crítica e insustentável quando a gestão dos recursos públicos é realizada por uma administração pública ineficaz.

A administração pública gerencial ressalta a importância e alcance de duas vertentes: a econômica com foco no consumidor e a política com foco no indivíduo cidadão, razão de ser do Estado<sup>10</sup>.

### **1.1 A licitação como regra para as aquisições da Administração Pública**

A Carta Constitucional de 1988 estabeleceu a exigência do competente processo licitatório nas compras, alienações de bens e nas contratações de obras e serviços. Segundo Justen Filho<sup>11</sup>, a licitação é o procedimento administrativo, cuja finalidade é selecionar a proposta de contratação mais vantajosa aos interesses da Administração, devendo assegurar a ampla competitividade, a impessoalidade, a publicidade e a isonomia na fase preliminar e na fase de execução do certame licitatório. Conforme prescreve o art. 3º da Lei nº 8.666/93, o administrador público jamais pode se afastar dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, proibição administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo das propostas, quando da realização de um certame licitatório.

As modalidades licitatórias e os seus respectivos procedimentos e requisitos legais estavam somente estabelecidos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que foi lançada durante um cenário histórico marcado pela desconfiança e descrédito da opinião pública, em face das inúmeras denúncias de corrupção nas

---

<sup>9</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Administração pública gerencial**: estratégia e estrutura para um novo Estado. Brasília: MARE/ENAP, 1996.

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 11.

diversas esferas do poder.

Para Justen Filho <sup>12</sup> a Lei nº 8.666/93 surgiu em virtude dos fatos ocorridos no início da década de 90 do século XX e teve como principal objetivo evitar e reprimir o mau uso das verbas públicas nas diversas aquisições de interesse da Administração Pública.

Já no início do século XXI foi editada a Medida Provisória nº 2.026/2000, que foi renumerada por diversas vezes até chegar à MP nº 2.182, sendo convertida na Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que implantou o pregão em nosso ordenamento jurídico pátrio. O pregão inovou a sistemática licitatória e permitiu a aquisição de bens e serviços comuns em tempo bem mais curto se comparado às aquisições realizadas com base na Lei nº 8.666/93, sendo um marco positivo na Administração Pública Gerencial.

A Escola Gerencial está sempre atenta e suscetível às mudanças e inovações que permitam a celeridade nas ações e, principalmente, a eficiência nas aquisições de interesse da Administração Pública. Só para corroborar com este entendimento e estabelecer uma visão panorâmica da importância e das inovações implementadas na Administração Pública Federal, no tocante às licitações, cumpre destacar a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que trata do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC.

O RDC tem por finalidade otimizar e desburocratizar as aquisições nas seguintes situações definidas em lei, conforme prescreve o art.1º da Lei nº 12.462/2011<sup>13</sup>:

- licitações e contratos destinados à realização dos jogos olímpicos e paraolímpicos;
- realização da copa das confederações e a copa do mundo;
- as obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos;
- as ações do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

O RDC também é aplicado às licitações para contratos de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino, conforme estabelece o parágrafo terceiro do art. 1º da Lei nº 12.462/2011. O RDC tem objetivos bem

<sup>12</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 13.

<sup>13</sup> Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12461.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12461.htm). Acesso em: 10 Nov. 2012.

definidos, dentre eles destaca-se: a ampliação da eficiência e da competitividade entre os licitantes, o incentivo da evolução tecnológica e o tratamento isonômico entre os licitantes.

Os objetivos do RDC muito se assemelham aos objetivos perseguidos pelo pregão. O RDC trouxe objetividade, praticidade, eficiência e desburocratizou o certame licitatório nas situações em que há necessidade de maior urgência na conclusão do certame licitatório. Desta forma, verifica-se que o RDC constitui outra marca registrada da Escola Gerencial.

Da mesma forma que as licitações realizadas com base na Lei nº 8.666/93 e Lei nº 10.520/2002, as licitações e contratações operacionalizadas com base no RDC deverão observar os princípios da moralidade, igualdade, impessoalidade, legalidade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, economicidade, desenvolvimento sustentável, julgamento objetivo e vinculação ao instrumento convocatório, conforme estabelece o art. 4º da Lei nº 12.462/2011.

A principal mudança que o RDC trouxe ao instituto da licitação, se comparado à Lei Geral de Licitações e Contratos, foi a permissão de contratação de uma mesma empresa para todas as etapas de uma obra, situação que não é permitida pela Lei nº 8.666/93, uma vez que ela estabelece a elaboração do projeto básico e do projeto executivo por empresas distintas.

O RDC proporcionou nova sistemática para aquisições em situações especiais, sem se afastar do devido processo licitatório. Vale ressaltar, por oportuno, que a nossa carta constitucional estabelece, em seu art. 37, inciso XXI, que o contrato administrativo, firmado entre o particular e o Poder Público, deverá ser precedido, via de regra, de um processo licitatório; portanto, licitar constitui a regra e a dispensa ou inexibibilidade constituem a exceção. Inclusive, a competência legislativa para editar normas gerais, que regulem as licitações é privativa da União, conforme prescreve o art. 22, inciso XXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

## **1.2 Breve histórico da licitação**

A licitação ingressou no ordenamento jurídico pátrio, por meio do Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, que tratava das arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Públicas e o

fornecimento de materiais e construções em geral, com detalhes que tratavam da publicação de anúncios para chamamento dos interessados em contratar, até a conclusão e entrega do objeto licitado.

No século XX ocorreram algumas mudanças com a finalidade de normatizar a concorrência pública, desta forma, foi elaborado o Código de Contabilidade da União, por meio do Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922, que estabeleceu os princípios e procedimentos da concorrência pública.

Nos idos de 60 do século XX, surge o Decreto-Lei nº 200/67, que teve por escopo implementar a reforma administrativa federal. O Decreto-Lei nº 200/67 regulamentou, em seus artigos 125 a 144, as normas referentes às licitações, em atendimento ao artigo 70 da Lei nº 4.320/64. No ano seguinte foi editada a Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968, que ampliou a aplicação das normas que regulavam as licitações para as administrações estaduais e municipais.

Após o regime militar, com o chefe do executivo federal eleito pelo povo, foi editado o Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, que acabou sofrendo alterações em 1987, com a edição do Decreto-Lei nº 2.348, de 24 de julho de 1987 e do Decreto-Lei nº 2.360, de 16 de setembro de 1987. Em 1987, foi instituído o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, que tratou de normas gerais e especiais referentes à licitação.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88) a licitação ganhou importância, sendo alçada a nível constitucional, com observância obrigatória pela Administração Pública direta e indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme disposto no artigo 37, inciso XXI da Carta Magna, podendo ocorrer dispensa ou inexigibilidade somente nas situações expressamente previstas em lei. O inciso XXI do art. 37 da CF/88 foi regulamentado mais tarde, pela Lei nº 8.666/93 - Lei de Licitações e Contratos (LLC).

A licitação deve ser realizada com o objetivo de atender o interesse público e sempre observando o princípio da isonomia e da economicidade, com a obtenção de uma melhor relação custo/benefício das aquisições ou vendas que interessam ao pleno exercício das atividades administrativas.

### 1.3 Tipos de licitação

Muitos acabam confundindo tipo de licitação com modalidade de licitação. Os tipos de licitação são os previstos no § 1º do artigo 45 da Lei nº 8.666/93, não podendo o edital criar novo tipo:

- menor preço;
- melhor técnica;
- técnica e preço; e
- maior lance ou oferta.

As modalidades licitatórias estão previstas na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 10.520/02, sendo: concorrência, tomada de preço, convite, leilão, concurso e pregão.

Os tipos de licitação indicam a forma como as propostas serão julgadas, sendo pressuposto básico na fase do julgamento objetivo, representam à essência do pretendido pela administração para futura contratação e a sua não observação pode comprometer o interesse público e a fiel execução do pactuado.

Vale ressaltar que o julgamento objetivo constitui princípio inafastável em um procedimento licitatório e a sua concretização só ocorrerá a partir de uma confiável e bem feita especificação do que se pretende. Logo, a autoridade competente deve verificar o tipo de licitação mais adequado ao objeto pretendido, fundamentando a definição precisa dos fatores e critérios a serem utilizados.

Para Alexandrino<sup>14</sup>, os critérios de julgamento estão atrelados aos tipos de licitação e devem ser previamente definidos pela Administração Pública no ato convocatório, de forma a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Passamos a explicitar cada tipo de licitação, a começar pela proposta de menor preço, que leva em consideração o preço como fator de julgamento da proposta, estabelecendo como critério de classificação das propostas o menor preço apresentado, pois o certame licitatório, em princípio, visa obter a melhor proposta pelo menor custo possível. Cabe salientar que a proposta detentora do menor preço deve atender as especificações estabelecidas em edital, não podendo

---

<sup>14</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, VICENTE. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p.345.

apresentar preço excessivo, tampouco preço inexeqüível, sob pena de ser desclassificada do certame.

O tipo melhor técnica, como o próprio nome revela, é destinado a escolha da proposta que apresente a melhor técnica para o serviço a ser contratado, normalmente é realizada para serviços que requer extrema habilidade e apurado conhecimento técnico.

As propostas técnicas e preços serão classificadas de acordo com os fatores e critérios previamente estabelecidos. Serão avaliadas as propostas de preço, sendo que a classificação final será feita por meio da média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, as quais poderão ser desclassificadas na hipótese de ocorrer um dos casos estabelecidos no artigo 48 da Lei nº 8.666/93.

O tipo maior lance ou oferta é utilizado para alienações de interesse da Administração, sendo realizada por meio da modalidade leilão.

## 2 BREVE HISTÓRICO DO PREGÃO E A SUA ADOÇÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA

### 2.1 Breve histórico

A edição da Lei nº 8.666/93 regulou o processo licitatório, reduzindo o poder discricionário da autoridade competente nas aquisições de bens e serviços. Segundo nos ensina Scarpinella<sup>15</sup>, a Lei nº 8.666/93, com exigências e formalidades excessivas, engessou as diversas contratações realizadas pela Administração Pública:

A rigidez da lei 8.666 - antes elogiada, pela moralização procedida nos processos licitatórios - passou a ser considerada um fator de engessamento das contratações governamentais, ao tratar com rigor demasiado um universo de situações que demandavam tratamento legislativo diferenciado. De fato, a celebração de todo e qualquer tipo contratual passou a seguir a cartilha da lei 8.666, independente do objeto contratual, da complexidade da contratação ou dos valores envolvidos. A não ser em casos pontuais, previstos na própria lei, todos os contratos administrativos devem seguir o mesmo rito. É dizer, há um único procedimento-padrão válido para os diversos tipos de contratação.

A Lei nº 8.666/93 não estabeleceu tratamento diferenciado, em função do objeto, para as diversas formas de contratação da Administração Pública. Essa despreocupação, em estabelecer diferenças em função do objeto, fez com que os procedimentos licitatórios caminhassem com bastante lentidão. As exigências, muitas das vezes desnecessárias e impregnadas de excessiva burocracia, fizeram com que vários integrantes da Administração Pública utilizassem o recurso da dispensa ou da inexigibilidade de licitação. É sabido que na dispensa ou inexigibilidade de licitação não se obtém melhor preço, vez que estes procedimentos afastam a competitividade e a ampla concorrência.

Como já dito, na década de 90 do século XX ocorreu uma mobilização do governo federal, que buscou modernizar e aperfeiçoar a legislação que regulava a licitação pública. A Lei nº 8.666/93 já se mostrava ultrapassada, burocrática e ineficiente. Perdia-se muito tempo para concluir um certame licitatório, com conseqüente demora nas aquisições de bens e serviços.

A necessidade urgente, de aperfeiçoar a sistemática do processo licitatório, fez com o executivo federal pedisse apoio à comunidade jurídica. Os estudiosos do direito verificaram que os regulamentos, de algumas organizações internacionais,

---

<sup>15</sup> SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade de Pregão**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 22.

estabeleciam primeiro a realização do julgamento das propostas, para depois verificar a habilitação do detentor da melhor proposta. Esta inversão de fases, com o julgamento das propostas precedendo a habilitação, não encontra respaldo legal na Lei nº 8.666/93; contudo, se mostra mais eficiente, uma vez que reduz consideravelmente o tempo despendido para a conclusão do certame licitatório. Sem embargo, restou evidente que é desnecessário o trabalho para verificar a habilitação de todos os licitantes, sendo que apenas o detentor da melhor proposta formaliza contrato com a Administração Pública.

Os procedimentos adotados para as modalidades previstas na Lei 8.666/93 estavam na contra mão das metas traçadas pela inovadora Administração Gerencial, que passou a adotar as boas práticas da gestão privada, sem se afastar dos princípios que norteiam a boa Administração Pública.

Para atender as necessidades e aspirações de uma administração mais gerencial e menos burocrática, com objetivos pré-definidos e metas inovadoras e revolucionárias, surge uma modalidade que repudia a ineficiência, a morosidade, a falta de objetividade, para contemplar a agilidade e o dinamismo nos procedimentos e ações decorrentes do processo licitatório. Neste cenário emerge com força total uma modalidade revolucionária, que se mostrou eficiente e desburocratizou o processo licitatório, tornando-o mais célere. Esta modalidade foi denominada “pregão” e surgiu no Brasil com a entrada em vigor da Lei nº 9.472, de 16 de junho de 1997, com aplicabilidade apenas no âmbito da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações). A Lei Geral de Telecomunicações criou a modalidade pregão com a finalidade de se desvencilhar das amarras da Lei 8.666/93. As licitações passaram a ser concluídas em um prazo bem menor e os preços finalizados sinalizavam uma grande economia para a ANATEL.

A palavra pregão já remonta de muito tempo, sendo proveniente do latim “*praiconium*”, cujo significado leva à revelação de notícias, em hastes públicas, com emprego da voz em bom tom.

A ANATEL editou a Resolução nº 005/98 que tratou do Regulamento Geral de Contratações, com finalidade de detalhar os mandamentos da Lei nº 9.472/97. O Regulamento Geral de Contratações da ANATEL inovou no Brasil, vez que estabeleceu modalidade de licitação não prevista na Lei nº 8.666/93, com as seguintes especificidades:

1 - a modalidade “pregão” deveria ser utilizada para as aquisições de bens ou serviços comuns, sendo empregada não em função do valor a ser contratado, mas sim em função do seu objeto;

2 - inversão das fases de habilitação e de julgamento das propostas, passando esta a ser desencadeada antes daquela, diferentemente do estabelecido na Lei Geral de Licitações e Contratos - Lei nº 8.666/93. Esta inovação permitiu um melhor aproveitamento do tempo na condução do certame, bem como, trouxe eficiência, objetividade e praticidade na realização do processo licitatório como um todo; e

3 - os melhores classificados, durante a fase de julgamento, podem ofertar novas propostas utilizando lances verbais.

A nova modalidade implantada pela ANATEL, por meio da Lei Geral de Telecomunicações, fez com que a Administração Pública despertasse o interesse em adotá-la, uma vez que revelava resultados satisfatórios nas diversas contratações realizadas no âmbito da ANATEL. Como já visto, o chefe do executivo federal já sinalizava a necessidade de mudanças urgentes, que conduzissem a uma melhor e mais eficiente gestão dos recursos públicos e esta nova modalidade atendia as aspirações do governo federal.

Com o passar dos tempos foi verificado que a burocracia e formalidade excessiva, exigida pela Lei nº 8.666/93, travava as diversas aquisições do Estado, tornando o processo licitatório moroso e ineficiente se comparado à sistemática adotada pelo pregão.

Seguindo a boa prática adotada pela ANATEL, o Chefe do Poder Executivo Federal editou a Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000, que possibilitou à União adotar, também, o pregão nas aquisições de bens e serviços comuns, mesmo sem previsão na Lei nº 8.666/93.

O pregão foi implantado, na Administração Pública Gerencial, como resposta do Poder Público às críticas de ineficiência e morosidade na realização das modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/93.

A Medida Provisória nº 2.026/00 restringiu a utilização do pregão apenas aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Conforme entendimento proferido por Jacoby Fernandes<sup>16</sup>, esta restrição foi devida à impossibilidade do

---

<sup>16</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 476.

presidente da república editar normas gerais sobre licitações e contratos, por meio de medida provisória, haja vista a vedação prevista na emenda constitucional nº 6, de 1995, proibindo a utilização desse instrumento legislativo na regulamentação de artigo que tenha sido objeto de emenda constitucional. Sem embargo, o artigo 22, inciso XXVII, da CF/88, que trata da competência da União, para legislar em matéria de licitações e contratos, foi alvo de emenda constitucional. Desta forma, não poderia o chefe do executivo federal estender, por meio de medida provisória, matéria já tratada em emenda constitucional. Esta vedação fez com que o governo federal, ao editar a medida provisória, restringisse a sua aplicação apenas ao âmbito federal, excluindo Estados, Municípios e o Distrito Federal.

Até a edição da medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000, só a ANATEL estava autorizada a utilizar a modalidade pregão. Com o advento da Lei nº 10.520/2002, a autorização foi estendida aos outros órgãos da Administração Pública, que adotaram a nova modalidade licitatória, deixando esta de ser um privilégio exclusivo da ANATEL.

No início, a adoção dessa modalidade licitatória, por meio de medida provisória, causou estranheza, vez que criou norma especial destinada a um universo pré-definido - União Federal, contrariando a Lei Federal nº 8.666/93, que coloca as modalidades licitatórias no status de normas gerais e não na condição de normas especiais para atender público específico.

A criação da modalidade pregão foi uma medida emergencial, inovadora e audaciosa que possibilitou à Administração Pública desvencilhar das amarras e complexidades inseridas e impostas na Lei nº 8.666/93. A adoção do pregão agilizou o processo licitatório e permitiu finalizar contratações com muito mais vantajosidade e economicidade, se comparados aos preços obtidos nas aquisições feitas com utilização das modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/93.

Segundo os estudiosos do Direito Administrativo o pregão, além de inovar a sistemática do certame licitatório, afastou a excessiva burocratização e lentidão, bem como proporcionou economia e eficiência na gestão dos recursos públicos. A máquina estatal passou a ter suas necessidades, em bens e serviços comuns, atendidas com uma maior presteza, sem afastar-se do princípio da legalidade, moralidade e probidade administrativa.

Segundo Scarpinella<sup>17</sup> o pregão é visto como um mecanismo de ruptura da Lei nº 8.666/93, uma vez que inverteu as fases da licitação tradicional e possibilitou a negociação direta com os fornecedores na busca de melhor preço.

Vale ressaltar que a instituição do pregão, por meio de Medida Provisória, desencadeou uma forte resistência por boa parcela da comunidade jurídica. O início conturbado, por ocasião da implantação da medida provisória, foi devido aos fracos argumentos utilizados pelo governo federal, que não convenceram a comunidade jurídica<sup>18</sup>.

O uso da medida provisória e também a restrição de sua aplicabilidade à esfera federal foram objeto de sérias críticas. A aplicabilidade do pregão somente à esfera federal, conforme prescrevia a Medida Provisória nº 2.026/00, estava eivada de inconstitucionalidade, uma vez que norma vinculadora de modalidade licitatória constitui norma geral de licitação e, neste caso, não é possível a exclusão dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Necessariamente, norma geral em matéria de licitação deve ter aplicabilidade uniforme para todas as esferas federativas.

Apesar das resistências lançadas à época, o Governo Federal acabou editando a Medida Provisória nº 2.026/2000, mesmo sabendo que nova modalidade de licitação deveria ser criada por meio de um processo legislativo regular. Entretanto, apoiando-se em sua força política, reinante à época, impôs a sua aplicação aos integrantes da Administração Pública Federal.

Apesar de todas as reações à medida provisória que implantou o pregão, verifica-se que esta modalidade licitatória resistiu e hoje é uma realidade em todas as unidades federativas. A força política foi decisiva para a implantação da nova modalidade, ainda que a sua criação tenha sido feita por instrumento legal não apropriado, podemos verificar que a sua adoção, nas aquisições de bens e serviços comuns, foi bastante benéfica ao interesse público. Nos dias atuais são raros os procedimentos licitatórios feitos por outra modalidade que não seja o pregão e preferencialmente o eletrônico.

Com a edição da Medida Provisória nº 2.026/00 veio o Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000, com a finalidade de regulamentar a nova modalidade licitatória.. O Decreto nº 3.555/00 teve a sua redação original alterada pelas seguintes normas regulamentares:

<sup>17</sup> SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade de Pregão**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 41.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 43.

- Decreto nº 3.693, de 20 de dezembro de 2000;
- Decreto nº 3.784, de 6 de abril de 2001; e
- Decreto nº 7.174, de 12 de maio de 2010.

A Medida Provisória nº 2.026 foi renumerada por diversas vezes até chegar na MP nº 2.182, ocasião em que foi convertida na Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que possibilitou a utilização do pregão pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Apesar da Lei nº 10.520/02 estabelecer, em seu art. 9º, que a Lei nº 8.666/93 deva ser empregada de forma subsidiária e em situações de comprovada omissão da norma especial reguladora do pregão, entende Niebuhr<sup>19</sup> que a Lei nº 8.666/93 só deve ser aplicada caso a Lei nº 10.520/02 não disponha expressamente sobre a matéria, uma vez que o pregão foi projetado com a finalidade de libertar a Administração Pública dos procedimentos burocráticos e extremamente formalistas da Lei nº 8.666/93:

Aplicar a toda a hora a Lei nº 8.666/93 no tocante ao pregão é uma forma de frustrar sua sistemática e seus pressupostos. A modalidade pregão é algo novo e, pois, deve ser aplicada com olhos no novo. Aplicar a modalidade pregão com olhos voltados ao velho, à Lei nº 8.666/93, faz dela, da modalidade pregão, algo velho, impedindo a Administração Pública de auferir todas as suas vantagens e potencial.

O pregão eletrônico foi regulamentado pelo Decreto nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000, que mais tarde foi revogado pelo Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. O Decreto nº 5.450 alterou alguns procedimentos previstos pelo Decreto nº 3.697/00, destaca-se como modificação mais relevante o dispositivo que instituiu a obrigatoriedade de adoção do pregão, nas aquisições de bens e serviços comuns, de preferência na forma eletrônica. Esta alteração acabou dando um status ao pregão de modalidade licitatória padrão na Administração Pública Federal.

Para as contratações públicas o pregão é definido como modalidade de licitação criada para as aquisições de bens e serviços de natureza comum, definidos com facilidade nos editais e encontrados no mercado comum. Nesta modalidade a Administração Pública seleciona fornecedor ou prestador de serviço, visando à execução de objeto comum no mercado, permitindo aos licitantes, em

---

<sup>19</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 6. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 26.

sessão pública presencial ou virtual, reduzir o valor da proposta por meio de lances verbais e sucessivos.

Segundo Jacoby Fernandes<sup>20</sup> o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, inovou a modalidade pregão, tornando a sua sistemática mais simples e mais eficiente, haja vista os inúmeros recursos disponibilizados pela tecnologia da informação. O pregão deve ser utilizado, obrigatoriamente, nas aquisições de bens e serviços comuns e preferencialmente na forma eletrônica, devendo ser utilizada a cotação eletrônica nas situações em que houver dispensa de licitação, conforme estabelece o art. 24, inciso II da Lei nº 8.666/93.

Impende ressaltar que o pregão veio para dar celeridade e alcançar a eficiência, sendo o instituto precursor e inovador necessário à boa administração, com contribuição significativa na consolidação da administração pública gerencial, em território brasileiro.

## **2.2 A adoção do pregão por força de Medida Provisória**

Como já visto, a Medida Provisória nº 2.026 de 4 de maio de 2000, que excluiu a aplicabilidade do pregão à esfera estadual e municipal, estabeleceu uma certa insegurança jurídica, vez que os próprios aplicadores do Direito não encontravam fundamento legal a essa limitação infundada, bem como, consideravam que a criação de nova modalidade licitatória teria que ser por lei ordinária e não por medida provisória.

A edição da Medida Provisória nº 2.026 levou a comunidade jurídica a fazer sérias críticas, principalmente quanto à legalidade na aplicação da norma, que além de ser editada por Medida Provisória, acabava limitando o seu alcance à esfera federal.

O Pregão passou por períodos de turbulência até a edição da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, sendo questionada a forma como foi inserido em nosso ordenamento jurídico pátrio. Nem os operadores do Direito conseguiam vislumbrar, ainda que em uma espessa penumbra, a presença dos princípios da legalidade e da razoabilidade.

A grande inquietação acabou resultando em ações propostas no Supremo Tribunal Federal, que tiveram por finalidade arguir a inconstitucionalidade da

---

<sup>20</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 478.

Medida Provisória nº 2026/2000 e suas reedições. Contudo, o Supremo Tribunal Federal mostrou-se tolerante, conforme podemos verificar em colocação feita por Scarpinella<sup>21</sup>:

A tradição do órgão de cúpula do Judiciário Brasileiro tem sido a tolerância aos abusos cometidos pelo chefe do Poder Executivo na edição de medidas provisórias. São escassos os casos em que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional medida provisória por desatendimento aos pressupostos de relevância e urgência exigidos pelo art. 62 da Constituição Federal. Da mesma forma, não há precedente em nossa Corte Constitucional recepcionando a tese da inconstitucionalidade originária da medida provisória, capaz de macular e de tornar inconstitucional sua lei de conversão.

A não declaração de inconstitucionalidade da medida provisória possibilitou e motivou a utilização do pregão nos Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que a Medida Provisória nº 2.026/2000 permitisse a utilização somente no âmbito da União.

Com o objetivo de utilizar a modalidade pregão em suas aquisições, cada local passou a seguir as suas próprias normas. Os Estados, Distrito Federal e Municípios entenderam que poderiam adotar a modalidade "pregão", desde que observasse na aplicação da nova modalidade a ampla publicidade, a não restrição à competitividade e a transparência na prática de todos os atos. Seguindo esta linha de raciocínio, todos os níveis da administração pública adotaram a modalidade pregão, ainda que houvesse restrição imposta pela Medida Provisória nº 2.026/2000.

Apesar das críticas lançadas pelos conservadores, que defendiam a todo custo à manutenção das modalidades e dos procedimentos previstos na Lei nº 8.666/93, o pregão passou a ser empregado com frequência nas diversas aquisições promovidas pela Administração Pública.

### **3 PREGÃO ELETRÔNICO: DIFERENÇAS DAS DEMAIS MODALIDADES LICITATÓRIAS E OPERACIONALIZAÇÃO**

Diversos órgãos do poder público perceberam as vantagens proporcionadas pela adoção do pregão. As aquisições de bens e serviços comuns passaram a ser realizadas com maior rapidez e com destacada eficiência, foi ampliado em muito o número de interessados em participar do certame licitatório,

---

<sup>21</sup> SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade de Pregão**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 48.

ocorreu à redução dos custos em todas as etapas, desde o desencadeamento da fase interna até a conclusão da fase externa.

O pregão se destacou por sua simplicidade e objetividade, além da flexibilidade na fase de julgamento das propostas, com o pregoeiro negociando até obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Nesta modalidade licitatória os participantes oferecem lances iniciais, que normalmente são reduzidos com a aproximação do desfecho do certame. Encerrada a fase do julgamento das propostas, o pregoeiro ainda tem a oportunidade de negociar com o detentor da melhor proposta e, normalmente, acaba conseguindo melhor preço.

### **3.1 Diferenças entre o pregão e as demais modalidades previstas na Lei Nº 8.666/93**

Conforme já exhaustivamente exposto, o pregão veio para eliminar a excessiva formalidade e burocracia exigida pela Lei Geral de Licitações e Contratos.

As modalidades previstas na Lei nº 8.666/93 são realizadas segundo o valor do produto ou do serviço a ser contratado e vai da concorrência, modalidade mais complexa, até o convite, modalidade mais simples.

O pregão se diferencia das demais modalidades licitatórias em razão do seu emprego estar condicionado ao objeto a ser contratado e não ao valor de sua aquisição. A concorrência, tomada de preços e convite são modalidades que normalmente são empregadas segundo o valor estimado do objeto licitado, conforme previsão contida no art. 23 da Lei nº 8.666/93.

A Lei nº 8.666/93 estabelece que para as obras e serviços de engenharia, cujo valor não extrapole a quantia de cento e cinquenta mil reais, pode-se utilizar a modalidade “convite”. A modalidade tomada de preço pode ser utilizada quando o valor não exceda um milhão e quinhentos mil reais e concorrência quando o valor exceder de um milhão e quinhentos mil reais.

Para as compras que não se refiram as obras e serviços de engenharia, os valores são os seguintes:

- Convite para contratação até R\$ 80.000,00;
- Tomada de Preço para contratação até R\$ 650.000,00; e
- Concorrência para contratações que excedam o valor de R\$ 650.000,00.

A diferença do pregão para o leilão está na finalidade da licitação. Para a venda de bens móveis inservíveis ou alienações é utilizado o leilão, já o pregão é utilizado para aquisição de bens ou serviços comuns e não para venda ou alienação de bens do Poder Público.

A modalidade concurso é utilizada para selecionar proposta que apresente melhor técnica e não o menor preço, normalmente é adotada para a escolha de trabalhos técnicos ou artísticos.

O pregão não obedece a limite de valores, sendo a sua escolha estabelecida em virtude da natureza do produto ou serviço a ser adquirido, desde que estes sejam considerados comuns.

Outra diferença significativa do pregão em relação às modalidades previstas na Lei Geral de Licitações é a inversão entre a fase de habilitação e a fase de julgamento das propostas. Esta inversão revelou a celeridade na conclusão do certame licitatório, uma vez que a Administração Pública só verifica a habilitação do detentor da melhor proposta, deixando de perder tempo na análise de habilitação de licitante que não vai firmar contrato com o Poder Público.

A inversão das fases, no processo licitatório, é a mais evidente característica estruturante da modalidade pregão<sup>22</sup>.

Por tudo exposto, conclui-se que o pregão apresenta três características principais, que o diferenciam das demais modalidades licitatórias:

1ª - as modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/93, normalmente são empregadas em razão dos valores estimados do objeto a ser contratado e não de sua natureza ou especificação, conforme o pregão;

2ª – nas modalidades da Lei nº 8.666/93, a fase de habilitação é realizada antes da fase de julgamento das propostas, diferentemente do pregão em que o julgamento das propostas é feito antes da fase de habilitação. Esta inversão prevista no pregão proporcionou a Administração Pública celeridade e eficiência em suas aquisições; e

3ª - no pregão os preços ofertados, pelos licitantes, são ordenados na fase de julgamento. Nesta fase o pregoeiro convoca os interessados com menor preço, para que tenham oportunidade de abaixar seus preços ou mantê-los, de sorte que cada um possa cobrir o preço ofertado pelo concorrente, até que seja selecionada

---

<sup>22</sup> SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade de Pregão**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 125.

a melhor proposta pela Administração Pública, procedimento diverso da concorrência, tomada de preços e convite, onde os licitantes interessados possuem apenas uma oportunidade para apresentar, por escrito, a sua proposta.

Para Niebuhr<sup>23</sup> o pregão mais parece o inverso do leilão:

Trata-se de espécie de leilão às avessas. Melhor explicando: os participantes do leilão oferecem sucessivas propostas, com preços maiores do que os antecedentes, uma vez que o vencedor do leilão é aquele que oferece a proposta de maior valor. Já no pregão, os preços vão se reduzindo, uma vez que o vencedor é aquele que oferece a proposta de menor valor.

Já Jacoby Fernandes<sup>24</sup> ressalta, em sua obra, que o pregão difere das modalidades previstas na Lei nº 8.666/93 nos seguintes aspectos:

- a sua utilização está limitada a compras e serviços comuns;
- o licitante tem a oportunidade e a possibilidade de reduzir a sua oferta inicial durante a sessão pública;
- inversão das fases de julgamento da proposta e a fase de habilitação; e
- os recursos são reduzidos a apenas um, que deve ser apresentado ao final da licitação.

A possibilidade do licitante reduzir o valor da proposta, no curso da sessão pública e no momento apropriado, constitui característica essencial do pregão e essa característica torna o procedimento mais eficiente, se comparado ao adotado, nesta fase, pelas modalidades elencadas na Lei nº 8.666/93.

A etapa de lances prevista no pregão permite maior flexibilidade e, comprovadamente, alcança preços que dificilmente seriam alcançados com a utilização das modalidades previstas na Lei Geral de Licitações e Contratos.

Conforme já mencionado, a inversão das fases de julgamento das propostas e habilitação evita o desperdício de tempo, com a análise da documentação de licitantes que não efetivarão avença com o Poder Público, este ganho de tempo revela produtividade e objetividade, características presentes nas ações desenvolvidas pela Administração Pública Gerencial.

Outra significativa mudança implementada pelo pregão foi o abandono da morosa e burocrática fase recursal, prevista na Lei Geral de Licitações e Contratos, com recursos que demandam tempo excessivo para a sua solução, trazendo

---

<sup>23</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 6. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 18.

<sup>24</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 475.

prejuízos e perda de tempo na conclusão do certame licitatório. Esta evolução de conduta veio com o pregão, ao estabelecer apenas uma fase para a interposição de recurso, diferente da licitação convencional onde são previstas, no mínimo, duas fases recursais que acabam sobrecarregando os servidores responsáveis pela condução do certame e, por reflexo, prejudicando a celeridade em sua conclusão.

Sem embargo, o pregão inovou prevendo apenas uma fase de recurso, onde, em momento oportuno, o pregoeiro consulta os licitantes verificando se há ou não intenção de recorrer. Em havendo intenção de recorrer, esta deverá ser devidamente motivada, o silêncio importa na decadência ao direito de recurso. Seguindo os preceitos da administração pública gerencial, que repudia a burocracia excessiva e a ineficiência dos atos administrativos, veio o pregão para simplificar o processo licitatório, estabelecendo apenas uma fase de recurso, que ocorre ao final do certame, após a declaração do detentor da melhor proposta.

Nos dizeres de Gasparini<sup>25</sup> as principais mudanças implantadas pelo pregão foram:

- redução do número de contratos precedidos de dispensa e inexigibilidade de licitação;
- redução do tempo dispensado para os certames em geral; e
- redução dos custos nas diversas compras governamentais.

Scarpinella<sup>26</sup> ratifica o entendimento já explicitado ao colocar que as modalidades previstas na Lei nº 8.666, via de regra, são determinadas em função do valor estimado da contratação. No pregão não há qualquer relação entre o procedimento e o valor da futura contratação, bastando que o objeto licitado se enquadre no conceito de bem e serviço comum. A licitação feita por pregão pode envolver qualquer valor, sem limites mínimos ou máximos preestabelecidos em lei.

O art. 1º da Lei nº 10.520/2002<sup>27</sup> estabelece que bens e serviços comuns sejam aqueles encontrados com facilidade no mercado de consumo e que possam ser facilmente definidos em edital. Contudo, é bom frisar que não é tarefa fácil determinar se um bem ou serviço é comum, haja vista o seu conceito ser um tanto subjetivo e vago. Apesar da subjetividade do conceito, o administrador não pode se

---

<sup>25</sup> GASPARINI, Diogenes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 224.

<sup>26</sup> SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade de Pregão**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 75.

<sup>27</sup> Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002.

afastar do princípio da razoabilidade ao estabelecer se determinado bem ou serviço é comum.

Vale salientar que bens e serviços com complexidade técnica também podem ser adquiridos por meio do pregão, desde que objetivamente definidos em edital e encontrados com facilidade no mercado de consumo. Podem ser adquiridos bens e serviços que não necessariamente sejam sinônimos de padronizados, simples ou de aquisição rotineira no mercado<sup>28</sup>.

Em realidade, a Administração Pública pode adquirir bens e serviços, que apesar de exigir certa complexidade técnica, não deixam de ser considerados comuns, uma vez que a tecnologia é bem conhecida no mercado de consumo.

O pregão eletrônico, em virtude de sua concepção inovadora, acabou se afastando muito das modalidades elencadas na Lei Geral de Licitações e Contratos, já nascendo com uma concepção própria e moderna. Com ele a administração pública ganhou agilidade na negociação de bens e serviços; ampliou a oportunidades de negócios; aumentou a competitividade; desburocratizou e simplificou os procedimentos; garantiu a transparência e alcançou a economia, com a nítida redução de tempo e de custo.

### **3.2 Diferenças entre o pregão eletrônico e o presencial**

Segundo Niebuhr<sup>29</sup> a modalidade pregão presencial e pregão eletrônico são partes da modalidade geral pregão, prevista na Lei nº 10.520/2002:

Percebe-se estreita ligação entre o pregão presencial e o pregão eletrônico. Ambos são espécies de modalidades abrangidas pelo gênero pregão, que, por via de consequência, as engloba. Noutras palavras, é como se o pregão presencial e o pregão eletrônico fossem espécies de modalidades de licitação, remetidas à modalidade geral, que é o pregão. A modalidade é uma só: pregão. Nota-se que a Lei nº 10.520/02 refere-se à única modalidade, que é o pregão. A aludida lei não se refere às expressões pregão presencial ou pregão eletrônico, que não passam de meros apelidos cunhados no cotidiano da Administração Pública.

Após as considerações iniciais, percebe-se que a diferença significativa entre o pregão presencial e o pregão eletrônico se dá na fase operativa, ou seja, na fase onde são estabelecidos contatos entre o pregoeiro e os demais licitantes interessados em contratar com a Administração. No pregão presencial o pregoeiro

<sup>28</sup> SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade de Pregão**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 209.

<sup>29</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 4. ed. Curitiba: Zênite Editora, 2006, p. 280.

dirige e coordena o pregão no mesmo espaço físico ocupado pelos licitantes, o contato é direto e presencial. Já no pregão eletrônico o contato do pregoeiro com os licitantes é feito em ambiente virtual, por meio da tela de um computador, nos moldes de uma sala de bate papo virtual.

No pregão comum ou também denominado pregão presencial, as propostas com os valores ou cotações iniciais são entregues ao pregoeiro, que em momento oportuno inicia a fase verbal ou fase dos lances, oportunidade em que os licitantes terão para renovar as suas propostas, buscando diminuir valores até que se chegue à proposta mais vantajosa para o poder público. No pregão eletrônico os lances são oferecidos em ambiente virtual, utilizando-se os recursos da tecnologia da informação, não tendo o pregoeiro qualquer contato físico com os licitantes.

Os procedimentos adotados para o desenvolvimento do pregão eletrônico seguem basicamente os mesmos procedimentos ou as mesmas regras do pregão comum, porém aquele, em virtude de suas especificidades, conforme já dito, não reúne, em um mesmo ambiente físico, o pregoeiro e os demais participantes.

As normas que regulam o pregão eletrônico e o pregão presencial caminham juntas, lado a lado, vivendo em completa harmonia, jamais se afastando ou entrando em conflito, sob pena de comprometer a sua finalidade, os seus pressupostos e corromper a sua sistemática<sup>30</sup>.

Tanto o pregão presencial quanto o pregão eletrônico conseguiram inovar e desburocratizar o certame licitatório, bem como reduziram, de forma significativa, o tempo de sua conclusão. Desta forma, se pode assegurar que o pregão presencial e o eletrônico caminham juntos e atendem plenamente aos princípios da economicidade e da eficiência, seja pela comprovada economia de recursos nas aquisições, seja pela agilidade na conclusão do certame licitatório.

No pregão eletrônico a possibilidade de oferecimento de lances é superior à permitida no pregão presencial, uma vez que a participação no certame é de caráter nacional e não regional.

Nota-se que o pregão eletrônico é uma variante do pregão presencial, com previsão no § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 10.520/02. Sem embargo, a estrutura procedimental do pregão eletrônico é bem parecida com a estrutura adotada no pregão presencial. A diferença principal está na fase externa do certame, por

---

<sup>30</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 6. ed. rev. e ampl.. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 264.

ocasião da sessão pública, onde ocorre a presença física dos licitantes no pregão presencial e a presença virtual no pregão eletrônico.

Para o pregão eletrônico se torna necessário que o licitante interessado, em participar da licitação, esteja cadastrado no sistema eletrônico e com a sua máquina logada à internet, momento em que receberá uma senha e um *login para* acesso. O licitante deve estar atento à data e horário estabelecidos em edital, pois no período previsto terá que acessar o sistema, com sua senha e *login, entrando* em ambiente virtual que muito se assemelha a uma sala de bate papo.

Todos os lances encaminhados pelo sistema são acessados pelo pregoeiro e demais licitantes. Ocorrendo problemas técnicos com a máquina do pregoeiro, que acarrete a sua desconexão com o sistema, em nada afetará o desenvolvimento do certame, vez que os lances continuam sendo recebidos normalmente.

Cabe salientar que o afastamento do pregoeiro, por problemas no sistema, por prazo igual ou superior a 30 minutos acarretará na suspensão automática do pregão, sendo remarcado para outra data. Diferentemente da situação de desconexão do licitante, por problemas técnicos em seu computador, em que a sessão do pregão continuará normalmente, com prejuízo apenas do licitante que apresentou problema de conexão. Inclusive, para esta situação não há previsão de qualquer tipo de recurso, haja vista a impossibilidade de responsabilizar a Administração por problemas alheios a sua vontade, sendo de responsabilidade exclusiva do licitante a sua não conexão com o sistema.

O pregão eletrônico é mais prático que o pregão presencial, haja vista o próprio sistema ordenar os lances e acusar a proposta mais vantajosa para a Administração, diferente do pregão presencial onde tudo é feito manualmente, sobrecarregando o pregoeiro.

Outra diferença significativa diz respeito à amplitude da competitividade, com consequente obtenção de melhor proposta. No pregão eletrônico, por ser realizado em ambiente virtual, onde não há limitação de capacidade física para acolher os participantes, acaba sendo um fator positivo em seu favor, uma vez que aumenta consideravelmente a competitividade. O aumento da competitividade é devido à possibilidade de interessados participarem do certame, ainda que situados nos locais mais longínquos de nosso país, bastando, para tanto, que tenham computadores conectados à máquina do pregoeiro.

Bittencourt<sup>31</sup> destaca que o pregão eletrônico, por ser realizado em ambiente virtual, sem o contato físico e direto entre o pregoeiro e os diversos licitantes, acaba dificultando os conchavos e as falcatruas:

A idéia, portanto, é dificultar ao máximo a possibilidade de falcatruas e conchavos, uma vez que com o pregão eletrônico há a real possibilidade de um significativo aumento de participantes, em relação a qualquer modalidade tradicional de licitação (até mesmo o pregão presencial), maximizando-se a competitividade, pois, além de outros benefícios, impede que um licitante descubra a identidade do outro, o que, certamente, dificulta em muito as trapaças e negociações.

No pregão eletrônico o ato administrativo é revestido de maior transparência, vez que qualquer interessado pode acompanhar, em tempo real, a realização do procedimento, o que não ocorre com as demais modalidades licitatórias.

Como já dito, o pregão presencial e as modalidades previstas na Lei nº 8.666/93 permitem o contato direto “servidor público x particular”, durante a operacionalização da licitação. Esse contato pode conduzir a ingerências ou interferências danosas ao processo licitatório, comprometendo a imparcialidade e a impessoalidade. Por isso, entende-se que o pregão eletrônico veio em boa hora, ainda que não impeça a ação de pessoas mal intencionadas, acaba dificultando o desvio de finalidade e, por conseguinte, permitindo uma melhor gestão dos recursos públicos.

Por tudo exposto, nota-se que o pregão presencial e o eletrônico ainda que possam divergir nos detalhes, acabam se harmonizando em suas essências, haja vista adotar os mesmos princípios para alcançar os mesmos objetivos.

A utilização do pregão presencial, no âmbito da Administração Pública Federal, é uma excepcionalidade e só pode ser adotado quando devidamente justificado, vez que o § 1º do art. 4º do Decreto nº 5.450/05 estabelece que a regra seja a utilização do pregão eletrônico.

### **3.3 Vantagens do pregão eletrônico**

O pregão veio para revolucionar a sistemática das licitações, com significativa inovação nas licitações patrocinadas pela Administração Pública Gerencial.

---

<sup>31</sup> BITTENCOURT, Sidney. **Pregão Eletrônico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Temas e Idéias Editora, 2005, p. 51.

Segundo Santana<sup>32</sup> a realização do procedimento licitatório, por meio do pregão, possibilitou mais vantagens do que desvantagens à Administração Pública:

Em resumo, o pregão mais apresenta vantagens que desvantagens. Dentre as primeiras estão as seguintes possibilidades, tidas por principais:

- a) desburocratização nos processos de contratação;
- b) agilidade, celeridade, eficiência e economia nas contratações;
- c) melhor gerenciamento da despesa pública;
- d) publicidade e transparência do procedimento;
- e) controle da atividade administrativa realizada em tal setor;
- f) ampliação da disputa entre os fornecedores e prestadores de serviços.

O mesmo entendimento tem o ilustre doutrinador Niebuhr<sup>33</sup>, quando relata em sua obra que o pregão oferece mais vantagens à Administração Pública do que as outras modalidades previstas na Lei nº 8.666/93, haja vista tornar o processo mais célere e mais econômico aos cofres públicos, com significativa redução da quantidade de recursos interpostos pelos licitantes. Além de reduzir o tempo de conclusão do certame, em virtude da inversão das fases de habilitação e do julgamento das propostas, sendo examinada somente a habilitação do detentor da melhor proposta.

A possibilidade de erros no pregão eletrônico, por ocasião do recebimento e classificação das propostas, é menor que a possibilidade de erros no pregão presencial, uma vez que o pregão eletrônico conta com recursos da tecnologia da informação para processar o recebimento e a ordenação de todos os lances. No pregão presencial o pregoeiro é o responsável por receber os envelopes com as propostas, ordenar e classificar as melhores propostas, tudo isso demanda tempo e requer bastante cuidado e atenção do pregoeiro, tudo na busca de evitar erros que comprometam o bom andamento do certame.

Outra vantagem do pregão eletrônico em relação ao pregão presencial é o aumento significativo da competitividade. Normalmente, no pregão presencial o representante da empresa está presente no oferecimento das propostas e no fim negocia pessoalmente com o pregoeiro.

É bastante comum, no pregão presencial, a participação de empresas que gravitam próximo ao órgão promotor da licitação, vez que as empresas afastadas teriam maior gasto com transporte, acomodação e alimentação de seus prepostos, sem a garantia de que venceriam o certame.

---

<sup>32</sup> SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão Presencial e Eletrônico: Manual de Implantação, Operacionalização e Controle**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 39.

<sup>33</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 4. ed. Curitiba: Zênite Editora, 2006, p. 281.

### Cristalina a lição de Niebuhr<sup>34</sup> sobre a questão:

Neste contexto, como o sucesso no pregão presencial frequentemente depende de o licitante fazer-se representar na sessão pública, é comum que somente empresas próximas ao lugar onde se promova a licitação se interesse em participar dela. É de se supor que uma empresa do Sul do país não se interesse em participar de pregão presencial promovido na região Norte e vice-versa, haja vista os custos para fazer-se representar. Muitas empresas preferem não participar de licitações promovidas longe de suas sedes, uma vez que, se o fizessem, teriam que investir recursos para o deslocamento e hospedagem de preposto, sem que haja qualquer garantia de retorno.

O pregão eletrônico geralmente alcança preço melhor se comparado às outras modalidades licitatórias. A sua realização em ambiente virtual amplia a competitividade entre os licitantes, haja vista universalizar a informação, proporcionando facilidade no acesso ao sistema. Nota-se que o pregão eletrônico, por ocorrer em ambiente virtual, proporciona valiosa economia no uso de papel, uma vez que todos os procedimentos são encaminhados e recebidos por meio eletrônico, com simplicidade e eficiência, tornando o processo transparente e seguro, vez que o sistema, por si só, registra e ordena os lances de todos os participantes.

O pregão eletrônico foi muito vantajoso para a Administração, com contratações que retratam economia de tempo e de recursos, com considerável redução nos custos de logística. Inclusive, para a realização da fase externa do certame basta que o órgão patrocinador e os diversos licitantes interessados estejam conectados aos respectivos computadores.

O prazo para a realização do pregão eletrônico é menor que o prazo necessário para a realização do pregão presencial. O pregão eletrônico é realizado com o mínimo de formalismo e sem exagero nos procedimentos.

Por tudo exposto, verifica-se que o pregão eletrônico é bem mais prático e mais célere que o pregão presencial, uma vez que o sistema eletrônico disponibilizado para a realização da fase externa do certame facilita o trabalho do pregoeiro. O sistema eletrônico, por si só, executa várias tarefas que o pregoeiro, em um pregão presencial, teria que realizar manualmente.

O pregão presencial é mais trabalhoso e acaba sobrecarregando o pregoeiro, que tem sob a sua responsabilidade direta as seguintes atribuições:

- fazer o credenciamento;

---

<sup>34</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 6. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 266.

- recolher os envelopes;
- classificar os licitantes;
- autorizar que os licitantes melhores classificados possam oferecer lances verbais;
- aceitar ou não as propostas;
- realizar a negociação para conseguir melhor preço;
- verificar a habilitação do detentor da melhor proposta;
- oferecer prazo para a interposição de recursos e adjudicar se for o caso.

No pregão eletrônico a possibilidade de erros na ordenação das propostas é nenhuma, vez que o próprio sistema recebe as propostas e as ordena. O pregoeiro não se engaja na coleta de lances, tampouco em sua colocação em ordem decrescente de preços.

Outra desvantagem do pregão presencial, em relação ao pregão eletrônico, se deve ao intenso e lento trabalho do pregoeiro, quando da realização do julgamento das propostas em uma licitação por itens ou lotes. Este julgamento é muito facilitado, quando feito por meio eletrônico, haja vista a agilidade e confiabilidade do sistema informatizado.

Os recursos da tecnologia da informação, na realização do pregão eletrônico, possibilitam a abertura da etapa de lances com vários itens ou vários lotes ao mesmo tempo, procedimento este que garante agilidade e eficiência, sem comprometer a lisura e a confiabilidade na realização do certame.

Nos dizeres de Jacoby Fernandes<sup>35</sup> os agentes responsáveis pela operacionalização do pregão eletrônico se sentem mais seguros, haja vista o sistema não revelar quem são os licitantes, o que acaba reforçando a presença marcante do princípio da impessoalidade na condução do certame licitatório.

Como já mencionado, o pregão eletrônico amplia a competitividade e essa maior participação de interessados acaba reduzindo preços. Geralmente, os participantes do pregão presencial são licitantes que gravitam nas proximidades do órgão promotor da licitação, que procuram redução de gastos com deslocamento, alimentação e alojamento, vez que é temerário alocar recursos, para a participação de preposto da empresa no certame, sem saber se ao final do processo licitatório será o detentor da melhor proposta. De forma diversa ocorre com o pregão

---

<sup>35</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 479.

eletrônico, onde os interessados participam da licitação sem grandes custos, ainda que afastados fisicamente, estão bem próximos virtualmente, bastando uma mesa, uma cadeira e um computador plugado à internet.

O ambiente virtual permite a extrapolação de fronteiras e de barreiras, possibilitando contratações mais atrativas ao interesse público.

Segundo nos ensina Niebuhr<sup>36</sup>, o pregão presencial tem a competitividade restringida se comparado ao pregão eletrônico:

Em decorrência disso, é correto afirmar, que a competitividade do pregão presencial está, naturalmente, circunscrita às pessoas da região do lugar da licitação, que não precisam de investimentos expressivos para participar da licitação, sobretudo se os valores envolvidos nela não são atraentes.

É fácil constatar que a utilização da internet tornou a modalidade pregão, na forma eletrônica, a mais vantajosa aos olhos do Poder Público, pelos seguintes motivos:

- redução de custos para desencadear o processo licitatório;
- maior rapidez na conclusão do certame;
- maior transparência na execução do certame;
- amplitude da competitividade;
- obtenção de melhores preços;
- segurança do sistema disponibilizado pela Secretaria de Ciência e Tecnologia da Informação; e
- probabilidade de erros quase zero.

### **3.4 Desvantagens do pregão eletrônico**

São poucas as desvantagens do pregão eletrônico em relação ao pregão presencial. O pregão eletrônico emplacou de tal forma, que até o seu regulamento prescreve que ele seja utilizado preferencialmente, haja vista a eficiência e celeridade já comprovada no desenvolvimento de suas fases, que vai do recebimento das propostas até a adjudicação e homologação.

A licitação processada por meio do pregão eletrônico é concluída em curto espaço de tempo, se comparada ao tempo despendido na execução do pregão presencial e ocorre com considerada economia de meios necessários à logística para a sua operacionalização.

---

<sup>36</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 6. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 266.

Geralmente, as desvantagens do pregão eletrônico estão relacionadas à ausência de conhecimentos de informática por parte de alguns interessados. O desconhecimento da tecnologia da informação pode impossibilitar a participação no certame.

Outro fator que pode revelar a desvantagem é a falta de equipamentos adequados e pessoal preparado para operar o sistema, em condições de competir com grandes empresas, o que prejudica, em tese, a competitividade.

As licitações para a contratação de baixo valor não constituem atrativo para os licitantes localizados fora da área geográfica do órgão ou entidade interessada na aquisição do bem ou do serviço comum. Este fato constitui uma desvantagem do pregão eletrônico, pois mesmo que o licitante interessado apresente a melhor proposta e tenha a facilidade de participar do certame, utilizando os recursos da internet, os gastos com remessa do produto ou do técnico para a execução do serviço não compensa, haja vista os custos de frete ou de hospedagem, alimentação e deslocamento. Desta forma o pregão estaria circunscrito às proximidades do domicílio do órgão ou entidade promotora da licitação, restringindo a participação a nível nacional. Geralmente, as pequenas aquisições ficam restritas aos licitantes que gravitam nas proximidades da localidade da entidade promotora da licitação.

Outra desvantagem do pregão eletrônico em relação ao pregão presencial é a negociação da melhor proposta, vez que no pregão eletrônico o pregoeiro não reúne as melhores condições para reduzir o preço da proposta vencedora, haja vista a dificuldade em sensibilizar o licitante. A negociação via internet é fria e calculista, sendo realizada por meio de mensagens postadas.

Vale ressaltar, por oportuno, que a negociação realizada na forma presencial pode alcançar melhores preços. É fácil perceber, só como exemplo, que a negociação para diminuição do valor de aluguel ou do valor de aquisição de um imóvel ou de um automóvel será facilitada se feita de forma presencial e não por telefone ou mensagem postada. Desta forma, a negociação presencial pode conduzir a preços mais atrativos se comparada à negociação feita por telefone ou via internet.

Seguindo este azimute, é fácil perceber que o pregão presencial permite ao pregoeiro exercer o seu ofício em toda a sua plenitude, com possibilidades de intervenção direta com o licitante, na busca de preço que melhor atenda ao

interesse público. É sabido que a negociação presencial acaba despertando consideração e afinidade entre as partes.

Segundo Niebuhr<sup>37</sup> há situações em que o pregão presencial é mais adequado e vantajoso que o pregão eletrônico. Para tanto, é necessário uma avaliação dos agentes da administração, responsáveis em realizar o certame licitatório, fazendo um juízo de admissibilidade e de conveniência, tudo voltado ao atendimento do interesse público, sem deixar de observar o princípio da legalidade.

Talvez, dependendo das especificidades de cada caso, seja mais interessante realizar o pregão presencial, em que os representantes das empresas dirigem-se à Administração e o pregoeiro dispõe de uma margem maior de ação para conduzir o processo, perceber alguma distorção, analisar com mais acuidade o objeto ou proceder com mais facilidade a diligências, ou mesmo dispor de melhores condições para travar negociação, expondo com mais desenvoltura os seus argumentos.

Jacoby Fernandes<sup>38</sup> em seu livro alerta sobre as possibilidades de fraude, que podem ser deflagradas em um pregão eletrônico, citando as seguintes:

- utilização de robô lançador, que realiza vários lances, superando o licitante que conta apenas com a agilidade humana;
- utilização da intranet do órgão patrocinador da licitação, em vez do emprego da internet, prejudicando a isonomia na participação dos licitantes no certame; e
- combinação de lances identificados entre os licitantes cartelizados.

Vale ressaltar que já existe mais de um projeto de lei destinado a vedar a utilização de robô lançador, uma vez que a sua utilização afronta e compromete, consideravelmente, a isonomia na fase de lances do pregão eletrônico, tornando a competição desleal.

Para coibir esta prática maléfica, o Deputado Federal Dr Ubiali do PSB/SP apresentou Projeto de Lei, cuja finalidade é proibir a utilização de robô lançador na fase de lances do pregão eletrônico:

**PROJETO DE LEI Nº DE 2011<sup>39</sup>**

(Do Dr. Ubiali)

Acrescenta o artigo 5º-A na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, para proibir a utilização de software “robôs” nos pregões eletrônicos no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”

O Congresso Nacional decreta:

<sup>37</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 6. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 268.

<sup>38</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 480.

<sup>39</sup> Disponível em: [www.camara.leg.br/sileg/default.asp](http://www.camara.leg.br/sileg/default.asp). Acesso em: 8 Nov. 2012.

Artigo 1º O artigo 5º-A da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, passa a vigorar com seguinte redação:

“Art. 5º-A. É proibido a utilização de software “robôs” ou qualquer outro programa de computador capaz de em segundos, cada lance concorrente, provocando concorrência desleal e causando a perda da isonomia no certame.”

§ 1º A infração desse dispositivo previsto neste artigo, incorrerá o infrator ou infratores, na mesma pena descrita no art. 93 da lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

O parlamentar argumenta que a Constituição da República Federativa do Brasil assegura a igualdade de condição entre os concorrentes e o Tribunal de Contas da União considera como concorrência desleal a utilização desses programas.

Na mesma esteira veio o Deputado Geraldo Resende do PMDB/MS, que, também, apresentou projeto de lei que busca proibir a utilização de robôs softwares:

**PROJETO DE LEI Nº, DE 2011**<sup>40</sup>  
(DO SR. GERALDO RESENDE)

Proíbe o uso de robôs, softwares e programas de lances nos pregões eletrônicos.

O Congresso Nacional decreta

Art. 1º Esta lei proíbe o uso de programas eletrônicos e softwares que substituem a atuação de uma pessoa em leilões públicos realizados pela internet.

Art. 2º Fica proibido o uso de programas eletrônicos e de quaisquer softwares que efetuam lances automáticos nos pregões eletrônicos e licitações públicas realizadas pela rede mundial de computadores.

Art. 3º O fornecedor interessado em participar do pregão eletrônico que utilizar os dispositivos eletrônicos de lance, conhecido como robô eletrônico, ficará suspenso de participação em licitação e impedido de contratar com a Administração Pública, por 2 (dois) anos.

O parlamentar argumenta que a empresa, ao utilizar o robô, acaba mantendo sempre o menor preço, uma vez que cadastra novas propostas, em milésimos de segundos, após a oferta de um concorrente e esta prática representa a quebra na igualdade entre os participantes.

Por tudo exposto, apesar dos artifícios utilizados por alguns licitantes para levar vantagens no certame, verifica-se que a modalidade pregão, na forma eletrônica, apresenta mais vantagens do que desvantagens e as vantagens, em face dos inúmeros benefícios carreados à aquisição eficiente e célere, acabam superando em muito as desvantagens aqui apresentadas.

---

<sup>40</sup> Disponível em: [www.camara.leg.br/sileg/default.asp](http://www.camara.leg.br/sileg/default.asp). Acesso em: 8 Nov. 2012.

### 3.5 Operacionalização do pregão eletrônico

O procedimento interno do pregão é idêntico ao procedimento adotado nas demais modalidades licitatórias da Lei nº 8666/93. Logo, a diferença ocorre na fase externa do certame, no que diz respeito à competência para o seu processamento e julgamento, uma vez que nas modalidades previstas na Lei nº 8666/93 a competência é da Comissão de Licitação e no pregão esta atribuição fica a cargo do pregoeiro.

Para operacionalizar o pregão eletrônico é necessário que alguns agentes entrem em ação, cada qual fazendo a sua parte e contribuindo de forma a não comprometer o processo licitatório. Neste contexto, cabe citar algumas atribuições e responsabilidades dos agentes que participam diretamente da operacionalização do certame licitatório:

#### a) Autoridade competente

Responsável em autorizar a abertura do certame. É designada pelo órgão ou entidade administrativa em que está lotada, representa extrajudicialmente o órgão ou entidade.

A autoridade competente deve estar sempre atenta aos princípios da Administração Pública, não descuidando, em momento algum, das obrigações relativas ao cargo e a função que ocupa, jamais pode deixar que o interesse particular sobreponha ao interesse público.

A autoridade competente reúne poderes para assumir direitos e obrigações perante terceiros, tendo a atribuição de designar, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora do certame licitatório, o pregoeiro e a equipe de apoio<sup>41</sup>.

A autoridade competente é a responsável pela condução do certame licitatório, qualquer fato que caracterize a não observação de princípios que norteiam os atos administrativos, pode caracterizar improbidade administrativa e conseqüente sanção prevista em nosso ordenamento jurídico pátrio.

Conforme assevera Jacoby Fernandes<sup>42</sup>, a autoridade competente deve integrar o escalão superior da Administração Pública e ser possuidora de hierarquia elevada, com competência e poder para requisitar o pregoeiro e a respectiva

<sup>41</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 6. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 285.

<sup>42</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 560.

equipe de apoio. Vale ressaltar que nem sempre a autoridade competente tem precedência hierárquica sobre os demais servidores do órgão ou entidade promotora da licitação. Só para exemplificar, verifica-se que em várias Organizações Militares do Exército Brasileiro o Ordenador de Despesas, com atribuição de autoridade competente na condução de um certame licitatório, nem sempre é o comandante da Organização Militar que promove a licitação.

A Lei nº 10.520/02 estabelece que a autoridade competente seja a responsável pela elaboração do edital. Contudo, a citada competência não foi estabelecida no Decreto nº 5.450/05. Vale ressaltar que o decreto não pode inovar mandamento legal, mas sim, explicitar e esclarecer a lei que regulamenta.

O fato da autoridade competente ser a responsável pela elaboração do edital, não significa que a confecção é feita por ela, mais sim que as regras e especificações ali contidas são de sua inteira responsabilidade.

O professor Niebuhr<sup>43</sup> esclarece que é lícito a autoridade competente determinar, aos seus subordinados, a elaboração das minutas do edital e dos contratos. Inclusive, em vários órgãos e entidades, existe um setor ou seção responsável pela confecção dos editais. Cumpre anotar que a elaboração dos editais, por agentes de determinado setor ou seção do órgão ou entidade, não retira da autoridade competente a responsabilidade pela realização do certame licitatório, responsabilidade esta conferida por lei. A autoridade competente responde por erro grave do pregoeiro, quando designa servidor desqualificado para o exercício da função. A necessidade de qualificação do pregoeiro está estabelecida nos decretos que regulamentam o pregão presencial e o eletrônico.

A autoridade competente detém o poder discricionário para definir o objeto a ser licitado. Contudo, esta discricionariedade não é ilimitada, vez que os seus atos devem estar sempre alinhados com o interesse público, jamais se afastando da ampla competitividade e da obtenção da melhor proposta.

A atribuição de homologar ou não o certame licitatório é da autoridade competente, a quem compete verificar a validade dos atos praticados pelo pregoeiro e a conveniência da contratação.

## **b) O pregoeiro**

---

<sup>43</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 6. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 286.

O art. 10 do Decreto nº 5.450/05 estabelece que o pregoeiro deva ser servidor do órgão ou entidade promotora da licitação ou de órgão ou entidade que integre o SISG.

O pregoeiro e a sua equipe de apoio devem possuir qualificação necessária, para o desempenho de suas atividades no processamento do certame licitatório, seja ele presencial ou eletrônico. A condução do certame é sua responsabilidade, podendo receber o auxílio de uma equipe de apoio, que não tem gerência nenhuma sobre os procedimentos licitatórios, diferente das modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/93, onde a comissão de licitação trabalha e junto com o presidente decide sobre a contratação a ser firmada pela Administração Pública.

O pregão por ser uma modalidade dinâmica acaba exigindo muita habilidade do pregoeiro, que no início da fase de lances já faz as recomendações necessárias, principalmente no que se refere à conduta dos participantes na sessão pública. O pregoeiro dispõe de autoridade para coibir qualquer ato que possa acarretar prejuízos ao bom andamento da fase externa da licitação.

No pregão presencial a fase competitiva tem o seu início no ato de credenciamento dos interessados. Depois de verificadas as credenciais, o pregoeiro declara aberta à sessão pública e começa a receber os envelopes lacrados. Nesta oportunidade, os licitantes interessados entregam ao pregoeiro um envelope contendo a proposta e outro envelope contendo os documentos necessários à habilitação. Cabe ressaltar que o envelope contendo a documentação necessária a habilitação só será aberto ao final do julgamento das propostas.

Na etapa seguinte se dá a abertura dos envelopes contendo as propostas, que serão analisadas pelo pregoeiro e sua equipe de apoio. Terminado esta etapa, o pregoeiro separa e anuncia a proposta detentora do menor preço e aquelas cujos preços não ultrapassem dez por cento da melhor proposta.

Após a classificação dos detentores das melhores propostas, tem início a etapa de lances verbais. Os lances são apresentados pelos licitantes seguindo a ordem decrescente dos valores inicialmente propostos. O pregoeiro passa para a etapa de julgamento da proposta de menor preço, quando verifica que não está mais ocorrendo redução dos lances. Cabe ressaltar a importância do pregoeiro nesta fase, pois a ele compete verificar se o detentor da melhor proposta apresenta

preço exequível ou se o preço ofertado é inexequível e, portanto, sem condições de ser honrado pelo detentor da melhor proposta.

Terminada a fase competitiva, o pregoeiro procede à abertura do envelope contendo os documentos de habilitação do licitante detentor da melhor proposta e verifica se reúne as condições de habilitação previstas no edital. Nesta etapa o licitante, após análise das condições de habilitação exigidas em edital, pode ser habilitado ou inabilitado, conforme prescreve o artigo 4º, inciso XII da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Caso reúna as condições, estabelecidas em edital, será habilitado e declarado pelo pregoeiro vencedor da licitação, caso seja inabilitado será excluído do certame e poderá ser penalizado com as sanções previstas em edital, momento em que o pregoeiro abrirá os envelopes dos demais classificados, até encontrar o licitante que atenda aos requisitos de habilitação e seja declarado vencedor do certame. Declarado o vencedor do certame o pregoeiro verifica se foi interposto recurso, não havendo recurso, o pregoeiro passa para a fase de adjudicação do certame licitatório e encaminha todo o processo à autoridade superior para fins de homologação.

Havendo recurso o pregoeiro deverá recebê-lo e oferecer prazo de três dias para o recorrente juntar as razões do recurso, devidamente fundamentada. Findo o prazo do recorrente, os demais licitantes serão intimados para apresentarem, no prazo de três dias, as contra-razões. O pregoeiro pode reconsiderar o seu ato e reconhecer do recurso. Ainda que o pregoeiro não acate as razões do recurso, deverá encaminhá-lo à autoridade competente, que poderá prover ou não o mesmo, conforme estabelece o inciso XVIII, do artigo 4º, da Lei nº 10.520/02.

No pregão o pregoeiro só faz a adjudicação quando não há recurso, caso seja interposto recurso, o pregoeiro remeterá o processo à autoridade superior, a quem compete julgar o recurso e adjudicar e homologar se for o caso. Portanto, a adjudicação e a homologação, quando provido o recurso, passam a ser atribuição da autoridade competente.

Em virtude das atribuições e responsabilidades conferidas ao pregoeiro, deve esta função ser desempenhada por agente qualificado. Inclusive, o ilustre

doutrinador Jacoby Fernandes<sup>44</sup> destaca, em sua obra, os principais atributos que o pregoeiro deve possuir no desempenho de tão nobre missão:

- 1 - apresentação pessoal;
- 2 – liderança;
- 3 - capacidade de se expressar em público;
- 4 - boa dicção;
- 5 - segurança e domínio do tema;
- 6 – conhecimento das normas que regulam o pregão; e
- 7 – conhecer os recursos de informática e o sistema que vai operar, uma vez que é o responsável pelo seu gerenciamento.

Os diversos pregões realizados no âmbito da Administração Pública demonstram que o pregoeiro, para o bom desempenho da função, deve possuir também os seguintes atributos: iniciativa, criatividade, decisão, objetividade, organização, perseverança, zelo, responsabilidade, lealdade, discrição e comprometimento.

Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>45</sup> a função do pregoeiro é gerencial, uma vez que decide conflitos de interesses entre as partes, verifica se as regras estabelecidas no edital atendem as normas em vigor, analisa e responde as impugnações interpostas por licitantes, representa a administração junto aos licitantes, sana omissões e esclarece quaisquer dúvidas com respeito à licitação.

### **c) Equipe de apoio**

Para o trabalho do pregoeiro ser coroado de êxito, necessita ele da colaboração de uma eficiente equipe de apoio, que proporcione suporte técnico necessário a sua atuação e posterior decisão. Para tanto, essa equipe deve ser constituída por servidores, com capacidade técnica suficiente, para dar o suporte necessário à obtenção da proposta que realmente vá atender ao interesse público. Para o sucesso do certame licitatório há necessidade de comprometimento de todos os atores envolvidos no processo. Seguindo esta trilha, pode-se assegurar que a equipe de apoio ao levantar os valores do bem ou serviço comum, bem como as suas especificações técnicas, acaba facilitando o trabalho do pregoeiro que, de posse desses dados, negocia melhores preços coroando de êxitos o certame

---

<sup>44</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 563.

<sup>45</sup> Ibidem, p. 573.

licitatório. A função da equipe de apoio é suprir o pregoeiro com informações necessárias de conteúdo técnico, possibilitando um resultado satisfatório aos interesses da Administração Pública. A Lei nº 10.520/2002 não estabeleceu o número mínimo ou máximo de integrantes da equipe de apoio. A sua composição será a necessária para oferecer o devido suporte ao pregoeiro, de forma a permitir uma aquisição segura, eficiente e econômica.

#### **d) O licitante**

É o responsável por todas as transações feitas em seu nome, não cabendo responsabilizar o órgão ou entidade promotora da licitação, por uso indevido de senha, ainda que por terceiros, conforme prescreve o inciso III do art. 13 da Lei nº 10.520/02.

O licitante interessado em contratar com a Administração Pública deve estar atento às operações realizadas em ambiente virtual, não cabendo alegar que foi prejudicado no certame, em razão de desconexão com o sistema ou por desatenção no recebimento e no envio de mensagens.

Antes do início de sua participação na fase de lances, o licitante deve declarar, em campo próprio do sistema eletrônico, que reúne os requisitos necessários para a habilitação e que a sua proposta atende às exigências do instrumento convocatório, conforme estabelece o parágrafo 2º, do artigo 21, do Decreto nº 5.450/05.

O art. 42 da Lei Complementar nº 123/06 confere, ao licitante microempresa ou empresa de pequeno porte, a possibilidade de apresentar a comprovação de regularidade fiscal somente na formalização do contrato com a Administração Pública, nada impedindo que apresente a referida comprovação na fase apropriada, que é a de habilitação. Não pode o pregoeiro inabilitar, de imediato, uma microempresa ou empresa de pequeno porte, em virtude de não ter apresentado certidão relativa à regularidade fiscal.

#### **e) A Assessoria Jurídica**

A assessoria jurídica tem a atribuição e a responsabilidade de analisar o processo licitatório, pelo viés jurídico, e aprová-lo se atender as formalidades

exigidas nas normas que regulam a licitação na Administração Pública Federal, conforme determina o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93.

### **3.5.1 Fases do pregão eletrônico**

O pregão eletrônico apresenta duas fases: a interna e a externa. Na fase interna a autoridade competente justifica a necessidade da contratação, estabelece os prazos para a entrega do produto ou serviço e designa o pregoeiro e a respectiva equipe de apoio. Na fase externa ocorre a convocação dos interessados, definindo-se o dia e horário da realização do pregão, com consequente operacionalização do certame.

Abaixo estão elencadas as principais etapas de cada fase de um pregão:

#### **a) Fase interna do pregão:**

- necessidade de aquisição de um bem ou serviço comum;
- definição do objeto da licitação;
- requisição do interessado com a justificativa;
- aprovação pela autoridade competente;
- verificação dos preços praticados no mercado;
- elaboração do termo de referência;
- previsão de recursos orçamentários;
- elaboração do edital e da minuta de contrato;
- apreciação e aprovação jurídica da minuta de edital e seus anexos;
- determinação da abertura da licitação;
- designação do pregoeiro e da equipe de apoio; e
- divulgação do edital.

#### **b) Fase externa do pregão:**

- credenciamento dos representantes;
- abertura da sessão pública;
- recebimento da proposta e demais documentos;
- abertura dos envelopes com proposta de preço;
- seleção baseada nos critérios estabelecidos no edital;
- divulgação do resultado;
- solicitação de oferecimento de lances;
- classificação da melhor proposta;

- negociação bilateral, para que o preço fique igual ou menor que o preço de referência.

- aceitação do preço.
- verificação da documentação do detentor da melhor proposta;
- declaração do vencedor;
- oportunidade para a intenção de recurso.

**c) Não existindo manifestação recursal:**

- imediata adjudicação feita pelo pregoeiro;
- término da sessão com a elaboração da ata;
- homologação feita pelo Ordenador de Despesas; e
- convocação para a celebração do contrato ou instrumento equivalente.

**d) Havendo recursos:**

- término da sessão com a elaboração da ata;
- julgamento do recurso e decisão;
- adjudicação pela autoridade competente;
- homologação pela autoridade competente; e
- convocação para a celebração do contrato ou instrumento equivalente.

As diversas contratações da Administração Pública deverão ser motivadas, observando a oportunidade e a conveniência na busca do interesse público<sup>46</sup>.

A requisição deve contemplar no mínimo os seguintes aspectos:

- indicação do setor requisitante;
- sucinta descrição do objeto;
- razões que indiquem a presença do interesse público;
- os preços de mercado obtidos por uma boa pesquisa de mercado; e
- indicação da autoridade competente para decidir.

Outra etapa de suma importância é a confecção do Termo de Referência, que deve ser feito pela seção ou órgão requisitante do bem ou serviço, vez que detém as informações necessárias para bem definir o objeto da licitação, de sorte a não permitir uma aquisição insatisfatória, que indique uma gestão incorreta dos recursos públicos.

É de suma importância a correta elaboração do Termo de Referência, indicando com precisão o objeto, de sorte a não deixar dúvidas quanto às

---

<sup>46</sup> GASPARINI, Diogenes. Pregão **Presencial e Eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 251.

especificações que conduzirão a uma boa aquisição. Contudo, cuidados devem ser adotados para não estabelecer especificações excessivas, desnecessárias ou irrelevantes, que acabem por conduzir ou direcionar o certame licitatório ou até mesmo acabar por frustrar todo o processo licitatório.

Assim sendo, o Termo de Referência deve incluir no mínimo os seguintes tópicos:

- detalhamento pormenorizado do objeto da licitação;
- orçamento detalhado do objeto pretendido;
- deveres do contratado e do contratante;
- o fiscal do contrato;
- prazos de execução;
- penalidades pelo descumprimento das condições estabelecidas no edital

e seus anexos.

No pregão eletrônico o licitante interessado em participar do certame licitatório, antes de entregar a sua proposta apresenta, no sistema eletrônico, a declaração de que possui plenas condições para contratar com o Poder Público. Caso o licitante declare possuir plenas condições de habilitação e por ocasião da adjudicação for comprovado que não possui, será penalizado segundo as sanções estipuladas em edital. Este procedimento, que deve ser adotado pela Administração Pública, inibe o licitante de prestar declarações falsas, vez que a sanção imposta dificulta ou até mesmo impede a sua participação em outros certames licitatórios.

Na realização operacional do pregão se dá a competição entre os diversos interessados, nesta etapa o trabalho do pregoeiro é intenso, ocasião em que deve mostrar toda a sua habilidade e eficiência na busca da proposta que melhor atenda aos interesses da Administração Pública.

No pregão eletrônico, como já dito, o sistema registra automaticamente todos os lances e fatos durante a realização do pregão. Este registro é consolidado, em atas eletrônicas, no endereço do “Comprasnet”, acessível ao pregoeiro, licitantes e quaisquer interessados em acompanhar a lisura do procedimento licitatório.

Encerrada a fase de lances, pelo sistema eletrônico, o pregoeiro passa a examinar a proposta com o menor preço, verificando se atende às exigências estabelecidas em edital.

Frisa-se que o pregoeiro pode e deve negociar com o licitante detentor da melhor proposta, com a finalidade de conseguir um preço ainda melhor para a Administração Pública, conforme prescreve o inciso XVII do art. 4º, da Lei nº 10.520/2002. Na fase de negociação, para consolidar uma melhor proposta, fica ao poder discricionário do licitante, detentor do menor preço, diminuir ou não o valor do seu produto, podendo manter o preço que o tornou vencedor do certame licitatório.

Para Bittencourt<sup>47</sup> essa negociação, para conseguir melhor preço, só deveria ser realizada após o surgimento do adjudicatário, ou seja, depois de superadas todas as fases do certame licitatório.

Apesar de respeitar a valiosa posição de Bittencourt, parece mais lógico e eficiente buscar a negociação antes da finalização do certame, uma vez que o licitante ciente que o processo está concluso e que já passou a fase de possíveis negociações, não terá interesse de reduzir os seus ganhos. Desta forma, verifica-se que o melhor momento, para o pregoeiro buscar reduzir ainda mais o preço, é o da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Após a seleção da melhor proposta é iniciada a fase de habilitação, que compreende: a habilitação jurídica, a regularidade fiscal, a qualificação técnica e econômica financeira, que comprovem ser o detentor da melhor proposta capaz de cumprir o contrato, conforme prescreve o art. 14 do Decreto nº 5.450/05.

Os requisitos de habilitação exigidos para as licitações realizadas na modalidade pregão primam pela simplicidade e objetividade, sem descuidar da eficiência e da legalidade. Inclusive, a documentação exigida para a habilitação pode ser substituída pelo registro cadastral no SICAF ou por certificado de registro cadastral, atendidos aos requisitos previstos em lei.

Como já exhaustivamente comentado, a simplicidade nas exigências para o pregão eletrônico permite que a Administração Pública realize as suas licitações em curto prazo de tempo, se comparado ao tempo despendido para as licitações previstas na Lei nº 8.666/93.

O inciso XVIII, do art. 4º, da Lei nº 10.520/2002 estabelece que o licitante pode manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, tendo o prazo de três dias para apresentar as razões do recurso. O Decreto nº 5.450/2005 determina em seu art. 11, inciso VII, que compete ao pregoeiro receber, examinar e

---

<sup>47</sup> BITTENCOURT, Sidney. **Pregão Eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 185.

decidir os recursos, devendo encaminhar a autoridade competente, caso entenda que a sua decisão não deva ser retificada.

A ausência de recursos permite ao pregoeiro realizar a adjudicação após a fase do julgamento das propostas. Cabe ressaltar que o pregoeiro só poderá adjudicar se não houver recursos, em havendo recursos a adjudicação e a homologação do resultado são feitas pelo Ordenador de Despesas. Ultrapassado o prazo legal para interposição de recursos e não havendo qualquer recurso contra a decisão do pregoeiro, pode este adjudicar o resultado do certame e encaminhar ao Ordenador de Despesas para a devida homologação.

O recurso não pode ser protelatório ou procrastinatório, mas sim alicerçado em motivos jurídicos que justifiquem a sua pretensão. A manifestação de recorrer é feita de imediato no próprio sistema, assim que o pregoeiro declara o vencedor do certame, antes de realizada a adjudicação.

Conforme entendimento de Gasparini<sup>48</sup> na interposição dos recursos verifica-se a presença de pressupostos objetivos e de pressupostos subjetivos:

**1) pressupostos objetivos:**

- a) existência de norma prevendo o recurso,
- b) interpor o recurso tempestivamente; e
- c) cumprir as formalidades previstas na Lei nº 10.520/02 e no Decreto nº 5.450/05.

**2) pressupostos subjetivos:**

- a) legitimidade para interpor o recurso; e
- b) interesse para interpor o recurso.

A faculdade para interpor recurso é exclusiva do licitante e não de pessoas do povo ou agentes do poder público.

Segundo nos ensina Gasparini<sup>49</sup>:

A legitimidade tem a ver com a pertinência subjetiva para o recurso. A lei conferiu a faculdade recursal ao licitante. Não o fez em relação ao Ministério Público e nem tampouco a qualquer um do povo. Membro do controle interno ou de Corte de Conta, servidores em geral, enfim. A ninguém que não o licitante foi conferido o poder de deflagrar o recurso. Se qualquer do povo pretende a revisão de um ato praticado no procedimento, assiste-lhe o direito de representação, mas não lhe confere a lei o direito ao recurso. É a sistemática constitucional.

---

<sup>48</sup> GASPARINI, Diogenes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 369-370.

<sup>49</sup> GASPARINI, Diogenes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 371.

Ao receber o recurso o pregoeiro deve verificar se o mesmo reúne os pressupostos legais e se foi interposto tempestivamente, conforme prescreve o art. 26 do Decreto nº 5.450/05<sup>50</sup>.

Em verdade o pregoeiro não decide sobre o recurso, mas simplesmente pode se valer do juízo de retratação, evitando que o recurso seja encaminhado à autoridade competente, que detém o poder para proferir decisão final. O art. 4º da Lei nº 10.520/02 e o art. 8º do Decreto nº 5.450/05, prescrevem que o provimento ou não do recurso é competência da autoridade superior.

O professor Gasparini<sup>51</sup> sugere, ao pregoeiro e/ou autoridade superior, se valer de assessoria jurídica para preparar resposta mais bem elaborada ao recurso interposto pelo licitante, vez que as matérias levantadas em sede de recurso, normalmente, são de cunho jurídico.

O recurso não pode ser fluido, tem que ter densidade, ou seja, interesse respaldado na legitimidade e na legalidade, o inconformismo do licitante pela não aceitação de sua proposta, não justifica a interposição de recurso. Gasparini<sup>52</sup> considera uma impropriedade a expressão intenção de recorrer, vez que o licitante recorre ou não recorre dos atos praticados pelo agente da Administração Pública.

O licitante tem três dias para apresentar as razões do seu recurso, nada impede que essas razões sejam apresentadas com menos de três dias. Assim que as razões de recurso são apresentadas ao pregoeiro, este abre prazo de até três dias úteis para os demais licitantes apresentarem as contra razões. Para a Administração Pública é de grande valia que os demais licitantes apresentem as contra razões, uma vez que se constitui em valiosa ferramenta de auxílio ao pregoeiro, que de posse das defesas apresentadas, pode reforçar ou até mesmo aprimorar a sua resposta ao recurso.

O pregoeiro só deve receber o recurso, estando presentes os pressupostos recursais. Ausente os pressupostos, pode o pregoeiro rejeitar o recurso e encaminhá-lo à autoridade competente para decidir, vez que a esta compete à palavra final no âmbito administrativo<sup>53</sup>.

Segundo o TCU, o exame da admissibilidade do recurso foi atribuído ao pregoeiro, enquanto o exame de mérito, caso seja ultrapassada a primeira fase,

---

<sup>50</sup> Decreto nº 5.450 de 31 de maio de 2005.

<sup>51</sup> GASPARINI, Diogenes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 375.

<sup>52</sup> Ibidem, 379.

<sup>53</sup> GASPARINI, Diogenes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 384.

constitui atribuição da autoridade superior, conforme prescreve o inciso IV do art. 8º do Decreto nº 5.450/2005.

O art. 7º, inciso III, do Decreto nº 3.555/2000, estabelece que a competência para julgar recursos, contra atos praticados pelo pregoeiro, é da autoridade superior e que o julgamento do recurso interposto não confere efeito suspensivo, conforme estabelece o art. 11, inciso XVIII, da já citada norma regulamentar.

Vale ressaltar que a decisão do pregoeiro, de não reconhecer o recurso, não viola o princípio do contraditório e da ampla defesa, uma vez que de sua decisão cabe recurso à autoridade competente. Desse modo, negado seguimento à manifestação da intenção de recorrer, pode o interessado interpor recurso contra ato do pregoeiro, o qual será examinado pela autoridade competente, sem, contudo, interromper o prosseguimento normal do procedimento licitatório.

Na fase de homologação os atos praticados pelo pregoeiro estão sujeitos à ratificação ou não da autoridade competente, que verificando qualquer irregularidade determinará a correção jurídica dos mesmos ou, verificando vícios, determinará a anulação dos atos praticados com vícios insanáveis.

O licitante insatisfeito com a decisão da autoridade competente poderá recorrer ao Poder Judiciário.

O Ordenador de Despesas, ao receber o processo licitatório para a homologação, pode adotar as seguintes medidas:

1 - homologar o resultado do certame licitatório;

2 - anular o resultado em virtude de vício insanável;

3 - revogar a licitação por julgar inconveniente ou inoportuna a contratação, em virtude do surgimento de causa superveniente devidamente justificada.

Por fim, realizada a homologação será o licitante declarado vencedor do certame e convocado, pela autoridade competente, para a assinatura do respectivo contrato.

Ainda que concluído o certame licitatório, pode o Ordenador de Despesas revogar ou anular o processo licitatório. O certame licitatório poderá ser revogado, quando ocorrer fato superveniente que prejudique o interesse público. Será anulado quando verificado qualquer ilegalidade na condução do certame licitatório. O Ordenador de Despesas não pode anular ou revogar a licitação já concluída,

sem permitir ao licitante vencedor o exercício do seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

#### **4 CONTROLE E FISCALIZAÇÃO NA GESTÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS**

Segundo Santana<sup>54</sup> o fato do dinheiro e do patrimônio público não pertencer ao servidor, acaba aumentando a sua responsabilidade na gestão dos recursos públicos, que devem necessariamente ser empregados em proveito da sociedade:

O dinheiro e o patrimônio que o administrador público gasta e administra não lhe pertence. É fruto do trabalho de todos e serve para a manutenção do Estado, para que este assegure a coesão social e promova a satisfação dos interesses da sociedade que o compõe.

O Estado recebe, então, dinheiro e patrimônio que é da sociedade, sendo mero gestor do que é de todos. Nada mais correto que preste conta de tudo o que recebe, de seus gastos e da necessidade de realização das despesas apresentadas. E não somente preste contas, mas que a todo instante se submeta a fiscalização e correção, que são apenas duas das diversas faces do controle.

As licitações realizadas pela Administração Pública são submetidas ao controle e fiscalização do Poder Legislativo, do Ministério Público, dos Tribunais de Conta, do Poder Judiciário e de qualquer cidadão que busque esclarecimentos dos atos praticados, por quem tem o dever e a obrigação de bem gerir o patrimônio público<sup>55</sup>.

O administrador público na gestão do bem público não age segundo os seus interesses, mas sim, em conformidade com o interesse público. O servidor público tem o dever de bem utilizar o patrimônio, valores ou dinheiro público sob a sua responsabilidade, pautando a sua conduta em atos de responsabilidade, competência, probidade administrativa e eficiência.

Qualquer cidadão que verificar desvio de finalidade, em ato praticado por servidor público, deve denunciá-lo ao órgão competente. Verificados favorecimentos indevidos, em processos licitatórios, a representação será feita junto ao Tribunal de Contas da União ou dos Estados da federação.

Os servidores que trabalham na Seção de Licitações e Contratos (SLC) das diversas Organizações Militares do Exército Brasileiro, estão atentos às orientações e recomendações editadas pelas Inspetorias de Contabilidade do Exército, que realizam inspeções periódicas, verificando a forma como está sendo

<sup>54</sup> SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão Presencial e Eletrônico: Manual de Implantação, Operacionalização e Controle**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 429.

<sup>55</sup> Idem.

realizada a gestão dos recursos públicos. Em Brasília, a 11ª Inspeção de Contabilidade do Exército<sup>56</sup>, órgão de controle interno do Exército Brasileiro, fez as seguintes recomendações quanto ao fracionamento de despesas:

1. Considerando a relevância do tema e com a finalidade de atualização de conhecimentos e orientações, bem como evitar o fracionamento de despesas esta ICFEx solicita à suas UG vinculadas que por ocasião das suas obras, serviços e compras de materiais efetuados, observem o que prescreve a lei 8666/93, em especial os art. 14, art. 15, inc. II, IV e §§ 1º a 4º (regulamentado pelo dec.3.931/2001) e § 7º, art 22, art. 23, §§ 1º e 2º e 5º e art. 24, inc. I e II e acórdãos do TCU.

2. Nesse sentido, caracterizar-se-á fracionamento ou fragmentação de despesas a ocorrência dos seguintes fatos:

- aquisição sistemática de produtos de mesma natureza, em pequenos intervalos de tempo e em processos distintos, sem a observância da modalidade de licitação cabível para o total;

(...)

- Fragmentação de despesas com o intuito de eximir-se do processo licitatório, quando da contratação de serviços, com a mesma empresa.

3. Infere-se, portanto, que o fracionamento ou fragmentação de despesas se caracteriza quando se divide a despesa para utilizar modalidade de licitação inferior à recomendada pela legislação para o total da despesa, ou contratação direta fundamentada no art. 24, I ou II da lei de licitações e contratos.

Dessa forma, o espírito da lei, ao repelir o fracionamento ou fragmentação de despesas com o fito de fugir à modalidade correta de licitação ante o valor envolvido, vislumbra pacificamente compras ou serviços de maior vulto que, por exemplo, indicariam modalidades como tomada de preços ou concorrência e, furtivamente, são contratados fracionadamente sob modalidade inferior, como, por exemplo, sucessivos convites em lugar de tomada de preços para compras dos mesmos bens num único exercício financeiro, cerceando a competitividade que a legislação persegue para o processo licitatório.

Ressalte-se que tais fatos ocorrem pela ausência de planejamento do quanto vai ser efetivamente gasto no exercício para a execução de determinada obra, ou a contratação de determinado serviço ou ainda a compra de determinado produto.

Pode-se observar que o Exército Brasileiro, por meio das suas Inspetorias de Contabilidade distribuídas pelo extenso território nacional, atua com seus órgãos de controle interno não só por meio da fiscalização dos atos praticados pelos gestores de recursos públicos, mas também por medidas de oportuna orientação, de modo que as suas unidades, com autonomia administrativa, estejam sempre atuando em estrito cumprimento e observação às normas em vigor. A adoção de medidas preventivas, por meio de visitas de orientação das Inspetorias de Contabilidade, evita dissabores e desgastes presentes nas medidas corretivas, que normalmente são acompanhadas de punições ao infrator da norma.

---

<sup>56</sup> Mensagem nº 263-S/2 do Chefe da 11ª ICFEx de 8 de setembro de 2009.

## **5 POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO MAIOR PREÇO NO PREGÃO**

Não existe previsão legal para realizar uma alienação utilizando a modalidade pregão, uma vez que esta modalidade é realizada para efetivar compras de bens e serviços comuns de interesse da Administração. A vedação é reforçada pela própria natureza do pregão, que busca a proposta de menor preço, diferente da alienação que busca a proposta mais vantajosa, ou seja, a de maior preço.

A utilização do pregão para alienação ou exploração de bens, acaba conduzindo à adoção do critério de maior valor ou melhor oferta, bem parecido com o objetivo pretendido pelo leilão.

A norma jurídica deve ser interpretada segundo a sua finalidade principiológica, não podendo o Administrador Público se afastar dos princípios basilares que regem todos os processos licitatórios.

A legislação do pregão, ao estabelecer que a aquisição do bem ou serviço comum deva ser pelo critério do menor preço, buscou atender ao princípio da economicidade e ao princípio da eficiência administrativa. Os atos administrativos devem atender aos princípios esculpidos em nossa carta magna e o princípio da eficiência está no mesmo patamar dos outros princípios, onde todos em harmonia levam ao alcance do interesse público.

A Administração Pública Gerencial inovou e revolucionou a administração como um todo, quando implantou uma sistemática moderna, eficiente, objetiva, desburocratizada e voltada para o interesse social e o bem comum.

É de se considerar que novas práticas, em licitações públicas, desde que atendam aos princípios que norteiam a boa administração, devem ser inseridas no ordenamento jurídico pátrio, desde que harmonizadas com o interesse público, objetivo principal do Estado. Seguindo esta linha de raciocínio, a utilização do pregão para a alienação de um bem ou de um serviço pode proporcionar melhores resultados, para a Administração Pública, se comparados aos resultados obtidos utilizando as modalidades previstas na Lei Geral de Licitações e Contratos.

Alguns acórdãos do Tribunal de Contas tratam de situações, em que foi adotado o pregão, utilizando a melhor oferta: acórdãos nº 1315/2006, nº 3042/2008 e nº 2844/10-P.

O Acórdão 3042/2008 tratou de consulta formulada ao Tribunal de Contas da União, pelo Ministro de Estado da Previdência Social, que questionou sobre a possibilidade do INSS realizar certame licitatório, junto às redes bancárias, com a finalidade de ser retribuído financeiramente, pela folha de pagamento dos seus beneficiários, ao invés de pagar pelos serviços dos bancos. O INSS questionou, também, a possibilidade de utilização da modalidade pregão com tipo maior preço, para registro formal de preços, com o objetivo de alienação da folha de pagamento da Previdência Social.

Foram realizadas pesquisas à época, sendo constatado que diversos governos estaduais e municipais, além da Câmara Federal, executaram junto à rede bancária leilões ou pregões, com o objetivo de vender as respectivas folhas de pagamentos de seus servidores, conforme consta em matéria publicada no Estado de São Paulo, em 26 de novembro de 2007.

A modalidade pregão foi escolhida pelo INSS, em virtude da possibilidade jurídica de caracterização do objeto da licitação como um bem comum, nos termos do art. 1º da Lei nº 10.520/2002, bem como da necessidade de contratar o maior número possível de instituições financeiras, buscando a manutenção da capilaridade, bem como a qualidade de atendimento da rede da Previdência Social. A modalidade leilão não foi considerada pelo INSS como a melhor opção, haja vista apresentar como resultado apenas um licitante vencedor, aquele que oferece o maior lance, conforme prescreve o art. 22, §5º c/c art. 45, §1º, IV da Lei nº 8.666/93. Ao encaminhar a consulta ao TCU o INSS destacou a vontade de ter como resultado um conjunto de ofertas ordenadas para registro de preços, observando a ordem de preferência, o que não é permitido pelo leilão, uma vez que na fase de lances do leilão só é permitido ao licitante cobrir a melhor oferta apresentada.

Ao examinar e emitir o seu posicionamento, a Corte de Contas da União estabeleceu importante entendimento à consulta formulada pelo Ministério da Previdência Social, conforme Acórdão 3042/2008<sup>57</sup>:

**Acórdão 3042/2008 - Plenário**

[...]

É o relatório.

**Voto do Ministro Relator**

Trago à apreciação deste Plenário consulta formulada pelo Exmo. Ministro de Estado da Previdência Social, José Pimentel, em que são apresentados ao Tribunal os seguintes questionamentos:

---

<sup>57</sup> Acórdão do Tribunal de Contas nº 3042/2008.

[...]

b) seria possível utilizar-se da modalidade pregão com tipo maior preço, na forma da alínea anterior, para registro formal de preços, visando à alienação da "folha de pagamento da Previdência Social", levando-se em consideração a política pública do governo federal no sentido de manter ou ampliar a atual rede de pagamento aos beneficiários?

[...]

19. Serviços bancários podem, sem embargo, ser considerados "serviços comuns", de conformidade com especificações usuais de mercado, e a operacionalização do pagamento de benefícios previdenciários não refoge dessa conceituação.

20. Assim, em tese, a contratação de tal serviço pode ser promovida por meio de pregão.

[...]

21. O consulente questiona se seria possível utilizar-se da modalidade pregão com tipo maior preço, para registro formal de preços, visando à alienação da "folha de pagamento da Previdência Social", levando-se em consideração a política pública do governo federal no sentido de manter ou ampliar a atual rede de pagamento aos beneficiários.

22. Entendo que a resposta deve ser afirmativa. O fato de não estar previsto no regulamento do pregão o tipo "maior preço" não impede que haja inovação no procedimento, dada a natureza e complexidade do objeto a ser contratado e os constantes posicionamentos assumidos por esta Corte Maior de Contas ao considerar a dimensão do princípio da eficiência, sua aplicação ao caso concreto e o interesse público.

[...]

25. Inclino-me por seguir o entendimento do renomado doutrinador quanto à possibilidade de inovações nos procedimentos licitatórios. Em que pese meu entendimento quanto à obrigatoriedade de licitar para o objeto da consulta, a obtenção da proposta mais vantajosa, do mais eficiente resultado para a Administração, pode exigir soluções procedimentais que não se encontram devidamente positivadas na lei, até porque não é razoável supor a existência de normativo que contemple todas as situações fáticas possíveis no mundo real, cabendo ao gestor se valer da analogia, como exemplifica o artigo 142 da Lei nº 11.101/2002, versando sobre a realização de ativo de empresa submetida a Processo de falência, em que o legislador reconhece a possibilidade de alienação de ativo por pregão, inaugurando uma modalidade híbrida de licitação, qual seja, pregão do tipo maior valor ofertado.

(...)

28. Em que pese ser reconhecida a falta de regulamentação do tema, com diversos entes procedendo à alienação de suas folhas de pagamento, o TCE/SP, em procedimento similar à questão ventilada na presente consulta, tendo como arrimo os princípios da vantajosidade e do atendimento do interesse público, entendeu cabível a operacionalização de procedimento licitatório na modalidade pregão, do tipo "maior preço", para alienação da gestão financeira da folha de pagamento dos servidores.

Desse modo, acolhendo parcialmente e com pequenos ajustes a proposta na unidade técnica, Voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à elevada apreciação deste Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 10 de dezembro de 2008.

AUGUSTO NARDES

Relator

#### **Acórdão**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Consulta formulada pelo Ministro de Estado da Previdência Social, versando acerca da possibilidade do INSS realizar procedimento licitatório junto à rede

bancária com vistas à prestação de serviços relativos à folha de benefícios da previdência social,  
ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.1.2. a adoção de critério de julgamento de propostas não previsto na legislação do Pregão, do tipo maior valor ofertado para o objeto mencionado no item anterior, somente seria admissível, em princípio, em caráter excepcional, tendo em vista o relevante interesse público da aplicação deste critério alternativo para o atingimento dos objetivos institucionais do ente público e como mecanismo concretizador do princípio licitatório da seleção da oferta mais vantajosa para a Administração. Tal especificidade deve obrigatoriamente ser motivada e justificada pelo ente público no Processo relativo ao certame, além de ter demonstrada sua viabilidade mercadológica;

9.2. arquivar o presente Processo

#### **Quorum**

13.1. Ministros presentes: Walton Alencar Rodrigues (Presidente), Marcos Vinícios Vilaça, Valmir Campelo, Ubiratan Aguiar, Benjamin Zymler, Augusto Nardes (Relator), Aroldo Cedraz e Raimundo Carreiro.

13.2. Auditor convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Auditores presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

As relações sociais e econômicas, estabelecidas entre o poder público e o particular, vivem em constantes mudanças que, necessariamente, devem acompanhar a evolução da sociedade.

Neste sentido, verifica-se que o acórdão do TCU não vedou a adoção de procedimentos inovadores, que revelaram a importância do princípio da eficiência e a sua aplicação ao caso concreto, tudo voltado ao interesse público.

Ao adotar o pregão, na obtenção de maior lance, para a venda de folhas de pagamento de servidores, o Tribunal de Contas da União entendeu que a norma jurídica deve ser interpretada de acordo com a sua finalidade principiológica. Inclusive, um dos princípios basilares nas licitações públicas é a busca da proposta mais vantajosa para a Administração e a igualdade de condições a todos os participantes, tudo direcionado a atender os princípios da eficiência, economicidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, previstos na Constituição Federal e presentes na teoria geral do Direito Administrativo.

Entendeu o Tribunal de Contas da União que a pretensão do INSS de vender a sua folha de pagamento, utilizando uma modalidade que reúne as melhores condições para se obter melhor proposta, foi uma opção acertada.

No caso submetido ao crivo do TCU, verifica-se que a escolha da modalidade pregão foi a mais adequada e a mais eficiente para a venda da folha de pagamento do INSS, acredita-se que a adoção de outra modalidade não levaria a Administração Pública à obtenção de melhor proposta.

Apesar do pregão ter sido estruturado para a obtenção do menor preço e não do maior preço, na situação posta a colação a sua adoção proporcionou melhor preço, com conseqüente obtenção de melhor proposta para a Administração Pública.

Para o Tribunal de Contas da União, o critério maior oferta só deve ser adotado se for viável do ponto de vista mercadológico. Inclusive, a realização de pregão com critério de julgamento não previsto na legislação, somente pode ser admitido em caráter excepcional, levando-se em conta o relevante interesse público na aplicação deste critério alternativo.

Por tudo exposto nota-se que a não previsão do tipo "maior preço" no regulamento do pregão, não se constituiu em fator impeditivo que pudesse isolar o interesse público e o princípio da eficiência, em respeito e idolatria ao princípio da legalidade. Todos os princípios possuem a mesma importância e estão no mesmo patamar, não devendo ser destacado um princípio em detrimento de outro.

Adotando uma interpretação mais abrangente e afastada do excessivo formalismo, o órgão fiscalizador apreciou o mérito da questão, verificando o interesse e a eficiência do ato administrativo no contexto de uma Administração Pública Gerencial, voltada para atender o interesse público e pautando seus procedimentos dentro da razoabilidade e da viabilidade.

## 6 LEI X DECRETO – HARMONIA OU ATRITO

A Lei nº 10.520/02<sup>58</sup> traz poucos dispositivos que tratam do pregão eletrônico, sendo o mais significativo o constante do § 1º do art.2º, ao estabelecer que o pregão pode ser realizado com o auxílio dos recursos da tecnologia da informação.

Desta forma, o § 1º do art. 2º da Lei nº 10.520 delegou ao Chefe do Executivo Federal competência para elaborar um Decreto, com a finalidade de regulamentar o pregão eletrônico.

Surge, então, o Decreto nº 5.450/2005 que além de regulamentar o pregão eletrônico acabou criando direitos e obrigações não especificadas na Lei nº 10.520/2002. Vale lembrar que criar direitos e obrigações constituem matéria de competência legislativa e não de competência executiva. É sabido, também, que o decreto tem por objetivo complementar uma lei e não invadir matéria de competência de lei.

A Constituição da República Federativa do Brasil<sup>59</sup> prescreve, em seu inciso IV do art. 84, que compete privativamente ao Chefe do Executivo Federal sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

A delegação de competência legislativa só pode ocorrer por meio de Lei Delegada e não por meio de Lei Ordinária, conforme ocorreu com a Lei Ordinária nº 10.520/2002. A nossa Carta Magna não deixa dúvidas ao estabelecer, em seu art. 68, que as leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. Desta forma, não poderia o Chefe do Executivo Federal, por meio de decreto, estabelecer toda a sistemática do pregão eletrônico, uma vez que matéria que trata sobre licitação deve ter as suas regras gerais estabelecidas por lei.

Não serão objetos de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal.

Só para corroborar com a colocação feita, vejamos o entendimento do ilustre doutrinador Niebuhr<sup>60</sup>:

<sup>58</sup> Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002.

<sup>59</sup> Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>60</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 4. ed. Curitiba: Zênite Editora, 2006, p. 291.

Que se diga com clareza: todos os decretos sobre pregão eletrônico produzidos no país, são inconstitucionais, porquanto a delegação legislativa prescrita no § 1º do art. 2º da Lei 10.520/02 atenta ao procedimento enunciado no artigo 68 da Constituição Federal, bem como importa em edição por parte do Executivo de decretos que inovam a ordem jurídica, chamados decretos autônomos, o que é expressamente vedada pelo inciso IV do artigo 84, também da Constituição Federal. Esses decretos são manifestamente inconstitucionais e só produzem eficácia porque infelizmente foram produzidos num país cujas instituições e cujo povo curvam-se a toda a sorte de atentados à Constituição Federal.

Outra discrepância é a inconsistência jurídica do Decreto nº 5.450/2005<sup>61</sup>, ao estabelecer no caput do art. 4º, que as licitações para aquisições de bens e serviços comuns adotem obrigatoriamente a modalidade pregão, de preferência na forma eletrônica, já o parágrafo primeiro do mesmo artigo, prescreve que o pregão eletrônico só não deve ser utilizado se for inviável.

Estranho ao observar que o caput do artigo 4º estabelece a preferência pela utilização do pregão eletrônico, já o seu parágrafo 1º determina a sua obrigatoriedade. A preferência conduz a juízo de conveniência e adequação, conforme bem ressalta Niebuhr<sup>62</sup>, já o obrigatório tem caráter impositivo.

O parágrafo complementa a idéia do caput e não deve introduzir nova idéia e muito menos entrar em conflito com ele. Não pode o parágrafo estabelecer conceito contrário ao seu caput, criando divergência que acaba confundindo o aplicador da norma, em vez de esclarecer.

A redação proposta no art. 4º do Decreto nº 5.450/2005 obriga a administração direta federal utilizar o pregão eletrônico, pois o presencial só pode ser utilizado em ocorrendo inviabilidade da forma eletrônica. Inviável conduz a algo que não possa ser executado em razão da sua impossibilidade.

Niebuhr<sup>63</sup> adotou o seguinte posicionamento com relação ao conflito existente, em um mesmo artigo, no Decreto nº 5.450/2005:

Daí avulta a contradição referida entre o caput do artigo 4º do Decreto Federal nº 5.450/05 e o seu §1º. Trocando-se em miúdos: o caput prescreve que o pregão eletrônico é preferencial, o que significa dizer que ele, conquanto viável, pode deixar de ser utilizado desde que se mostre inconveniente. Já o §1º do mesmo artigo 4º, de forma contrária, prescreve que o pregão eletrônico somente pode deixar de ser utilizado se for inviável, ou seja, impossível de ser realizado; prescreve, então, que, ainda que o pregão eletrônico seja inconveniente, se ele for viável, deve ser realizado.

<sup>61</sup> Decreto nº 5.450 de 31 de maio de 2005.

<sup>62</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 4. ed. Curitiba: Zênite Editora, 2006, p. 307.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 308.

Para Jacoby Fernandes<sup>64</sup> a obrigatoriedade do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, conforme prescreve o Decreto nº 5.450/2005, pode ser interpretada de duas formas. A primeira seria por sua ilegalidade e a segunda por sua legalidade. Considerando que o decreto tem por finalidade explicitar o conteúdo de uma lei e não inovar os seus mandamentos, verifica-se que a primeira possibilidade seria a de nulidade da regra estabelecida no Decreto nº 5.450/2005 que inovou a ordem jurídica, vez que a Lei nº 10.520/2002 facultou e não obrigou a utilização do pregão. A segunda possibilidade de interpretação assegura a legalidade da regra estabelecida em decreto, uma vez que o Chefe do Poder Executivo Federal, por meio do poder hierárquico, pode limitar a discricionariedade dos órgãos e agentes a ele subordinados.

O Decreto nº 5.450/2005 em vários momentos entra em confronto com a Lei nº 10.520/2002, a quem deveria regulamentar e jamais regular direitos e obrigações nela não previstos.

Outra divergência diz respeito às atribuições da autoridade competente elencadas na Lei nº 10.520/2002, uma vez que não são as mesmas previstas no Decreto nº 5.450/2005.

A Lei nº 10.520/2002<sup>65</sup> estabeleceu as seguintes atribuições e obrigações de responsabilidade da autoridade competente:

- a) justificar a necessidade de contratação;
- b) definir o objeto do certame;
- c) definir as exigências necessárias à habilitação;
- d) determinar os critérios para a aceitação das propostas;
- e) determinar as penalidades por descumprimento das condições estabelecidas no edital e seus anexos; e
- f) estabelecer as cláusulas contratuais.

O art. 8º do Decreto nº 5.450/2005<sup>66</sup> também trata da responsabilidade da autoridade competente na execução do pregão eletrônico, estabelecendo que a ela compete: designar e solicitar, junto ao provedor do sistema, o credenciamento do pregoeiro e dos componentes da equipe de apoio; indicar o provedor do sistema; determinar a abertura do processo licitatório; decidir os recursos contra atos do

<sup>64</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 507.

<sup>65</sup> Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002.

<sup>66</sup> Decreto nº 5.450 de 31 de maio de 2005.

pregoeiro quando este mantiver sua decisão; adjudicar o objeto da licitação, quando houver recurso; homologar o resultado da licitação e celebrar o contrato.

Nas atribuições de responsabilidade da autoridade competente, previstas no art. 8º do Decreto nº 5.450/2005, não consta à responsabilidade pela elaboração do edital. Neste sentido, o Decreto nº 5.450/2005 que tem por finalidade regulamentar a Lei nº 10.520/2002, acaba alterando as atribuições da autoridade competente e retirando as responsabilidades conferidas pela Lei nº 10.520/2002<sup>67</sup>.

Outra desarmonia entre o Decreto nº 5.450/200 e a Lei nº 10.520/2002 diz respeito à designação do pregoeiro e da equipe de apoio. O art. 10 do Decreto nº 5.450/2005 entra em contradição com o inciso IV da Lei nº 10.520/2002, vez que a norma regulamentar estabelece que o pregoeiro e a equipe de apoio possam ser de outro órgão, que não o promotor da licitação, desde que esse órgão integre o SISG, já a norma legal prescreve que o pregoeiro e sua equipe de apoio sejam do órgão promotor da licitação. Logo, é de fácil percepção que a previsão do art. 10 do Decreto nº 5.450/2005 contraria a lei que regulamenta, sendo a princípio ilegal, pois deixa de atender aos princípios basilares do Direito, uma vez que decreto não pode alterar texto previsto em lei.

Niebuhr ressalta, em sua obra, que em havendo contradição ente a lei e o decreto que a regulamenta, prevalece à lei<sup>68</sup>.

Outra inconstitucionalidade, presente no Decreto nº 5.450/2005, é a exigência de registro cadastral no SICAF para a participação do licitante em pregão eletrônico, previsão esta não inserida na Lei nº 10.520/2002. Com isso, verifica-se mais uma vez que o decreto que regula o pregão eletrônico inovou a ordem jurídica e norma regulamentar não tem o poder para inovar ordem jurídica. Decretos não devem alterar matéria já disciplinada em lei, mas sim explicitar, regulamentar, detalhar o já determinado em lei.

Segundo Niebuhr<sup>69</sup> todos os decretos que regulam o pregão eletrônico são inconstitucionais, apesar do judiciário e dos órgãos de controle não admitirem a inconstitucionalidade. São inconstitucionais porque invadem matéria de competência de lei, inovam a ordem jurídica, criam sistemáticas próprias para o pregão eletrônico que não estão previstas na Lei nº 10.520/2002.

<sup>67</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 4. ed. Curitiba: Zênite Editora, 2006, p. 314.

<sup>68</sup> Ibidem, p. 315.

<sup>69</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 4. ed. Curitiba: Zênite Editora, 2006, p. 340.

Por tudo exposto, verifica-se que o Decreto nº 5.450/2005, apesar de ter a roupagem de norma regulamentar, passou de fato a tratar de matéria de competência legislativa.

## **7. AMPLITUDE NA APLICABILIDADE DA MODALIDADE PREGÃO, NA FORMA ELETRÔNICA**

Na atual conjuntura pode-se assegurar que o pregão, na forma eletrônica, é a modalidade que proporciona as melhores condições para as diversas aquisições de interesse da Administração Pública.

Muitas empresas buscam impugnar pregões, sob a alegação de que o objeto ou o serviço não são comuns, alegando necessidade de melhor técnica. Contudo, a finalidade principal da impugnação pode estar voltada para a restrição do espectro de participantes, uma vez que a diminuição da competitividade aumenta a probabilidade de determinado licitante se sagrar vencedor.

O aumento da competitividade acaba reduzindo a chance de determinado fornecedor apresentar a melhor proposta para a Administração Pública. Só para

corroborar vamos ao seguinte exemplo: “100(cem) adolescentes disputam 20 (vinte) vagas na escolinha do Time Azul e 5.000(cinco mil) adolescentes disputam 20 (vinte) vagas no Time Verde. Neste caso, a probabilidade de ser selecionado no Time Azul é bem superior à probabilidade de ser selecionado no Time Verde. Inclusive, teoricamente o Time Verde terá maior chance de selecionar jogadores de melhor nível, haja vista ter ampliado a sua competitividade.”

Pelo exposto, verifica-se que o aumento da competitividade leva, geralmente, ao alcance de melhor proposta. A modalidade licitatória que conduz a uma maior amplitude da competitividade é o pregão, na forma eletrônica. Para muitos a adoção do pregão não proporciona aquisições de qualidade. Contudo, percebe-se que o problema não está na modalidade licitatória escolhida, mas sim no referenciamento do material ou serviço, por ocasião da elaboração do edital. O edital deve especificar bem o objeto pretendido, sob pena de dificultar ou até mesmo impossibilitar uma boa aquisição. A Administração só deve tomar o cuidado para não estabelecer exigências excessivas, que possam direcionar a vitória do certame para um fornecedor específico, seja de produto ou de serviço, o que é vedado pelas normas em vigor.

Deste modo, a autoridade competente atendendo ao princípio da razoabilidade, pode considerar o bem ou serviço comum e, portanto, licitar por meio do pregão, modalidade que amplia em muito a competitividade.

Nesta esteira do inovador, do razoável e da primazia do interesse público, vem o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, julgar uma apelação referente a ação proposta, pelo Sindicato das Empresas de Serviço de Informática do Distrito Federal – SINDESEI, que teve por objeto o questionamento da modalidade licitatória adotada pelo Tribunal de Contas da União.

O Sindicato buscou impugnar um certame licitatório sem, contudo, apresentar fatos que pudessem provar que a modalidade licitatória escolhida não foi a mais adequada. A apelação interposta, pelo Sindicato das Empresas de Serviço de Informática do Distrito Federal – SINDESEI, teve por finalidade reformar a sentença que indeferiu a inicial e julgou extinto, sem exame de mérito, por superveniente falta de interesse processual no mandado de segurança, que objetivou anular o Pregão Eletrônico nº 85/2007-TCU.

A SINDESEI sustentou que o certame tinha por objetivo contratar empresa para prestação de serviços de informática “sob medida”, não sendo estes serviços

considerados comuns, sendo, portanto, indevida a utilização da modalidade licitatória “pregão”. Entendeu a SINDESEI que a modalidade licitatória correta deveria comportar o tipo técnica e preço, uma vez que o pregão, na área de informática, somente se aplica aos serviços de manutenção ou digitação, conforme prescreve o Decreto nº 3.555/00. Ressaltou, ainda, que à Administração não é dada à discricionariedade para utilizar o pregão, em situações não elencadas expressamente na norma que regulamentou a Lei nº 10.520/02, inclusive, o rol constante do Anexo II do Decreto nº 3.555/00 é taxativo.

Vejamos o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região no julgamento da Apelação Cível nº 2007.34.00.035118-9/DF<sup>70</sup>:

#### MÉRITO

O impetrante representa empresas de informática do Distrito Federal. Insurge-se contra a modalidade de licitação adotada pelo TCU para a contratação de serviços técnicos especializados na área de tecnologia da informação (TI).

(...)

No caso em exame, o Sindicato impetrante está, supostamente, defendendo seus associados de violação a direito líquido e certo, consubstanciada na adoção, pelo TCU, de pregão como modalidade licitatória para contratação de serviços de TI.

(...)

Adota-se, no julgamento e classificação das propostas no pregão, o critério único de menor preço, nos termos do art. 4º, X, da Lei nº 10.520/02. A parte impetrante propugna que o objeto licitado pelo TCU demanda modalidade que propicie a adoção do tipo “técnica e preço”, constante do inciso III do § 1º do art. 45 da Lei nº 8.666/93.

(...)

Diz a doutrina que uma das vantagens do pregão em relação a outras modalidades de licitação é a ampliação do universo de licitantes: “especificamente no tocante ao pregão eletrônico, verifica-se a desnecessidade de comparecimento no local em que se processa o certame. A possibilidade de competir por meio de propostas e lances apresentados pela Internet abre oportunidades para que os licitantes dos mais diversos locais do Brasil participem de todos os pregões instaurados. Isso reduz o risco de acordos reprováveis entre os licitantes e amplia a possibilidade de obtenção de propostas mais vantajosas”<sup>71</sup>.

Então, segue-se que, teoricamente, a adoção de outra modalidade reduziria este universo de competidores. Neste ponto, indaga-se qual o interesse do Sindicato impetrante em restringir a competição por meio de obstáculos interpostos à utilização do pregão como modalidade licitatória? Espera-se de uma entidade sindical proteção isonômica a todos os seus associados, e não procedimentos excludentes que possam privilegiar alguns em detrimento de outros.

Tenho, pois, que a adoção do pregão pelo TCU, na espécie, não tem o condão de violar direito algum da parte impetrante, muito menos líquido e certo. Ao contrário, afigura-se benéfica às empresas do ramo de tecnologia da informação como um todo, na medida em que democratiza a competição.

<sup>70</sup> Disponível em: <http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>. Acesso em: 29 Out. 2012.

<sup>71</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)**. 5. ed. rev. e atual.. São Paulo: Dialética, 2009, p. 18.

Conforme já dito, alguns licitantes tentam frustrar um certame licitatório com a única finalidade de se beneficiar, inclusive, alegando que a modalidade licitatória adotada, pelo órgão ou entidade, não é a mais adequada para a aquisição de determinado objeto.

Para ratificar esta tendência maliciosa e prejudicial ao interesse público, vejamos também o Acórdão do TCU 2482/2007 – Plenário, referente ao Processo 027.938/2007-3, proposto pela Active Engenharia Ltda, contra a Caixa Econômica Federal.

Trata-se de representação formulada pela empresa Active Engenharia Ltda., em face do Pregão Eletrônico 066/7076-2007-GILIC/SP realizado pela Caixa Econômica Federal, que teve por objeto a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de manutenção corretiva nos equipamentos denominados fechadura de retardo, fechadura módulo teclado, fechadura mecânica de cofres e fechadura de casa forte, com assistência técnica e reposição de peças em geral.

A empresa Active Engenharia Ltda questionou a modalidade de certame licitatório eleita pela Caixa Econômica Federal, no caso o pregão, que, segundo alega, não comporta o objeto da contratação pretendida, caracterizado como serviços especializados de engenharia.

A possibilidade da utilização do pregão, para a contratação de serviços de engenharia, já está pacificada pela alteração da legislação e pela jurisprudência do TCU, que veio se adaptando às mudanças e acompanhando a evolução administrativa desencadeada pela Administração Pública Gerencial.

Segundo entendimento do TCU, a existência de bens e serviços comuns deverá ser avaliada pelo administrador no caso concreto, mediante a existência de circunstâncias objetivas constantes da fase interna do procedimento licitatório.

Seguindo este azimute, o TCU já se manifestou que o Decreto nº 3.555/2000 excedeu os limites impostos pela Lei nº 10.520/2002, quando vedou a utilização do pregão para obras e serviços de engenharia, haja vista a Lei do Pregão estabelecer que a configuração do objeto da licitação seja um bem ou serviço comum. Nota-se que o Tribunal de Contas da União já pacificou este entendimento, conforme se observa nos seguintes acórdãos: Acórdão 817, Ata 14/2005 - 1ª Câmara, Acórdão 331, Ata 11/2006 - Plenário, Acórdão 1329, Ata 31/2006 - Plenário e o Acórdão 286, Ata 4/2007 - 1ª Câmara.

Vejamos o posicionamento do Tribunal de Contas da União explicitado no Acórdão do TCU 2482/2007<sup>72</sup>:

A jurisprudência deste Tribunal, amparada na Lei 10.520/2002 e no Decreto 5.450/2005, admite a realização de pregão eletrônico para a contratação de serviços comuns de engenharia, ou seja, aqueles serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (Acórdãos 817/2005 e 1.329/2006, ambos do Plenário, e Acórdão 286/2007-1ª Câmara, entre outros).

No caso em exame, os serviços que são objeto do pregão - manutenção corretiva nos equipamentos denominados Fechadura de Retardo (FR), Fechadura Módulo Teclado (FMT), Fechadura Mecânica de Cofres e de Casa Forte (FCCF) - conforme sustentado nos autos, enquadram-se como serviços comuns pois possuem características facilmente identificadas e oferecidas no mercado, podendo ser objetivamente especificados no edital. Dessa forma, é cabível o pregão eletrônico para contratar os aludidos serviços, mostrando-se improcedente a representação.

Por tudo exposto, verifica-se que a elaboração do edital é de fundamental importância, uma vez que as cláusulas e especificações ali expostas vão determinar o sucesso ou insucesso de um certame licitatório.

O edital não pode estabelecer cláusulas que limitem a concorrência e a ampla competição. A Administração Pública só pode exigir, em edital, o autorizado por lei, não podendo o administrador público extrapolar os limites impostos por lei.

A Constituição da República Federativa do Brasil prescreve que as exigências editalícias não podem afastar-se do considerado ideal e essencial para o cumprimento da obrigação do licitante vencedor do certame<sup>73</sup>. O interesse público é o farol que direciona os atos praticados pelos agentes da Administração Pública e estes atos devem estar amparados na legalidade, probidade administrativa, moralidade, publicidade e eficiência na gestão dos recursos públicos.

O princípio da eficiência permite uma maior discricionariedade do Administrador Público, vez que pode adquirir produtos ou contratar serviços utilizando critérios que não necessariamente conduzam ao menor preço, mas sim ao melhor preço. Contudo, deve sempre manter acessível, ao controle externo, as suas decisões que quando fundamentadas e afastadas de qualquer ato que afaste do impessoal, não promoverá questionamentos que possam conduzir à nulidade do certame licitatório.

<sup>72</sup> Disponível em: <http://tcu.gov.br>. Acesso em: 30 Out. 2012.

<sup>73</sup> GASPARINI, Diogenes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 295.

A gestão da coisa pública deve constantemente buscar resultados favoráveis, sendo a prova cabal do competente trabalho realizado pelo agente público.

Verifica-se pelo exposto, que o administrador público, desde que atenda ao princípio da razoabilidade e não se afaste do interesse público, poderá classificar um bem ou serviço como comum, bastando que este produto possa ser bem definido em edital e encontrado, com certa facilidade, no mercado de consumo.

## 8. APLICAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO: ANÁLISE QUANTITATIVA E QUALITATIVA

Os quadros abaixo mostram a economia alcançada com a utilização dos pregões eletrônicos, em Organizações Militares do Exército, no Estado de Rondônia.

Pregão	Objeto	Preço de Referência	Preço Final	Economia
1/2011	Internet	R\$ 54,031,20	R\$ 45,600,00	15,60%
3/2011	Manutenção de Bens Imóveis	R\$ 12.468.861,68	R\$ 7.115.691,56	42,93%
4/2011	Instrumentos Musicais	R\$ 311.167,35	R\$ 158.706,10	49,00%
5/2011	Material para Manutenção de Bens imóveis	R\$ 61.052.094,88	R\$ 48.426.386,90	20,68%
6/2011	Telefonia Satelital	R\$ 18.100,72	R\$ 18.093,60	0,04%
7/2011	Gêneros Alimentícios	R\$ 15.545.926,91	R\$ 11.327.979,40	27,13%
8/2011	Material de Informática	R\$ 1.830.718,67	R\$ 1.015.323,30	44,54%
9/2011	Gêneros Alimentícios	R\$ 652.942,00	R\$ 369.966,00	43,34%
10/2011	Gêneros Alimentícios	R\$ 393.978,00	R\$ 247.554,00	37,17%
11/2011	Gêneros Alimentícios	R\$ 679.400,00	R\$ 438.200,00	35,50%
12/2011	Material Permanente	R\$ 236.783,91	R\$ 170.582,93	27,96%
13/2011	Buffet e Decoração	R\$ 2.332.971,00	R\$ 1.993.655,00	14,54%

<b>14/2011</b>	Locação de Aeronave	R\$ 2.353.050,00	R\$ 2.299.714,20	<b>2,27%</b>
<b>15/2011</b>	Emissão de Passagens Aéreas e Terrestres	R\$ 120.000,00	R\$ 110.452,00	<b>7,96%</b>
<b>17/2011</b>	Ferramentas	R\$ 29.735,35	R\$ 22.121,76	<b>25,60%</b>
	<b>TOTAL</b>	<b>R\$ 98.079.761,67</b>	<b>R\$ 73.760.026,75</b>	<b>24,80%</b>

Quadro 1 - Pregões eletrônicos realizados na 17ª Brigada de Infantaria de Selva em 2011  
Fonte: 17ª Brigada de Infantaria de Selva (2011).

<b>Pregão</b>	<b>Objeto</b>	<b>Preço de Referência</b>	<b>Preço Final</b>	<b>Economia</b>
<b>2/2012</b>	Telefonia Móvel	R\$ 163.909,53	R\$ 122.514,53	<b>25,25%</b>
<b>3/2012</b>	Locação de Viaturas	R\$ 1.431.012,60	R\$ 1.010.170,00	<b>29,41%</b>
<b>4/2012</b>	Gêneros Alimentícios	R\$ 10.298.089,00	R\$ 6.500.445,00	<b>36,88%</b>
<b>6/2012</b>	Material Operacional	R\$ 3.281.058,95	R\$ 1.774.364,07	<b>45,92%</b>
<b>7/2012</b>	Camionetas	R\$ 560.000,00	R\$ 470.000,00	<b>16,07%</b>
<b>8/2012</b>	GLP à granel	R\$ 86.688,00	R\$ 86.688,00	<b>0,00%</b>
<b>9/2012</b>	Sistema de Vigilância	R\$ 186.619,00	R\$ 126.949,08	<b>31,97%</b>
<b>10/2012</b>	Equipamento de Informática	R\$ 5.483.380,05	R\$ 1.471.948,70	<b>73,16%</b>
<b>11/2012</b>	Gêneros Alimentícios	R\$ 4.745.534,92	R\$ 3.133.804,20	<b>33,96%</b>
<b>13/2012</b>	Reboques e Motor de Popa	R\$ 603.957,84	R\$ 448.595,60	<b>25,72%</b>
<b>14/2012</b>	Instrumentos Musicais	R\$ 931.734,56	R\$ 507.143,45	<b>45,57%</b>
<b>15/2012</b>	Material de Construção	R\$ 14.486.769,23	R\$ 6.544.800,02	<b>54,82%</b>
<b>17/2012</b>	Material de Construção	R\$ 8.426.268,25	R\$ 2.933.447,78	<b>65,19%</b>
	<b>TOTAL</b>	<b>R\$ 50.685.021,93</b>	<b>R\$ 25.130.870,43</b>	<b>50,42%</b>

Quadro 2 - Pregões eletrônicos realizados na 17ª Brigada de Infantaria de Selva em 2012  
Fonte: 17ª Brigada de Infantaria de Selva (2012).

A economia com a obtenção do preço final, nos dois períodos acima especificados, foi de R\$ 49.873.886,42 (quarenta e nove milhões, oitocentos e setenta e três mil, oitocentos e oitenta e seis reais e quarenta e dois centavos).

<b>Pregão</b>	<b>Objeto</b>	<b>Valor Estimado</b>	<b>Valor Realizado</b>	<b>Economia</b>
<b>01/2011</b>	Material Médico, Hospitalar e Farmacológico	R\$ 955.348,23	R\$ 879.057,00	7,98%
<b>02/2011</b>	Material de Consumo Odontológico	R\$ 1.022.345,87	R\$ 835.716,85	18,25%
<b>03/2011</b>	Material de Consumo Farmacológico e Medicamentos Hospitalares	R\$ 895.456,28	R\$ 784.794,70	12,35%
<b>04/2011</b>	Serviço de Conserto e Manutenção Preventiva e Corretiva em Equipamentos Médico Hospitalares e de Lavanderia	R\$ 160.376,00	R\$ 149.287,20	6,91%
<b>05/2011</b>	Material de Consumo Laboratorial	R\$ 50.068,00	R\$ 163.418,10	226,39% mais
<b>09/2011</b>	Material Permanente e de Consumo de Expediente, Gráfico, Limpeza e de Lavanderia	R\$ 3.567.098,67	R\$ 3.007.384,45	15,7%
<b>10/2011</b>	Material Permanente Médico Hospitalar	R\$ 234.876,87	R\$ 170.634,69	27,35%
<b>13/2011</b>	Materiais Medicinais	R\$ 116.380,00	R\$ 41.890,00	64%

<b>14/2011</b>	Equipamentos Médico Hospitalares, Mobiliário de Escritório	R\$ 189.712,40	R\$ 161.638,30	14,79%
<b>15/2011</b>	Gêneros Alimentícios	R\$ 79.500,00	R\$ 55.000,00	30,81%
<b>17/2011</b>	Manutenção de Bens Móveis e Serviços Diversos	R\$ 11.136.880,05	R\$ 9.814.197,58	11,88%
<b>18/2011</b>	Material de Expediente	R\$ 37.876,00	R\$ 31.765,00	16,13%
<b>19/2011</b>	Material para Testes Laboratoriais	R\$ 86.987,90	R\$ 78.734,50	9,48%
<b>23/2011</b>	Material de Consumo Médico Hospitalar	R\$ 11.786.456,24	R\$ 11.202.915,60	4,96%
<b>01/2012</b>	Aquisição de Material permanente Médico Hospitalar	R\$ 2.894.321,96	R\$ 2.395.265,28	17,25%
<b>02/2012</b>	Material de Consumo	R\$ 1.525.762,00	R\$ 608.950,00	60,08%
<b>04/2012</b>	Serviço de Limpeza Hospitalar	R\$ 293.726,48	R\$ 291.940,80	0,60%
<b>06/2012</b>	Materiais de Consumo	R\$ 543.231,87	R\$ 417.489,24	23,14%
	<b>TOTAL GERAL</b>	<b>R\$ 35.576.404,82</b>	<b>R\$ 31.090.079,30</b>	<b>12,62%</b>

Quadro 3 - Pregões eletrônicos realizados no Hospital de Guarnição de Porto Velho em 2011 e 2012  
Fonte: Hospital de Guarnição de Porto Velho (2012).

A economia no valor realizado, pelo Hospital de Guarnição de Porto Velho nos dois períodos acima especificados, foi de R\$ 4.486.325,52 (quatro milhões, quatrocentos e oitenta e seis mil, trezentos e vinte e cinco reais e cinquenta e dois centavos).

<b>Pregões</b>	<b>Objeto</b>	<b>Valor Estimado</b>	<b>Valor Adjudicado</b>	<b>Economia</b>
<b>12011</b>	Locação Copiadora Serviço de Tipografia	R\$ 328.332,67	R\$ 307.042,00	6,48%
<b>22011</b>	Carga de Oxigênio e Manutenção de Extintores	R\$ 31.756,83	R\$ 18.563,50	41,54%
<b>32011</b>	Laboratório de Solo	R\$ 71.030.893,35	R\$ 48.299.633,87	32%
<b>42011</b>	Material Tratamento D'água	R\$ 66.390,93	R\$ 47.706,40	28,14%
<b>52011</b>	Serviço de Alinhamento de Veículos, Ar Condicionado e Mecânica	R\$ 14.086.273,18	R\$ 5.742.759,99	59,23%
<b>62011</b>	Material Médico Hospitalar,	R\$ 135.102,35	R\$ 88.815,06	34,26%

	Farmacológico e Odontológico			
<b>72011</b>	Pedra Rachão, Insumos Asfálticos, Transporte de Material	R\$ 13.438.988,00	R\$ 12.911.244,00	3,93%
<b>82011</b>	Equipamento Hidrossemeadura, Bomba Combustível e Fumacê	R\$ 258.224,73	R\$ 62.363,90	75,85%
<b>102011</b>	Lubrificante	R\$ 40.006.111,67	14.825.676,20	62,94
<b>112011</b>	Pneus, Câmara de Ar, Protetores e Válvulas	R\$ 45.646.498,45	R\$ 8.355.619,00	81,69%
<b>122011</b>	Material de Sinalização	R\$ 10.565.852,67	R\$ 8.355.619,00	20,92%
<b>132011</b>	Baterias	R\$ 8.184.641,33	R\$ 2.992.510,80	63,44%
<b>142011</b>	Gêneros Alimentícios	R\$ 7.397.697,84	R\$ 6.123.017,29	17,23%
<b>152011</b>	Material de Informática e Material Eletrônico	R\$ 2.463.644,65	R\$ 1.863.949,14	24,34%
<b>162011</b>	Material de Construção	R\$ 23.291.896,00	R\$ 15.108.489,86	35,13%
<b>202011</b>	Peça Vtr Eqp Per Desconto	R\$ 156.000.000,00	R\$ 136.389.840,00	12,57%
<b>212011</b>	Equipamento Hidrossemeadura	R\$ 1.072.668,00	R\$ 962.701,97	10,25%
<b>232011</b>	Sv Mnt PNR Bens Imóveis 123	R\$ 4.404.757,08	R\$ 3.498.755,43	20,57%
<b>252011</b>	Terraplanagem Br 163	R\$ 13.826.891,65	R\$ 12.092.723,00	12,54%
<b>262011</b>	Loc Veic Leves, Transporte Lancha Rápida, Sv Hidrossemeadura	R\$ 7.125.750,00	R\$ 6.451.894,80	9,46%
<b>282011</b>	Material Expediente e Limpeza	R\$ 492.522,80	R\$ 311.693,45	36,71%
<b>292011</b>	Combustível, EPI, Material de Sinalização e de Construção	R\$ 11.769.651,40	R\$ 10.648.752,40	9,52%
<b>12012</b>	Telefonia Fixa-STFC-Local	R\$ 26.642,40	R\$ 24.593,04	7,69%
<b>22012</b>	Material de Torno, Solda, Pintura de Viaturas e Elétrica	R\$ 8.333.132,11	R\$ 6.461.394,77	22,46%
<b>62012</b>	Material de Drenagem-Santarém	R\$ 569.598,50	R\$ 285.031,79	49,96%
<b>72012</b>	Telefonia Fixa-STFC-Interurbano	R\$ 41.122,32	R\$ 41.044,80	0,19%
<b>82012</b>	Insumos Asfálticos-Santarém	R\$ 8.041.696,67	R\$ 7.943.220,00	1,22%
<b>102012</b>	Material de Construção e Insumos	R\$ 1.736.953,57	R\$ 863.488,50	50,29%
<b>122012</b>	Aquisição de Gêneros Alimentícios	R\$ 17.718.629,60	R\$ 10.462.808,56	40,95%
<b>162012</b>	Aquisição de Material para Tratamento de Água	R\$ 111.946,80	R\$ 64.022,06	42,81%
	<b>TOTAL GERAL</b>	<b>R\$ 468.204.267,55</b>	<b>R\$ 321.604.974,58</b>	<b>31,31%</b>

Quadro 4 - Pregões eletrônicos realizados pelo 5º Batalhão de Engenharia de Construção em 2011 e 2012

Fonte: 5º Batalhão de Engenharia de Construção (2012).

O 5º Batalhão de Engenharia de Construção economizou, no período supracitado, o valor de R\$ 146.599.292,97 (cento e quarenta e seis milhões, quinhentos e noventa e nove mil, duzentos e noventa e dois reais e noventa e sete centavos).

O somatório dos valores economizados, pelas três Organizações Militares nos períodos referenciados, chega-se a cifra de R\$ 200.959.504,91 (duzentos milhões, novecentos e cinqüenta e nove mil, quinhentos e quatro reais e noventa e um centavos).

Os dados obtidos comprovam que o pregão eletrônico proporciona redução de custos para a Administração Pública, se comparados aos preços que poderiam ser obtidos nas demais modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/93. Inclusive, demonstra, de forma incontestável, a boa gestão dos recursos públicos alocados para as Organizações Militares, situadas no Estado de Rondônia.

A modalidade pregão, nos dias atuais, pode ser considerada o carro chefe das licitações e, por reflexo, constitui um grande acerto da Administração Pública Gerencial.

Quando questionados quanto à qualidade dos produtos adquiridos, por meio do pregão, os pregoeiros das Organizações Militares supracitadas informaram que o fato de selecionar o preço mais baixo não significa que vai adquirir produto de baixa qualidade. A qualidade do produto está relacionada à sua especificação em edital. Geralmente, o particular quer desacreditar o pregão, com a finalidade de influenciar a Administração para que adote modalidade licitatória que mais lhe convenha. É sabido que quanto maior a competitividade, menor é a chance de determinado licitante apresentar melhor proposta.

Segundo os pregoeiros, a aquisição de bens e serviços por meio de pregão, apesar da escolha da proposta de menor preço, não significa que os produtos serão de baixa qualidade. O Poder Público pode adquirir produtos de muito boa qualidade por meio da modalidade pregão, bastando, para tanto, que especifique bem o que se deseja em edital, de sorte que não fiquem dúvidas quanto à qualidade dos produtos desejados pela Administração Pública.

Os dados levantados, por si só, já materializam a economia e a eficiência alcançada, demonstrando o quanto foi importante à adoção do pregão eletrônico na consolidação da Administração Pública Gerencial. Os resultados positivos estão

registrados e servem para materializar a economia e a gestão competente dos recursos públicos, que refletem o acerto alcançado com a Escola Gerencial

Por fim, foi perguntado ao pregoeiro da 17ª Brigada de Infantaria de Selva, que conta com mais de cinco anos na função, se o pregão poderia ser adotado para aquisições de serviços ou obras para tipo de licitação de melhor técnica, mesmo não possuindo, ainda, amparo legal. Como resposta foi dito que a modalidade pregão não reúne condições de mensurar a capacidade técnica de determinada empresa para a construção de uma obra de grande vulto. Sendo desaconselhável permitir que o licitante participe de um pregão eletrônico, sem que o Poder Público possa mensurar a sua capacidade técnica. Só para reforçar este entendimento, o pregoeiro questionado citou exemplos em que seria desaconselhável utilizar a modalidade pregão, na forma eletrônica: construção de usinas hidrelétricas, construção de viadutos, construção de grandes arenas desportistas e construção ou modernização de aeroportos.

## CONCLUSÃO

Na primeira metade do século XX a Administração Pública foi obstaculizada pelas pressões populistas e pelo clientelismo. A Administração Pública Burocrática já não estava mais atendendo as diversas demandas, em virtude da excessiva burocracia, da morosidade nas ações e da ineficiência das atividades administrativas, que não supriam as necessidades do Estado.

O Estado clamava por uma severa reforma administrativa, que buscasse direcionar e realizar a boa gestão dos recursos públicos. A sociedade passou a cobrar mais de seus representantes e a exigir políticas públicas para atender as necessidades básicas do cidadão. A gestão dos recursos públicos mostrava-se deficitária, não se tendo um controle acirrado sobre os gastos públicos.

A Administração Pública estava passando por mudanças significativas, passando de uma administração burocrática e ineficiente para uma administração gerencial, direcionada à busca da eficiência, celeridade, objetividade e praticidade dos atos administrativos.

A necessidade urgente e emergencial fez surgir uma administração renovadora e pro ativa, que copiou as boas práticas da gestão empresarial privada. Esta nova administração foi denominada Administração Pública Gerencial e a sua dinâmica e sistemática esteve sempre voltada para a busca da inovação, da eficiência, da objetividade e da celeridade nas ações desenvolvidas pelo Estado, sempre adotando características gerenciais modernas e dinâmicas.

Dessa forma, a Constituição da República de 1988, preocupada com a gestão dos recursos públicos, estabeleceu a exigência de certame licitatório para as diversas aquisições de interesse da Administração Pública, salvo as situações, previstas em lei, que permitam a dispensa ou inexibibilidade de licitação.

Desponta, então, a Lei nº 8.666/93 editada em um cenário histórico que retratava uma total desconfiança da sociedade, em virtude da sistemática adotada para as diversas compras de interesse do Poder Público. Para tanto, seria necessário estabelecer regras bem definidas, que reprimissem o mau uso das verbas públicas, evitando-se desvios ou favorecimentos indevidos nos diversos processos licitatórios.

A edição da Lei nº 8.666/93 foi importante à época, pois constituía o único regramento jurídico para a realização dos certames licitatórios. Contudo, mostrava-se ineficiente, morosa e excessivamente burocrática. Os certames licitatórios demoravam a serem concluídos, causando prejuízos e comprometendo a oportunidade nas aquisições.

Surge então o pregão, modalidade inovadora que possibilitou realizar licitações em curto espaço de tempo se comparado ao tempo despendido com as modalidades previstas na Lei Geral de Licitações e Contratos. A adoção do pregão foi uma medida acertada da Administração Pública Federal, haja vista constituir, nos dias atuais, o carro chefe das licitações públicas. Logo, pode-se assegurar que o pregão surgiu da necessidade de reestruturação das modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/1993 e teve por meta imprimir maior rapidez aos certames licitatórios para as aquisições de bens e serviços comuns.

O pregão inverteu a fase de julgamento das propostas com a fase de habilitação e esta inversão proporcionou maior rapidez na conclusão do processo, vez que se deixou de perder tempo examinando várias propostas de habilitação, sendo que só uma atenderia ao interesse da Administração Pública.

O Decreto nº 5.450/2005 regulamentou o pregão na forma eletrônica e esta nova forma de desenvolver o processo licitatório permitiu contratações com maior vantajosidade e economicidade, vez que ampliou ainda mais a competitividade ao permitir a participação de qualquer interessado, independente de sua localização geográfica.

No desenvolvimento deste trabalho foi verificado que as alterações legislativas promovidas, em especial a que criou a modalidade licitatória denominada pregão, proporcionaram, de forma considerável e incontestável, o aumento da competitividade entre os licitantes e este aumento da competitividade se deu efetivamente no pregão eletrônico, haja vista os inúmeros recursos e possibilidades proporcionadas e viabilizadas pela tecnologia da informação.

A adoção do pregão, na forma eletrônica, conduziu à redução de custos, revelou uma melhor gestão dos recursos públicos e tornou as ações mais céleres nas diversas aquisições realizadas.

Neste trabalho de pesquisa foi observado que o Decreto nº 5.450/2005 criou direitos e obrigações não previstas na Lei nº 10.520/2002, que acabaram por inovar a ordem jurídica, matéria de competência legislativa e não de competência

executiva. No entanto, o Supremo Tribunal Federal em momento algum declarou a inconstitucionalidade da norma que regulamentou o pregão eletrônico.

É consabido que o pregão eletrônico permite uma sistemática simples e objetiva, amplia a competitividade, proporciona grande economia aos cofres públicos, universaliza a informação, reduz o tempo para a conclusão do certame licitatório, assegura a impessoalidade e afasta o formalismo excessivo e burocrático. Em virtude das inúmeras vantagens proporcionadas pelo pregão eletrônico, nota-se que a ampliação do seu emprego para as aquisições de bens e serviços que não sejam comuns, proporcionaria uma economia bem maior aos cofres públicos; bastando, para tanto, que sejam estabelecidas regras que possam bem definir a sua aplicabilidade, bem como a confecção de editais que revelem com exatidão as especificidades do produto a ser adquirido pela Administração Pública.

A gestão do patrimônio público não pode se afastar do interesse social e do bem comum. Os princípios jurídicos que regem o Direito Administrativo devem ser observados e adotados em sua plenitude, constituindo dever de persecução por parte de todos aqueles que, direta ou indiretamente, atuam na gestão dos recursos públicos. O dinheiro e o patrimônio que o administrador público utiliza e administra não lhe pertence, constituindo fruto do trabalho desenvolvido por todos e serve para o funcionamento e manutenção da máquina administrativa da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, com a finalidade de assegurar a coesão social, bem como a satisfação de todos os integrantes de nossa sociedade.

Por derradeiro, é de se concluir que a utilização do pregão, na forma eletrônica, representou um significativo ganho nos processos licitatórios desenvolvidos pela Administração Pública. Inclusive, a sua escolha para ser utilizado em um certame de seleção do maior lance e não somente do menor preço, demonstra que a Administração Pública Gerencial está atenta e suscetível à adoção de mudanças que revelem a evolução da sistemática administrativa, desde que atendam ao interesse público.

## REFERÊNCIAS

Acórdão n. 3042/2008 – Plenário do Tribunal de Contas da União, julgamento em 10/12/2008, publicado no DOU nº 242, de 12.12.2008.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, VICENTE. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

BITTENCOURT, Sidney. **Pregão Eletrônico**. 2. ed., Revista atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Temas e Idéias Editora, 2005.

BITTENCOURT, Sidney. **Pregão Eletrônico**. 3. ed., Revista ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 67/2010 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011.

BRASIL. Decreto nº 3.555 de 08 de agosto de 2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto/D3555compilado.htm>>. Acesso em: 2 ago. 2011.

BRASIL. Decreto nº 5.450 de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Ato2004-2006/2005/decreto/D5450.htm>>. Acesso em: 11 ago. 2011.

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/ccivil03/Leis/2002/L10520.htm>>. Acesso em: 18 out. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2012.

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/ccivil03/Leis/L8666compilado.htm>>. Acesso em: 11 ago. 2011.

DR UBIALI. Projeto de Lei 2011. Disponível em:

<[www.camara.leg.br/sileg/default.asp](http://www.camara.leg.br/sileg/default.asp)> Acesso em: 8 ago. 2012.

GASPARINI, Diogenes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

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

MARTINS, Luciano. **Reforma da Administração Pública e cultura política do Brasil: uma visão geral**. Brasília: ENAP, 1997.

MSG NR 263- S/2, de 8 de setembro de 2009, do Chefe da 11ª ICFEx. Disponível em <<http://www.11icfex.eb.mil.br/11icfex/OrientarEControlar/Orientacoes/Licitacoes/EContratos/FracionamentoDasDespesas.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 4. ed. Rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 6. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Administração pública gerencial: estratégia e estrutura para um novo Estado**. Brasília: MARE/ENAP, 1996.

RESENDE, Geraldo. Projeto de Lei 2011. Disponível em:

<[www.camara.leg.br/sileg/default.asp](http://www.camara.leg.br/sileg/default.asp)> . Acesso em: 8 ago. 2012.

SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão presencial e eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle**. 2. ed., rev. e atual., nos termos do estatuto das Microempresas (Lei complementar nº 123/06). Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade de Pregão**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

Tribunal de Contas da União. Acórdão 2482/2007. Disponível em: <http://tcu.gov.br> Acesso em 30 out. 2012.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível 2007.34.00.035118-9/DF. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>> Acesso em 29 out.2012.