

## Pregão: Uma Nova Modalidade Licitatória

*Marcelo Ribeiro de Oliveira*

*Advogado em Brasília*

Em 05 de maio de 2000, foi publicada a Medida Provisória n.º 2.026, instituindo a modalidade de licitação denominada pregão, destinada para a aquisição de bens e de serviços comuns<sup>1</sup> a serem adequadamente definidos em regulamento.

Praticamente transcrevendo a medida provisória em comento, pode-se definir pregão como uma modalidade de licitação com vistas à aquisição de bens e de serviços comuns, promovida exclusivamente no âmbito da União, independentemente do valor estimado de contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e de lances em sessão pública.

Da definição constante do artigo 2º depreendem-se algumas novidades desta modalidade licitatória, tais como: o seu emprego exclusivo no âmbito da União e a desvinculação a qualquer valor. A maior novidade legislativa encontra-se no modo de realização do certame, qual seja: por meio de propostas e lances em sessão pública, sendo que a regulamentação necessária poderá prever o emprego de recursos de tecnologia.

Imagina-se que será regulamentado o uso de salas virtuais, tal como a SABESP vem empregando para a realização de certames licitatórios, enviando as propostas aos concorrentes não mais por fax, mas com o uso de correio eletrônico.<sup>2</sup> Ressalte-se que esta prática não consiste no uso desta nova modalidade em estudo, até porque a previsão da medida provisória destina-se somente ao âmbito de atividades da União, como já ressaltado.

A medida provisória estabelece o procedimento para a adoção do pregão como prática licitatória, dividindo tal procedimento em duas fases: a primeira chamada interna ou preparatória e a segunda, a fase externa.

Da primeira etapa constata-se não haver grandes novidades em relação às tradicionais modalidades de licitação. O artigo 3º, que dispõe sobre esta fase inicial, que deverá ser precisa e suficientemente clara, prevê a necessidade de justificar a contratação e de definir o objeto do certame, sem especificações que obstem o princípio da competitividade, inerente à toda e qualquer licitação, (art. 3º, § 1º, I da Lei 8.666/94).

São ainda necessárias as seguintes previsões normativas: as exigências para a habilitação, os critérios para aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas constantes do futuro contrato, constando até mesmo a fixação de prazos para o cumprimento do contrato.

De inovador e peculiar ao pregão, tem-se a disposição do inciso IV, do artigo 3º, em que se estabelece que a autoridade competente designará entre os servidores do órgão realizador da licitação o pregoeiro, aquele que terá a atribuição de receber propostas e lances, bem como o encargo de examinar a sua aceitabilidade, ou a exequibilidade, assim como será responsável pela habilitação e pela adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

Muito embora a medida provisória nada disponha nesse sentido, podendo o regulamento ulterior esclarecer esse ponto, não se imagina que a designação do pregoeiro implicará alguma vantagem pecuniária a ele, já que inexistente disposição legal nesse sentido.

A fase externa, por sua vez, possui mais novidades, tais como a convocação dos interessados, ainda que em caráter facultativo por meios eletrônicos (art. 4º, I) e a adoção como caráter único de definição do vencedor do certame o licitante

que oferecer o menor preço, devendo obviamente atender às especificações técnicas e os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade dispostos no edital.

Caberá ao pregoeiro, em um exame discricionário, verificar a razoabilidade das propostas dos licitantes, devendo motivar a aceitação, ou não, das mesmas.

Os recursos previstos para essa categoria de licitação também são inovadores, prestigiando a celeridade em detrimento de um maior número de recurso e de um maior prazo para realizá-los. O inciso XVIII estabelece que "declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar-se imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos".

Diz-se que a recorribilidade ficou restringida à medida que o inciso XX do art. 4º exige que a manifestação do interesse de recorrer se dê no momento da declaração do vencedor. Ou seja, a oportunidade de recorrer fica muito limitada, não permitindo ao licitante derrotado uma reflexão sobre o real cabimento de um recurso a ser interposto.

Feitas essas ponderações, é importante ressaltar como ponto positivo comum a ambas as fases a celeridade ainda que possam ocorrer alguns prejuízos, como demonstrado, e o caráter moderno empregado ao permitir a adoção de meios eletrônicos para a realização do certame.

Elogia-se também a ruptura de certos formalismos, adotada no art. 5º, quando se vedou a garantia de proposta, a aquisição do edital pelos licitantes, como condição para participação do certame e o pagamento de taxas e de emolumentos, salvo os referentes ao fornecimento do edital que devem corresponder, no máximo, ao preço das respectivas cópias reprográficas, facilitando a participação de mais licitantes, dando mais lisura ao processo de licitação, e fomentando o princípio da competitividade, insculpido na atividade licitatória.

Outra ruptura com os formalismos é vista no inciso XIV, do artigo 4º, quando se estatui que os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já compõem o Sistema de Cadastramento Único de Fornecedores-SICAF, devendo-se, no entanto, assegurar aos demais licitantes o acesso aos dados constantes do referido sistema.

Apesar das benesses mostradas, a medida provisória em exame merece sérias restrições. Como pontos negativos, destacam-se a recorribilidade estreita, já que a oportunidade para recorrer se dá em um único momento, com um prazo exíguo para apresentar as razões do recurso.

Outra ressalva se faz no fato de se instituir esta modalidade de licitação só para a União, quando a competência para as normas gerais, como é esta medida provisória, poderia englobar todos os entes da Federação. Ressalte se, no entanto, que os Estados, face à previsão constante do parágrafo único do art. 22 da Constituição Federal de 1988, podem suplantar esta omissão presente na medida provisória.

Também não se considera adequado relegar a regulame

lamento posterior a conceituação do que vem a ser "serviços comuns", sendo esta previsão normativa vaga e inadequada, acreditando que seria cabível ao legislador esmiuçar o significado da expressão.

Igualmente infeliz considera-se o permissivo de realização deste tipo de licitação para qualquer valor.

Apesar de considerar interessante a ruptura com formalidades supérfluas, objetos e serviços cujo aporte financeiro a ser expandido seja muito vultoso, devem possuir um tratamento diferenciado, devendo o certame licitatório ser realizado somente por meio da modalidade concorrência, não importando qual o objeto da licitação.

Outra crítica a ser feita reside na ampla discricionariedade dada ao pregoeiro. Como se viu, trata-se tão somente de um funcionário escolhido pela autoridade competente, que é, usualmente, o presidente da comissão permanente de licitação.

Como também mencionado, terá o pregoeiro a atribuição de receber propostas e lances, bem como o encargo de examinar a sua aceitabilidade, ou a exequibilidade, assim como será responsável pela habilitação e pela adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor. Quais as garantias de que o pregoeiro possui condições para este exame? O que será razoável para aceitação das propostas? Não seria mais interessante o estabelecimento de um percentual, ou seja, de um critério objetivo sobre a menor proposta?

Entende-se que a medida provisória deveria ter vinculado mais as ações do pregoeiro. Ao não adotar esse expediente, ainda que exigindo motivação, deu-se margem à ocorrência de arbitrariedades.

A principal crítica decorre do fato de se tratar tal matéria por meio de medida provisória. Em primeiro lugar, pelo fato de tirar a sistematicidade do disciplinamento das licitações. Era a licitação um dos poucos institutos de direito administrativo que possuía concentração em um único diploma. A adoção de medida provisória só aumenta o emaranhado normativo que permeia o direito administrativo brasileiro.

Mais do que isso é criticável adotar um expediente que deve respeitar os requisitos constitucionais de relevância e de urgência.<sup>3</sup> A inexistência de tais requisitos é flagrante à medida que cria uma nova modalidade de licitação, que, apesar de trazer alguns benefícios, não é indispensável. Se assim fosse, como o Poder Público teria contratado até então?

O requisito da urgência também se mostra desatendido ao se ter em mente que a medida provisória sequer pode ser empregada, já que pendente de regulamentação ulterior, ainda não realizada.

Deve o Judiciário se manifestar contra tal procedimento, discutindo os requisitos constitucionais de relevância e de urgência sobretudo quando a ausência desses é flagrante, assim como ocorre na medida provisória ora em exame.

Conclui-se, nestas breves considerações que o surgimento dessa nova modalidade de licitação se mostra interessante por dinamizar a atividade licitatória do Estado, retirando formalismos, dispensáveis e por se mostrar em sintonia com evolução dos meios de comunicação, ao prever a adoção de meios eletrônicos para a realização do certame. No entanto, seus pontos negativos são diversos, conforme demonstrado.

Enfatize-se que tal modalidade licitatória ainda não pode ser empregada, na medida que carece de regulamento para tanto e que, a despeito dos benefícios que a sua adoção trará, adotou-se um veículo normativo inadequado para o trato da matéria, mais uma vez, o odioso expediente da medida provisória.

serviços, (art. 1, § 2º) o art. 1, § 1º menciona que serão considerados bens e serviços comuns "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado."

<sup>2</sup> Conforme reportagem na Gazeta Mercantil de 15.5.2000.

<sup>3</sup> Um dos raros exemplos é visto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1753 - Medida Cautelar. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 16.4.1998, publicado no DJ, 1ª seção em 12.6.1998.