

O PREGÃO ELETRÔNICO: ANÁLISE DO PROCEDIMENTO, VANTAGENS E ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS

Juliana Patussi Bertol Jeronymo¹, Matheus Musse Santos²

Resumo. O presente artigo científico visa analisar as inovações trazidas pelo Decreto nº. 5.450/2005, que introduziu o pregão eletrônico como uma nova modalidade licitatória, que tende a se tornar, por força do próprio diploma, o principal meio de aquisição de bens e serviços comuns no âmbito federal. O artigo também analisa a tendência de mudança dos procedimentos de licitação, que irão, cada vez mais, se valer de formas mais flexíveis e ágeis de contratação, sem olvidar os princípios de direito público aplicáveis. Também são mencionadas as vantagens para as compras realizadas no âmbito da Administração Pública através do novo instituto, assim como alguns aspectos jurídicos que poderão provocar discussões.

Palavras-chave: Licitação. Pregão Eletrônico. Princípios. Vantagens.

Abstract. The present scientific article aims to analyze the innovations brought by the Decree nº. 5.450/2005, that introduced the electronic auction as a new modality of licitation, that tends to become, in force of the legislation itself, the main way of acquisition of common goods and services in the federal scope. The article also analyzes the trend of change of the licitation procedures, that will use more flexible and agile forms of act of contracting, not forgetting the applicable principles of public law. Also the advantages for the purchases carried through in the scope of the Public Administration through the new institute will be mentioned, as well as some legal aspects that will be able to provoke quarrels.

Keywords: Licitation. Electronic Auction. Principles. Advantages.

1 Introdução

A Administração Pública, ao contrário do setor privado, não pode atuar livremente quando almeja comprar, alienar, locar bens ou contratar a execução de obras ou serviços. Para fazê-lo, conforme o

disposto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 2004), o Poder Público, via de regra, necessita adotar um procedimento prévio, disciplinado rigorosamente em lei. Tal procedimento denomina-se licitação.

Carvalho Filho (2005, p. 195/196)

¹ Bacharelado em Direito. Escola de Administração do Exército (EsAEx), Salvador, Brasil. jubertol@yahoo.com.br.

² Bacharelado em Direito. Escola de Administração do Exército (EsAEx), Salvador, Brasil. mmusse@hotmail.com.

define licitação como o procedimento administrativo vinculado, pelo qual os entes da administração pública, assim como aqueles por ela controlados, selecionam a melhor proposta dentre as oferecidas pelos interessados, com o objetivo de celebração de contrato.

Como se deduz do art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal (BRASIL, 2004), a competência para legislar sobre a matéria assiste aos quatro entes da Federação, quais sejam: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Todavia, é de competência privativa da União a edição de normas gerais sobre o assunto, restando aos outros entes legislar sobre normas específicas.

Na órbita federal, a lei reguladora das licitações é a Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), que também estabelece normas gerais, obrigatórias em todo o País. O referido diploma elencou cinco modalidades licitatórias, que apresentam diferenças quanto à complexidade e o procedimento. São elas a concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

Ocorre que a Administração Pública verificou que o procedimento estabelecido pela Lei nº 8.666, muitas vezes, não atendia a necessidade de eficiência na aquisição dos bens e serviços de que necessitava. Acerca das modalidades de licitação previstas

na referida lei, afirma Carvalho Filho:

[...] em muitos casos, não conseguiram dar a celeridade desejável à atividade administrativa destinada ao processo de escolha de futuros contratantes. As grandes reclamações oriundas de órgãos administrativos não tinham como alvo os contratos de grande vulto e de maior complexidade. Ao contrário, centravam-se nos contratos menores ou de mais rápida conclusão, prejudicados pela excessiva burocracia do processo regular de licitação (2005, p. 241).

Como resposta a esta necessidade de celerizar as contratações, bem como de diminuir os custos delas advindos, instituiu-se, apenas no âmbito da União, através de medidas provisórias, uma nova modalidade de licitação, denominada pregão.

Na opinião de Justen Filho, a introdução desta modalidade consiste numa etapa de um projeto de mudança geral da legislação sobre a matéria

Diante da impossibilidade material (por circunstâncias políticas) de produzir a substituição da Lei nº 8.666, a União passou a editar legislação específica e diferenciada, com a perspectiva de que, a médio prazo, todas as licitações se subordinem aos novos modelos (2005, p. 09).

Neste contexto, o passo seguinte

foi estender a possibilidade de uso do pregão para toda a órbita federativa. Isto se deu através da edição da Lei n.º 10.520/02, que instituiu o pregão também no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

A próxima etapa deste processo de substituição dos procedimentos licitatórios tradicionais por figuras mais ágeis e eficientes foi estabelecido na própria lei supracitada, pois esta permitiu a realização do pregão por meio de utilização de recursos de tecnologia da informação, como prevê o § 1º do art. 2º da Lei 10.520/02 (BRASIL, 2002).

Diante desta possibilidade, a União editou o Decreto Federal n.º 3.697, de 2000 (BRASIL, 2000), regulamentando em seu âmbito a realização de pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, o denominado pregão eletrônico.

Posteriormente, o Decreto n.º 5.450/05 (BRASIL, 2005), que revogou o Decreto n.º 3.697/00, tornou obrigatória para a administração pública federal a utilização do chamado pregão na forma eletrônica, para a aquisição de bens e serviços comuns, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

O assunto do presente artigo é esta nova modalidade licitatória, qual seja,

a figura do pregão eletrônico, analisada face ao pregão presencial. Este estudo abordará o procedimento, as vantagens e alguns aspectos jurídicos do pregão eletrônico, a luz do decreto 5.450/05 (BRASIL, 2005). Alguns dos aspectos abordados podem, inclusive, ser objeto de futuras discussões doutrinárias ou mesmo jurisprudenciais, no tocante, por exemplo, à obrigatoriedade do uso do pregão eletrônico, ou mesmo discussões sobre a legalidade do Decreto 5.450/05 (BRASIL, 2005).

A relevância do presente trabalho reside no fato de que o pregão eletrônico é um instituto inovador no ordenamento jurídico. Não apenas por ser um dos novos modelos de licitação, mas também por consistir, ainda segundo Justen Filho (2005) em uma tentativa pioneira de incorporação do progresso tecnológico, visando a alterar qualitativamente os instrumentos de produção jurídica. Além de inovador, o pregão eletrônico vem se consolidando como a principal forma de contratação do Governo Federal, o que tende a reduzir em muito a realização das outras modalidades, salvo os casos que o objeto não se coadune ao modelo proposto.

Para o desenvolvimento do trabalho, a metodologia utilizada será a análise e interpretação da legislação

pertinente, fundamentando-se na doutrina existente sobre o tema, de autoria de Marçal Justen Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dentre outros.

Para desenvolver o presente artigo, analisar-se-á, brevemente, o pregão presencial, e, em seguida, o pregão eletrônico, ressaltando as vantagens deste último com base no estudo de seu procedimento, observando alguns aspectos jurídicos relevantes sobre o tema.

2 O Pregão Comum ou Presencial (Lei 10.520/02)

O pregão comum ou presencial é, como toda modalidade de licitação, um procedimento destinado a promover uma disputa entre os particulares interessados em contratar com um ente público, de modo que este obtenha a proposta mais conveniente para celebração de contrato.

O pregão presencial, apesar de não ter sido previsto na Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), também deve, a exemplo das demais modalidades licitatórias, observar os princípios que regem a Administração Pública nas suas aquisições, entre eles o da publicidade, da igualdade de condições entre os concorrentes e o da legalidade. Porém, o pregão comum difere das

outras modalidades com relação ao seu **objeto e procedimento**.

De fato, o pregão presencial destina-se à aquisição “[...] de bens e serviços **comuns**, qualquer que seja o valor estimado da contratação” (DI PIETRO, 2004, p. 327/328, grifo nosso). Saliente-se que o rol de bens e serviços comuns que podem ser adquiridos pelo pregão presencial está elencado, exemplificativamente, no Anexo II do Decreto nº. 3.555/00, que regulamenta o pregão comum (BRASIL, 2000).

Quanto ao procedimento, a peculiaridade consiste na inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, em comparação com o quanto estabelece a Lei 8.666 (BRASIL, 1993). Portanto, só após a classificação das propostas é que o pregoeiro realiza a análise dos documentos exigidos para habilitação. Podemos apontar as seguintes peculiaridades sobre o procedimento:

[...] a **possibilidade de renovação de lances** por todos ou alguns licitantes, até chegar-se à proposta mais vantajosa, sendo inconfundível com as modalidades previstas na Lei 8.666/93 [...], e o fato de comportar propostas por escrito, mas o desenvolvimento do certame envolve a **formulação de novas proposições** (“lances”), **sob forma verbal** (CARVALHO FILHO, 2005, p.243,

grifos nossos).

Ou seja, prevalece a negociação verbal entre os contratantes.

Quanto à sua utilização, o pregão presencial “[...] não é modalidade de uso obrigatório pelos órgãos públicos.” (CARVALHO FILHO, 2005, p. 242). A administração, portanto, adota-o facultativamente, de acordo com sua atuação discricionária, podendo, ao invés deste, optar por alguma das modalidades previstas na Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993). Há que se fazer uma ressalva, pois a discricionariedade da Administração Pública reside apenas na verificação de ser comum ou não o bem. Ou seja:

[...] não se admite a utilização do pregão quando o bem ou serviço não for comum. Mas não basta o bem ou serviço ser comum para, de modo automático ou obrigatório, consagrar-se o pregão. Caberá à administração avaliar se a modalidade do pregão será adotada, em face das circunstâncias. Essa decisão deverá ser motivada, sendo insuficiente a pura e simples asserção de que “o objeto da licitação é um bem ou serviço comum” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 42).

Anteciparemos agora um ponto a ser melhor tratado mais adiante, quando falarmos do pregão eletrônico: no conceito de bens ou serviços comuns,

independente do valor, o Decreto nº. 3.555/00 (BRASIL, 2000), que trata do pregão comum, exclui completamente a contratação de obras e serviços de engenharia. Tal exclusão não foi repetida no Decreto nº. 5.450/05 (BRASIL, 2005), que trata do pregão eletrônico, o que abre caminho para se questionar se este último poderá ser utilizado para contratação de tais serviços.

Ressaltados alguns pontos relevantes sobre o pregão comum, podemos concluir, com base nos ensinamentos de Justen Filho (2005), que a contratação através do citado instituto busca suprir uma necessidade estatal “relativamente simples”, que pode ser atendida com alguma facilidade.

Esta simplicidade do objeto reflete-se na flexibilização do procedimento, pois se tornam desnecessárias profundas e amplas investigações acerca da idoneidade dos licitantes. Com isso, o processo de habilitação se faz com maior celeridade, vez que os requisitos de habilitação adotados são menos rígidos. Enfim, resulta daí a sumariedade do procedimento:

Sob um ângulo, é possível uma contratação satisfatória sem maiores burocracias, porque a natureza

“comum” do objeto dispensa investigações mais detidas acerca da proposta. Por outro lado, não há necessidade de impor requisitos mais severos para a habilitação (CARVALHO FILHO, 2005, p. 36).

É inequívoca a otimização do procedimento de compra realizado através do pregão comum, comparado com as demais espécies licitatórias. Mas, como já observado, é a natureza dos objetos das contratações a que se destina o instituto que permite sua simplicidade e rapidez, resultando em um ganho em eficiência na administração pública.

Nesse contexto, o advento do pregão eletrônico é um reflexo desta busca pela eficiência, unindo um procedimento mais simples de contratação pública aos recursos da tecnologia da informação, como veremos a seguir.

3 Pregão eletrônico (Decreto 5.450/05)

3.1 Origem e Conceito

O pregão eletrônico, tal como o pregão presencial, não foi previsto na Lei de Licitações. Está disciplinado no Decreto 5.450/05 (BRASIL, 2005).

O instituto surge da constatação, por parte do Ministério do

Planejamento, Orçamento e Gestão, dos chamados “efeitos burocratizantes” das modalidades em uso. O referido Ministério, por meio de sua Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) e do seu Departamento de Logística e Serviços Gerais, envidou esforços para a criação de uma modalidade que atendesse aos anseios de eficiência do Governo, da sociedade e dos fornecedores.

É o que se observa na doutrina:

O pregão eletrônico é a licitação realizada com a utilização de recursos de tecnologia da informação. A nova legislação, acompanhando as mais recentes conquistas científicas e tecnológicas das últimas décadas, propicia à Administração dos três níveis de Governo e do Distrito Federal a utilização dos recursos eletrônicos ou de tecnologia da informação e de ferramentas mais modernas e céleres, em consonância com os princípios maiores da presteza, desburocratização e eficiência, na forma de regulamentação específica (SZKLAROWSKY, 2005).

O art. 2º do Decreto 5.450/05 (BRASIL, 2005) define que o pregão na forma eletrônica, como modalidade de licitação do tipo menor preço, realizar-se-á quando a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços

comuns for feita a distância, em sessão pública, por meio de sistema que promova a comunicação pela *Internet*.

3.2 Critério de Escolha de Bens e Serviços

O critério de escolha dos bens e serviços que podem ser contratados via pregão eletrônico restringe-se ao requisito do menor preço, sendo este vinculado às exigências de qualidade mínimas e indispensáveis. Ou seja, é possível analisar a qualidade dos bens comuns³, no entanto, a análise da qualidade dos bens não pode ser o critério de escolha da proposta, justamente porque os bens já apresentam características padronizadas pelo mercado.

3.3 Objeto do Pregão Eletrônico

Um ponto a ser citado é a definição do objeto do pregão eletrônico, ou seja, em que consistem os bens e serviços ditos comuns. O Decreto 3.555/00 (BRASIL, 2000), que versa sobre o pregão presencial, traz em seu Anexo II um rol meramente exemplificativo de bens e serviços assim considerados. Tal solução não foi adotada pelo regulamento que versa

sobre o pregão eletrônico, o que merece aplausos, na opinião de Justen Filho (2005). Segundo o autor, o que define se o bem ou serviço é comum é a natureza do mesmo e a análise do mercado, e não a sua inclusão no rol de um regulamento. Assim como é cabível contratar bem ou serviço comum não incluso no rol, não se pode adquirir aqueles que, mesmo classificados como comuns, não o sejam de fato, quando analisadas suas características. Todavia, nada impede que o Anexo II do Decreto 3.555/00 (BRASIL, 2000) seja também aplicado ao pregão eletrônico.

Ainda com relação ao objeto do pregão eletrônico, outro ponto passível é de fomentar discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade de contratação de obras e serviços de engenharia. Isto porque o decreto que trata do pregão comum veda expressamente a utilização do mesmo para a contratação de tais obras e serviços (art. 5º do Decreto 3.555/00). Já o Decreto 5.450/05, referente ao pregão eletrônico, veda seu uso apenas para a contratação de obras de engenharia. Ante a omissão do citado decreto, poder-se-ia indagar sobre a possibilidade de uso do pregão eletrônico para a contratação de

³ Art. 1º da Lei 10.520/02, parágrafo único: Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado.

serviços de engenharia. A interpretação mais coerente não pode apenas se basear na literalidade do dispositivo, mas deve analisar a natureza do objeto: se houver um serviço de engenharia que possa ser qualificado como comum, não há vedação para a aplicação do pregão eletrônico. Tal definição, todavia, depende do estabelecimento de critérios para avaliar se determinado bem ou serviço é ou não comum.

Aprofundando a análise do que seja bem ou serviço comum, Justen Filho (2005) afirma que se trata de um conceito jurídico indeterminado. Sua análise no caso concreto resulta, portanto, em três zonas: uma de *certeza positiva absoluta*; outra de *certeza negativa absoluta*. E, por fim, a terceira, uma *zona cinzenta de incerteza*. Recaindo nas duas primeiras, a resposta acerca da aplicação ou não do procedimento não oferece dificuldades. Todavia, o que fazer persistindo dúvida?

Em relação a esta indagação, o autor supracitado observa alguns critérios: a) disponibilidade - comuns são os bens e serviços que a administração contrata tal como existem no mercado, e que estão disponíveis para compra a qualquer tempo (são oferecidos numa atividade empresarial estável); b) padronização

- seus atributos estão previamente determinados, sendo invariáveis ou sujeitos a variações de mínima relevância. Observe-se que estes dois atributos devem ser analisados conjuntamente. Ainda, para Justen Filho (2005), a qualidade de ser considerado comum é um atributo *externo* ao bem, e não essencial. Daí porque a análise do bem em si não é um critério satisfatório. Um produto pode ser padronizado, mas não estar prontamente disponível no mercado, em razão de suas especificidades. A própria Administração pode exigir características de um bem que acabem por restringir a competição a ponto de não haver, no mercado, fornecimento habitual e permanente do produto, o que impede a aplicação do pregão.

De todo modo, persistindo dúvida acerca da natureza do bem ou serviço, não é aconselhável a utilização do pregão.

3.4 Aspectos Práticos

Uma das grandes vantagens deste procedimento, segundo Justen Filho (2005), é que ao submeter o processo de licitação à via informatizada, a liberdade pessoal dos interessados acaba sendo restrita apenas àquilo que seja compatível com o sistema. A infraestrutura material e a programação dos

equipamentos impõem constrangimentos à conduta dos participantes. Pela forma como é processado, o pregão eletrônico exclui um sem número de variáveis que sempre poderiam ocorrer no curso de outras modalidades licitatórias. Disto resulta uma simplificação do procedimento licitatório.

Por outro lado, a adoção do meio eletrônico implica uma preocupação constante com a segurança do procedimento, o que tem se materializado através do controle da programação. O decreto que o instituiu determina que a SLTI seria provedora do sistema para os órgãos integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SISG)⁴. Estes programas devem ser elaborados de modo a garantir a segurança do certame, bem como os princípios de isonomia, publicidade, imparcialidade, mantendo a transparência do sistema.

3.5 Possível Vício Formal do Decreto 5.450/05

De acordo com Justen Filho (2005), o regulamento do pregão eletrônico introduziu importantes

inovações relativas ao procedimento do pregão comum. Assim sendo, pode-se dizer que o pregão eletrônico e o comum “[...] são modalidades autônomas e inconfundíveis de licitação” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 220). Logo, o pregão eletrônico deveria ter sido instituído através de lei, único instrumento hábil a inovar a ordem jurídica. O grande número de diferenças entre o pregão presencial e o eletrônico de fato impede que este seja visto como uma mera modalidade daquele. O decreto que instituiu o pregão eletrônico trouxe inovações no ordenamento jurídico, com práticas totalmente distintas do que ocorria com o pregão presencial, das quais destacam-se: a) alteração na sistemática de apresentação de propostas (por envelope no presencial, o que não ocorre na forma eletrônica); b) seleção dos licitantes que passarão à etapa de lances, sendo que no pregão eletrônico são todos os classificados, enquanto no pregão comum são apenas os que preencham certos requisitos. Observe a conclusão do versado autor:

Se a vontade estatal, ao adotar o pregão

⁴O Sistema de Serviços Gerais – SISG, integrado pelos órgãos e pelas entidades da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, é o sistema que organiza a gestão das atividades de serviços gerais, compreendendo licitações, contratações, transportes, comunicações administrativas, documentação e administração de edifícios públicos e de imóveis. No âmbito do SISG, são estabelecidas diretrizes, normas e atividades operacionais que são comuns a todos os órgãos e entidades que o integram, visando a melhor coordenação e eficiência das atividades de apoio administrativo no Governo Federal. O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão é o órgão central do SISG, exercendo essa competência por intermédio da SLTI. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/tecnologia_informacao/conteudo/principais_atv/compras_governamentais.htm.

eletrônico, era acolher inovações normativas radicais, então a única alternativa seria a utilização do instrumento legislativo (JUSTEN FILHO, 2005, p. 222).

Em que pese esta consideração, tem-se que o pregão eletrônico é a mais recente medida adotada pelo Governo Federal na busca do aperfeiçoamento da legislação e das normas públicas de logística, esforço este que vem sendo constante nas últimas décadas. É também uma conseqüência da percepção de que as medidas de contratação adotadas mostraram-se, ao longo dos anos, excessivamente burocráticas, demoradas e ineficientes, chegando a onerar os cofres públicos em alguns casos. É um processo que tem por força motriz a necessidade de atender aos princípios da Administração Pública, em particular princípio da eficiência, bem como implica, de maneira reflexa, a implantação de políticas públicas que permitem maior garantia dos direitos constitucionais dos cidadãos, particularmente do direito de fiscalizar a própria

Administração.

Não obstante, a simples busca pela eficiência não legitima o cometimento de ilegalidades, e não será argumento hábil a contestar arguições neste sentido.

Passemos agora a uma sucinta a análise do procedimento do pregão, do que se depreende imediatamente a agilidade com que seus atos se desencadeiam, como veremos em seguida.

3.6 Pregão Eletrônico – Análise Sumária do Procedimento

Como já mencionado, o pregão eletrônico destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, e poderá ser contratado, no âmbito da União, pelas entidades cadastradas no - Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF⁵). O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, na busca de uma regulamentação e sistematização dos procedimentos, veicula através do *site* www.comprasnet.gov.br⁶ (Portal de Compras do Governo Federal)

⁵ O Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF é o módulo informatizado do SIASG, operado “on-line”, que cadastra e habilita as pessoas físicas ou jurídicas interessadas em participar de licitações realizadas por órgãos e pelas entidades integrantes do SISG. O SICAF desburocratiza e facilita o cadastramento dos fornecedores do Governo Federal, contribuindo para aumentar a transparência e a competitividade das licitações. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/tecnologia_informacao/conteudo/principais_atv/compras_governamentais.htm.

⁶ É um sistema “on-line” de acesso a serviços do SIASG, inclusive por meio da Internet, no *site* www.comprasnet.gov.br. Oferece a consulta a convites, tomadas de preços e concorrências realizados pela Administração Federal, que pode ser facilmente realizada por qualquer interessado. O Comprasnet oferece ainda vários outros serviços e facilidades, como a consulta ao cadastro de fornecedores (SICAF), o download da íntegra de editais de licitações e a consulta a resultados de licitações realizadas. São facilidades que beneficiam os fornecedores do Governo, reduzem custos e tornam mais transparentes e competitivas as licitações. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/tecnologia_informacao/conteudo/principais_atv/compras_governamentais.htm.

manuais destinados a orientar servidores envolvidos no procedimento eletrônico licitatório, e outros eventuais interessados. Em suma, tais manuais traduzem a prática do pregão, o que será agora analisado. Salienta-se que o procedimento é realizado através do *site* acima citado.

A negociação do pregão eletrônico inicia-se e conclui-se pela *Internet*, cujos usuários devem estar previamente habilitados no Sistema Integrado de Administração e Serviços Gerais (SIASG⁷).

A fase preparatória do pregão eletrônico consiste numa sequência de atos, iniciando-se com a elaboração do termo de referência, dirigido à autoridade competente para a solicitação da contratação. Após, haverá a abertura do procedimento licitatório, e então, sendo aprovado o termo de referência, haverá a elaboração do edital.

A partir daí, o órgão licitante deve realizar, na internet, a inclusão do Edital e o agendamento automático do pregão eletrônico. Esta publicação pretende divulgá-lo junto à Imprensa Nacional, por intermédio do Sistema de Divulgação Eletrônica de Compras e Contratações (SIDEDEC). Cadastrado o Edital no SIDEDEC, passa a constar en-

tre os pregões agendados.

Após a data da publicação do aviso, podem os fornecedores enviar ou excluir propostas durante o período de divulgação do edital, até o início da sessão pública. Este edital deve trazer todos os aspectos essenciais para a correta utilização, inclusive definir o pregoeiro e a equipe de apoio que irão atuar no pregão anunciado, ficando eles vinculados. A Sessão pública do pregão eletrônico compreende as seguintes fases: 1) Abertura e classificação das propostas. Aberta a sessão, o pregoeiro deve realizar a análise das propostas frente ao edital publicado. Pode ocorrer que o pregão seja deserto – não ter ocorrido envio de propostas - o que constará em ata. Os lances somente podem ser ofertados em valor inferior ao último ofertado pelo mesmo licitante, o que será registrado pelo sistema, como prevê o art. 24 do Dec. 5.450/05 (BRASIL, 2005). Será registrado, contudo, lance superior ao menor lance ofertado, desde que seja menor do que o último ofertado pelo mesmo fornecedor. Isto permite que prossiga a disputa caso o fornecedor classificado em primeiro lugar não honre o preço ofertado, de forma a ampliar a possibilidade de disputa entre os

⁷ O Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – SIASG é o sistema informatizado de apoio às atividades operacionais no âmbito do SISG. O SIASG tem sido uma ferramenta para a modernização da área de serviços gerais na Administração Federal, em especial nas atividades de cadastramento de fornecedores, catálogo de materiais e serviços e registro de preços de bens e serviços. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/tecnologia_informacao/conteudo/principais_atv/compras_governamentais.htm

fornecedores; 2) Aceitação das propostas. Após a aceitação das propostas, o sistema, por medida de segurança, não permite voltar para a fase dos lances. Nesta fase, é ampla a negociação entre pregoeiro e fornecedor. Será aceita a proposta de menor lance, ou, justificadamente, outra que não esta, desde que a recusa seja justificada. Estando os itens na condição de aceitos, inicia-se então a habilitação destes fornecedores; 3) Habilitação dos fornecedores. Diferentemente do que ocorre nas modalidades licitatórias previstas na Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), aqui procede-se a habilitação somente após a negociação e aceitação das propostas; 4) Prazo para intenção de recurso. Estando os itens habilitados ou não, mas encerrada a fase de habilitação, o pregoeiro abre prazo para registro da intenção de recurso por parte dos fornecedores, nos casos de aceite e habilitado; cancelado, e ítem deserto. Fechado o prazo para intenção de recursos, é realizada a admissibilidade destes, decidindo pela aceitação ou recusa. Em sendo aceite, o licitante poderá registrar as razões do recurso pretendido; 5) Encerramento da sessão pública. Havendo intenção de recurso aceita, será estimado pelo pregoeiro prazo para registro das razões, contra-razões e decisões. Não havendo, pode-se realizar o en-

cerramento da sessão pública; 6) Após o encerramento da sessão pública, o sistema gera a ata do pregão. Por medida de segurança, o sistema impede o retorno às fases anteriores ao encerramento da Sessão Pública. Tal segurança ocorre por intermédio de um dígito verificador, que se trata de um código de segurança, calculado automaticamente pelo sistema no ato de geração da ata do Pregão Eletrônico, seja ela original ou complementar, e que garantirá a sua integridade, pois qualquer tentativa de alteração implicará alteração do código. A ata complementar somente será emitida quando houver decisão de recurso ou outro motivo justificado no Sistema, que acarretar alteração de resultado ou correção de erro praticado; 7) A adjudicação é o ato pelo qual a administração atribui ao vencedor o objeto da licitação. Se houver recurso, a adjudicação deve ser realizada pela autoridade competente – ordenador de despesas. Não havendo recurso pendente, a adjudicação será realizada pelo pregoeiro; 8) Homologação, que é a aprovação ao procedimento realizado, quanto a inexistência de vícios. O pregão eletrônico pode ser homologado por item ou na sua totalidade. É um procedimento do ordenador de despesas que equivale à decisão final ou ratificação dos atos do pregoeiro.

Se não estiverem presentes os requisitos para homologação, não será homologada, podendo também haver revogação ou anulação, total, ou referente a um item.

3.7 Implicações Teóricas

Desenvolvido o assunto objeto do presente artigo, verificou-se que há implicações teóricas inseridas no tema, especialmente: 1) prevalecendo a tese de que o pregão eletrônico é instrumento diverso do pregão comum por trazer inúmeras inovações, e considerando-se que estas somente poderiam ter sido implementadas através de lei, e não de Decreto, pode-se dar azo a discussões acerca da legalidade ou mesmo da constitucionalidade do Decreto que prevê a modalidade eletrônica de pregão; 2) o termo “bens e serviços comuns” nada mais é do que conceito jurídico indeterminado, ou seja, não há texto legal que preveja seu significado. Assim, em que pese existir rol exemplificativo constante do anexo II do Decreto 3.555/00 (BRASIL, 2000), e inexistir no que tange ao pregão eletrônico, deve este conceito ser analisado em cada caso concreto, de acordo com os critérios expostos; 3) o fato do pregão eletrônico não impedir sua utilização para contratação

de serviços de engenharia abre margem para que este procedimento seja adotado, quando tais serviços sejam considerados comuns.

Tais implicações não obstatam a utilização do procedimento, no entanto, podem gerar questionamentos que acabem modificando a interpretação no que tange ao seu emprego no futuro.

Atualmente, podemos afirmar que a aplicação prática do pregão eletrônico é evidente, bem como a sua sobreposição sobre o pregão presencial. Além do mais, o Decreto que o institui prevê a utilização obrigatória do pregão, preferencialmente na forma eletrônica (art 4º), para a aquisição de bens e serviços comuns, o que impõe aos órgãos públicos licitantes adequarem sua estrutura para realização do mesmo. O fato do pregão eletrônico ser um procedimento aliado à tecnologia da informação impõe ao licitante uma adequação a esta nova realidade. Mas superada esta fase de adaptação, percebe-se que há muitos ganhos também para os licitantes, no sentido de participar de um procedimento mais ágil e de menor custo. À medida que o instituto se torne mais abrangente para o cidadão, o governo demonstrará para a sociedade maior transparência e eficiência no gasto público, gerando também maior credibilidade perante esta.

4 Conclusão

O pregão comum, bem como o eletrônico, surgem da necessidade de agilizar a aquisição de bens e contratação de serviços, no intuito de diminuir o gasto público e aumentar a eficiência do sistema. As vantagens decorrentes da adoção do pregão eletrônico são, em resumo, a maior flexibilidade do procedimento, em função do uso da tecnologia da informação. Além da facilidade de contratar via *Internet*, o procedimento é seguro e oferece, dentro de sua esfera, as garantias presentes no pregão presencial. Certamente a desnecessidade de deslocamento, bem como a agilidade na realização dos atos, acaba por desonerar o órgão público contratante, daí a necessidade de maior difusão do sistema, o que ocorrerá, inclusive, por força do imperativo legal.

A edição da Lei que regula o pregão presencial, bem como o Decreto que institui o pregão eletrônico, revelam uma inegável tendência de se substituir os atuais procedimentos licitatórios por outros, mais simples e eficazes. Cabe aqui indagar: qual será o futuro da Lei 8666/93? Na opinião de Justen Filho, o diploma se limitará a ser um vetor principiológico

Em suma, pode-se esperar que, ao longo do tempo, a Lei nº 8.666/93 torne-se um diploma cuja única utilidade normativa será a veiculação de princípios gerais. A disciplina concreta das licitações será efetivada por meio de diplomas específicos. E um papel fundamental caberá à figura do pregão (2005, p.09).

Percebe-se que a adoção de procedimentos licitatórios mais flexíveis implica a exclusão de formalidades, salvo aquelas que visem resguardar os princípios de direito público que regem a matéria. Todavia, não se pode deixar de perceber que a Administração Pública continuará realizando compras e contratações de grande vulto, ou com objetos complexos, para as quais a aplicação das modalidades tradicionais previstas na Lei 8.666 (BRASIL, 1993) se revela mais adequada, inclusive pela possibilidade de adoção do critério de melhor técnica ou técnica e preço.

O presente artigo busca contribuir para a conscientização de que o pregão eletrônico deve, por imposição legal e pelas facilidades que apresenta, ser implantado em todas as esferas da administração pública, por se mostrar um instrumento que atende a todos os aspectos de lisura do procedimento de aquisições de bens e serviços públicos, com muito mais eficiência e menor gas-

to. Ainda que haja deficiência tecnológica em alguns setores, a tecnologia deve ser buscada e implementada, indo ao encontro do progresso.

É relevante que temas atuais como este sejam amplamente discutidos e disseminados, tendo em vista que quanto maior o número de conhecedores, maior será a implementação do sistema, no caso, do procedimento do pregão eletrônico. Quanto mais conhecido se tornar, será mais utilizado e com melhor proveito, porque a prática poderá conduzir a correção de imperfeições e virá a suprir dúvidas que ainda existem, diante da modernidade do instituto.

Foram destacados alguns aspectos jurídicos do pregão eletrônico, analisando-se de forma prática seu procedimento e evidenciando-se as vantagens e principais aspectos jurídicos trazidos pelo Decreto 5.450/05 (BRASIL, 2005), que o prevê. Através da análise da previsão legal e de doutrinas acerca do assunto, limitou-se a compilar parte do que existe atualmente sobre o tema, sem tecer maiores críticas ou propor alterações.

Conclui-se, em perspectiva sobre o tema, que num futuro próximo, o pregão comum tende a desaparecer, substituído pelo pregão eletrônico, face as vantagens deste, na medida em que os

requisitos para adoção de um ou de outro são os mesmos

Não é exagero afirmar que a difusão do pregão eletrônico produzirá a redução da relevância do pregão comum. À medida que as diferentes unidades administrativas instituíam o pregão eletrônico, essa passará a ser a alternativa dominante. Portanto, a utilização do pregão comum é uma etapa passageira. Não será surpresa se, dentro de alguns anos, a figura do pregão comum se configurar como uma raridade (JUSTEN FILHO, 2005, p. 10).

Observa-se, porém, que a tendência do pregão eletrônico substituir o presencial se deve ao fato de ambos versarem sobre a contratação do mesmo objeto – bens e serviços comuns. Em se tratando de objetos específicos, com complexas especificações técnicas, afasta-se a aplicação deste instituto, sendo mais indicadas aquelas modalidades previstas na Lei 8666 (BRASIL, 1993).

Há ainda uma outra tendência, também preconizada por Justen Filho, que será a consagração futura de uma nova modalidade licitatória, por ele denominada de consulta eletrônica. De fato, o procedimento licitatório só não pode prescindir de formalidades na medida em que estas sejam garantidoras dos princípios de que regem o instituto da licitação, tais como isonomia, legalida-

de, publicidade, moralidade, julgamento objetivo, vinculação ao instrumento convocatório, ou quando assim o exigir o objeto a ser licitado, por sua especificidade. Mas com a flexibilização das formalidades decorrente do uso da tecnologia da informação, o ordenamento jurídico impõe apenas que um diploma legislativo fixe o rol de princípios (e as formalidades correspondentes) a serem respeitados, restando um amplo espectro de atuação para a Administração Pública.

Assim, de acordo com Justen Filho (2005, p.245)

Se e quando houver tal consagração legislativa, estará concluída a implantação de uma nova modalidade licitatória, apropriada para os casos atualmente denominados de “contratação direta” [...] pode estimar-se que esta nova modalidade licitatória corresponderá a uma consulta eletrônica, em que a divulgação dos interesse administrativo em realizar a contratação far-se-á por via da internet, admitindo-se a formulação por potenciais interessados de propostas num curtíssimo espaço de tempo. Talvez se possa, inclusive, assemelhar a situação a uma espécie de “convite por via eletrônica”, em que a administração solicitará proposta de certos fornecedores, admitindo-se que os particulares cadastrados possam competir (mesmo quando não convidados).

Referências

BRASIL. **Compras Governamentais**. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/tecnologia_informacao/conteudo/principais_atv/compras_governamentais.htm>. Acesso em: 10 jun. 2006.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil** (1988). São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Decreto nº. 3.555, de 8 de agosto de 2000. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 ago. 2000. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3555.htm>. Acesso em: 5 maio 2006.

BRASIL. Decreto nº. 3.697, de 21 de dezembro de 2000. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 dez. 2000. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3697.htm>. Acesso em: 5 maio 2006.

BRASIL. Decreto nº. 5.450, de 31 de maio de 2005. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1º jun. 2005.

Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5450.htm>. Acesso em: 5 maio 2006.

BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8666cons.htm>>. Acesso em: 5 maio 2006.

BRASIL. Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 jul. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10520.htm>>. Acesso em: 5 maio 2006.

BRASIL. **Manual do Pregoeiro**. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manuais/pregoeiro.htm>>. Acesso em: 5 maio 2006.

BRASIL. **Pregão: uma nova modalidade de licitação**. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/banner/hb7.htm>>. Acesso em: 5 maio 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 327/328.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**, 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Aspectos polêmicos do pregão**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3212>>. Acesso em: 7 jun. 2006.