
Pregão eletrônico: vulnerabilidade do sistema

Márcio José Alves*

Luiz Carlos Rodrigues**

1. INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade, a raça humana busca a evolução. Seguindo este instinto, passamos por inúmeras experiências necessárias para a chamada evolução da espécie. No final do século passado, ou seja, Século XX, tivemos a descoberta e o desenvolvimento dos sistemas informatizados de comunicação, fato que notoriamente “quebrou” as barreiras nacionais e internacionais no tocante as relações humanas e o conhecimento dos fatos.

Na atualidade crianças de dois anos possuem conhecimento em informática que muitos adultos não conseguem assimilar ou desenvolver. É a chamada geração “Y”, que já nasce conectada.

E a Administração Pública? Aquela conhecida pela sua morosidade, acúmulos de carimbos em documentos e de seus infundáveis “corredores da burocracia”, onde e quando vamos encontrar a modernidade?

*Mestre em Direito pela ITE – Bauru. Especialista em Formação do Professor pela USC – Bauru. Docente da Academia de Polícia Civil do Estado de São Paulo e do curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru - FIB. Delegado de Polícia.

** Discente do curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru – FIB.

Especificamente em relação a licitação, deixamos em um passado já de mais de vinte anos o critério do “melhor custo–benefício”, para adotarmos o critério do menor preço. Aquele que efetivamente ocasionaria para a Administração Pública uma economia de valores.

Infelizmente a Lei nº 8.666/93 não conseguiu efetivamente consagrar e aplicar o lema na Administração Pública, sendo necessário que outras legislações posteriores tentassem de auxiliar a mesma nesta árdua tarefa.

Aliada a busca da eficiência e diante de toda do surgimento do mecanismo eletrônico, o qual a Administração Pública não poderia ficar exilada, foi publicada a lei nº 10.520/2002, qual instituiu o sistema de Pregão Eletrônico para as compras efetuadas pela Administração Pública.

Será neste ambiente que desenvolveremos as discussões, pois, diante da lei posta, a sociedade, *expert* que é, buscou mecanismos para conseguir esquivar-se ou até, caminhar entre os labirintos deixados pelo legislador.

2. CERTAME LICITATÓRIO: BASE LEGAL

Conforme previsto em nosso ordenamento jurídico, os gastos públicos devem ser devidamente justificados, e precedidos de competente procedimento licitatório (art. 37, inc. XXI da C.F.), sendo este preceito aplicado e desenvolvido pela Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993), acrescido da Lei do Pregão (Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002).

A doutrina apresentada na obra Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, a evolução histórica da licitação, até chegar ao atual texto magno de 1988. O autor Jessé Torres Pereira Junior, (2002, p. 1) assim se expressa:

[...] Na década de 70, passou a figurar a Súmula do Tribunal de Contas da União, cujo verbete 158 assentava que os órgãos da Administração direta e as entidades da Administração indireta, incluindo aquelas com personalidade jurídica de direito privado, “devem prestar obediência aos ditames básicos da competição licitatória, sobretudo no que diz respeito ao tratamento isonômico dos eventuais concorrentes, como princípio universal e indelével do procedimento ético e jurídico da administração da coisa pública, sem embargo da adoção de normas mais flexíveis e compatíveis com as peculiaridades de funcionamento e objetivos de cada entidade”.

No decênio seguinte, às inúmeras normas regulamentadoras que se multiplicavam sobre a matéria, sobreveio o Decreto-Lei nº 2.300, de 21.11.86, atualizado em 1987, pioneiro estatuto que se a versá-la de modo global, reunindo, em seus noventa artigos, normas gerais e especiais, as primeiras cogentes para toda a Administração Pública brasileira, e as segundas incidentes sobre a Administração federal.

A culminância dessa evolução normativa ocorreu na Constituição promulgada a 05.10.88, que dispensou à licitação, conferindo-lhe galas de princípio constitucional, nada menos do que três referências diretas (art. 22, XXVII, 37, XXI e 175) e uma indireta (art. 195, § 3º) [...]

A evolução do texto constitucional acompanhou, em partes, a evolução e a dinâmica do procedimento licitatório, entretanto, como norma instituidora de princípios, deixou para a legislação infraconstitucional estabelecer os parâmetros finais em relação aos procedimentos específicos.

Vejamos esta legislação no âmbito nacional.

2.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O texto constitucional no art. 22, inc. XXVII determina as normas gerais para licitação e no art. 37, inc. XXI estabelece a obrigatoriedade da Administração Pública, à realização de processo licitatório, salvo as exceções previstas em lei infraconstitucional. As regras em relação ao regime de concessão e permissão constam do art. 175, sendo que no art. 195, §3º, finaliza não permitindo em procedimento licitatório a participação de pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social.

2.2 LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em seu art. 3º, prevê a observância de vários princípios, dentre eles, por exemplo, o da isonomia e o da vantajosidade. A Lei de Licitações em seu art. 22 define as modalidades básicas ou tradicionais, assim definidas: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

Existem vários conceitos doutrinários em relação ao tema licitação. Nesta oportunidade trazemos a colação o apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello, (2006, p. 505).

É um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados e com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

2.3 LEI Nº 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002

Como referido inicialmente, o legislador precisava caminhar no sentido de atualizar o sistema legal, reconhecendo os meios eletrônicos como uma ferramenta que pode e deve ser utilizada na Administração Pública. Surge então a Lei do Pregão

introduzindo novas modalidades de certame licitatório, que se dividem em: pregão presencial e pregão eletrônico.

O pregão presencial foi regulamentado inicialmente, no âmbito federal, pelo Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000 e caracteriza-se pela existência de uma sessão nas instalações do órgão público, com a presença física dos proponentes interessados no certame, possibilitando lances verbais visando melhor preço e a negociação entre o pregoeiro e o licitante, buscando melhor resultado na fase das propostas. No mesmo ato, verifica-se a habilitação da empresa através dos documentos apresentados em envelope separado, garantida aos demais participantes a apresentação de recurso. O pregoeiro finaliza a sessão com o registro em ata, enviando o processo para homologação.

A possibilidade do pregão ser realizado por meio eletrônico consta no § 1º do art. 2º da Lei nº 10.520 de 17 de julho 2002, o qual foi regulamentado pelo Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Buscando ainda mais rapidez, o credenciamento dos participantes ocorre antes da sessão, o cadastramento disponibiliza ao licitante uma senha de acesso ao sistema, tudo processado eletronicamente. Como no pregão presencial, também no eletrônico, as fases são invertidas, ou seja, primeiro se verifica a classificação para os lances; buscando sempre o pregoeiro o melhor preço para o ente público que representa. Só então, após finalizada a fase dos lances e conhecida a melhor proposta, que essa empresa terá analisada sua documentação de habilitação e se regular, será declarada vencedora.

Além dos Decretos Federais nº 3.555/2000 e nº 5.450/2005, cabe aos Estados e aos Municípios regulamentarem através de Decretos específicos, a utilização deste sistema perante sua estrutura administrativa, possibilitando assim a aplicação da nova sistemática do pregão.

Como exemplo, citamos o Município de Bauru, que através do Decreto nº 10.123, de 1º de dezembro de 2005, regulamentou a modalidade pregão e pregão eletrônico, e através do Decreto nº 10.185, de 8 de março de 2006, regulamentou o sistema de registro de preços, utilizando o portal de compras públicas do Banco do Brasil, para realizar suas licitações na modalidade de pregão. (anexo A).

Com relação ao pregão, Marçal Justen Filho (2011, p. 466) enfatiza:

Existem duas modalidades inconfundíveis de pregão. Há o pregão dito presencial ou comum e há o eletrônico. Há grande diferenças entre as duas espécies de pregão, o que justifica até mesmo o reconhecimento de existirem duas modalidades licitatórias diversas. A diferença mais evidente é a ausência de uma sessão presencial no pregão eletrônico [...]. A questão de regulamentação. Um problema jurídico delicado é a titularidade da competência regulamentar. Há decretos federais regulamentando o pregão presencial e

o eletrônico. Rigorosamente, esses decretos apenas produzem efeitos no âmbito federal, incumbindo a cada entidade federativa produzir sua própria regulamentação. [...]

A Lei do pregão trouxe a necessária informatização as Licitações Públicas, em razão das profundas alterações no modo de licitar, necessário se fazia uma melhor definição da modalidade através de regulamento próprio.

2.4 LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006

Atendendo aos anseios e pressões políticas, foi editada a Lei Complementar nº 123, a qual estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, buscando garantir a competitividade com as grandes empresas.

Alerta o nobre escritor Diogenes Gasparini (2010, p. 686):

A Lei Complementar federal nº 123/2006 instituiu normas gerais aplicáveis no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, consoante determinado em seu art. 1º. Por outro lado, praticamente todas as regras dessa Lei são normas dessa natureza, pois editadas pela União com fulcro no art. 22, XXVII, da Constituição Federal. Assim, resta aos Estados, Distrito Federal e Municípios, observadas essas normas gerais, promover a adaptação de suas respectivas legislações licitatórias para viabilizar, em suas esferas de governo, o regime diferenciado e favorecido que, em termos de licitação, deve ser propiciado às microempresas e empresas de pequeno porte. [...]

São perfeitamente justificáveis e plausíveis as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 123/06, porém é exatamente neste instante, diante de situações como esta, que começam a surgir os “atalhos” ou as “brechas” as quais nos referimos no início deste trabalho e que nos motivaram a escrever sobre o assunto. Logo mais desenvolveremos esta afirmação.

2.5 LEI Nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004

Finalmente, a última inserção em nosso ordenamento jurídico relacionado ao sistema de licitação, foi a edição da Lei nº 11.079, de 30 de setembro de 2004, a qual institui normas gerais para a licitação e contratação de parcerias público-privada no âmbito da administração pública, as chamadas PPP, que buscam recursos do setor privado para a consecução de serviços públicos.

Muitos autores criticam as parcerias, em razão da administração pública repassar suas obrigações à iniciativa privada. A linha de raciocínio desta crítica

pauta-se no sentido de a Administração Pública cobra da população de forma genérica através dos impostos e ao efetuar a parceria público-privada, viabiliza a cobrança dos usuários através de tarifas. Desta forma, o cidadão estaria pagando duas vezes pela mesma prestação de serviço.

Conforme obra dos autores Rigolin; Bottilo (2009, p.509),

Em nosso país os convênios de cooperação entre o poder público e a iniciativa privada, sobretudo a empresarial, são antigos e tradicionais, e a cada dia mais exercitados na medida em que os governos se revelam mais e mais impotentes para exercer sua função precípua de governar como deles minimamente se espera.

O dispositivo é legítimo e é dever da Administração Pública sempre cumprir a legislação, buscando acelerar o crescimento e o desenvolvimento sustentável, o incentivo ao desenvolvimento, e prestação de serviços. Porém criar ou modificar as leis, não é suficiente, necessário se faz um acompanhamento e a fiscalização dos órgãos responsáveis, garantindo na prática o que se propõe na legislação, sem onerar em demasia o cidadão.

3. MODALIDADES LICITATÓRIAS

Tradicionalmente a Lei Federal nº 8.666/93, traz em seu art. 22, as modalidades clássicas de licitação, sendo assim denominadas:

- concorrência (art. 22, §1º);
- tomada de preços (art. 22, §2º);
- convite (art. 22, §3º);
- concurso (art. 22, §4º) e
- leilão (art. 22, §5º).

Entretanto este trabalho visa o aprofundamento e questionamento em relação aos procedimentos estipulados pela Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, a qual criou o pregão. Assim vejamos.

3.1 PREGÃO

O Pregão surgiu em 1997 como uma modalidade exclusiva da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, através da Lei nº 9.472/97, sendo que em

seguida, foi instituído somente para União como modalidade de licitação. Diante da aceitação e da efetiva aplicabilidade do sistema, foi editada a Lei nº 10.520/02, que instituiu o procedimento no âmbito da União, possibilitando a utilização também pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Lei nº 10.520/02, no art. 1º instituiu o pregão, definido em seu parágrafo único como aquisição de bens e serviços comuns. Pregão é uma modalidade somente compatível com o tipo menor preço, ou seja, a proposta vencedora sempre será aquela com o menor custo, a qualidade deverá atender aos requisitos do edital, o qual deverá exigir normas específicas como, por exemplo, a aprovação da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, e outros órgãos regulamentadores.

As principais características do pregão residem na inversão das fases, na disputa entre os classificados, quando o proponente pode através de lances reduzir o valor proposto inicialmente, e na apresentação de recurso único ao final da sessão.

3.2 PREGÃO PRESENCIAL E PREGÃO ELETRÔNICO

Existem duas modalidades de pregão, o pregão presencial ou comum, e o pregão eletrônico. O Pregão comum caracteriza-se pela realização em sessão pública nas instalações do órgão público ou onde determinado no edital com a presença física dos interessados. O pregão eletrônico caracteriza-se pela utilização de meios eletrônicos (internet), realizando a competição por meio de propostas e manifestações de vontade remetidas eletronicamente a distância.

As diferenças apresentadas acima entre as duas espécies de pregão já justifica o reconhecimento de duas modalidades licitatórias diversas. Além da ausência de uma sessão presencial no pregão eletrônico, todos os documentos, decisões e manifestações são produzidos eletronicamente, somente podendo participar do pregão eletrônico os licitantes previamente credenciados, que tenham obtido chave de identificação e senha de acesso para o certame.

3.3 PREGÃO E O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

A Lei nº 8.666/93 traz ainda em seu art. 15, a possibilidade de compras através do sistema de registro de preços, devendo o sistema estar regulamentado por Decreto, conforme determinado no § 3º do mencionado artigo.

No mesmo diapasão, o art. 11 da Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão) menciona que as compras e contratações de bens e serviços, da União, Estados, Distrito Federal

e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico.

Segundo o autor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, (2005, p.31),

...decompondo o conceito em seus elementos fundamentais, tem-se que o Sistema de Registro de Preços é um procedimento especial de licitação. Essa é uma garantia para o Administrador, porque não deixará de fazer a licitação, mas apenas adotará um procedimento especial de licitação. Especial por não obrigar a aquisição do produto ou serviço, e previsto em lei. Fato que muito se aproxima da forma de contratação praticada pelo setor privado, um dos princípios vetores da Administração Pública consoante a lei.

O autor menciona em sua obra, (2005, p. 101), vantagens e desvantagens do sistema de registro de preços:

Vantagens:- desnecessidade de dotação orçamentária; atendimento de demandas imprevisíveis; redução de volumes de estoque; e eliminação dos fracionamentos de despesa; redução do número de licitações.

Desvantagens:- Complexidade da concorrência; recursos humanos para atualizar tabelas; impossibilidade de prever todos os itens a serem adquiridos.

O sistema de registro de preços, viabilizado pela Lei nº 8,666/93 e aceito pela sistemática da Lei do Pregão, conforme indicado acima, apresenta vantagens e desvantagens, as quais serão apresentadas e discutidas em momento oportuno.

4. PREGÃO PRESENCIAL E PREGÃO ELETRÔNICO: REVOLUÇÃO DO CERTAME LICITATÓRIO

A licitação pública definida na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 nas suas diversas modalidades, necessariamente é conduzida por uma Comissão de Licitação, constituída na sua maioria por servidores de carreira, possuidores de conhecimentos técnicos diversos, de vários setores essenciais para a Administração Pública.

Já no pregão presencial ou eletrônico, a condução do certame cabe ao pregoeiro, previamente nomeado para a função, sendo auxiliado por uma equipe de apoio que na sua maioria são servidores possuidores do certificado de pregoeiro. Conforme o ambiente administrativo ao qual esses servidores estão vinculados, é exigido uma capacitação prévia dos mesmos para a obtenção do certificado de pregoeiro.

O edital define o local e o horário do início da sessão. Os participantes deverão entregar a declaração de habilitação e os envelopes “proposta” e “habilitação”, sendo abertos nessa ordem. São conhecidas as melhores propostas, sendo credenciadas

conforme disposto na lei para disputa através de lances verbais, até ser conhecido o vencedor. Atingida esta meta, verifica-se então a documentação da empresa junto ao envelope habilitação, sendo que se esta atender todas as exigências legais e editalícias, sem a apresentação de recursos pelas concorrentes, será declarada como vencedora.

No ambiente do pregão eletrônico, também o edital definirá o horário e o endereço via internet, cabendo aos licitantes utilizar sua chave de acesso e senha para o conhecimento pleno do edital e encaminhamento dos lances. As fases de habilitação e julgamento também são invertidas isto é, primeiro será apurado o menor lance e depois das demais empresas desistirem, ainda assim tentará o pregoeiro, mais uma vez, negociar com o vencedor buscando melhorar ainda mais o preço.

Encerrada por definitivo a negociação, passa-se então a verificar a habilitação e a eventual intenção de recursos. Interessante neste momento é que parte da documentação exigida nos editais pode ser consultada e conferida pela Administração Pública através de consultas *on-line*, tais como certidões de INSS, Fazenda Pública, INSS, cadastro atualizado de CNPJ, certidão de débitos junto ao Estado etc. Os demais itens requeridos no edital são encaminhados via fax ou *e-mail*, ficando a apresentação do original como cláusula rescisória para a assinatura do contrato.

Caso nenhuma empresa se manifeste no sentido de apresentação de recurso, será então declarada a vencedora. Em seguida é desencadeada a fase de adjudicação, finalizando o procedimento com a homologação e a assinatura do contrato.

Salientamos como característica negativa, que em pequenas cidades, mesmo no Estado de São Paulo, o mais desenvolvido do País, muitos órgãos públicos ainda não adotaram o pregão como modalidade licitatória em razão da precariedade da informatização, conhecimento ou ausência de interesse dos seus administradores. Motivos esses que não podem passar despercebidos após mais de dez anos da instituição do pregão na legislação brasileira.

5. PREGÃO ELETRÔNICO: VULNERABILIDADES DO SISTEMA

Após apresentação da parte doutrinária, entraremos agora em questões práticas, constatadas através das ações desenvolvidas e realizadas durante o cotidiano de um órgão público.

Os temas e assuntos apresentados pautam-se em situações concretas que foram e estão sendo presenciadas em nossas unidades administrativas, seja da esfera

municipal, estadual ou federal. O pregão eletrônico possui uma série de vantagens e benefícios, entretanto, conforme alegado desde o início deste arrazoado, existem aspectos que deixam claro a sua vulnerabilidade em relação a algumas situações, assim vejamos.

5.1 ASPECTOS NEGATIVOS DO PREGÃO ELETRÔNICO

A aplicabilidade da modalidade não permite afirmar como certa e verdadeira toda a vantagem alegada. Podemos referir como exemplo o despreparo tecnológico de fornecedores tradicionais afastando-os das licitações públicas. O eminente risco em relação à qualidade dos objetos oferecidos em razão do tipo de licitação adotada (menor preço). O menor preço traduz muitas vezes em baixa qualidade dos produtos adquiridos, sendo qualificados como os piores do mercado.

Temos ainda a possibilidade das empresas se utilizarem das normas existentes na legislação, que a princípio busca trazer ao certame garantias para seu sucesso, como forma única de buscar lucro, ofertando materiais de baixa qualidade, com preços acima da média de mercado, uma vez que poderão no decorrer do pregão alterar suas ofertas, ou se não apresentada concorrência, manter margem de lucro acima da praticada no momento.

Não podemos esquecer que muitas vezes, esse procedimento é aplicado de forma contrária, ou seja, o proponente trabalha com uma margem de lucro inexpressiva, visando a concretização do negócio. Uma vez assinado o contrato, passa a adotar medidas como o pedido de troca de marca, pedido de realinhamento e outras garantias existentes na legislação. Mesmo sendo negada a concessão e penalizando a empresa pelo Poder Público, as apontadas vantagens, como rapidez, economia e preço, nesse momento deixam de existir, e tornam-se o oposto do pensamento inicial.

Mas sem dúvida nenhuma, o principal prejuízo para o setor público é a qualidade dos produtos oferecidos pelos participantes. A modalidade visa apenas o menor preço, e a qualidade do objeto oferecido à Administração, essa só conhece quando da sua utilização. Mesmo quando solicitado amostras, as entregas posteriores são de qualidade inferior. É certo que esses problemas não são exclusivos dos pregões eletrônicos, mais o fato da globalização e da facilitação em participar, aumentou em muito esses problemas. Toda essa situação deve ser constatada e aferida no momento da entrega efetiva dos bens adquiridos, daí a importância de uma equipe capacitada nesse setor da administração pública.

A legislação e o próprio edital preveem a devolução, e a exigência da troca do produto inadequado que não atenda as qualificações definidas, especificando prazo

para a troca e penalidades como: advertência, multa, suspensão e inidoneidade. No entanto, a burocracia e a falta de interesse de alguns contratantes penalizam muito mais a administração pública do que o fornecedor de má fé.

5.2 AS CHAMADAS “EMPRESAS FILHOTES”

A preponderância das empresas de maior poder econômico, tendo as mesmas condições de ofertar menores preços, levou o Governo Federal a edição da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, estabelecer preferências em favor das empresas de menor porte econômico, as denominadas Microempresas ME e Empresas de Pequeno Porte – EPP.

Contudo, a legislação estática não impossibilita que grandes empresas criem empresas menores e se beneficiem com as vantagens acima para venderem seus produtos em licitações públicas, usufruindo ainda dos benefícios inicialmente destinados as MEs e EPPs. Chega-se ao deslante de que em alguns casos o nome da microempresa é o nome da empresa mãe da forma inversa, exemplos fictícios: Loja Rumo Certo Ltda X Certo Rumo ME; Construtora SOL Ltda X LOS Construtora ME. Casos desta natureza são facilmente identificados no dia-a-dia.

5.3 PENALIZAÇÕES

A globalização ocasiona dificuldades de controle e complexidade para a penalização das empresas faltosas. Cientes em relação à estas dificuldades, por vezes as empresas efetuam pedidos de desistência após o final da fase do certame licitatório, ou seja, o proponente vencedor solicita o cancelamento da participação, causando transtornos a administração pública.

Esta postura também se apresenta mediante a não devolução do contrato pela vencedora; a irregularidade de endereço para notificações; solicitações de troca de marca nem sempre justificadas, pois o oferecido inicialmente continua disponível no mercado; pedido de realinhamento de preços, em razão de pesquisa de mercado, lembrando que o preço foi oferecido pelo proponente e não imposto à ele, lembrando-se ainda que o baixo preço ofertado foi o fator motivador para que a empresa ganhasse o certame.

Todas estas situações, após a efetiva negativa por parte da administração pública, por vezes leva ao cancelamento do contrato e o início de um novo procedimento administrativo para a punição da empresa faltosa, ocasionando a ausência da entrega

do bem adquirido ou o não início do serviço contratado, bem como a abertura do processo administrativo punitivo com todas as garantias de defesa e contraditório. Não podemos esquecer que o bem ou o serviço ainda necessita ser comprado e/ou contratado.

5.4 EMPRESAS ESPECIALIZADAS EM PREGÃO ELETRÔNICO

Existem também empresas que se especializaram em vender através de pregão eletrônico, pois possuem ferramentas legais à sua disposição para resgatar seu lucro esquecido durante o certame. Utilizam para tanto de troca de marcas, realinhamento de preços e cancelamento de item, sempre resguardados na lei e nos editais, que por regra trazem essas lacunas/possibilidades.

Em palestra “TCU-Caça fraudadores de pregões eletrônicos - Vídeo enviado por tvconvergencial”, o palestrante Cláudio Silva da Cruz aponta como sendo comportamento anormal as ações praticadas por empresas criadas as vezes somente para atuarem no âmbito do pregão eletrônico, assim se manifestando em relação à esses temas:

- Conceitos fraudulentos, como “vender” o lugar na fila, explica, quando um licitante entra na licitação para perder, ou seja apresenta documento irregular, e passa o lugar;
- Empresas ganham e não assinam o contrato, passando o lugar para a segunda colocada;
- Micro e pequenas Empresas aproveitam privilégios legais, para passar o lugar, e/ou grandes empresas criam pequenas para ganhar licitações.
- Finaliza, dizendo que é obrigação do Estado, penalizar, e que a Polícia Federal, Ministério Público e Advocacia Geral da União, estão trabalhando juntos para corrigir tais apontamentos.

Além das situações indicadas acima, não podemos deixar de efetuar referência a chamada “indústria das licitações”, que são empresas que contam com profissionais direcionados, especializados na área, com conhecimento apurado e experiência em pregões, os quais por vezes se encontram negociando com pregoeiros sem a devida experiência, evidenciando assim vantagem em questões surgidas durante o certame.

5.5 DIFICULDADES NA FISCALIZAÇÃO

As empresas que participam de licitações públicas e utilizam das diversas maneiras de driblar a administração pública, muitas vezes acabam impunes, pois, não são localizadas e não recebem as notificações enviadas pelos órgãos fraudados. É simples imaginar que uma empresa localizada em outro Município ou até em

outro Estado, necessita apenas de um computador e de uma linha telefônica, quando procurada para receber uma notificação, simplesmente nega a identificação, resultando na devolução da mesma, cabendo ao Poder Público buscar novo endereço, que logicamente não encontrará, tornando quase impossível a entrega da notificação. A busca dos sócios e/ou proprietários, quando agem com má fé, por certo também não terá êxito.

A fim de melhorar a qualidade de fornecedores e prestadores de serviços públicos, seria necessário um maior controle e procedimentos mais céleres em relação a aplicação de penalidades, em razão do descumprimento das leis nº 8.666/93 e nº 10.520/02.

5.6 CUMPRIMENTO DO CONTRATO

De acordo com o Edital, a proposta da empresa vencedora é vinculada ao contrato, sendo a entrega de produtos ou prestação de serviços, consequência lógica do desdobramento daquele. Há a necessidade de se respeitar os prazos, garantir a qualidade, entregar a marca ofertada, bem como atender as descrições constantes no Edital e firmado através da convenção. Trata-se de momento crítico, quando será possível saber se o “pregão” foi ou não uma boa opção para a administração pública, ou seja, se o contratante, vai cumprir todas as obrigações assumidas na fase inicial da licitação.

5.7 PRAZO

O não cumprimento de prazos ou a não entrega do objeto contratado, desencadeia uma série de providências legais, definidas na Lei de Licitações utilizada para assegurar o cumprimento do certame licitatório, notificações cobrando o cumprimento, concedendo prazo e informando abertura de processo para aplicação de penalidades conforme cláusulas editalícias e contratuais, que garantem defesa, recursos administrativos conforme artigos 109 e seguintes da Lei nº 8.666/93;

Melhor ilustrando o desenvolvimento das ações, após ser constatada a irregularidade, iniciam-se as notificações. Com a resposta/defesa, ou decorrido o prazo sem as mesmas, aplica-se as penalidades definidas em Lei e no Edital. Abre-se novamente prazo para defesa da contratada inadimplente. Superado o prazo, revoga-se a contratação e aplicam-se todas as penalidades previstas. Aqui desaparece o que inicialmente muitos autores defendem como o maior benefício do pregão, ou seja,

a celeridade no prazo de realização do certame e o preço; ambos prejudicados pela não execução do contrato.

5.8 MENOR PREÇO

O pregão é uma licitação do tipo menor preço. A busca pela qualidade somente pode ser desenvolvida durante a elaboração do edital. Todas as exigências técnicas em relação ao produto dessem ser aqui apresentadas, sem que possa ocorrer o direcionamento em relação à algum produto e/ou serviço.

O menor preço deve ser uma consequência lógica do que foi descrito no edital. Entretanto, por vezes não se consegue descer a minúcias tão específicas em relação as qualidades técnicas exigidas dos bens adquiridos, possibilitando as empresas ofertarem um preço, o qual demanda a aquisição de um produto de baixa qualidade.

Relacionado ao menor preço, temos a balizada manifestação de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, (2006, p. 493):

Embora a busca do menor preço, concretizada pelo pregão, mereça ênfase num país de grandes carências e fortes desníveis sociais, nunca se pode olvidar que o menor preço é apenas uma das expressões do verdadeiro sentido da licitação: procedimento para a busca da proposta mais vantajosa.

Apresentado o produto e negado o seu recebimento pela administração pública, automaticamente será protocolado pela empresa vencedora o pedido de troca do produto. Enquanto se verifica a possibilidade ou não da troca, ou seja, se a qualidade e o preço do novo produto ofertado são equivalentes, a administração fica sem o objeto. Novamente está prejudicado o prazo e principalmente a administração pública que fica sem o objeto comprado e o serviço contratado.

5.9 PREÇOS E REALINHAMENTO

Com relação a disputa, é comum proponente no ato do pregão, diminuir sua margem de lucro a fim de garantir menor preço e ganhar o certame licitatório. Em seguida, baseado em preços reais do mercado, apresenta pedido de realinhamento de preços, buscando assim reestabelecer o preço real do produto. Através de simples pesquisa de mercado é obvio que terá direito ao realinhamento, porém se aplicada a correção, outros participarem poderiam ter vencido a licitação, ficando assim demonstrado o vício no certame. Cabe a administração negar tal providencia, verificando e justificando através da margem de lucro apresentada na época do

pregão e do pedido do realinhamento, preservando a margem de “desconto” que levou a empresa ser declarada vitoriosa do certame.

6. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que a velocidade com que as empresas especializadas em informática se ajustam as normas legais, é infinitamente maior do que as alterações na legislação, as quais são necessárias para adequar-se ao atual mercado virtual, para que deixe de prejudicar os princípios que regem a licitação pública.

O Direito Público determina que a Administração Pública somente poderá fazer aquilo que a lei determina, enquanto que as empresas, as quais seguem o Direito Privado, podem fazer tudo aquilo que não foi ilegal. Esta dicotomia é que possibilita a ocorrência e a constatações destas fragilidades do sistema do pregão eletrônico.

A ferramenta é boa, todavia, devemos conseguir desenvolver mecanismos mais céleres, não se esquecendo das garantias legais, para que a administração pública possa agir com celeridade nos dois sentidos, primeiro conseguindo adquirir os bens necessários e contratar os serviços exigidos pela população, bem como no segundo momento, punir com eficácia e rigor as empresas infratoras. Que este material possa servir de reflexão aos senhores pregoeiros e administradores públicos.

7. REFERÊNCIAS

BAURU. *Decreto Municipal nº 10.123, de 1º de dezembro de 2005*. Disponível em http://www.bauru.sp.gov.br/secretarias/sec_juridico/legislacao.aspx, acesso em 21 mar. 2013.

BAURU. *Decreto Municipal nº 10.185, de 08 de março de 2006*. Disponível em http://www.bauru.sp.gov.br/secretarias/sec_juridico/legislacao.aspx, acesso em 21 mar. 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 21 mar. 2013.

BRASIL. *Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000*. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm, acesso em 21 mar. 2013.

BRASIL. *Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005*. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm, acesso em 21 mar. 2013.

BRASIL. *Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002*. Institui no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm, acesso em 21 mar. 2013.

BRASIL. *Lei Federal nº 8666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm, acesso em 21 mar. 2013.

CRUZ, Cláudio Silva da. *TCU- Caça fraudadores de pregões eletrônicos*. Vídeo enviado por tvconvergencial. Disponível em www.youtube.com/watch?v=sC4JjHhNjGU, acesso em 20 maio 2013.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
_____. *Contratação direta sem licitação*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 15. ed. atual. por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

_____. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: (parte introdutória; parte geral; e parte especial)*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIGOLIN, Ivan Barbosa, BOTTINO, Marco Túlio. *Manual prático das licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VAZ, Lúcio. “Golpe no pregão eletrônico”. In: *Revista Isto É*, nº 2168, 27 maio 2011.