



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCUS VINÍCIUS ALMEIDA MACHADO GRISI

ANÁLISE PROPOSITIVA PARA A EFICIÊNCIA DO PROCEDIMENTO
LICITATÓRIO BRASILEIRO

FORTALEZA

2019

MARCUS VINÍCIUS ALMEIDA MACHADO GRISI

ANÁLISE PROPOSITIVA PARA A EFICIÊNCIA DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO
BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Administrativo.

Orientadora: Profa. Mestre Fernanda Cláudia Araújo da Silva.

FORTALEZA

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- G889a Grisi, Marcus Vinicius Almeida Machado.
Análise propositiva para a eficiência do procedimento licitatório brasileiro / Marcus Vinicius Almeida Machado Grisi. – 2019.
48 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2019.
Orientação: Profa. Ma. Fernanda Cláudia Araújo da Silva.
1. Procedimento licitatório. 2. Eficiência. 3. Celeridade. 4. Segurança. I. Título.

CDD 340

MARCUS VINÍCIUS ALMEIDA MACHADO GRISI

ANÁLISE PROPOSITIVA PARA A EFICIÊNCIA DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO
BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Administrativo.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Mestre Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Professora Orientadora

Prof. Doutor William Paiva Marques Júnior

Prof. Mestre David Alcântara Isidoro

À minha mãe e ao meu pai, obrigado por
sempre me apoiarem – em praticamente todas
as situações – e confiarem em mim.

AGRADECIMENTOS

A minha mãe, pelo suporte diário e incondicional nesse período tão conturbado e por transmitir amor, carinho e tranquilidade quando eu precisava.

A meu pai, que mesmo de longe sempre se manteve muito presente, sempre me ajudando, incentivando e demonstrando seu enorme amor.

A minha família, Karla, Érica, Vivianne, Karine, Socorro, Moacir, Leo, Arthur, Gustavo, Marcos, Gio, Pedro, João e Luis... minhas tias e tios queridos, meus avós, primos e irmãos, obrigado por me ensinarem o verdadeiro amor.

A minha orientadora, pelos ensinamentos e ideias para o trabalho, bem como atenção e disponibilidade para me ajudar nesses meses de estresse, atenção, aprendizado e gratificação.

Aos participantes da banca, Professor William e David Alcântara, pela disponibilidade em participar desse momento essencial na minha vida.

A minha namorada, Paulinha, por todo apoio, suporte, amor, e aconchego que você me dá, bem como por acreditar em mim em momentos que mesmo eu duvidava.

Aos meus amigos de Salamanca: João, Vic, Davi, Leskão, Lua, Perdigão, Bubu, Peppim, Arthur, Pedin e tantos outros, por ensinarem a verdadeira amizade e mostrarem que o mais importantes da vida são as pessoas que estão ao seu lado, que compartilham tantos momentos com você.

Ao Oman, meu melhor amigo, por tudo que já vivemos e por tudo que há de vir, e pela gratificação que é assistir nós dois crescendo juntos, agora profissionalmente.

Ao Astro, Melzin, Curcz, Thales, Rodo, PR, Val, Logan, Renan, Bia, Caio, Rodrigo e todos meus grandes amigos, pelo suporte e momentos de felicidade compartilhados.

Aos Peppas – Daniel, Mari, Hugo, Pedrão, Moreira -, Thales e tantos outros por tornarem a faculdade muito mais fácil e divertida e ao Centro Acadêmico e meus colegas diretores, por me ensinarem um senso de responsabilidade e mostrarem como a FD realmente funciona.

À Ejudi e todos meus colegas na época – Roberto, Eric, Luiz, Bia, Ju e outros – pela experiência mais gratificante e de maior aprendizado de toda minha graduação.

A todas as pessoas incríveis que conheci e pude me aproximar nos festivais de música que pude frequentar, por toda a conexão e momento incríveis vividos.

Por fim, a todos os colegas e amigos que não citei, mas fiz durante a vida, como Sean, Fontenele, Pimenta, todos de Verona, Boston, bem como outros, que eu tenho um carinho enorme por todos e sinto que vocês fazem parte dessa conquista.

RESUMO

O procedimento licitatório brasileiro é regido, hoje, em sua maior parte, pela Lei nº 8.666 de 1993. Ora, supõe-se que suas formalidades não sejam mais tão adequadas à realidade atual. Passando-se quase três décadas, as relações sociais e jurídicas da sociedade mudaram bastante: com o advento da revolução tecnológica, a disseminação da internet, tudo precisa ser mais célere, mais eficiente, mais objetivo. E essas mudanças não ocorreram unicamente com a população; atingiram, também, a Administração Pública, principalmente com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98. A referida emenda instituiu a eficiência como um dos princípios basilares da administração, constantes no art. 37 da Constituição Federal. Assim, a eficiência deve ser analisada de maneira ampla, abrangendo da prestação dos serviços públicos até a racionalização da máquina administrativa. Nesse contexto, surge a necessidade de adequar o processo licitatório a essa nova fase da gestão pública. Assim, foi instituído, por meio da Lei nº 10.520/2002, o pregão, uma nova modalidade, com a perspectiva de tornar o certame mais célere e eficiente. Posteriormente, em face dos grandes eventos internacionais que o país iria sediar no meio dessa década, foi criado o Regime Diferenciado de Contratações, outra modalidade. Tais medidas representaram, sim, um avanço na eficiência do certame, em comparação à Lei nº 8.666/93, mas ainda não é o suficiente; ainda há muito a melhorar. Assim, faz-se necessário uma mudança mais profunda na legislação pátria, não apenas por meio de leis esparsas criando novas modalidades, mas sim por meio de uma lei completa, que de fato represente um verdadeiro marco, que se aproveite das novas tecnologias e das nuances do atual cenário social para aumentar a eficiência do procedimento licitatório.

Palavras-chave: Procedimento licitatório, eficiência, celeridade, segurança.

ABSTRACT

The Brazilian bidding procedure is today conducted, at least the biggest part of it, by the Law 8.666 of 1993. Now, it is supposed that its formalities are no longer so adequate to the reality nowadays. Almost three decades later, society's social and legal relations have changed substantially; with the advent of the technological revolution, the spread of the internet, everything needs to be faster, more efficient, more objective. And these changes did not occur solely with the population; also reached the Public Administration, mainly with the advent of Constitutional Amendment No. 19/98. This CA established efficiency as one of the basic principles of administration, fixed in article 37 of the Federal Constitution. Thus, efficiency must be broadly analyzed, from the provision of public services to the rationalization of the administrative machinery. In this context, the necessity arises to adapt the bidding process to this new phase of public management. Thus, by means of the Law 10.520 / 2002, the Pregão was instituted, a new modality, with the perspective of making the event faster and more efficient. Later, thinking about the major international events that the country would host in the middle of this decade, the Differentiated Hiring Regime was created, another modality. Such measures did represent a progress in the efficiency of the event, compared to the Law 8.666 / 93, but it is not enough; there is still a lot of room to improve. Thus, a more profound change in homeland legislation is needed, not only through sparse laws creating new modalities, but through a complete law that in fact represents a real milestone, taking advantage of new technologies and nuances of the current social scenario to increase the efficiency of the bidding process.

Keywords: Bidding procedure, efficiency, speed, safety.

SUMÁRIO

| | | |
|-----------------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 | O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO BRASILEIRO: PERSPECTIVAS DE PRATICIDADE E LICITUDE | 13 |
| 2.1 | Das modalidades licitatórias | 13 |
| 2.1.1 | <i>Leilão</i> | 18 |
| 2.1.2 | <i>Concurso</i> | 18 |
| 2.1.3. | <i>Convite</i> | 19 |
| 2.1.4. | <i>Tomada de preços</i> | 20 |
| 2.1.5. | <i>Concorrência</i> | 21 |
| 2.1.6. | <i>Regime diferenciado de contratação</i> | 21 |
| 2.1.7 | <i>Pregão</i> | 22 |
| 2.1.7.1. | <i>Pregão presencial</i> | 26 |
| 2.1.7.2. | <i>Pregão eletrônico</i> | 28 |
| 3 | VANTAGENS E DESVANTAGENS DO ADVENTO DO PREGÃO ELETRÔNICO | 29 |
| 3.1. | Vantagens do pregão eletrônico | 31 |
| 3.2. | Desvantagens do pregão eletrônico | 32 |
| 4 | PROJETO DE LEI Nº 6814/2017: CRÍTICAS E SUGESTÕES | 37 |
| 4.1. | Principais mudanças apresentadas | 37 |
| 4.2. | Sugestões ao projeto de lei | 40 |
| 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 45 |
| 6 | REFERÊNCIAS | 46 |

1 INTRODUÇÃO

Nesse trabalho, trata-se de todo o atual procedimento licitatório pátrio, desde a Lei nº 8.666/93, passando pela instituição de Pregão e do Regime Diferenciado de Contratação (RDC), até chegar ao PL nº 6.814/2017, que pretende revogar as leis já citadas e unificar a matéria de licitação em um único diploma legal. Far-se-á, ademais, uma análise crítica do atual processo, onde serão ponderadas as mudanças trazidas pelas leis supervenientes à Lei das Licitações, a fim de buscar soluções para tornar todo o certame o mais eficiente possível, tanto para a Administração Pública quanto para o particular.

O tema foi escolhido devido à latente necessidade de atualização da Lei das Licitações: uma lei do século passado incumbida de regular algo tão dinâmico como o procedimento de contratação pública. Tal reformulação da lei deve ser realizada de maneira que a adéque à nova realidade da administração, pós-Emenda Constitucional nº 19/98: uma gestão pública focada na eficiência dos processos.

Nesse contexto, o presente trabalho visa a examinar, além das novidades já trazidas pelo pregão, a possibilidade de implementação de outras ferramentas, institutos, capazes de aprimorar o procedimento, sempre focando na segurança para o ente público, na celeridade e na supramencionada eficiência.

No primeiro capítulo, realiza-se um estudo doutrinário a respeito dos principais institutos do atual procedimento licitatório, onde serão explicitadas as características das 5 modalidades clássicas previstas na Lei nº 8.666/93 e as novidades trazidas pelo pregão e pelo RDC.

No segundo capítulo, faz-se uma ponderação sobre o advento do pregão eletrônico, onde serão examinadas críticas doutrinárias e jurisprudenciais sobre sua efetivação, sempre buscando o aproveitamento das ferramentas que realmente trouxeram benefício para a administração, a correção de eventuais equívocos legais ou práticas que sejam necessários inibir do processo.

No último capítulo, examina-se criticamente o Projeto de Lei nº 6.814/2017, da maneira que hoje tramita no Congresso Nacional, e sugerirá a inserção de novas medidas que, acredita-se, trarão consideráveis benefícios ao procedimento e à administração pública de um modo geral.

A metodologia do trabalho – quantitativa e qualitativa - consiste em um vasto estudo doutrinário, por meio de livros e artigos; análises jurisprudenciais de acórdãos do STF e, principalmente, do TCU; e comparações legais entre os diplomas já existentes e o PL nº

6814/2017.

2 O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO BRASILEIRO: PERSPECTIVAS DE PRATICIDADE E LICITUDE

Neste primeiro capítulo, realizaremos um estudo doutrinário a respeito dos principais institutos presentes no atual processo licitatório pátrio. Analisaremos o conceito, o rito aplicado, as novidades já trazidas pela lei, dentre outros aspectos.

2. 1. Das modalidades licitatórias

Os atos praticados pela Administração Pública são norteados, de maneira geral, pela primazia do interesse público; e isso não é diferente com o processo licitatório. Para tanto, faz-se necessário que, quando pretenda contratar a execução de obras ou serviços ou adquirir ou alienar bens, por exemplo, o ente público o faça aliando duas características essenciais: qualidade e preço razoável.

Para tanto, busca-se colocar a primazia do interesse público como norma norteadora do processo licitatório e, por isso, não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, pois essa liberdade poderia dar margens a escolhas impróprias ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que a prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública e o interesse coletivo¹.

A licitação surge, então, com o objetivo de estabelecer um trâmite obrigatório prévio à contratação, intentando a escolha da proposta mais vantajosa para o ente público², em detrimento de possíveis interesses particulares escusos.

Assim, prescreve a Constituição Federal que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública³. Hoje, a maior parte do procedimento licitatório é regulado pela Lei nº 8.666/93 e pela Lei nº 10.520/2002, a Lei do Pregão.

A licitação é, então, um procedimento administrativo formal em que a

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 31ª ed. São Paulo: Atlas. p. 240.

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 519.

³ Art. 37, XXI, **Constituição Federal**: ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Administração Pública convoca, por meio de condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços. Objetiva, ainda, garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para o ente público, assegurando oportunidade igual a todos os interessados e possibilitando o comparecimento ao certame do maior número possível de concorrentes⁴.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a licitação pode ser definida como:

[...]o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.⁵

Assim, entende-se a licitação como um conjunto de atos administrativos pelos quais o ente contratante elege a proposta mais vantajosa ao interesse público, observando os direitos dos eventuais contratados.

Ademais, todo o procedimento licitatório está intimamente vinculado aos princípios constitucionais que norteiam toda a Administração Pública⁶, elencados novamente na Lei nº 8.666/93⁷, juntamente com os princípios norteadores próprios da atividade licitatória, destacando-se os do formalismo procedimental; de publicidade dos atos; da vinculação ao instrumento convocatório; do julgamento objetivo; da competição; da adjudicação compulsória ao vencedor; da probidade administrativa; da igualdade entre os licitantes; e do sigilo na apresentação das propostas.

Do princípio do formalismo procedimental da vinculação ao instrumento convocatório, depreende-se que as regras adotadas no processo licitatório devem seguir os

⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União**. – 4. ed. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em < <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/licitacoes-e-contratos-4-edicao.htm>>. Acesso em 29 de outubro de 2019.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁶ Art. 37, caput, **Constituição Federal**: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]

⁷ Art. 3º, caput, §1º, I e §3º: A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. É vedado aos agentes públicos: admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato[...].A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

parâmetros estabelecidos na lei e o estipulado no edital (ou convite) – considerado a lei de cada licitação -. O edital, elaborado e publicizado pela Administração Pública, contém as regras daquela licitação X, vinculando o próprio ente instituidor e os particulares⁸, no decorrer de todo o procedimento do certame, enquanto válido e vigente. Assim, evita-se a alteração de critérios de julgamento e qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração⁹.

Ademais, da publicidade dos atos entende-se que qualquer interessado pode ter acesso às licitações públicas e ao respectivo controle, mediante divulgação dos atos praticados pelos administradores em todo procedimento de licitação¹⁰. Busca-se, com isso, garantir a transparência e a lisura do certame, em cada uma suas fases, a fim de garantir o controle dos atos praticados no certame.

Os princípios da competição e da igualdade entre os licitantes se relacionam, de maneira que buscam uma concorrência em que os licitantes estejam em igualdade de condições e que rejeitem cláusulas ou condições impostas pelo poder público que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, de acordo com o supracitado art. 3º da Lei das Licitações.

O sigilo na apresentação das propostas é consequência do princípio da igualdade, de forma que os participantes só saberão as propostas dos outros licitantes em audiência previamente marcada¹¹, evitando, assim, algum benefício indevido de um participante em detrimento de outro.

Já o princípio da probidade administrativa, já previsto na Constituição Federal e repetido na Lei das Licitações, deve servir como norte para os atos dos agentes públicos no exercício do procedimento licitatório, bem como de todos os atos da função pública. Está intimamente ligado à moralidade, boa-fé e honestidade dos administradores. Seu

⁸ Art. 41 da **Lei 8.666/93**: A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 31º Ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 249-250.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União**. – 4ª Ed. Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em < <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/licitacoes-e-contratos-4-edicao.htm>>. Acesso em 29 de outubro de 2019.

¹¹ Art. 43, §1º da **Lei 8.666/93**: A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.

descumprimento implicará a aplicação de sanções previstas em lei.

Por fim, o julgamento objetivo e a adjudicação compulsória do vencedor dispõem, respectivamente, que a Administração Pública deve levar em consideração somente os critérios estipulados no edital ao julgar as propostas¹² e que, após julgadas tais propostas, o a Administração está obrigada a conceder ao legítimo vencedor o objeto da licitação, depois de finalizado o procedimento. Vale ressaltar que tal adjudicação é obrigatória, ficando vedada a abertura de nova licitação enquanto válida a atribuição anterior; entretanto, o vencedor não tem direito à imediata contratação, seu direito restringe-se à adjudicação¹³, nos termos dos artigos 50 e 64 da Lei das Licitações¹⁴¹⁵.

As licitações são necessárias para a Administração Pública em todos os seus níveis, nos âmbitos da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, incluídas também suas respectivas entidades de administração indireta¹⁶, bem como para os Poderes Legislativo e Judiciário e do Tribunal de Contas¹⁷. Compreendem-se, também, no rol de pessoas vinculadas ao procedimento licitatório as sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Municípios ou Distrito Federal¹⁸.

Apesar de toda a segurança que o procedimento licitatório proporciona à Administração Pública, a própria Constituição Federal, no supracitado inciso XXI do art. 37, deixa em aberto a possibilidade de o legislador fixar, por meio de lei ordinária, algumas hipóteses em que a licitação não é necessária. Tais hipóteses estão previstas na Lei das Licitações, como dispensa de licitação (art.17, I e II e art.24) e inexigibilidade de licitação (art. 25).

¹² Art. 45, caput, da **Lei 8.666/93**: O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**. 37. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011. P 287-291

¹⁴ Art. 50, caput, da **Lei 8.666/93**: A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

¹⁵ Art. 64, caput, da **Lei 8.666/93**: A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação[...].

¹⁶ Art. 118 da **Lei 8.666/93**: Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades da administração indireta deverão adaptar suas normas sobre licitações e contratos ao disposto nesta Lei.

¹⁷ Art. 117 da **Lei 8.666/93**: As obras, serviços, compras e alienações realizadas pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Tribunal de Contas regem-se pelas normas desta Lei, no que couber, nas três esferas administrativas.

¹⁸ Art. 119 da **Lei 8.666/93**: As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior(art. 118 supracitado) editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.

Ensina Di Pietro¹⁹:

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, por tanto, inviável.

Ademais, vale ressaltar as hipóteses de dispensa e inexigibilidade são excepcionais e taxativas, ou seja, são situações que se afastam da regra geral e são enumeradas pelo legislador nos artigos supracitados, não podendo ser interpretados de forma ampla. Ambos os institutos possuem procedimental próprio, previsto no art. 26 da Lei de Licitações, que deve ser rigorosamente observado²⁰.

Por fim, em seu artigo 22, a Lei das Licitações prevê²¹ 5 modalidades para o procedimento: leilão, concurso, convite, toma de preços e concorrência e, além disso, proíbe que o administrador combine as modalidades ou crie uma nova – tal inovação só poderá ser realizada por lei.

De fato, houve tal inovação, e foi concebida, primeiramente, pela Lei nº 10.520/2002, a Lei do Pregão, que instituiu essa nova modalidade de licitação. Aplica-se a essa nova modalidade, subsidiariamente, a Lei nº 8.666/93. Depois, pela Lei nº 12.462/2011, foi instituído o Regime Diferenciado de Contratação.

Ademais, pode-se citar, para constar, uma oitava modalidade, trazida pela Lei nº 9.472/97 (Lei da Anatel)²² e estendida sua aplicação pela Lei nº 9.986/2000 (Lei das Agências Reguladoras)²³: a consulta. Quanto a ela não cabe maior aprofundamento, visto que:

[...] não pode ser admitida. É que sua compostura não foi delineada por lei alguma, já que a Lei 9.472, que a referiu pela primeira vez, disse que seria disciplinada pela ANATEL (art. 55), ou seja, procedeu a uma inconstitucional delegação legislativa. Como se sabe, a Constituição previu as delegações legislativas no art. 68, de acordo com o qual as leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. 30ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 369.

²⁰ CARNEIRO, Guilherme Fragoso. **Pregão eletrônico: principais vantagens e desvantagens de sua utilização no âmbito da Administração Pública Federal**. 2016. Monografia (Direito) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2016.

²¹ Art. 22, I- V, e §8º da **Lei 8.666/93**: São modalidades de licitação: concorrência; tomada de preços; convite; concurso; leilão. É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.

²² Art. 54, § único, da **Lei 9.472/97**: Para os casos não previstos no *caput*, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

²³ Art. 37, *caput*, da **Lei 9.986/2000**: A aquisição de bens e a contratação de serviços pelas Agências Reguladoras poderá se dar nas modalidades de consulta e pregão [...].

deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional, sendo certo que a delegação terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício. Nada disto aconteceu, e o beneficiário da "delegação" não foi o Chefe do Poder Executivo nacional, mas uma mísera autarquia!²⁴

Assim, focaremos o estudo nas primeiras citadas.

2. 1. 1. Leilão

Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou, ainda, para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19²⁵, a quem possa oferecer o maior lance, igual ou superior ao da prévia avaliação²⁶.

Ademais, vale ressaltar que a utilização dessa modalidade de licitação é restrita aos casos em que o valor total do bem não exceda o limite estipulado por lei para compras por tomada de preço²⁷²⁸.

Por fim, dispensa-se as exigências da fase de habilitação. Os interessados comparecem numa data estipulada com até 15 dias de antecedência²⁹, formulando suas propostas presencialmente ou por meios eletrônicos.

2. 1. 2. Concurso

O concurso é, nos termos da lei, a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 dias³⁰.

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 26ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2009. p. 548.

²⁵ Art. 19, caput, da **Lei 8.666/93**: Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento[...].

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. 30ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 387.

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 554.

²⁸ Art. 17, §6º da **Lei 8.666/93**: Para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea "b" desta Lei, a Administração poderá permitir o leilão.

²⁹ Art. 21, caput e §2º, III, da **Lei 8.666/93**: Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: quinze dias para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior, ou leilão.

³⁰ Art. 22, §4º da **Lei 8.666/93**: Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta

O julgamento é feito por comissão especial formada por pessoas com reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria, sejam ou não servidores públicos, de acordo com o art. 51, §5º da Lei das Licitações.

2. 1. 3. Convite

O convite e as duas modalidades seguintes – concorrência e tomada de preços – são destinadas à contratação de obras e serviços de engenharia ou de serviços de natureza distinta e de compras.

A adoção de uma ou outra delas (concorrência, tomada de preços ou convite) depende, como regra geral, do valor que a Administração presumivelmente irá despender com a relação jurídica que normalmente as sucederá. Assim, a lei estabelece patamares de valor aos quais corresponderão estas distintas modalidades.³¹

Tal discriminação, que teve seus valores atualizados recentemente pelo Decreto nº 9412/2018, está prevista no art. 23 da Lei das Licitações:

Art. 23: *Omissis*:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) na modalidade convite - até R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais);

b) na modalidade tomada de preços - até R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e

c) na modalidade concorrência - acima de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e

II - para compras e serviços não incluídos no inciso I:

a) na modalidade convite - até R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais);

b) na modalidade tomada de preços - até R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais); e

c) na modalidade concorrência - acima de R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais).

Esses valores, entretanto, ainda podem aumentar, em casos de consórcios públicos com 3 ou mais Estados da federação³².

Por fim, vale ressaltar que o administrador pode usar a concorrência em qualquer caso, e a tomada de preços sempre que cabível o convite.

e cinco) dias.

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 549.

³² Art. 23, §8º, da **Lei 8.666/93**: No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no caput deste artigo quando formado por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número.

Assim, o convite é a modalidade utilizada para os contratos de menor vulto da administração pública; por isso, tem seu procedimento facilitado se comparado à tomada de preços e à concorrência, como, por exemplo, sendo a única modalidade de licitação em que a lei não exige edital: a convocação é feita por escrito, com antecedência de cinco dias úteis, por meio da carta-convite³³.

Nesta carta são colocadas, sucintamente, as regras da licitação. As cartas-convite são, então, remetidas a, no mínimo, três interessados no ramo a que pertence o objeto do contrato, os quais são livremente escolhidos pelo administrador, entre empresas cadastradas ou não; porém é admitida a participação de interessados não convidados diretamente, mas cadastrados junto aos órgãos administrativos³⁴.

Percebe-se, claramente, que *modus procedendi* do convite rende maior ensejo a atos de improbidade de alguns maus administradores. Por isso, além de ser destinado apenas a contratos de menor valor - como já citado -, alguns órgãos têm exercido maior controle sobre essa modalidade, quando não a substituem pela tomada de preços, na qual a publicidade é mais ampla e menos dirigida. Apesar de tudo, permite maior mobilidade e celeridade na seleção³⁵.

2. 1. 4. Tomada de preços

Modalidade utilizada para contratos de médio porte, a tomada de preços difere em vários aspectos do convite. A participação na licitação, por exemplo, restringe-se às pessoas previamente inscritas em cadastro administrativo, organizado em função dos ramos de atividades e potencialidades dos eventuais proponentes e que, atendendo a todas as condições exigidas para o cadastramento, o requeiram e sejam, assim, qualificados³⁶. Tal requerimento deve ser feito até três dias antes da data estipulada para o recebimento das propostas³⁷.

Comparativamente, essa modalidade é menos formal que a concorrência, por isso se destina a contratações de médio vulto; é menos amplo, também, o círculo de divulgação do

³³ Art. 21, §2º, IV, da **Lei 8.666/93**: O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será: cinco dias úteis para convite.

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 31º Ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 284.

³⁵ Ibid., p. 284.

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 26ª ed. São Paulo,: Malheiros Editores, 2009. p. 552.

³⁷ Art. 22, §2º, da **Lei 8.666/93**: Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

certame, já que, ao contrário da concorrência, só participam da competição aqueles que estão previamente cadastrados e os cadastráveis - vale dizer, aqueles que demonstrem condições de provar, antes da data final do recebimento das propostas, que possuem os requisitos para o cadastramento-. Percebe-se, por fim, maior rigor formal se comparado ao convite³⁸.

2. 1. 5. Concorrência

Modalidade utilizada para os contratos de maior vulto da administração pública, a concorrência, por essa razão, de todas já elencadas, é a que apresenta maior rigor formal e possui, por lei, maior divulgação. Dela, todos podem participar, desde que cumpram os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital³⁹.

No entanto, a lei exige a concorrência em algumas situações em que não se considera o valor, mas a natureza do contrato a ser celebrado. É o caso em que a Administração pretende adquirir ou alienar bens imóveis, embora a lei, por exceção, admita o leilão quando a aquisição se originar de procedimento judicial ou de dação em pagamento; quando o certame tem cunho internacional; e quando pretende celebrar contrato de concessão de direito real de uso. A Lei nº 11.284/2006, que dispõe sobre a gestão de florestas públicas, também exigiu a modalidade de concorrência para a contratação de concessões florestais (art. 13, § 1º)⁴⁰.

Importante ressaltar que a concorrência pode ser utilizada para toda e qualquer contrato da administração pública, já que é o procedimento que proporciona maior publicidade aos atos e que conta com a maior universalidade de participantes.

2. 1. 6. Regime Diferenciado de Contratação

Criado inicialmente para licitações e contratos referentes às obras para realização da Copa das Confederações FIFA 2013, da Copa do Mundo FIFA 2014, dos Jogos Olímpicos de 2016 e para serviços e obras de infraestrutura de aeroportos das capitais de Estados distantes até 350 quilômetros de cidades sede dos eventos, teve sua aplicabilidade ampliada

³⁸ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 282.

³⁹ Art. 22, §1º, da **Lei 8.666/93**: Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 31º Ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 281.

por diversas leis⁴¹.

É uma modalidade que, assim como o pregão, apresenta inversão nas fases de julgamento das propostas e habilitação, mas, diferentemente desse, não restringe o agente público ao critério de menor preço na hora do julgamento. Hoje, pode ser utilizado para as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC; para a realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas do Sistema Único de Saúde – SUS; para as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; para as ações no âmbito da segurança pública; para as obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; para os contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração; e para as ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação⁴².

2. 1. 7. Pregão

Principalmente após o advento da Emenda Constitucional nº 19/98⁴³, fez-se necessário que a administração pública buscasse meios de tornar mais eficiente seus atos e a gestão do meio público como um todo. Tal busca passa, logicamente, pelos procedimentos licitatórios, analisando, no caso, formas de torná-los mais céleres, além de aumentar a competitividade e dar maior transparência ao processo como um todo.

Destarte, as modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/1993, 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

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. 30ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 388.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. 30ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 388-389.

⁴³ A Emenda Constitucional n19, de 4-6-98, inseriu o princípio da eficiência entre os princípios constitucionais da Administração Pública [...]. [...]. O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.” Ibid., p. 119.

pela excessiva burocracia do processo regular de licitação⁴⁴.

Para tentar solucionar tais questões, foi criado o Pregão, uma modalidade licitatória cuja principal finalidade é a otimização dos procedimentos pertinentes ao certame; é a ferramenta que busca suprir as incoerências e falhas advindas da Lei das Licitações, as quais ocasionam um excesso de formalismo e grande carga burocrática, atrapalhando a celeridade do processo⁴⁵.

É importante sublinhar que a nova legislação não tem o intuito de revogar a Lei nº 8.666/1993, mas sim pretende complementá-la. É claro que a nova disciplina tem normas que alteram certos aspectos de fins e procedimentos em relação à Lei das Licitações. Evidentemente, por ser *lex posterior*, prevalecem suas normas sobre as da lei antiga, mas, confrontando-se sistematicamente os diplomas legais, pode-se, quando muito, considerar presente, em alguns casos, hipótese de derrogação (ou revogação parcial), mantendo-se, no entanto, o arcabouço fundamental da Lei nº 8.666/93⁴⁶. A nova lei, inclusive, dispõe da aplicação subsidiária da Lei Geral ao pregão⁴⁷.

O pregão, que surgiu inconstitucional com as MPs 2026, 2108 e 2182, mas que foi convalidado - em decorrência da Lei nº 10.520, de 17.7.2002 -, pode ser entendido como a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública⁴⁸.

Muito penoso é, contudo, definir legalmente o que seriam tais bens e serviços comuns, pois as expressões usadas são dotadas de vários sentidos diferentes. Na tentativa de fazê-lo, o Decreto nº 3.555/2000 - que regulamentou o pregão - instituiu primitivamente um anexo no qual relacionava os bens e serviços comuns. Essa parte, porém, foi revogada pela sua ineficácia, até mesmo porque a relação era considerada meramente exemplificativa em virtude da impossibilidade de listar todos esses bens e serviços⁴⁹.

A nova lei assevera que bens e serviços comuns são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. – 32ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018. P. 328.

⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.p. 336.

⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 31º Ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 329.

⁴⁷ Art. 9 da Lei 10.520/2002: Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 26ª ed. São Paulo,: Malheiros Editores, 2009. p. 556.

⁴⁹ CARVALHO FILHO, op. cit., p330.

especificações usuais no mercado⁵⁰. Assim, é essencial que o objeto do processo licitatório possa ser definido por critérios e especificações usuais no mercado, não impedindo que se exijam requisitos mínimos de qualidade⁵¹⁵².

Outrossim, cabe salientar que o uso do pregão não é obrigatório pelos órgãos da administração: trata-se de ato discricionário do agente público, podendo utilizá-lo nas hipóteses previstas na lei, conforme versa o caput do art. 1º da Lei nº 10.520/2002.⁵³

A despeito da faculdade conferida à Administração Pública, é preciso levar em consideração a finalidade do novo diploma - a de propiciar maior celeridade e eficiência no processo de seleção de futuros contratados-. Surgindo hipótese que admita o pregão, o administrador deverá adotá-lo para atender ao fim público da lei; é mínimo que se espera diante do princípio da razoabilidade e da eficiência. Apesar disso, pode o agente optar por outra modalidade; contudo, caso o faça, caber-lhe-á justificar devidamente sua escolha, a fim de que se possa verificar se os motivos alegados guardam congruência com o objeto do ato optativo⁵⁴.

O sucesso empírico do pregão nos deve levar a adotar a interpretação que dê maior amplitude –dentro dos limites legais- à sua aplicação, potencializando sua celeridade e eficiência processual.

Assim, sob esse entendimento, ressaltam-se as orientações do TCU permitindo a aplicabilidade do pregão à contratação de serviços comuns de engenharia⁵⁵ - assim considerados aqueles que possuam padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado – e à concessão

⁵⁰ Art. 1º, § único, da **Lei 10.520/2002**: 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 no mercado.

⁵¹ CARNEIRO, Guilherme Fragoso. **Pregão eletrônico: principais vantagens e desvantagens de sua utilização no âmbito da Administração Pública Federal**. 2016. Monografia (Direito) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2016.

⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 352-353

⁵³ Art. 1º, caput, da **Lei 10.520/2002**: Para aquisição de bens e serviços comuns, **poderá** ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. (Grifo meu).

⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. – 32ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018. P. 329.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2285/2009-Plenário. Relator Ministro Raimundo Carreiro. **Diário de justiça eletrônico**. Brasília, 30/09/2009. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/KEY%253AJURISPRUDENCIA-SELEZIONADA-19419/DTRELEVANCIA%252520desc/0/sinonimos%253Dfalse>>>. Acesso em 04 de novembro de 2019.

remunerada de uso de bens públicos⁵⁶, com critério de julgamento pela maior oferta em lances sucessivos.

Ademais, em concordância com a doutrina e com a finalidade da nova lei, a União tornou obrigatória a adoção da modalidade de pregão para a aquisição de bens e serviços comuns⁵⁷, estabelecendo, ainda, que a preferência deverá ser da modalidade eletrônica⁵⁸, sempre buscando a maior celeridade. Assim, faz-se necessária justificativa expressa do agente público caso decida optar pela modalidade presencial.

O Pregão possui um procedimento formal a ser seguido pelo agente público, constituído de fases e atos, assim como todas as outras modalidades licitatórias. Duas são as fases do pregão: a interna ou preparatória – regulada pelo art. 3º da Lei nº 10.520/2002 – e a externa, iniciada com a convocação dos interessados, nos termos do art. 4º da referida lei.

A fase interna destina-se, basicamente, à autoridade competente, no dever de justificar a necessidade da contratação e, ao fazê-lo, definir: o objeto da competição e o que será exigido para a habilitação; os critérios de aceitação das propostas; a antecipação das cláusulas contratuais, com a necessária fixação do prazo de fornecimento; as sanções para a hipótese de inadimplemento; avaliação prévia dos bens ou serviços a serem contratados⁵⁹. Toda essa matéria é regulada, como já dito, pelo art. 3º da Lei nº 10.520/2002.

Já a fase externa, disciplinada pelo art. 4º e incisos da Lei do Pregão, descrevem os vários atos do procedimento, que compreende, essencialmente, as seguintes fases: edital, julgamento e classificação, habilitação do licitante vencedor, adjudicação e homologação. Ainda nessa fase, será designado o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição consiste em receber as propostas e lances, analisar sua aceitabilidade e sua classificação, fazer a habilitação e a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor⁶⁰.

Importante ressaltar que no pregão – tanto no presencial quanto no eletrônico - há uma inversão obrigatória das fases de habilitação e julgamento das propostas. Primeiro,

⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 478/2016-Plenário. Relator Ministro Marcos Bemquerer. **Diário de justiça eletrônico**. Brasília, 02/02/2016. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/KEY%253AJURISPRUDENCIA-SELEZIONADA-2845/DTRELEVANCIA%252520desc%25252C%252520COLEGIADO%252520asc%25252C%252520ANOA-CORDAO%252520desc%25252C%252520NUMACORDAO%252520desc/0/sinonimos%253Dfalse>. Acesso em 04 de novembro de 2019.

⁵⁷ Art. 4, caput, do **Decreto 5.450/2005**: Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

⁵⁸ Art. 4º, §1º, do **Decreto 5.450/2005**: O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

⁵⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. – 32ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018. P. 330.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. 30ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 400-401.

julgam-se as propostas e depois se verifica a habilitação apenas do vencedor do certame. Nas demais modalidades licitatórias, em regra, o procedimento é diferente; primeiro procede-se à verificação da habilitação dos licitantes e, posteriormente, abrem-se para julgamento todas as propostas dos licitantes habilitados⁶¹.

Esse é um dos principais mecanismos trazido pelo pregão para desburocratizar o procedimento licitatório: ora, por que ocupar tempo habilitando todos os participantes, se, na prática, somente importa se o vencedor cumpre os requisitos legais?

Para realizar tal habilitação, o pregoeiro verificará se o vencedor provisório cumpre as condições previstas no edital. Estas consistem em: (1) regularidade da situação perante a Fazenda Nacional e as estaduais e municipais, conforme o caso; perante a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e (2) demais requisitos do edital quanto a habilitação jurídica e qualificação técnico-financeira - os quais, ao respeito, não poderão exceder as exigências da Lei nº 8.666/93, já que esta se aplica subsidiariamente às normas do pregão⁶².

Diz-se vencedor provisório o licitante que teve sua proposta escolhida e ainda não foi habilitado, pois se ele não houver atendido às exigências editalícias de habilitação (caso de inabilitação), o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes na ordem de classificação, até a apuração de uma que atenda ao edital, negociará a baixa do valor ofertado e proclamará o respectivo licitante vencedor⁶³.

Ademais, frisa-se que, diferentemente das modalidades clássicas de licitação (convite, tomada de preços e concorrência), o pregão não leva em consideração o valor do contrato a ser firmado, mas sim as características dos bens e serviços alvos do certame, que devem ser comuns. Outrossim, o critério utilizado pelo agente público ao escolher a proposta vencedora do certame sempre será menor preço⁶⁴.

Por fim, existem duas modalidades de pregão, como já mencionado: o presencial e o eletrônico. Cumpre diferenciá-los.

2. 1. 7. 1. Pregão presencial

⁶¹ ALEXANDRE, Ricardo; DE DEUS, João. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. – 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. P. 920.

⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 26ª ed. São Paulo,: Malheiros Editores, 2009. p. 559.

⁶³ Ibid., p.560.

⁶⁴ Art. 4º, X, da **Lei 10.520/2002**: para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital.

Regulado pelo Decreto Executivo nº 3.555/2000, no âmbito da União, o pregão presencial transcorrerá em sessão pública, amplamente divulgada⁶⁵, inicialmente destinada ao recebimento de envelopes das propostas de preço e da documentação da habilitação – chamado credenciamento, onde ocorre apenas o recebimento dos documentos, e não sua análise-, com posterior oferecimento de lances verbais pelos licitantes, cujo procedimento seguirá o rito disposto na Lei nº 10.520/2002⁶⁶.

Vale ressaltar que os interessados podem estar presentes pessoalmente ou por seus representantes e, em qualquer caso, devem eles – os representantes - comprovar sua aptidão jurídica para formular eventuais propostas verbais e praticar os demais atos do processo. Sem essa prova, valerá apenas a proposta escrita já apresentada, sendo inviável a formulação de outras ofertas de preço menor⁶⁷.

Posteriormente, o pregoeiro procederá abrindo os envelopes que contêm as propostas, examinando e classificando o proponente que apresentou o menor preço⁶⁸.

Verificadas as propostas apresentadas, tem início uma etapa que não está presente na Lei das Licitações: o autor da oferta de valor mais baixo e os das propostas com preços até 10% superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até que haja um vencedor final. O procedimento, nessa parte, adota nitidamente o princípio da oralidade, como complementar ao princípio do formalismo, representado pelas propostas escritas. Caso não haja pelo menos três propostas nessas condições, será permitido que a oferta dos lances orais seja feita pelos autores das três melhores propostas, independentemente do preço que tenham oferecido⁶⁹.

Finda a fase dos lances com o exaurimento de novos lances menores que o último ofertado, o pregoeiro classificará os participantes de acordo com suas propostas, em ordem decrescente de valor.

Finalmente, ao final da sessão, há possibilidade de recursos: o licitante deverá manifestar-se de forma verbal, com suas razões sintetizadas em ata, tendo o prazo de três dias

⁶⁵ Art. 4º, I e V, da **Lei 10.520/2002**: a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso na imprensa oficial e em sítio eletrônico oficial do respectivo ente federativo, facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, alternativamente, a utilização de sítio eletrônico oficial da União, conforme regulamento do Poder Executivo federal; o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis.

⁶⁶ REIS, Ruimar Barboza dos. **PREGÃO PRESENCIAL E ELTRÔNICO: CENÁRIO NACIONAL**. Curitiba: Negócios Públicos, 2008. P.38.

⁶⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. – 32ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018. P. 332

⁶⁸ Art. 9º, III, do **Decreto 3.555/2000**: a abertura dos envelopes das propostas de preços, o seu exame e a classificação dos proponentes.

⁶⁹ CARVALHO FILHO, op. cit., p332.

para apresentar as razões recursais. Por fim, caso não haja manifestações de intenção de recurso, o pregoeiro fica autorizado a adjudicar o item/objeto ao vencedor do certame⁷⁰.

2. 1. 7. 2. Pregão eletrônico

No caso do pregão eletrônico, regulamentado pelo Decreto nº 5.450/2005 no âmbito federal, as fases do procedimento são basicamente as mesmas da sua modalidade presencial; há, contudo, algumas exigências a mais, a fim de adequar-se ao meio digital.

Inicialmente, destaca-se que o credenciamento ocorre antes do início da sessão, onde pregoeiro e os licitantes deverão estar cadastrados junto ao órgão responsável pelo sistema a ser utilizado na internet. Tal credenciamento se confirma pela distribuição de um *login* e senha, pessoais e intransferíveis, para acessar o sistema eletrônico⁷¹.

As propostas são enviadas exclusivamente pelo meio eletrônico, até a data estipulada para abertura da sessão, em que os licitantes poderão participar mediante utilização de suas respectivas chaves de acesso.

Na sessão pública, será feita a desclassificação dos que não atenderem às exigências do edital; o próprio sistema ordenará, automaticamente, as propostas classificadas, sendo que só estas participarão da fase de lances. Os lances são feitos pela Internet, podendo ser apresentados sucessivamente pelo mesmo licitante, desde que para reduzir o valor; durante essa fase, os proponentes são informados do valor do menor lance registrado, sem identificação de quem o apresentou⁷².

O término da fase de lances ocorre por decisão do pregoeiro, e, automaticamente, o sistema encaminha aviso de fechamento iminente dos lances, que, após encerrado, sucederá o período aleatório de até 30 minutos. Neste momento os licitantes podem ofertar seus lances, enquanto permitido pelo sistema⁷³.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 6ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 465-467.

⁷¹ Art. 3º, caput e §1º, do **Decreto 5.450/2005**: Deverão ser previamente credenciados perante o provedor do sistema eletrônico a autoridade competente do órgão promotor da licitação, o pregoeiro, os membros da equipe de apoio e os licitantes que participam do pregão na forma eletrônica. O credenciamento dar-se-á pela atribuição de chave de identificação e de senha, pessoal e intransferível, para acesso ao sistema eletrônico.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. 30ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 403.

⁷³ CARNEIRO, Guilherme Fragoso. **Pregão eletrônico: principais vantagens e desvantagens de sua utilização no âmbito da Administração Pública Federal**. 2016. Monografia (Direito) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2016.

Por fim, os documentos de habilitação devem ser enviados também *on-line*, após convocação do pregoeiro⁷⁴. Há possibilidade de recurso, similarmente ao que ocorre no presencial, com a diferença que o licitante manifesta sua vontade em um campo próprio do sistema.

Percebe-se que as fases são bem similares a do pregão presencial: convocação dos proponentes; julgamento e classificação das propostas; habilitação do vencedor, adjudicação e homologação. A diferença é que a modalidade eletrônica representa uma economia ainda maior de tempo, simplifica o procedimento e permite a participação de mais licitantes, ao não exigir a presença física dos participantes.

⁷⁴ Art. 25, caput, do **Decreto 5.450/2005**: Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital.

3 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO ADVENTO DO PREGÃO ELETRÔNICO

Entende-se que o pregão traz vários benefícios para a Administração Pública, cumprindo, assim, sua razão de ser. Ora, o pregão nasceu com a finalidade de aperfeiçoar os procedimentos pertinentes ao certame licitatório, sendo uma modalidade pouco complexa – menos burocrática -, e, conseqüentemente, bem mais célere.

Para cumprir esse objetivo, o pregão mune-se de artifícios, dentre os quais, por exemplo: a inversão das fases de habilitação e de julgamento das propostas, que culmina na redução do tempo total da licitação, e seu formato de leilão invertido⁷⁵, que contribui para que o valor final do contrato seja mais vantajoso para o Ente Público.

Desse modo, coadunando com o pensamento do supracitado doutrinador, tais procedimentos específicos do pregão contribuem efetivamente para redução dos custos dos contratos públicos, quando permitem que os licitantes, após o pregoeiro selecionar a proposta mais vantajosa para a administração pública – a de menor preço -, iniciem um verdadeiro leilão invertido, onde quem oferecer o menor lance vence o certame. Dessa forma, constantemente o valor final do contrato é menor do que o valor que inicialmente, na abertura dos envelopes, foi selecionado como vencedor: algo em torno de 20 a 30% menor⁷⁶.

Ademais, cita-se também a inversão das fases de habilitação e julgamento, que promove um aumento de competitividade, ao favorecer a participação de mais proponentes e contribui para a celeridade do certame, ao ser necessária a análise dos documentos de apenas um candidato – o vencedor -.

Entretanto, há de se observar a lógica: quanto mais fácil for participar do procedimento licitatório e quanto mais candidatos se credenciarem, mais fácil acontecer algum ato de improbidade. Pensando nisso, a lei instituidora do pregão previu sanções mais graves⁷⁷ do que as da Lei das Licitações⁷⁸ para quem praticar tais atos, para quem, vencendo o certame, execute de maneira indevida o contrato ou para quem se torne inadimplente.

⁷⁵ “Verifica-se, pelo exposto, que o “pregão” é uma forma de leilão não para alienar, mas para adquirir “bens e serviços comuns””. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 561.

⁷⁶ SANTANA, Jair Eduardo. **PREGÃO PRESENCIAL E ELETRÔNICO: MANUAL DE IMPLANTAÇÃO, OPERACIONALIZAÇÃO E CONTROLE**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. P. 37.

⁷⁷ Art. 7º da **Lei 10.520/2002**: Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

3. 1. Vantagens do pregão eletrônico

Nesse ponto de vista, os ensinamentos de André de Carvalho⁷⁹:

A característica essencial do pregão é a de ser uma modalidade mais dinâmica e flexível para a aquisição de bens ou contratação de serviços de interesse da administração pública. Seus fundamentos principais são, especialmente, a ampliação da disputa de preços entre os interessados, que tem como consequência imediata a redução dos preços contratados, bem como a alteração da ordem tradicional de apresentação e análise dos documentos de habilitação e propostas de preço, e a mitigação das formalidades presentes nas demais modalidades licitatórias. Portanto, aliada à celeridade, a competitividade é característica significativa do pregão e vem expressamente albergada não só no caput do art. 4º do Decreto n.º 3.555/2000, como princípio norteador dessa modalidade, como em seu parágrafo único: "as normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação".

Compactuando com o referido Ministro, temos mais um julgado da mesma corte⁸⁰:

Verifica-se, portanto, que o principal aspecto a ser observado no que se refere à opção pela modalidade de pregão é a possibilidade de se imprimir maior celeridade à contratação de bens e serviços comuns. Contudo, há que se ressaltar que os procedimentos executados pela Administração Pública para realização do pregão devem também obedecer aos princípios norteadores de todo ato administrativo, em especial, aqueles previstos no art. 37, caput, da Lei Maior. Nessa esteira, penso que há que se analisar a modalidade do pregão sobre a ótica da celeridade, acima mencionada, eis que essa característica está intimamente associada ao nascedouro desse instituto, mas sem se olvidar da necessária observância ao princípio da eficiência, porquanto é em razão desse postulado que se busca uma maior qualidade/economicidade do ato administrativo, de modo a melhorar a relação custo/benefício do trabalho da Administração Pública. É possível concluir, a partir dessas breves ponderações, ser admissível a exigibilidade de amostras se restar obedecido esse binômio celeridade/eficiência.

No tocante à celeridade do procedimento, ilustra-se, como exemplo, o procedimento da fase de recursos, que ocorre ao final da sessão. Quando o proponente julgar necessário a interposição de recurso, inclui-se em ata a intenção, sendo concedido o prazo de

⁷⁸ Art. 87, caput, II e III, da **Lei 8.666/93**: Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções; multa [...]; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1046/2008 – Plenário. Relator Ministro André de Carvalho. **Diário de justiça eletrônico**. Brasília, 04/06/2008. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*KEY%253AACORDAO-COMPLETO-41354/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse>. Acesso em 05 de novembro de 2019.

⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1182/2007 – Plenário. Relator Ministro Marcos Bemquerer. **Diário de justiça eletrônico**. Brasília, 20/06/2007. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1182%252F2007/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=e0a800f0-0003-11ea-ac7f-af11673b76dc>>. Acesso em 05 de novembro de 2019.

três dias – no pregão - para motivação do recurso. No momento em que o licitante demonstra intenção de interpor referido recurso, os demais participantes ficam intimados para apresentação de contrarrazões em igual número de dias. Nas demais modalidades, existem outras ocasiões onde é cabível recurso: no resultado do processo de habilitação e no julgamento das propostas, onde em cada um dos casos é concedido o prazo de cinco dias para apresentação dos motivos e mais cinco para a impugnação, o que acaba retardando o processo⁸¹.

Já no que diz respeito à eficiência, na mesma linha de pensamento do Ministro da Corte de Contas, alude-se o procedimento de oferecimento de lances: na modalidade presencial, o pregoeiro apenas examinará lances de apenas alguns licitantes, na forma da lei⁸²; já na forma eletrônica, todos os participantes classificados pelo agente público propõem lances e, na hipótese de o proponente que apresentar melhor proposta não cumprir os requisitos para a habilitação, o pregoeiro examinará todas as outras propostas, na ordem de classificação - e não somente uma parte delas.

A ideia simples e inovadora de estabelecer uma competição mais acirrada trazida pelo pregão eletrônico favorece a Administração Pública, os fornecedores e a sociedade que passa a exercer maior controle sobre as contratações realizadas pelo Poder Público. Inclusive mediante a obtenção de informações públicas, facilmente encontradas no Portal da Transparência do Governo Federal.

Ressalta-se, finalmente, a maior transparência do procedimento por vias eletrônicas, onde o processo pode ser acompanhado por qualquer pessoa que tiver interesse em acompanhar, em tempo real, promovendo maior possibilidade de controle dos atos administrativos.

3. 2. Desvantagens do pregão eletrônico

Apesar de todos os benefícios já mencionados sobre o uso do pregão eletrônico, faz-se necessário evidenciar algumas desvantagens da utilização dessa modalidade, capazes

⁸¹ DE SOUZA, Karine Daniele Byhain. **PREGÃO: VANTAGENS E DESVANTAGENS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**. 2011. Monografia (Especialização em Gestão Pública Municipal) – Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Curitiba. 2011.

⁸² Art. 11, VI e VII, do **Decreto 3.555/2000**: o pregoeiro procederá à abertura dos envelopes contendo as propostas de preços e classificará o autor da proposta de menor preço e aqueles que tenham apresentado propostas em valores sucessivos e superiores em até dez por cento, relativamente à de menor preço; quando não forem verificadas, no mínimo, três propostas escritas de preços nas condições definidas no inciso anterior, o pregoeiro classificará as melhores propostas subsequentes, até o máximo de três, para que seus autores participem dos lances verbais, quaisquer que sejam os preços oferecidos nas propostas escritas.

de prejudicar efetivamente o certame, o erário e, conseqüentemente, a Administração Pública.

Inicialmente, é importante salientar que há autores que contestam os benefícios trazidos pela inversão na ordem da habilitação e do julgamento das propostas, insinuando a possibilidade de os licitantes serem beneficiados ou prejudicados por uma discricionariedade exacerbada do pregoeiro. Para tais autores, a principal crítica a essa inversão faz-se presente na⁸³:

...perda na transparência do procedimento, uma vez que o condutor da licitação tenderia a ser mais flexível na análise dos documentos habilitatórios do proponente que sabidamente apresenta oferta favorável à Administração Pública. Ou de outra parte, mais rígido no caso de a proposta classificada em primeiro lugar consignar preço consideravelmente reduzido, tornando a proposta inexequível.

Além disso, cita-se também a possibilidade de conluio entre licitantes do mesmo ramo comercial, com a intenção de conseguirem preços melhores para si, fraudando o procedimento.

Essa fraude ocorre quando os licitantes combinam as propostas, criando, assim, um preço mínimo favorável a eles, maior do que a administração pública realmente precisaria pagar. Esses atos podem causar sérios prejuízos ao erário, ao estabelecerem um preço muitas vezes maior do que o preço de mercado, frustrando todo o processo licitatório.

O TCU já exemplificou quais ações enquadrar-se-iam feito⁸⁴:

[...] condutas: combinação de preços; quebra de sigilo das propostas; divisão de mercado; oferta de propostas de cobertura para justificar o menor preço ofertado; combinação prévia de resultados e conseqüente direcionamento das licitações; ausência de formulação de proposta para beneficiar a empresa escolhida pelo cartel.

Apesar disso, não é fácil provar a existência desses conluios – obter uma prova inequívoca é extremamente difícil-, visto que são acordos feitos, obviamente, de maneira informal e quase sempre orais. Entretanto, não se faz necessário a obtenção de tais provas inquestionáveis, já que o Supremo Tribunal Federal entende⁸⁵ que indícios vários e coincidentes serão considerados prova.

Dessa forma, é necessário que os agentes públicos mantenham-se atentos a cada caso, a fim de identificar possíveis sinais de fraude. Para ilustrar, mostra-se que tal

⁸³ SCARPINELLA, Vera. **LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 21.

⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1527/2019 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. **Diário de justiça eletrônico**. Brasília, 03/07/2019. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1527%252F2019/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=222f24f0-0247-11ea-ab7d-c74d4d63bad7>> . Acesso em 8 de novembro de 2019.

⁸⁵ STF. Primeira Turma. RE: 68006 MG. Relator Ministro Aliomar Baleeiro, DJ 14-11-1969. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/656294/recurso-extraordinario-re-68006-mg>>. Acesso em 8 de novembro de 2019.

entendimento vem sendo utilizado e aceito pelo TCU para caracterizar esses conluíus⁸⁶:

deveria ter escolhido, entre as empresas disponíveis no mercado, um grupo sem ligação entre seus integrantes, mas selecionou conjunto interligado, propiciando assim a ocorrência de conluio para combinação prévia de valores de propostas. [...] Ademais, o foco da presente investigação não é sobre se foi cobrado e pago preço de mercado, mas sim sobre se houve conluio e fraude em cotação de preços. [...] Diante desse cenário, em que houve conluio e simulação de concorrência entre empresas com sócios comuns, Jurisprudência do TCU é pacífica quanto à caracterização de fraude à licitação e à possibilidade de declarar a inidoneidade das envolvidas na fraude para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública.

Outrossim, a Corte de Contas, na sua atuação jurisprudência, entende que a simples participação, no mesmo certame, de empresas com sócio em comum que ofereçam lances para o meso produto fere a competitividade do procedimento, por facilitar a violação do sigilo das propostas⁸⁷:

Quanto à participação de duas empresas com sócio em comum na licitação em apreço, não se desconhece o fato de que não há restrição legal a respeito. Contudo, a jurisprudência desta Casa consolidou-se no sentido de que essa condição macula o art. 3º da Lei 8.666/1993, por ferir o princípio da moralidade, bem como por facilitar a violação do princípio do sigilo das propostas, e, conseqüentemente, impedindo ou dificultando a livre concorrência, prejudicando o alcance maior do objetivo da licitação: obter a proposta mais vantajosa para a Administração.

Ressalta-se, ainda, que os proponentes enquadrados na situação supracitada ficam sujeitos ao art. 7º da Lei do Pregão⁸⁸, anteriormente mencionado, podendo ficar impedidos de licitar por até 5 anos, sem prejuízo a multa ou outras sanções.

Ademais, outro problema frequentemente relatado é a utilização, por licitantes inescrupulosos, de robôs para burlar a competitividade do certame. Esse problema já recebeu, inclusive, atenção da mídia⁸⁹:

⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1897/2019 – Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. **Diário de justiça eletrônico**. Brasília, 14/08/ 2019. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/art%25207%252010520%2520conluio%2520licitantes/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uuiid=0d34a400-0259-11ea-9a4c-23f36312abd4>> . Acesso em 8 de novembro de 2019.

⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3108/2016 – Primeira Câmara. Relator Ministro Bruno Dantas. **Diário de justiça eletrônico**. Brasília, 17/05/2016. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3.108%252F2016/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520?uuiid=222f24f0-0247-11ea-ab7d-c74d4d63bad7>>. Acesso em 8 de novembro de 2019.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 754/2015 – Plenário. Relator Ministra Ana Arraes. **Diário de justiça eletrônico**. Brasília, 08/04/20215. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/754%252F2015/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=222f24f0-0247-11ea-ab7d-c74d4d63bad7>>. Acesso em 8 de novembro de 2019.

⁸⁹ VAZ, Lúcio. **GOLPE NO PREGÃO ELETRÔNICO**. Veja, São Paulo, 2017. Disponível em <https://istoe.com.br/139247_GOLPE+NO+PREGAO+ELETRONICO/>. Acesso em 7 de novembro de 2019.

O pregão eletrônico foi criado em dezembro de 2000 para dar maior transparência e proporcionar igualdade de condições nas concorrências públicas. [...], mas o propósito inicial de transparência, da isonomia e da lisura está ameaçado. Programas de computadores espíões não autorizados pelo governo, conhecidos como robôs eletrônicos, estão sendo usados para fazer lances automáticos, em fração de segundos, de forma a manter um dos concorrentes sempre com o menor preço e sempre à frente de seus concorrentes. Quando o pregão acaba, ele, em condição privilegiada, invariavelmente vence a licitação. O governo federal tem conhecimento do problema. E afirma que vem tentando impedir o uso de robôs, para garantir igualdade de condições entre os participantes da concorrência. No entanto, não vem obtendo sucesso nessa tarefa. [...]. A probabilidade de você ganhar é de mais de 95%.

Apesar de não ser proibido por lei em *stricto sensu*, tal prática é vedada pela Instrução Normativa N.º 03/2011⁹⁰:

Art. 2º Na fase competitiva do pregão, em sua forma eletrônica, o intervalo entre os lances enviados pelo mesmo licitante não poderá ser inferior a vinte (20) segundos e o intervalo entre lances não poderá ser inferior a três (3) segundos.

Art. 3º Os lances enviados em desacordo com o artigo 2º desta norma serão descartados automaticamente pelo sistema.

Ademais, importante ressaltar que essa prática não prejudica apenas os licitantes, interferindo na competitividade do certame, mas também prejudica o erário, ao fraudar o mecanismo utilizado pelo pregão para conseguir o preço mais baixo possível – o supramencionado leilão invertido -⁹¹:

[...] o robô praticamente elimina o risco de o licitante que o utiliza sair derrotado na fase randômica de lances, inviabilizando, portanto, a competição entre os licitantes e até mesmo frustrando o interesse da Administração de obter o menor valor do contrato, uma vez que os lances normalmente são da ordem de R\$ 0,01 menor que o anterior. Isso porque, numa fase de lances em que não há uso de robôs por nenhum dos licitantes, cada um dos participantes vai lançar o menor valor possível, na tentativa de manter seu o menor lance pelo maior espaço de tempo possível do pregão, até que essa fase se encerre. Isso faz com que as reduções entre os lances sejam de valores significativos, na tentativa de cada um dos licitantes de que nenhum outro o supere. Já num pregão eletrônico em que há o robô, o licitante que utiliza o software sabe que vai sempre ser capaz de dar um lance subsequente e de diferença mínima em relação ao último valor dado, deixando de dar lances com grandes reduções de valor para garantir sua vitória. Dessa forma, não só a competitividade entre os licitantes se torna inexistente, como também o interesse público pela busca do menor valor possível resta prejudicado.

Assim, evidenciados os malefícios desse artifício, cabe a autoridade responsável pelo procedimento licitatório implementar medidas que visem à sua contenção, conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União⁹²:

⁹⁰ BRASIL. **Instrução Normativa N.º3/2011**. COMPRAS GOVERNAMENTAIS. Disponível em < <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/403-instrucao-normativa-n-3-de-16-de-dezembro-de-2011>>. Acesso em 7 de novembro de 2019.

⁹¹ BRASIL. **RECURSO ADMINISTRATIVO**. Pregão Eletrônico 0008/2013. Disponível em< <https://www.comprasnet.gov.br/livre/Pregao/TermoJulg2.asp?prgCod=396700&ipgCod=11298273&reCod=167699&Tipo=R&Tipo1=S>>. Acesso em 7 de novembro de 2019.

⁹² BRASIL. Tribunal de Contas da União.. Acórdão 253/2012 – Plenário. Relator Ministro Valmir Campelo.

[...] uso de robôs em pregões eletrônicos, estes definidos como um software capaz de invadir o ambiente virtual do site 'Comprasnet' e capturar os lances enviados pelas demais empresas licitantes e, de forma subsequente e automática, enviar, em fração de segundos, lance imediato com valor menor do que aquele recebido da empresa concorrente; a utilização de robôs afrontaria o princípio da igualdade e da competitividade, visto que o usuário dos robôs beneficia-se de lances automáticos e simultâneos, dificultando lances de outros fornecedores; [...] que a SLTI/MP (Secretaria de Logística e Tecnologia de Informação) procure identificar uma solução, ainda que temporária e sem prejuízo das ações ora em andamento, que diminua a utilização dos robôs e conseqüentemente a vantagem competitiva da qual os usuários de tais dispositivos estão se beneficiando.

As fraudes ao processo licitatório interferem direto na competitividade do pregão, podendo ocasionar tanto a desistência de participação de interessados quanto o aumento dos preços do contrato final a ser celebrado pela Administração Pública.

4 PROJETO DE LEI Nº 6814/2017: CRÍTICAS E SUGESTÕES

Com o intuito de regular todo o procedimento licitatório brasileiro, revogando a Lei 8.666/93 e a Lei 10.520/2002, tramita no Congresso Nacional o PL 6814/2017. Abrangerá, se de fato convertida em lei, todo o âmbito da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, bem como os órgãos do Poder Judiciário e Legislativo, quando no desempenho de função administrativa.

4. 1. Principais mudanças apresentadas

Várias foram as mudanças trazidas no PL nº 6.814/2017, dentre as quais, cita-se, inicialmente, o novo rol de modalidades de licitação⁹³:

Art. 25. São modalidades de licitação:

I – concorrência;

II – convite;

III – concurso;

IV – leilão;

V – pregão;

VI – diálogo competitivo.

O pregão será modalidade obrigatória para a contratação de bens e serviços comuns e, no caso de obras e serviços comuns de engenharia, ele poderá ser utilizado desde que o valor total no contrato não ultrapasse R\$150.000,00. Já a concorrência será aplicável às contratações de bens e serviços especiais e obras e serviços comuns ou especiais de engenharia⁹⁴.

Importante mencionar também a nova modalidade prevista: o diálogo competitivo. Aqui, o objeto terá alguma característica inovadora e a Administração Pública realizará diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo⁹⁵. Os licitantes previamente selecionados participarão de uma sessão em que serão discutidas alternativas

⁹³ BRASIL. **Projeto de Lei 6.814/2017**. Senado Federal. Disponível em < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1523083&filename=PL+6814/2017>. Acesso em 9 de novembro de 2019.

⁹⁴ BRASIL. Art. 26, caput, §1º e §2º do **Projeto de Lei 6.814/2017**. Senado Federal. Disponível em < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1523083&filename=PL+6814/2017>. Acesso em 9 de novembro de 2019.

⁹⁵ BRASIL. Art. 5º, caput, XLI do **Projeto de Lei 6.814/2017**: diálogo competitivo: modalidade de licitação em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo.

para a contratação. Após a discussão, os licitantes apresentarão uma proposta final.

Nesse contexto, o diálogo competitivo será, então, a modalidade para a contratação de objeto que envolva inovação tecnológica ou técnica; ou que envolva soluções que dependem de adaptação das opções disponíveis no mercado; ou, ainda, que envolva especificações que não podem ser definidas de forma suficiente pela Administração⁹⁶.

Ademais, a despeito das supracitadas críticas de minoritária parte da doutrina, o legislador escolheu inverter a ordem das fases da licitação previstas na Lei nº 8.666/93. No PL, o julgamento das propostas ocorrerá antes da habilitação, como já ocorria no pregão. Entretanto, há a possibilidade de, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, a habilitação acontecer antes da apresentação das propostas ou lances⁹⁷. Entende-se que o legislador escolheu a ordem ideal.

As licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, podendo o agente público utilizar a forma presencial somente nas hipóteses de comprovada inviabilidade técnica ou desvantagem para a Administração da realização por meio eletrônico; nas contratações que demandem verificação de conformidade do objeto a ser contratado; e nas contratações realizadas por Municípios que tenham até dez mil eleitores, conforme registros da Justiça Eleitoral na última eleição realizada antes da contratação⁹⁸.

Além disso, outra mudança importante é notada no capítulo das garantias, que agora não terá mais o ínfimo valor limite de 10%, previsto na Lei nº 8.666/93⁹⁹. A nova previsão legal fixa o seguro-garantia de 30% do valor do contrato para obras e serviços de engenharia de grande vulto e um limite de 20% para os contratos comuns¹⁰⁰.

Ademais, nos casos de contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá prever a obrigação da seguradora de, caso ocorra descumprimento do contrato pelo contratado, se sub-rogar nos direitos e nas obrigações do deste. Nessa hipótese, a garantia contratual será a modalidade seguro-garantia (excluindo-se as outras duas opções de garantias

⁹⁶ ALMEIDA, Hebert. **NOVA LEI DE LICITAÇÕES: PROJETO É APROVADO NO PLENÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS**. 2019. Disponível em < <https://www.estrategiacursos.com.br/blog/nova-lei-de-licitacoes/>>. Acesso em 9 de novembro de 2019.

⁹⁷ BRASIL. Art. 15, caput e §1º, do **Projeto de Lei 6.814/2017**. Senado Federal. Disponível em < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1523083&filename=PL+6814/2017>. Acesso em 9 de novembro de 2019.

⁹⁸ BRASIL. Art. 15, §2º, do **Projeto de Lei 6.814/2017**. Senado Federal. Disponível em < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1523083&filename=PL+6814/2017>. Acesso em 9 de novembro de 2019.

⁹⁹ BRASIL. Art. 56, §3º da **Lei 8.666/93**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em 11 de novembro de 2019

¹⁰⁰ BRASIL. Art. 89, §3º e §4º do **Projeto de Lei 6.814/2017**. Senado Federal. Disponível em < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1523083&filename=PL+6814/2017>. Acesso em 9 de novembro de 2019.

previstas na lei: caução em dinheiro ou títulos da dívida pública e fiança bancária) e a seguradora, que assinará o contrato como interveniente-anuente, deverá concluir o contrato; caso não o faça, ser-lhe-á aplicada multa equivalente ao valor integral da garantia¹⁰¹.

Por fim, faz-se necessário comentar sobre as mudanças propostas nos mecanismos de combate à corrupção. Ora, a corrupção é fenômeno inerente à Administração Pública. De fato é, e é sabido que a licitação escancara uma porta propícia à concretização desse fenômeno¹⁰².

Assim, um diploma legal voltado à seleção de agentes privados para contratação com o setor público não pode ser apenas uma caixa de ferramentas voltada a gestão de relações contratuais de fornecimento, pois há um espaço que precisa ser preenchido na política anticorrupção por quaisquer licitações e contratos¹⁰³.

Nesse sentido, considerável melhora é percebida no capítulo dos crimes: o legislador acerta ao instituir penas mais gravosas para os ímprobos. Para ilustrar, menciona-se que as pessoas que frustrarem ou fraudarem, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação ficarão sujeitas a quatro a oito anos de reclusão, além de multa¹⁰⁴, em vez de detenção de dois a quatro anos¹⁰⁵.

Ademais, o PL inova ao propor a vedação de contratação de serviços terceirizados nos casos que exista relação de parentesco com os servidores dos órgãos a que se destina o serviço¹⁰⁶:

Art. 43. Poderão ser objeto de execução por terceiros as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou da entidade, sendo vedado à Administração ou a seus agentes, na contratação do serviço terceirizado:

I – indicar pessoas expressamente nominadas para executar direta ou indiretamente o

¹⁰¹ BRASIL. Art. 89, §7º do **Projeto de Lei 6.814/2017**. Senado Federal. Disponível em < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1523083&filename=PL+6814/2017>. Acesso em 9 de novembro de 2019.

¹⁰² NIETO, Alejandro. **LA ‘NUEVA’ ORGANIZACIÓN DEL DESGOBIERNO**. Barcelona: Ariel, 2010. p. 215 e SS.

¹⁰³ NOBREGA, Theresa Christine de Albuquerque; BRITO, Marina Falcão Lisboa. **A NOVA LEI DE LICITAÇÕES NO BRASIL/ A LICITAÇÃO DIANTE DAS TRANSIÇÕES LEGISLATIVAS**. Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor. Brasília. V. 5, nº 2, jul-dez 2018. p68-88. Disponível em < <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/9151/pdf>>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

¹⁰⁴ BRASIL. Art. 337-F do **Projeto de Lei 6.814/2017**. Senado Federal. Disponível em < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1523083&filename=PL+6814/2017>. Acesso em 9 de novembro de 2019.

¹⁰⁵ BRASIL. Art. 90 da **Lei 8.666/93**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

¹⁰⁶ BRASIL. Projeto de **Lei 6.814/2017**. Senado Federal. Disponível em < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1523083&filename=PL+6814/2017>. Acesso em 9 de novembro de 2019.

objeto contratado;

§ 1º É vedada, ainda, em caso de terceirização, a contratação, por empresa prestadora de serviço terceirizado, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, de agente público que exerça cargo em comissão ou função de confiança no órgão ou na entidade contratante, devendo tal proibição constar expressamente nos editais de licitação.

§ 2º O disposto no inciso I não se aplica aos casos de inexigibilidade de licitação.

Finalmente, em casos de contratação direta indevida, ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o agente público responsável e o contratado responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo a outras sanções previstas na lei¹⁰⁷.

4. 2. Sugestões ao projeto de lei

De imediato, cumpre corrigir algum dos erros já existentes no atual certame: a utilização de robôs no pregão eletrônico. Ora, se a nova lei prevê que todas as licitações sejam realizadas, preferencialmente, pelo meio eletrônico, há de prever, também, mecanismos para coibir essas práticas.

Como sugestão, entende-se adequada a ideia já trazida pela Instrução Normativa 03/2011, anteriormente mencionado. Sugere-se, então, que a lei estipule que o intervalo entre os lances enviados pelo mesmo licitante não poderá ser inferior a doze segundos e o intervalo entre lances não poderá ser inferior a três segundos, programando o sistema para desconsiderar automaticamente os lances enviados em desacordo com essa norma.

A utilização de robôs pode ser detectada pela análise do tempo das propostas enviadas, constantes na ata do certame: observa-se, por exemplo, proposta de um centavo a mais, realizadas em menos de meio segundo depois do oferecimento do lance anterior.¹⁰⁸. Acontecendo uma vez, pode ser coincidência; mas, ocorrendo repetidamente, há de se configurar fraude: nenhum ser humano consegue cobrir todas as propostas em décimos de segundo. Percebido o uso, o licitante deverá ser eliminado do certame e deverá responder por fraude.

Ademais, sugere-se também o aumento de pena para todos os crimes relacionados a atos de improbidade no procedimento licitatório. Como já mencionado, a corrupção é inerente à Administração Pública e o procedimento licitatório, por sua natureza e tudo que

¹⁰⁷ BRASIL. Art. 66 do **Projeto de Lei 6.814/2017**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1523083&filename=PL+6814/2017>. Acesso em 9 de novembro de 2019.

¹⁰⁸ BRASIL. **RECURSO ADMINISTRATIVO**. Pregão Eletrônico 0008/2013. Disponível em<<https://www.comprasnet.gov.br/livre/Pregao/TermoJulg2.asp?prgCod=396700&ipgCod=11298273&reCod=167699&Tipo=R&Tipo1=S>>. Acesso em 7 de novembro de 2019.

envolve, escancara um porta propícia a concretização desse fenômeno. Assim, ela deve ser combatida. O PL já prevê um aumento satisfatório da punibilidade para tais condutas, porém entende-se que ainda não são suficientes. Sugere-se que a pena-base para tais condutas de fraude seja de oito a doze anos de reclusão, além de multas ainda mais altas e impedimento geral de licitar por de dez a quinze anos.

Por fim, cabem muitas críticas ao vigente sistema de garantia nos contratos advindos do processo licitatório.

Atualmente, as garantias são quase inexistentes: são limitadas ao ínfimo valor máximo de 10% do valor total do contrato – isso em ocasiões excepcionais, como regra geral, esse valor é de 5% -, como supramencionado. Reconhecido a insuficiência desse valor e os prejuízos que a administração tem, o PL pretende mudar esse cenário, instituindo um limite máximo de 30%.

De toda sorte, tal valor ainda é extremamente baixo. Explica-se: a função de um seguro-garantia total, de 100% do valor da obra, é assegurar que um contrato seja cumprido, ou pelo contratado ou, em caso de inadimplência deste, pelo segurador. No tocante às licitações, se a empreiteira, após contratar o referido seguro, não concluir a obra no prazo devido ou de forma inadequada, a seguradora deverá promover os meios necessários para que isso ocorra, seja ela própria contratando terceiro que solucione esse problema, seja indenizando o Poder Público, aqui na qualidade de segurado, para que este contrate outra empreiteira para concluir a obra. Isso seria extremamente benéfico para a Administração Pública, pois a seguradora, a fim de evitar prejuízos, fiscalizaria a obra com extremo rigor, cobrando da empreiteira o cumprimento dos prazos impostos, proporcionando a adequação de custos e não comprometimento dos limites de créditos bancários, além de garantir que a obra seja concluída sem falhas¹⁰⁹.

Observa-se inúmeras vantagens para o ente público, que vão da transferência de parte do ônus de fiscalizar a execução da obra até proporcionar maior lisura para o certame. Entretanto, isso é bastante diferente do que ocorre hoje no país: a escolha da modalidade de garantia cabe ao contratado, não podendo ultrapassar o correspondente a 5% do valor do contrato¹¹⁰ e, em alguns casos específicos, 10%.

No tocante às modalidades de garantia, a Lei das Licitações e o PL 6.814/2017,

¹⁰⁹ PAIXÃO FILHO, Rui Licínio de Castro. **O INSTITUTO DO PERFORMANCE BOND NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**. 2018. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/65193/o-instituto-do-performance-bond-no-ordenamento-juridico-brasileiro>.. Acesso em 11 de novembro de 2019.

¹¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. 30ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 274.

além de facultar a escolha ao contratado e não ao Poder Público, colocam o seguro-garantia em igualdade de condições com as outras opções de garantia: a fiança bancária ou caução em dinheiro e da caução em títulos da dívida pública.

Sugere-se, então, a instituição da *performance bond*, que é um instrumento de realocação de riscos de um contrato, mas também pode implicar em maior eficiência na execução de um serviço. Ela surgiu nos Estados Unidos no final do século XIX, sendo utilizada até hoje como forma de gerar mais segurança às contratações públicas¹¹¹, sendo feito em 100% do valor do contrato para contratos superiores a \$100.000,00 em mais de 40 Estados¹¹².

Para Carvalhosa, o *performance bond* é¹¹³:

um mecanismo que acaba com a relação direta entre as empreiteiras e os agentes públicos, ao colocar uma seguradora para intermediar essa conexão. Essa estrutura tripartite cria um conflito muito salutar entre os envolvidos: feito o contrato entre a seguradora e a empreiteira, é a primeira que passa a se reportar ao ente público contratante, ou seja, o governo e seus agentes. Como o lucro da seguradora depende de que a obra seja realizada nos prazos corretos, sem aditamentos, atrasos nem problemas de qualidade, a seguradora fiscaliza o trabalho de perto e com rigor. Atua como um cão de guarda para garantir que a empreiteira cumpra os prazos e preços estabelecidos. Esse é o primeiro “conflito” que se dá entre a seguradora e a empreiteira. O outro, igualmente vantajoso para todos, acontece entre o governo e a seguradora. A seguradora, como já disse, tem todo o interesse em que a obra seja concluída no prazo previsto. Mas, se mesmo assim houver atrasos por parte da empreiteira, existem duas hipóteses: a seguradora passa a bancar a obra para termina-la, como acontece nos Estados Unidos, ou, em casos mais extremos, abandona a construção, mas, nesse caso, tem que indenizar o governo.

Assim, a apólice desse seguro-garantia envolveria três partes: a Administração Pública, contratante e beneficiária da apólice; o particular, contratado, vencedor do certame; e a seguradora, atuando como garantidora.

Se a companhia de seguro for obrigada a pagar ao ente público o valor da apólice em virtude do inadimplemento contratual por parte do particular contratado, este deverá ressarcir inteiramente a companhia seguradora, conforme contrato de ressarcimento pleno, firmado no momento da emissão da apólice¹¹⁴.

No caso de inadimplência da contratada, a seguradora fornece ao ente público os

¹¹¹ CHOUCAIR GOMES, Frederico Yokota. **ANÁLISE ECONÔMICA DA PERFORMANCE BOND NOS CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS**. 2016. Disponível em < https://www.academia.edu/30388405/AN%C3%81LISE_ECON%C3%94MICA_DA_PERFORMANCE_BOND_NOS_CONTRATOS_DE_OBRAS_P%C3%94BLICAS>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

¹¹² GALIZA, Francisco. **UMA ANÁLISE COMPARATIVA DO SEGURO GARANTIA DE OBRAS PÚBLICAS**. 2015. Disponível em < http://www.ens.edu.br/arquivos/estudos_ed29_fgaliza_1.pdf>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

¹¹³ CARVALHOSA, Modesto. **FÓRMULA ANTICORRUPÇÃO**. Veja. São Paulo, 2016. P15-16.

¹¹⁴ CARVALHOSA, Modesto. **COMBATE EFETIVO À CORRUPÇÃO DEPENDE DA QUEBRA DO CAPITALISMO DE LAÇOS**. 2016. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2016-jun-14/modesto-carvalhosa-combate-corrupcao-ataca-capitalismo-lacos>>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

recursos necessários para prosseguir com as obras cuja execução foi inadimplida, podendo assumir ela própria seguradora o restante da obra; indenizar o ente público, não assumindo nenhum compromisso com o término da obra; ou contratar um terceiro, particular, para concluir o objeto do contrato. A seguradora deverá, também, cobrir as multas de mora e as contratuais estabelecidas no contrato de obra ou de fornecimento firmado entre o ente público e a contratada¹¹⁵. Nos casos em que a seguradora efetivamente concluir o objeto do contrato, seja por conta própria, seja contratando um terceiro, a Administração Pública obriga-se a pagar à seguradora o restante do valor do contrato original, inadimplido, diretamente ou ao novo contratado por ela selecionado.

Compreende-se, então, que os elementos fundamentais do *performance bond* são: a obrigatoriedade da contratação da apólice em todos os contratos de obras públicas de valor relevante; a importância segurada em 100% do valor do contrato e a atribuição do poder de permanente fiscalização da obra e dos recebimentos/pagamentos pela seguradora. Esta passa a ser, assim, a principal interessada no cumprimento do contrato entre o poder público e a empreiteira¹¹⁶.

Logicamente, a seguradora somente seria acionada caso o particular estivesse em mora, inadimplente, e o ente público não.

Ou seja, para a execução da apólice, além do inadimplemento do contratado, é necessário que o ente público esteja rigorosamente cumprindo com suas obrigações junto a ele, nos estritos termos constantes da apólice de *performance*¹¹⁷.

Assim, para participar de uma licitação destinada a contratações de grande vulto, os interessados deveriam, primeiramente, estar segurados: a seguradora iria, anteriormente à administração pública, avaliar os riscos envolvidos e se aquele interessado possui, de fato, condições para suportar o ônus do contrato. Uma condição para participar do certame seria ter pelo menos uma seguradora disposta a operar no contrato, ficando responsável e assinando como interveniente-anuente. Seria uma forma de deixar o mercado ajudar na seleção dos participantes idôneos.

Entende-se que os custos dos contratos públicos iriam aumentar com a instituição

¹¹⁵ CARVALHOSA, Modesto. **COMBATE EFETIVO À CORRUPÇÃO DEPENDE DA QUEBRA DO CAPITALISMO DE LAÇOS**. 2016. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2016-jun-14/modesto-carvalhosa-combate-corrupcao-ataca-capitalismo-lacos>>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

¹¹⁶ CARVALHOSA, Modesto. **CORRUPÇÃO NAS OBRAS PÚBLICAS**. 2016. Disponível em:< <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,corrupcao-nas-obras-publicas,10000070762>>. Acesso em: 11 de novembro de 2019.

¹¹⁷ CARVALHOSA, Modesto. **COMBATE EFETIVO À CORRUPÇÃO DEPENDE DA QUEBRA DO CAPITALISMO DE LAÇOS**. 2016. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2016-jun-14/modesto-carvalhosa-combate-corrupcao-ataca-capitalismo-lacos>>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

do *Performance Bond*, pois o licitante pagará um valor alto à seguradora pelo seguro-garantia; porém, em contrapartida, o ente público diminuirá seus gastos, por exemplo, com a fiscalização da execução, que será também realizada pela seguradora interessada, e diminuirá sensivelmente o risco contratual suportado pelo Estado.

Entende-se que tal aumento no valor é ínfimo se comparado aos benefícios que esse instituto pode trazer para a Administração Pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse trabalho, foi discutido como tornar todo o procedimento licitatório mais eficiente, célere e seguro para a Administração Pública.

No primeiro capítulo, podemos perceber que a Lei das Licitações não se adéqua mais às necessidades do ente público. Devido à sua excessiva formalidade e morosidade, novas modalidades – mais nitidamente, o pregão - foram criadas na tentativa de suprir as exigências fáticas da realidade, utilizando-se, para isso, de recursos tecnológicos e eliminando o excesso de formalismo.

No segundo capítulo, foi realizada uma análise doutrinária e jurisprudencial dos benefícios obtidos com o advento do pregão eletrônico. De fato, ele logrou alguns: invertendo as fases do processo, tornou-o mais célere. Ademais, possibilitou a diminuição, devido ao seu formato de leilão invertido, do valor final pago pela administração ao particular vencedor do certame, além de instituir, como o próprio nome diz, o certame eletrônico.

Entretanto, também foram percebidas desvantagens da implementação do pregão, que foram analisadas com o fito de encontrar formas de inibi-las ou, ao menos, diminuir seu impacto no procedimento licitatório.

No terceiro, vislumbrou-se o Projeto de Lei 6.814/2017, que traz em seu texto as principais vantagens instituídas pelo pregão, porém agora aplicadas a todas as modalidades, além de outras inovações. De fato, percebeu-se um grande avanço, se comparado o PL com o atual diploma (Lei 8.666/93). Entretanto, ressalta-se que ainda há espaço para melhorias.

Assim, sugere-se um aumento nas penas para os crimes relacionados a atos de improbidade no procedimento licitatório e do período que ficam impedidos de licitar, para além do aumento já previsto no PL; a criação de previsão legal de desclassificação de licitantes que se valerem de robôs para fraudar o certame, oferecendo lances inidoneamente, além de ficarem sujeitos às sanções anteriormente mencionadas; e, principalmente, uma reforma no sistema de garantias exigido, de maneira que diminua o máximo possível os riscos para a administração.

Nesse contexto, portanto, reforça-se a sugestão de implementação do *performance bond*, que, diante do exposto, entende-se como uma solução bastante benéfica ao ente público, transferindo boa parte do ônus de fiscalização e risco contratual para a seguradora. Em caso de inadimplemento, ela buscará na justiça ressarcimento por parte do vencedor do certame; porém, enquanto isso, é obrigada a concluir o objeto do contrato com recursos próprios, satisfazendo, assim, o interesse público.

6 REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo; DE DEUS, João. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. – 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

ALMEIDA, Hebert. **NOVA LEI DE LICITAÇÕES: PROJETO É APROVADO NO PLENÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS**. 2019. Disponível em < <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/nova-lei-de-licitacoes/>>. Acesso em 9 de novembro de 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília.

BRASIL. **Decreto nº 3.555**, de 8 de agosto de 2000. Decreto que regula o pregão presencial. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3555.htm>. Acesso em 5 de novembro de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 5.450**, de 31 de março de 2005. Decreto que regula o pregão eletrônico. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5450.htm>. Acesso em 5 de novembro de 2019.

BRASIL. **Instrução Normativa nº 3**, de 16 de dezembro de 2011. Compras Governamentais. Disponível em < <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/403-instrucao-normativa-n-3-de-16-de-dezembro-de-2011>>. Acesso em 7 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Lei das Licitações. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em 2 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.472**, de 16 de julho de 1997. Lei da Anatel. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm>. Acesso em 3 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.986**, de 18 de julho de 2000. Lei das Agências Reguladoras. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9986.htm>. Acesso em 3 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.520**, de 17 de julho de 2002. Lei do Pregão. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm>. Acesso em 4 de novembro de 2019.

BRASIL. **RECURSO ADMINISTRATIVO**. Pregão Eletrônico 0008/2013. Disponível em < <https://www.comprasnet.gov.br/livre/Pregao/Termojulg2.asp?prgCod=396700&ipgCod=11298273&reCod=167699&Tipo=R&Tipo1=S>>. Acesso em 7 de novembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário: 68006 MG. Relator Ministro Aliomar Baleeiro, **Diário de Justiça**. Brasília. 14-11-1969. Disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/656294/recurso-extraordinario-re-68006-mg>>. Acesso em 8 de novembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1046/2008 – Plenário. Relator Ministro André de Carvalho. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília. 04/06/2008. Disponível em < https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%25AACORDAO-COMPLETO-41354/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse>. Acesso em 05 de novembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1182/2007 – Plenário. Relator Ministro Marcos Bemquerer. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília. 20/06/2007. Disponível em < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1182%25F2007/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=e0a800f0-0003-11ea-ac7f-af11673b76dc>>. Acesso em 05 de novembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1527/2019 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília. 03/07/2019. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1527%25F2019/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=222f24f0-0247-11ea-ab7d-c74d4d63bad7>> . Acesso em 8 de novembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1897/2019 – Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília. 14/08/ 2019. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/art%25207%252010520%2520conluio%2520licitantes/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uuid=0d34a400-0259-11ea-9a4c-23f36312abd4>> . Acesso em 8 de novembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2285/2009-Plenário. Relator Ministro Raimundo Carreiro. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília. 30/09/2009. Disponível em < https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/KEY%25AJURISPRUDENCIA-SELECCIONADA-19419/DTRELEVANCIA%252520desc/0/sinonimos%253Dfalse>>. Acesso em 04 de novembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 253/2012 – Plenário. Relator Ministro Valmir Campelo. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília. 08/02/2012. Disponível em < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/rob%25C3%25B4s%2520preg%25C3%25A3o%2520inibir/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520?uuid=1464c2b0-01a9-11ea-8b28-edbaaa6dcf66>>. Acesso em 7 de novembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3108/2016 – Primeira Câmara. Relator Ministro Bruno Dantas. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília. 17/05/2016. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3.108%25F2016/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACOR>

[DAOINT%2520desc/2/%2520?uuid=222f24f0-0247-11ea-ab7d-c74d4d63bad7](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/?KEY%253AJURISPRUDENCIA-SELEZIONADA-2845/DTRELEVANCIA%252520desc%25252C%252520COLEGIADO%252520asc%25252C%252520ANOACORDAO%252520desc%25252C%252520NUMACORDAO%252520desc/0/sinonimos%253Dfalse)>. Acesso em 8 de novembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 478/2016-Plenário. Relator Ministro Marcos Bemquerer. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília. 02/02/2016. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/?KEY%253AJURISPRUDENCIA-SELEZIONADA-2845/DTRELEVANCIA%252520desc%25252C%252520COLEGIADO%252520asc%25252C%252520ANOACORDAO%252520desc%25252C%252520NUMACORDAO%252520desc/0/sinonimos%253Dfalse>. Acesso em 04 de novembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 754/2015 – Plenário. Relator Ministra Ana Arraes. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília. 08/04/2015. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/754%252F2015/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=222f24f0-0247-11ea-ab7d-c74d4d63bad7>>. Acesso em 8 de novembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União**. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/licitacoes-e-contratos-4-edicao.htm>>. Acesso em 29 de outubro de 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei 6.814/2017**. Senado Federal. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1523083&filename=PL+6814/2017>. Acesso em 9 de novembro de 2019.

CARNEIRO, Guilherme Fragoso. **PREGÃO ELETRÔNICO: PRINCIPAIS VANTAGENS E DESVANTAGENS DE SUA UTILIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL**. 2016. Monografia (Direito) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 31º Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 32ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHOSA, Modesto. **COMBATE EFETIVO À CORRUPÇÃO DEPENDE DA QUEBRA DO CAPITALISMO DE LAÇOS**. 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-14/modesto-carvalhosa-combate-corrupcao-ataca-capitalismo-lacos>>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

CARVALHOSA, Modesto. **CORRUPÇÃO NAS OBRAS PÚBLICAS**. 2016. Disponível em:<<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral/corrupcao-nas-obras-publicas,10000070762>>. Acesso em: 11 de novembro de 2019.

CARVALHOSA, Modesto. **FÓRMULA ANTICORRUPÇÃO**. Veja. São Paulo, 2016.

CHOUCAIR GOMES, Frederico Yokota. **ANÁLISE ECONÔMICA DA PERFORMANCE**

BOND NOS CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS. 2016. Disponível em <https://www.academia.edu/30388405/AN%C3%81LISE_ECON%C3%94MICA_DA_PERFORMANCE_BOND_NOS_CONTRATOS_DE_OBRAS_P%C3%94BLICAS>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

DE SOUZA, Karine Daniele Byhain. **PREGÃO: VANTAGENS E DESVANTAGENS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.** 2011. 56 folhas. Monografia (Especialização em Gestão Pública Municipal) – Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Curitiba.
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **DIREITO ADMINISTRATIVO.** 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **DIREITO ADMINISTRATIVO.** 30ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GALIZA, Francisco. **UMA ANÁLISE COMPARATIVA DO SEGURO GARANTIA DE OBRAS PÚBLICAS.** 2015. Disponível em <http://www.ens.edu.br/arquivos/estudos_ed29_fgaliza_1.pdf>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO.** 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010

MEIRELLES, Hely Lopes. **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.** 37ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

NIETO, Alejandro. **LA ‘NUEVA’ ORGANIZACIÓN DEL DESGOBIERNO.** Barcelona: Ariel, 2010.

NOBREGA, Theresa Christine de Albuquerque; BRITO, Marina Falcão Lisboa. **A NOVA LEI DE LICITAÇÕES NO BRASIL/ A LICITAÇÃO DIANTE DAS TRANSIÇÕES LEGISLATIVAS.** Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor. Brasília. V. 5, nº 2, jul-dez 2018. p68-88. Disponível em <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/9151/pdf>>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

PAIXÃO FILHO, Rui Licínio de Castro. **O INSTITUTO DO PERFORMANCE BOND NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.** 2018. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/65193/o-instituto-do-performance-bond-no-ordenamento-juridico-brasileiro..>>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

REIS, Ruimar Barboza dos. **PREGÃO PRESENCIAL E ELTRÔNICO: CENÁRIO NACIONAL.** Curitiba: Negócios Públicos, 2008.

SANTANA, Jair Eduardo. **PREGÃO PRESENCIAL E ELETRÔNICO: MANUAL DE IMPLANTAÇÃO, OPERACIONALIZAÇÃO E CONTROLE.** 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SCARPINELLA, Vera. **LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO.** 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VAZ, Lúcio. **GOLPE NO PREGÃO ELETRÔNICO**. Veja. São Paulo, 2017. Disponível em <https://istoe.com.br/139247_GOLPE+NO+PREGAO+ELETRONICO/>. Acesso em 7 de novembro de 2019.