

PREGÃO ELETRÔNICO: uma análise de sua evolução histórico-legislativa e das inovações decorrentes do Decreto nº 5.450/2005

Autor: Marco Adriano Ramos Fonsêca

Pós-graduado em Direito Processual pela UNAMA.

Pregoeiro formado pela Escola Nacional de Administração Pública – ENAP.

Analista Judiciário do TJMA.

Professor do Curso de Direito da Faculdade do Maranhão – FACAM.

Autor do livro “Pregão Eletrônico: uma análise de sua aplicabilidade e eficácia na Administração Pública Federal”, Campinas: Editora Impactus 2007.

Articulista e palestrante em Licitações e Contratos.

1. Considerações Preliminares

O Pregão Eletrônico trata-se de uma das formas de realização da modalidade licitatória de pregão, apresentando as regras básicas do Pregão Presencial, com procedimentos específicos, caracterizando-se especialmente pela ausência da “presença física” do pregoeiro e dos demais licitantes, uma vez que toda interação é feita por meio de sistema eletrônico de comunicação pela Internet, possuindo como importante atributo a potencialização de agilidade aos processos licitatórios, minimizando custos para a Administração Pública, estando cada vez mais consolidado como principal forma de contratação do Governo Federal.

O uso e a aplicabilidade do Pregão, na forma eletrônica, como modalidade de licitação no âmbito da Administração Pública Federal proporcionou, desde o início, impacto nas contratações governamentais, representado em grandes vantagens aos entes públicos, notadamente em virtude de suas características de celeridade, desburocratização, economia, ampla divulgação e publicidade e eficiência na contratação.

Sobre os aspectos inovadores da utilização de meios tecnológicos e a comunicação à distância, e sua fixação histórico-legislativa, disponibilizados com a implementação de Pregões Eletrônicos, Palavéri (2005, p. 127) leciona

Com efeito, até a edição da primeira medida provisória do pregão, em 2000, não havia, em âmbito nacional, nenhuma norma disciplinando as licitações por intermédio de meio eletrônico, sendo que, na melhor das hipóteses, os órgãos públicos apenas disponibilizaram seus editais pela Internet, em seus *sites*, não os utilizando para nenhum outro fim.

Neste contexto, faz-se necessário destacar que o primeiro instrumento normativo a prever a possibilidade de realização do Pregão Eletrônico em nosso

ordenamento jurídico foi a Medida Provisória nº 2.026/2000, em seu art. 2º, parágrafo único.

Impende ser ressaltado, outrossim, que no dia 21 de dezembro de 2000, ainda sob a égide da sétima reedição da Medida Provisória nº 2.026/2000, foi editado o Decreto nº 3.697, que regulamentou o pregão em sua forma eletrônica, estabelecendo normas e procedimentos para a realização de licitações na modalidade pregão, por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, destinado à aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União.

Com o intuito de otimizar o procedimento do Pregão, potencializando os mecanismos para a divulgação, publicidade, ampla participação, o parágrafo 1º do art. 2º, da Lei nº 10.520/2002, ratificando o que já havia sido previsto no art. 2º, parágrafo único da Medida Provisória nº 2026/2000, acima mencionado, consagrou a implementação do que se convencionou denominar Pregão Eletrônico, realizado por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica, a qual se deu à época através do Decreto nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000, aplicando-se subsidiariamente o Decreto 3.555, de 8 de agosto de 2000, que trata do Pregão Presencial.

Convém ser destacado, que o Decreto nº 3.697/2000, ao dispor sobre o Pregão Eletrônico, não contemplava, de maneira abrangente, todos os passos do procedimento licitatório eletrônico, fazendo apresenta várias remissões ao Decreto nº 3.555/2000, que disciplina o pregão presencial, o que às vezes provocava dúvidas na aplicabilidade dos dispositivos, notadamente após a conversão da Medida Provisória do pregão em Lei.

Ademais, não se pode olvidar a notável evolução do procedimento do Pregão, tanto na forma presencial e eletrônica, com relação ao momento pretérito em que o mesmo foi instituído através de medida provisória, o que evidenciava a premente necessidade de revisão do texto regulamentar, com a adoção de algumas alterações e inovações que o adequassem ao contexto atual do procedimento, compondo um sustentáculo para a otimização desta eficiente modalidade licitatória.

Como resposta ao clamor pela adequação do regulamento, o Governo Federal editou o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que foi publicado no Diário Oficial da União do dia 1º de junho de 2005, o novo regulamento do Pregão Eletrônico, que finalmente veio atualizar seu procedimento e adequar as incongruências do tratamento normativo dado pelo Decreto nº 3.697/2002 relativamente aos dispositivos

da Lei nº 10.520/2002, consagrando inúmeras inovações que repercutirão positivamente no amadurecimento desse procedimento, destacando-se com a mais relevante o dispositivo que instituiu a obrigatoriedade de adoção do Pregão, nas aquisições de bens e serviços comuns, adotando-se o Pregão Eletrônico de forma preferencial, a fim de consolidá-lo, definitivamente, como forma de licitação padrão na Administração Pública Federal.

2. Conceito, características, vantagens e inovações decorrentes do Decreto nº 5.450/2005

O Pregão Eletrônico apresenta sessão pública que se efetiva por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, onde a interação entre os agentes públicos responsáveis pela realização da licitação (Pregoeiro e Equipe de Apoio) e os licitantes/fornecedores dá-se por meio de provedor da Internet, permitindo, dessa forma, uma ampliação do universo de participantes e proporcionando uma maior transparência e publicidade ao rito do certame, tendo em vista que qualquer pessoa interessada pode acompanhar o desenvolvimento da sessão pública e ter acesso a todos os atos e procedimentos praticados desde a abertura até o encerramento dos trabalhos pertinentes ao procedimento licitatório.

Ressaltando-se estes aspectos inovadores do Pregão Eletrônico, Palavéri (ibid, p. 127) enfatiza em seus comentários o caráter modernizador instituído com essa nova possibilidade de realização de licitação, asseverando que

A previsão desse procedimento, inicialmente, nas medidas provisórias do pregão, e depois na Lei 10.520/2002, nada mais é que reflexo da modernidade, sendo prova de que os meios eletrônicos definitivamente passaram a fazer parte integrante da vida cotidiana do poder público[...].

De plano, convém ser ressaltado que o Pregão Eletrônico não se trata de uma nova modalidade licitatória diversa do Pregão, sendo apenas uma das formas de realização desse tipo de certame competitivo, entendimento este corroborado por Vera Scarpinella (2003, p. 167), que nos leciona que “[...] a forma eletrônica do pregão não equivale a uma nova e distinta modalidade licitatória. Trata-se da mesma modalidade licitatória criada e descrita na Lei nº 10.520/2002 [...]”.

Considerando as vantagens e resultados satisfatórios advindos das experiências implementadas com o Pregão Eletrônico, o Governo Federal passou a incentivar progressivamente o uso e a difusão do Pregão junto a todos os órgãos

federais, evidenciando a intenção de consolidá-lo como modalidade licitatória de primeira grandeza, em se tratando de aquisições de bens e serviços comuns.

Uma dos mecanismos que poderia caracterizar essa intenção de disseminar o Pregão, e a sua forma eletrônica, como modalidade prioritária, tratava-se da própria redação do art. 3º, do Anexo II, do Decreto nº 3.555/2000, ao consagrar que o uso da modalidade licitatória de Pregão pela Administração Pública Federal deveria ser efetivada de forma preferencial, nos casos em que o objeto da contratação fosse caracterizado como bem ou serviço comum. Eis a redação do referido dispositivo (BRASIL, 2007a, p. 1):

Art. 3º. Os contratos celebrados pela União, para a aquisição de bens e serviços comuns, serão precedidos, prioritariamente, de licitação pública na modalidade de pregão, que se destina a garantir, por meio de disputa justa entre os interessados, a compra mais econômica, segura e eficiente.

Entretanto, esse dispositivo despertou diversos questionamentos na doutrina, tendo em vista que, a priori, poderia evidenciar um caráter discricionário na escolha da modalidade licitatória de Pregão pela Administração.

Ademais, tais questionamentos ganharam maior repercussão ao se verificar que os órgãos públicos federais não estavam utilizando o Pregão em suas rotinas de licitações, notadamente em sua forma eletrônica, tendo em vista que suas características inovadoras e peculiares causaram certa desconfiança e aversão por parte de alguns gestores governamentais, que por diversos fatores, dentre eles a falta de estrutura tecnológica e a falta de incentivo para a qualificação de seus servidores, ficando, portanto, relegado a segundo plano.

O uso do Pregão estava mais concentrado na forma presencial, sendo que a utilização da forma eletrônica ainda apresentava certa aversão por parte de algumas entidades estatais. Entretanto, esta não era a “vontade” da cúpula do governo, que cada vez mais se vislumbrava com as vantagens e transparência instituídas pelo Pregão Eletrônico, e desta forma almejava uma maior expansão na utilização desta forma de licitação.

Nesse contexto, e no intuito de viabilizar uma otimização no uso do Pregão Eletrônico, o Governo Federal editou o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, publicado no DOU de 1º de junho de 2005, que finalmente, instituiu a obrigatoriedade de adoção do Pregão nas contratações de bens e serviços comuns, adequando-o às intenções institucionais e à própria evolução e dinâmica que tomou o Pregão na Administração Federal, tornando esta modalidade licitatória obrigatória nas aquisições

de bens e serviços comuns, e sua forma eletrônica passando a ser prioritária e padrão, ou seja, quando o gestor público optar pelo pregão presencial terá apresentar justificativa circunstanciada da escolha.

É o que preconiza o art. 4º do referido Decreto, cuja redação transcrevemos in verbis (BRASIL, 2007b, p. 3):

Art. 4o Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

§ 1o O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente. [...]

Referido dispositivo é inovador, e acarretará, sem dúvida alguma, grandes repercussões em nosso ordenamento jurídico e na aplicabilidade das demais modalidades licitatórias da Lei nº 8.666/93, que praticamente perderão campo de aproveitamento.

Se considerarmos que na época em que o pregão se apresentava como faculdade ou opção discricionária da Administração Pública Federal, em se tratando de aquisição de bens e serviços comuns, as demais modalidades licitatórias encontravam-se em crescente desuso, imagine-se agora com o caráter cogente do referido dispositivo consagrado no Decreto nº 5.450/2005.

Isso não significa que as modalidades de Concorrência, Tomada de Preços e Convite perderão completamente aplicabilidade, tendo em vista que, doravante, tais certames licitatórios serão cabíveis apenas quando o objeto da contratação não se emoldurar ao conceito jurídico de bens e serviços comuns, o que certamente ocasionará grandes discussões na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais, e do próprio Tribunal de Contas da União, haja vista que referido conceito jurídico é plurissignificativo

A inovação apresentada com a obrigatoriedade fixada pelo Decreto nº 5.450/2005 quanto a aplicabilidade do Pregão para a contratação de bens e serviços comuns, e a adoção da forma eletrônica com instrumento preferencial, vem ratificar o contexto de consolidação e prestígio que o Pregão Eletrônico atravessa desde o início de sua instituição, com a implementação de uma nova mentalidade nas aquisições governamentais, conforme faz prova os próprios dados informados no portal Compranet (BRASIL, 2007d, p.1), que colacionamos a seguir:

Pregão Eletrônico do governo cresce 103%: O número de pregões eletrônicos do governo federal de 2004 cresceu 103% frente ao ano anterior, revelou um balanço divulgado pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI), do Ministério do Planejamento. Segundo o órgão, foram

3.024 transações realizadas no ano passado, frente a 1.488 de 2003. Na comparação com 2002, a alta foi de aproximadamente 300%.

A adoção do Pregão, e a implementação de sua forma eletrônica viabilizaram um notável incentivo à competitividade e à ampliação da disputa entre fornecedores, que passaram a dar uma maior credibilidade às contratações públicas e aos certames licitatórios, eis que nesta modalidade se reduz drasticamente as possibilidades de fraudes, conluíus, conchavos, e todas as demais meios escusos e fraudulentos que dantes eram levados à cabo por servidores e fornecedores inescrupulosos.

O incremento da competitividade é plenamente materializável no Pregão Eletrônico através da simples constatação de que um licitante que possua estabelecimento em qualquer lugar do país pode participar de um certame licitatório promovido por qualquer instituição pública federal sediada no território nacional, bastando estar conectado à Internet, e satisfazer os requisitos para credenciamento no servidor do sistema.

Dessa forma, por exemplo, uma empresa estabelecida no Estado de Roraima pode participar, e quiçá lograr ser adjudicatária, de um Pregão Eletrônico promovido por uma Unidade Administrativa do Serviço Público Federal sediada na cidade de Uruguaiana/RS. Eis um instrumento de fortificação dos princípios e valores consagrados em nossa constituição, e do próprio Estado Democrático de Direito.

Com o fim de ilustrar o crescimento da competitividade e da credibilidade dos fornecedores nas licitações promovidas na modalidade de Pregão, apresentamos as seguintes informações extraídas do portal Comprasnet (BRASIL, 2007c, p. 1):

Nos últimos dois anos, uma lenta revolução vem ocorrendo no governo federal na hora de realizar suas licitações. As mudanças são importantes porque aumentaram de forma significativa o número de fornecedores do governo e porque reduziram os custos das compras governamentais em até 30%. [...] Essas mudanças devem-se à prioridade dada aos pregões eletrônicos. [...] A novidade foi o crescimento do número de fornecedores, que pela primeira vez ultrapassou a casa dos 200 mil. Nos últimos quatro anos, o número de empresas passou de 150 mil para 214 mil, uma elevação de 42%. [...] Para a iniciativa privada, o uso dos pregões também é favorável, segundo os especialistas do setor. “Antes da popularização dos pregões eletrônicos, poucas empresas participavam das licitações e muitas preferiam não aparecer, atuando através de empresas de representação, mas cada dia mais as empresas estão quebrando esse paradigma e atuando de forma direta para vender aos órgãos públicos”, afirma Roberto Bacarat, diretor da RHS Licitações.

Podemos destacar, ainda, as seguintes inovações do Decreto nº 5.450/2005:

- a) Consagração no texto do decreto sobre pregão eletrônico dos princípios norteadores dessa modalidade licitatória (art. 5º);

- b) A designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio poderá recair entre servidores de órgãos diversos daquele em que se promoverá o evento, desde que o órgão cedente seja entidade integrante do SISG (Sistema Integrado de Serviços Gerais) do Ministério do Planejamento, ou seja, de qualquer outro órgão que opere pregões pelo portal Comprasnet;
- c) Alteração dos prazos e formas de impugnação e pedido de esclarecimento, que agora são diferentes e específicos, conforme dispõe os artigos 18 e 19 do Decreto nº 5.450/2005;
- d) Possibilidade de envio, por parte do licitante, de lance inferior ao último por ele ofertado (art. 24, § 3º), o que viabiliza a disputa pelas demais colocações no certame;
- e) Aumento dos limites dos valores estimados da contratação para fins de publicação do Aviso de Licitação em jornais de grande circulação local, regional ou nacional, nos termos do art. 17, incisos I, II e III, e § 6º do Decreto 5.450/2005;
- f) Consagração da possibilidade de contratação de Serviços de Engenharia, por meio de Pregão Eletrônico, instituída pela redação do art. 6º do Decreto nº 5.450/2005, antes vedada pelo art. 5º do Decreto nº 3.555/2000, acolhendo os questionamentos e os entendimentos articulados pela doutrina e parte da jurisprudência, que sustentavam a possibilidade da contratação desses serviços.

3 Considerações Finais

O Pregão Eletrônico trata-se de um inovador instrumento concebido pelo Governo Federal relativamente às alternativas e conceitos em licitações públicas até então vigentes, configurando-se em um verdadeiro corte epistemológico, uma quebra de paradigmas, sem precedentes, no contexto histórico de contratações governamentais de nosso ordenamento jurídico.

A instituição do Pregão como nova modalidade de licitação de observância obrigatória pela Administração Pública Federal aponta para uma modernização do sistema de licitação, objetivando conferir à Administração um meio mais econômico,

célere e eficaz para as contratações, notadamente ao se estabelecer o Pregão Eletrônico como forma de realização preferencial, de forma a otimizar o rito procedimental, aumentando a competitividade entre os licitantes, alcançando fornecedores de diversas regiões do país, reduzindo os custos e os valores das propostas.

O Pregão Eletrônico representa uma desejável aplicação do princípio constitucional da eficiência, com a agilização e simplificação do procedimento licitatório, através de uma inversão de fases que lhe propicia maior e mais efetiva funcionalidade. Isto, na medida em que propicia, a todos os participantes do certame, a oportunidade de serem examinada e discutida a sua proposta, sem as prévias barreiras e delongas da habilitação.

O Pregão Eletrônico também é preponderante para o perfeito atendimento do princípio da economicidade, uma vez, que viabiliza resultados satisfatórios, com uma redução significativa dos valores das ofertas, além de propiciar maior agilidade às contratações, que, em regra, ocorrem com maior celeridade por meio da utilização de seu rito procedimental menos burocratizado.

A instituição do Pregão coaduna-se com o nosso atual estágio legislativo, que vem consolidando uma mentalidade de probidade e responsabilidade nos gastos públicos, a exemplo da Lei Complementar nº 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal, pugnando cada vez mais pela transparência na gestão da *res pública*, viabilizando instrumentos preservadores do interesse público e coletivo.

Mais informação e transparência nas licitações públicas são, sem dúvida, a garantia perene do efetivo acesso e controle popular e do exercício da cidadania.

A sociedade não tolera mais conviver com agentes e gestores públicos irresponsáveis e hoje está cada vez mais consciente de que quem arca com os prejuízos advindos do mau uso do dinheiro público é o próprio cidadão, o contribuinte.

Dessa forma, resta evidenciada a importância desse procedimento licitatório para a Administração Pública, como uma forma de controlar as atividades do Administrador na gerência dos recursos públicos, sempre tendo em mente os princípios imperiosos na atividade administrativa, quais sejam: o da legalidade, moralidade, publicidade etc.

O atual momento político do Brasil apresenta-se envolto em diversas investigações acerca de fraudes e corrupções no âmbito das licitações públicas, com o desvendamento de favorecimentos e da prevalência de interesses particulares

camuflados no suposto interesse público, levantando novas discussões sobre a defasagem das modalidades tradicionais de licitação e a progressiva utilização de mecanismos asseguradores de transparência e maior fiscalização dos gastos de recursos públicos, a exemplo do Pregão Eletrônico.

Quanto mais transparente e democrático for o sistema de compras públicas, menos espaço haverá para a corrupção. O modelo tradicional perpetuou na administração pública as negociatas para superfaturar preços e direcionar as compras para fornecedores dispostos a corromper. Isso ocorre por problemas inerentes ao sistema tradicional, que inexistem no eletrônico.

Mas, apesar da inquestionável melhora em relação ao sistema antigo, o pregão eletrônico não pode ser tratado como uma panacéia capaz de eliminar a corrupção. Deve ser consolidada a mentalidade e consciência de todos os agentes públicos, fornecedores, e sociedade em geral a respeito da moralização e democratização da gestão pública, com a otimização das formas de contratação pública, a fim de efetivamente ser consagrados na prática os valores insculpidos nos princípios norteadores da Administração Pública.

Conforme o próprio pronunciamento do Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, em rede nacional, no qual ele ressalta “que um dos maiores desafios que enfrentam as democracias contemporâneas é o de dar transparência à gestão do Estado, na definição e na fiscalização dos investimentos e gastos públicos”.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2002. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/decreto/D3555.htm>. Acesso em: 22 fev. 2007.

_____. 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: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 fev. 2007.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Pregão agora é Lei e vale para todo o Brasil.** Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/tecnologia_informacao/conteudo/noticias/pregao_agora_e_lei.htm>. Acesso em: 6 jan. 2007.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Pregão Eletrônico do governo cresce 103%.** Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id_noticia=176>. Acesso em: 6 jan. 2007.

PALAVÉRI, Marcelo. **Pregão nas licitações municipais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade de pregão:** Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. São Paulo: Malheiros, 2003.

DADOS SOBRE O AUTOR:

Nome completo: Marco Adriano Ramos Fonsêca

Profissão: Analista Judiciário – A do Tribunal de Justiça do Maranhão – TJMA

Qualificação: brasileiro, maranhense, solteiro, nascido aos 29/03/1983, filho de Manoel Pereira Fonsêca e Enilde Ramos Fonsêca.

Endereço: Rua 01, casa 01, Conjunto São José, bairro João Paulo, São Luís/MA, CEP 65041-430.

Fone: (098) 3243-6175 e (098) 8822-4130

e-mail: marco.adriano@bol.com.br

Autor do livro “Pregão Eletrônico: uma análise de sua aplicabilidade e eficácia na Administração Pública Federal”, Campinas: Editora Impactus 2007.