

TOLEDO PRUDENTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO

CURSO DE DIREITO

**PREGÃO PRESENCIAL – A ATA DA SESSÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO
DE FLEXIBILIZAÇÃO DA EXIGIBILIDADE DE DECLARAÇÃO ESCRITA PARA
HABILITAÇÃO E FISCALIZAÇÃO ESTATAL**

Érica Possebon Testa

Presidente Prudente/SP

2019

TOLEDO PRUDENTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO

CURSO DE DIREITO

**PREGÃO PRESENCIAL – A ATA DA SESSÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO
DE FLEXIBILIZAÇÃO DA EXIGIBILIDADE DE DECLARAÇÃO ESCRITA PARA
HABILITAÇÃO E FISCALIZAÇÃO ESTATAL**

Érica Possebon Testa

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Gabriel Lino de Paula Pires.

Presidente Prudente/SP

2019

**PREGÃO PRESENCIAL – A ATA DA SESSÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO
DE FLEXIBILIZAÇÃO DA EXIGIBILIDADE DE DECLARAÇÃO ESCRITA PARA
HABILITAÇÃO E FISCALIZAÇÃO ESTATAL**

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Gabriel Lino de Paula Pires

Ana Laura Teixeira Martelli Theodoro

Paulo Henrique Adomaitis

Presidente Prudente, 25 de novembro de 2019.

Dedico este trabalho aos meus pais, à toda minha família e amigos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço à Deus pela vida e por tudo que me proporcionou; aos meus pais por sempre me apoiarem; aos meus irmãos; ao querido Gerson Ferreira dos Santos pelos ensinamentos e incentivos ao estudo do Direito Administrativo; ao Dr. Edson Borges Júnior e a Dra. Deborah Ciocci por contribuírem com a realização e concretização desse sonho e aos amigos que estiveram ao meu lado.

RESUMO

O presente trabalho aborda sucintamente o contexto histórico da licitação pública, em especial da modalidade de licitação pregão. Posteriormente tece sobre o conceito, os aspectos gerais da Administração Pública e os princípios que a sustentam, dentre eles o princípio da legalidade, princípio da publicidade, princípio da eficiência, princípio da impessoalidade e princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, temas essenciais para melhor compreensão do objeto principal. Não obstante, também disserta sobre o conceito, finalidades, princípios da licitação pública e as modalidades previstas na Lei nº 8.666/93. Após, adentra ao tema principal e trata da modalidade de licitação pregão prevista pela Lei nº 10.520/02, expondo sobre a flexibilização da exigência de declaração escrita em envelope lacrado para habilitação do licitante que apresenta a melhor proposta durante o certame, podendo esta ser realizada oralmente e reduzida a termo na ata de sessão pública se, porventura, esquecer o participante de apresentá-la no ato. Isto porque, na maior parte das vezes o pregoeiro, ao se resguardar com a legalidade, haja vista que na Administração Pública e, conseqüentemente, na licitação só se pode fazer aquilo que a lei autoriza, o interessado, ao não apresentar a declaração escrita, acaba por ser inabilitado. Por fim, aborda sobre eventual possibilidade de inexistência de fiscalização estatal sobre a veracidade dos documentos apresentados pelo licitante, vez que a fiscalização recai sobre o procedimento, a conduta dos servidores e a execução do contrato. Finaliza o presente trabalho com breve relato sobre o projeto da nova lei de licitações e contratos (Lei nº 1.292 de 1995).

Palavras-chave: Direito Administrativo. Administração Pública. Licitação Pública. Pregão Presencial. Declaração. Habilitação. Lei Nº 8.666/93. Lei Nº 10.520/02.

ABSTRACT

The study aims to briefly approach the historical context of public bidding, especially the auction mode. Subsequently, it discusses the concept and the general aspects of public administration and the principles that it follows, among them the principle of legality, publicity, efficiency, impersonality and the principle of public interest supremacy over the particular, essential themes for a better understanding of the main object discussed here. Yet, it also discusses the concept, purposes, and the principle of the public bidding and its modalities following the Law number 8.666/93. Afterwards, it enters the main theme and debates all the modalities of the auction mode provided by Law number 10.520/02, exposing the flexibility of the requirement of written declaration in a sealed envelope to enable the bidder that presents the best proposal during the event, which may be done orally and shall be reduced to term in the minutes of the public session if, perhaps, the participant forgets to present them in the act. This is because, most of the time, the auctioneer, when safeguarding the legality that Public administration demands, as in bidding one can only do what the law authorizes, the interested, by not presenting the written statement, turns out to be disabled. Finally, it discusses the possibility of non-existence of a supervision on the veracity of the documents presented by the bidder, since the supervision is about the procedure, the conduct of the servants and the execution of the contract. The study ends with a brief analysis of the new project about a new law of bidding and contracts. (Law N°. 1.292 of 1995).

Keywords: Administrative Law. Public Administration. Public Bidding. Face Trading. Declaration. Habilitation. Law N° 8.666/93. Law N° 10.520/02.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CONTEXTO HISTÓRICO	11
3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	17
3.1 Conceito e Aspectos Gerais	17
3.1.1 Administração Pública em sentido objetivo	18
3.1.2 Administração Pública em sentido subjetivo	22
3.2 Princípios	24
3.2.1 Princípio da legalidade	24
3.2.2 Princípio da publicidade	25
3.2.3 Princípio da eficiência	26
3.2.4 Princípio da impessoalidade	27
3.2.5 Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular	28
4. LICITAÇÃO PÚBLICA	30
4.1 Conceito, Fundamentos e Finalidade	30
4.2 Características	32
4.3 Princípios	33
4.3.1 Princípio da legalidade	33
4.3.2 Princípio da isonomia	33
4.3.3 Princípio da publicidade	35
4.3.4 Princípio da competitividade	35
4.3.5 Princípio da vinculação ao instrumento (ato) de convocação	36
4.3.6 Princípio do julgamento objetivo	37
4.3.7 Princípio da adjudicação compulsória ao vencedor	38
4.3.8 Princípio da probidade administrativa	39
4.4 Tipos de Licitação	39
4.5 Modalidades de Licitação Pública Previstas na Lei N° 8.666 de 1993	42
4.5.1 Concorrência	43
4.5.2 Tomada de preços	45
4.5.3 Convite	46
4.5.4 Concurso	48
4.5.5 Leilão	49
5 PREGÃO	51
5.1 Conceito, Finalidade e Objeto	52
5.2 Espécies	55
5.2.1 Pregão presencial e pregão eletrônico	55
5.3 Fases do Pregão	57
5.3.1 Fase interna	58
5.3.2 Fase externa	60
6 A ATA DE SESSÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIZAÇÃO DA EXIGIBILIDADE DE DECLARAÇÃO ESCRITA PARA HABILITAÇÃO EM PREGÃO PRESENCIAL	64
7 FISCALIZAÇÃO ESTATAL	71

8 PROJETO DE LEI Nº 1.292/1995 – A NOVA LEI DE LICITAÇÕES	72
9 CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS	76

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública, por meio de seus agentes, visa atender os interesses da coletividade e, em grande parte das vezes, se faz necessária a celebração de contratos para aquisição de bens, contratação de serviços e alienações, dentre outras hipóteses previstas em lei.

Diante dessa necessidade o constituinte estabeleceu na Constituição Federal¹ no artigo 37, inciso XXI, que tais celebrações se darão por meio de processo de licitação pública, ressalvados os casos especificados na legislação, sendo a principal regulamentação a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993².

A lei supramencionada prevê cinco modalidades de licitação, quais sejam a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão.

Não obstante ao que prevê a referida lei, com o advento da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002³, outra modalidade de licitação passou a ser legalmente prevista, a qual denominou pregão.

O pregão representou grande avanço nas contratações, já que seu sistema permite maior celeridade, competitividade e não há limitação de valor, como é verificado nas demais modalidades previstas na Lei de Licitações e Contratos.

Assim, o presente trabalho sistematizou o procedimento da modalidade de licitação pregão e apresentou crítica quanto a uma etapa, qual seja, a fase externa, em especial no tocante a exigência de declaração escrita em envelope lacrado para habilitação dos licitantes que apresentaram a melhor proposta na fase anterior.

Apresentou, ainda, estudo sobre a possibilidade de flexibilização dessa exigência, no sentido oportunizar ao participante de declarar sua situação de forma oral e de reduzir-se a termo na ata de sessão pública pelo pregoeiro, vez que tal

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso: em 14 out. 2019.

² BRASIL. República Federativa do. **Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Brasília, DF:____, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm Acesso: em 14 out. 2019.

³ BRASIL. **Lei Nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Brasília:____, 2.002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso: em 13 jul. 2019.

situação não fere os princípios que norteiam a licitação e a Administração Pública. Pelo contrário, beneficia toda a Administração, já que permite a habilitação daquele que apresentou a melhor proposta.

Ocorre que a jurisprudência e a doutrina muito pouco debatem sobre o assunto e não há um posicionamento uniforme, pairando dúvidas e insegurança jurídica sobre o responsável pelo certame, já que a Lei de Licitações Públicas, de aplicação subsidiária a Lei do Pregão, exige que os documentos estejam em envelope lacrado, inclusive as declarações.

Antes de adentrar ao tema principal, abordou-se o contexto histórico deste sistema, estabeleceu o conceito de Administração Pública, os aspectos gerais e os princípios que a sustentam. E, nesta mesma linha, teceu-se sobre a licitação pública, mencionado sua finalidade, características, princípios e as modalidades de licitação previstas na Lei 8.666/93.

Todos os pontos foram essenciais para a compreensão do objeto do presente trabalho.

Findou-se com a demonstração de necessidade de fiscalização estatal sobre os documentos apresentados no certame, não sendo necessária apenas a fiscalização sobre o procedimento e a execução do contrato, e, sucintamente, abordou sobre o novo projeto de lei de licitações nº 1.292/95.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

Antes de adentrar ao tema principal do presente trabalho, necessário se faz compreender o contexto histórico e o surgimento do instituto da licitação, em especial da modalidade pregão.

Os primeiros traços da licitação pública surgiram no direito romano, haja vista que a aquisição de bens, a contratação de serviços e as vendas realizadas pelo Estado se davam através de hasta pública e vencia aquele que apresentava a melhor oferta.

José Pedro López-Elías (1999, p.51-52) explica que:

[...] Desde las primeras épocas los bienes adquiridos por el Estado, ya sea por conquista (el botín de guerra), ya en virtud de la condenación criminal de un ciudadano, ya en fin por el derecho de herencia, se vendían públicamente, a los mejores ofertantes. A este tipo de ventas se les conocía como *Bonorum sectio o venditio*. Llevaba también el nombre de *subhastatio*, de la lanza (hasta), símbolo de la propiedad de los quírites. En el lugar donde iba a verificarse la venta, se plantaba una *hasta*, arma guerrera y a la vez insignia real. De ahí deriva el término de *subasta* con que, en muchos países de lengua castellana se designa al procedimiento de la licitación. Más tarde se generalizó el régimen de la venta en *asta pública*, debiendo verificarse en esas condiciones todas las ventas de bienes fiscales. Así lo establecía el Código de Justiniano, en su capítulo "*De subhastatione ob publice rationis necessitatem*". También se aplicó el procedimiento de la licitación en la contratación de las obras públicas. Y puede afirmarse que tanto en el derecho romano como en los demás sistemas, han sido las obras públicas las que han contribuido a generalizar este instituto de garantías de los intereses del Estado. Era el *ensor* la autoridad legalmente encargada de las adjudicaciones de obras públicas. La adjudicación se marcaba por tres instituciones esenciales: la fórmula del contrato (*lex censoria*), la subasta pública (*licitatio*), garantía personal y real (*praedes, praedia*).⁴

⁴ [...] Desde os primeiros tempos, os bens adquiridos pelo Estado, quer por conquista (os despojos da guerra), quer em virtude da condenação penal de um cidadão, ou finalmente pelo direito de herança, eram vendidos publicamente aos melhores licitantes. Estes tipos de vendas eram conhecidos como *Bonorum sectio* ou *venditio*. Também denominado como *subhastatio*, da lança (hasta), símbolo da propriedade dos quíritas. No local onde a venda se verificava foi plantada uma arma guerreira e ao mesmo tempo insignia real. De lá deriva o termo de leilão com o qual, em muitos países de língua castelhana é designado para o procedimento de licitação.

Posteriormente, generalizou-se o regime de venda em participações públicas, e todas as vendas de bens fiscais tiveram de ser verificadas nestas condições. Isto foi estabelecido no Código de Justiniano, em seu capítulo "*De subhastatione ob publice rationis necessitatem*".

O procedimento de licitação foi igualmente aplicado aos contratos públicos de obras públicas. E pode-se dizer que no direito romano, como em outros sistemas, foram as obras públicas que contribuíram para generalizar este instituto de garantias dos interesses do Estado.

Era o censor que era a autoridade legalmente responsável pela adjudicação das obras públicas. A adjudicação foi marcada por três instituições essenciais: a fórmula contratual (*lex censoria*), o leilão público (*licitatio*), a garantia pessoal e real (*praedes, praedia*). **(Tradução nossa)**.

Observa-se que naquela época a celebração de contratos realizados pelo Estado era regulamentada pelo Código de Justiniano, sendo justamente as obras públicas que contribuíram para que a licitação se tornasse o meio adequado, garantindo melhores preços para a Administração Pública e a tutela de interesses.

A licitação já era concebida como um meio de disputa entre os participantes (licitantes), sendo o vencedor aquele que apresentava a melhor proposta e atendia os interesses do governo. Essa disputa, como já mencionado, ocorria de forma pública e aberta a todos os interessados.

Já na idade média, na Europa Medieval, havia um sistema denominado “vela e prego”. Esse sistema consistia em apregoar uma obra ou determinado bem e/ou serviço que o Estado demonstrava interesse. Os licitantes faziam seus lances enquanto se queimava uma vela e o procedimento se encerrava quando a chama se apagava, vencendo aquele que havia ofertado o menor preço ao Estado.

[...] Nestes casos o Estado distribuía avisos informativos, marcando local, data e horário para que todos interessados (particulares) comparecerem a fim de atender as necessidades descritas. O processo era regido por regras estabelecidas pelo sistema “Vela e Pregão”, o procedimento iniciava através do instrumento convocatório (aviso), no local, data e horário previsto, reuniam-se: um representante do Estado e demais interessados; [...]

[...] Nesta época prevalecia o padrão de administração pública patrimonialista, que tinha como principal característica a figura do monarca que concentrava as decisões político administrativo. O foco da gestão estava no benefício econômico-social do clero e da nobreza, fato este que facilitou os atos de corrupção, empreguismo e nepotismo (RIBEIRO, 2.011, p.01).⁵

Mesmo havendo grandes indícios que a Administração Pública patrimonialista daquela época se beneficiava deste meio para prática de corrupção, o mais interessante é que havia um procedimento a ser seguido e respeitado.

Ribeiro (2011, p. 01) descreve que:

Em meados do século XIX – época do Estado Liberal, surge a Administração Pública Burocrática que visa proteger o Estado da corrupção, do empreguismo e do nepotismo. Caracteriza-se pela centralização das

⁵ RIBEIRO, G. L. V. **A evolução da licitação**. Universidade Federal de Santa Catarina: eGov, 2.011. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/evolu%C3%A7%C3%A3o-da-licita%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 21 fev.2019.

decisões, pela hierarquia funcional, pelo profissionalismo, pelo formalismo (legalidade) e pelo controle passo a passo dos processos administrativos, controle sempre a priori, objetivando, acima de tudo, a substituir a Administração Patriarcal. Junto a este novo modelo administrativo, a licitação aperfeiçoou as regras para realização do certame em conformidade às novas exigências.

Com o tempo, verificou-se que administração Burocrática engessava o processo administrativo, com vários procedimentos para que se evitassem o ato corruptível.

Estes procedimentos emperravam a máquina administrativa, tendo como porta inicial deste engessamento à licitação pública cheia de vícios, brechas legais e má qualificação dos entes públicos, que contribuíam na ingerência da máquina pública.

Em meio a este problema surgiu a Administração gerencial, aquela vinculada a uma melhor gestão dos gastos públicos e com ela a licitação pública está caminhando para uma melhora efetiva.

É notório que conforme o Estado foi sofrendo modificações em seu modo de governo foi necessária a mudança no procedimento licitatório para que não fosse utilizado como instrumento de corrupção e fraudes afins, o que acabou gerando excessiva burocratização.

No Brasil, a licitação surge no século XIX com o advento do Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, que estabelecia regras para as contratações de serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Posteriormente, diversas leis foram editadas a fim de ajustar e regulamentar o procedimento licitatório.

No ano de 1922, consolidou-se no âmbito federal, através do Decreto nº 4.536 de 28 de janeiro o Código de Contabilidade da União, que provocou mudanças significativas no processo de licitação. Por exemplo, regras foram estabelecidas para empenho das despesas públicas, que deveriam ser realizados por meio de concorrência pública, conforme estabeleciam os artigos 49 e 50, como se verifica:

Art. 49. Ao empenho da despesa deverá preceder contracto, mediante concurrencia publica:

- a) para fornecimentos, embora parcellados, custeados por credito superiores a 5:000\$000;
- b) para execução de quaesquer obras publicas de valor superior a 10:000\$000.

Art. 50. A concurrencia publica far-se-á por meio de publicação no Diario Official, ou nos jornaes officiaes dos Estados, das condições a serem

estipuladas e com a indicação das autoridades encarregadas da adjudicação, do dia, hora e lugar desta.⁶

Posteriormente o decreto supramencionado foi sistematizado pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que estabeleceu a reforma administrativa no âmbito federal, estendendo-se à administração estadual e municipal com o advento da Lei nº 5.545, de 20 de junho de 1968.

Ocorre que, apesar de todas essas edições na legislação brasileira, ainda haviam lacunas na lei. Por essa razão, foi necessária a criação do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1.986 e a sua atualização pelos Decretos-Lei nº 2.348 e 2.360 de 1987, que deram origem ao Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos, reunindo normas gerais e específicas relacionadas à matéria de licitação.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 a licitação recebeu previsão constitucional e passou a ser de observância obrigatória pela Administração Pública.

Transcreve-se:

Art. 37. 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 e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - 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. (grifo nosso)⁷

⁶ BRASIL, Estados unidos do. **Decreto Nº 4.536, de 28 de janeiro de 1.922**. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1.922. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4536-28-janeiro-1922-567786-publicacaooriginal-91144-pl.html>. Acesso: em 21 fev.2019.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso: em 21 fev. 2019.

O Constituinte também estabeleceu que compete a União legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, conforme pode ser visto no artigo 22, inciso XXVII, da Magna Carta:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Por esse motivo, em 21 de junho de 1993 a União editou e promulgou a Lei nº 8.666, a fim de regulamentar o instituto da licitação.

Para Geraldo Luiz Vieira Ribeiro (2.011, p. 02):

A promulgação da Lei nº 8666/93, foi um marco na aplicação do processo licitatório em nosso País, no entanto as diversas modalidades instituídas por esta lei (concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão), sofriam resquícios da administração burocrática, engessando o processo através dos prazos, análise documental previa de todo licitante, recursos (...); enfim a administração estava perdendo agilidade processual.

Em meio a este problema buscou a dinâmica necessária num processo licitatório medieval, a “vela pregão”, capturando sua essência na agilidade processual, aplicando uma nova roupagem legal, que em 4 de maio de 2000, através da Medida Provisória nº 2.026, fora instituída a nova modalidade licitatória o Pregão.

A Medida Provisória nº 2.026/2000, fora transformada na Medida Provisória nº. 2.182, reeditada sucessivamente por 18 vezes. Inicialmente o Pregão era instituído apenas no âmbito da União. Através da promulgação da Lei Federal nº 10.520/02, estendeu a aplicação do Pregão modalidade também aos Estados e Municípios. (grifo nosso).

Após a promulgação da Lei nº 8.666/93 foi necessária a publicação de medidas provisórias e até mesmo a Lei do Pregão, Lei nº 10.520/02, com o objetivo de conferir ao procedimento licitatório maior agilidade, já que a lei de licitações e contratos da Administração Pública descreve um procedimento com regras rígidas, observando-se grande avanço na desburocratização das licitações públicas.

Importante salientar que em 18 de junho de 2018, publicou-se o Decreto nº 9.412, atualizando os valores das modalidades de licitação, causando grande discussão quanto a sua aplicabilidade, vez que não houve alteração direta por lei propriamente dita.

Não obstante, atualmente, encontra-se em votação o Projeto de Lei Nº 1.292/95 que tem por objeto a instituição de uma nova Lei de Licitações, com características mais amplas, que serão analisadas pormenorizadamente em tópico próprio.

Conclui-se, resumidamente, que desde os séculos passados a licitação é utilizada como meio de aquisição de bens e contratação de serviços pelo Estado, sendo que, com o decorrer do tempo, houveram diversas criações legais a fim de alterar e adequar o procedimento brasileiro aos interesses da Administração, mas de maneira que os interesses pessoais do administrador ou dos servidores não influenciem neste sistema, ou seja, evitando-se que seja utilizado como meio para fraudes, irregularidades ou ilegalidades.

3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Necessário também se faz abordar, de forma singela, o conceito, aspectos gerais e os princípios da Administração Pública.

3.1 Conceito e Aspectos Gerais

O direito administrativo é um conjunto de normas jurídicas pertencentes ao direito público, que visam disciplinar a Administração Pública e a função administrativa desenvolvida pelo Estado.

Dirley da Cunha Júnior (2012, p.22) explica que o direito administrativo é:

[...] um ramo do Direito Público que consiste num conjunto articulado e harmônico de normas jurídicas (normas-princípios e normas-regras) que atuam na disciplina da Administração Pública, de seus órgãos e entidades, de seu pessoal, serviços e bens, regulando uma das funções desenvolvidas pelo Estado: a função administrativa. Tem por objeto específico, portanto, a Administração Pública e o desempenho das funções administrativas. (grifo nosso)

Denota-se que a Administração Pública é objeto do direito administrativo, assim como o desempenho das funções administrativas.

Assim, sinteticamente, pode-se conceituar a Administração Pública, como um conjunto de órgãos, pessoas e serviços que visam atender os objetivos do governo e satisfazer as necessidades coletivas.

Marçal Justen Filho (2012, p.225) explica que “utiliza-se, geralmente, a expressão *Administração Pública* para fazer referência ao conjunto de entes e organizações titulares da função administrativa”.

Ou seja, refere-se aos órgãos, pessoas jurídicas, agentes públicos e as atividades desenvolvidas ligadas a função administrativa.

Importante destacar, também, que essa expressão é concebida pela doutrina em dois sentidos: a) sentido objetivo, material ou funcional; b) sentido subjetivo, formal ou orgânico.

3.1.1 Administração Pública em sentido objetivo

A Administração Pública em sentido objetivo se refere às atividades desenvolvidas pelos órgãos, agentes públicos e pessoas jurídicas, a fim de atender os interesses coletivos. É a própria função administrativa.

De acordo com Di Pietro (2013, p.55), a Administração Pública em sentido objetivo abrange o fomento, a polícia administrativa e o serviço público. Menciona, ainda, que alguns autores trazem a intervenção como quarta modalidade e outros a classificam como espécie de fomento e, ainda, que há quem inclua a regulação como outro tipo de função administrativa.

O fomento é uma atividade administrativa que consiste em estimular a iniciativa privada de utilidade pública.

Nesse sentido, Fernando Andrade de Oliveira (RDA 120/14 apud DI PIETRO, 2013, p.56) expõe como atividade de fomento:

- a) *auxílios financeiros* ou **subvenções**, por conta dos orçamentos públicos;
- b) **financiamento**, *sob condições especiais*, para a construção de hotéis e outras obras ligadas ao desenvolvimento do turismo, para organização e o funcionamento de indústrias relacionadas com a construção civil, e que tenham por fim a produção em larga escala de materiais aplicáveis na edificação de residências populares, concorrendo para o seu barateamento;
- c) **favores fiscais** que estimulem atividades consideradas particularmente benéficas ao progresso material do país;
- d) **desapropriações** *que favoreçam* entidades privadas sem fins lucrativos, que realizem atividades úteis à coletividade, como os clubes desportivos e as instituições beneficentes. (grifos do autor).

Salienta-se que as atividades acima descritas possuem o mesmo objetivo, qual seja incentivar o setor privado.

A polícia administrativa, por sua vez, desenvolve atividades que tem por finalidade manter a ordem pública, ou seja, visa garantir a eficácia da norma brasileira para que direitos individuais e sociais não sejam violados. Justamente por isso é também conhecida como polícia preventiva.

Importante mencionar, ainda, que o sistema brasileiro também é composto pela polícia judiciária - também denominada de polícia repressiva – que possui a função de ativar a persecução penal, ou seja, a polícia judiciária age após a ocorrência do crime com o objetivo de apurar as infrações penais, civis e militares e punir aquele que comete o ato tido como ilícito. É repressiva porque busca punir.

Diante das considerações, voltando-se à classificação, Di Pietro (2013, p.56) explica que:

A **polícia administrativa** compreende toda a atividade de execução das chamadas **limitações administrativas**, que são restrições impostas por lei ao exercício de direitos individuais em benefício do interesse coletivo. Compreende medidas de polícia, como ordens, notificações, licenças, autorizações, fiscalizações e sanções. (grifos do autor).

Neste sentido Hely Lopes Meirelles (2002, p.127) menciona que:

Modernamente se tem distinguido a *polícia administrativa geral* da *polícia administrativa especial*, sendo aquela a que cuida genericamente da segurança, da salubridade e da moralidade públicas, e esta de setores específicos da atividade humana que afetem bens de interesse coletivo, tais como a construção, a indústria de alimentos, o comércio de medicamentos, o uso de águas, a exploração das florestas e das minas, para os quais há restrições próprias e regime jurídico peculiar.

Com tais lições, conclui-se que a polícia administrativa executa atos com o objetivo de zelar pela ordem pública e pelo interesse coletivo, pautando-se na lei.

No tocante ao serviço público, Di Pietro (2013, p.56) ensina:

Serviço público é toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominante público. Abrange atividades que, por sua essencialidade ou relevância para a coletividade, foram assumidas pelo Estado, com ou sem exclusividade. (grifo do autor).

Observa-se que o serviço público busca satisfazer as necessidades da coletividade em geral e é prestado diretamente pela própria Administração Pública ou indiretamente, através de concessionários ou permissionárias, o que ocorrerá por meio de licitação, conforme estabelece o artigo 175 da Constituição Federal.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Para melhor esclarecimento, são exemplos de serviço público os descritos nos incisos X, XI, XII, XV e dentre outros do artigo 21 da Magna Carta.

Art. 21. Compete à União:

[...]

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

[...]

XV - organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional;

Aliás, o legislador, por meio da Lei nº 7.783/89, mais conhecida como “Lei de Greve”, estabeleceu no artigo 10 quais são os serviços essenciais:

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II - assistência médica e hospitalar;
III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
IV - funerários;
V - transporte coletivo;
VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;
VII - telecomunicações;
VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;
X - controle de tráfego aéreo e navegação aérea; e
XI compensação bancária.⁸

Importante mencionar que não incumbe apenas à União a prestação de serviço público, mas também aos Estados, Distrito e Municípios.

A atividade do Estado de regulamentar e fiscalizar a atividade econômica, mais conhecida como intervenção estatal, pode se dar de forma direta e indireta.

A intervenção direta se trata de atividade privada, uma vez que o Estado intervém na economia por intermédio de pessoas jurídicas de direito privado constituídas para essa finalidade, como empresas públicas e sociedades de economia mista em regime de monopólio, nos casos previstos no artigo 177 da Constituição Federal ou em regime de competição com o particular para a segurança nacional ou em caso de relevante interesse coletivo, conforme estabelece o artigo 173 da Carta Magna.

Essa atividade de intervenção não é assumida pelo Estado como atividade pública, ou seja, como função da Administração Pública, porque o Estado deixa a esfera da Administração Pública para atuar em âmbito reservado à iniciativa privada.

Insta salientar que essa atividade exercida pelo Estado está sujeita às normas de direito privado de acordo com o artigo 173, parágrafo 1º, inciso II da Constituição Federal.

Já no que se refere a intervenção indireta, explica-se que são atos do Estado de fiscalizar, planejar e incentivar a iniciativa privada conforme estabelece o artigo 174 da Constituição Federal.

⁸ BRASIL. República Federativa do. **Lei Nº 7.783, de 28 de junho de 1989**. Brasília, DF: _____, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7783.htm. Acesso: em 08 mar. 2019.

Quanto a regulação, entende-se que é uma função atípica da Administração Pública, vez que envolve o poder normativo por parte desta, polícia, fomento e de intervenção. E todas essas atribuições se concentram em um mesmo ente, as agências reguladoras, conforme os ensinamentos de Di Pietro (2013, p.57).

Di Pietro (2013, p.57), traça como características da Administração Pública em sentido objetivo:

1. é uma atividade **concreta**, no sentido de que põe em execução a vontade do Estado contida na lei;
2. a sua finalidade é a **satisfação direta e imediata** dos fins do Estado;
3. o seu regime jurídico é predominantemente de direito público, embora possa também submeter-se a regime de direito privado, parcialmente derogado por normas de direito público. (grifos do autor)

Portanto, entende-se como Administração Pública em sentido objetivo, material ou funcional a própria função administrativa desenvolvida pelo Estado a fim de atender os interesses coletivos, executando a vontade do Estado contida na lei e prezando pelo bem comum.

3.1.2 Administração Pública em sentido subjetivo

Quanto a Administração Pública em sentido subjetivo se refere aos sujeitos, ou melhor, aos órgãos que realizam as atividades pertinentes à Administração Pública, compreendendo os órgãos da Administração Pública Direta e Indireta nos casos em que a Lei determina.

Entende-se como Administração Pública Direta o conjunto de órgãos das pessoas jurídicas política, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios que possuem como atividade típica o exercício da função administrativa.

Já a Administração Pública Indireta é formada por pessoas jurídicas distintas do Estado e também possuem como função típica a atividade da Administração Pública.

Os entes que a compõem são criados pelo Estado e estão vinculados a ele no sentido de serem supervisionados, como no caso da União que realiza supervisão ministerial.

O Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1.967, em seu artigo 4º, inciso II, estabelece as entidades que compõe este tipo de Administração dotados de personalidade jurídica própria:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

[...]

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas.⁹

Di Pietro (2012, p.482) menciona que ainda fazem parte da Administração Pública Indireta os consórcios públicos, criados pela Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2.005, e que as empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos deveriam ser inseridas neste rol.

Assim, pode-se concluir, sucintamente, como já mencionado, que a Administração Pública é um conjunto de entes, formados pela Administração Pública Direta e Indireta (sentido subjetivo) que desenvolvem a função administrativa (sentido objetivo) com a finalidade de representar e zelar pelos interesses da coletividade, além de possuir direitos e deveres que não se estendem ao povo, mas em benefício deste.

Cabe ressaltar, por fim, que a Administração Pública é funcional, por emanar várias funções, e concreta, por possuir previsão constitucional.

⁹ BRASIL. República Federativa do. **Decreto-Lei Nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Brasília, DF:____, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso: em 31 mar. 2019.

3.2 PRINCÍPIOS

Conforme já mencionado sucintamente a Administração Pública além de ser regida pelas normas positivadas é também orientada por princípios, que podem se apresentar de forma explícita, através de leis, ou de forma implícita, que auxiliam, também, na interpretação da norma jurídica.

Júnior (2012, p. 35) exemplifica que os princípios jurídicos são:

[...] normas jurídicas fundamentais de um sistema jurídico, dotadas de intensa carga valorativa, e por isso mesmo superiores a todas as outras, que se espraiam, explícita ou implicitamente, por todo o sistema, dando-lhe o fundamento e uma ordenação lógica, coerente e harmoniosa. Em razão de sua força normativa e da elevada carga axiológica, os princípios determinam o conteúdo das demais normas e condicionam a compreensão e aplicação destas à efetivação dos valores que elas consagram. São, em síntese apertada, as fundações normativas vinculantes de um dado sistema jurídico.

Extraí-se, com isso, que os princípios formam a base, bem como orientam todo o ordenamento jurídico brasileiro afim de consagrar direitos e atender o interesse da coletividade.

Alguns deles se destacam em razão de sua importância e aplicabilidade, qual se passa a descrever.

3.2.1 Princípio da Legalidade

Por este princípio a Administração Pública só pode praticar atos quando autorizados por lei, não havendo a integral autonomia de vontade, como existente nas relações privadas.

Por essa razão, os atos praticados pela Administração devem estar de acordo com o que estabelece a Lei, sob pena de serem nulos, anuláveis e/ou sem eficácia jurídica.

O artigo 37, *caput*, da Constituição Federal estabelece de forma explícita que a Administração Pública obedecerá ao Princípio da Legalidade, tratando-se de

um mandamento constitucional, ou seja, é uma ordem de observância obrigatória estabelecida pelo constituinte.

Importante mencionar que o princípio da legalidade possui previsão constitucional no artigo 5º, inciso II, da Magna Carta ao preceituar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e em decorrência deste dispositivo a Administração Pública está subordinada e vinculada aos ditames da lei.

Pode-se concluir que a Administração Pública só pode praticar atos ou deixar de praticá-los quando determina a Lei, diferente das relações particulares que rege o Princípio da Autonomia de Vontade, o qual permite fazer tudo o que a lei não proíbe.

3.2.2 Princípio da Publicidade

Sob a luz deste princípio, a Administração Pública deve expor seus atos de forma transparente e visível aos olhos daqueles que exercem poder, ou seja, aos administrados, para que tenham conhecimento de tais atos, principalmente quando atinge particular.

O artigo 5º da Constituição Federal, inciso XXXIII emana que:

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Observa-se que o direito de informação se trata de um direito fundamental e, em eventual violação, por certo, a Administração Pública será responsabilizada.

Não obstante, o artigo 37, *caput* da Magna Carta menciona que a Administração Pública obedecerá ao princípio supramencionado, se tratando de uma obrigação e não de uma faculdade.

Destaca-se que o próprio dispositivo que garante ao cidadão o direito de informação e ao controle dos atos da Administração lhe concede exceção, devendo o Estado manter sigilo quando for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Importante mencionar que no ano de 2012 entrou em vigor a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regulamenta o acesso à informação previsto no artigo 5º, inciso XXXIII e artigo 37, ambos da Constituição Federal.

Dispõe a Lei, em seu artigo 5º, que “é dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão.”

Assim, conclui-se que o Estado deve fornecer as informações de interesse particular, coletivo ou geral de forma célere, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão através de órgãos oficiais ou até mesmo pela internet afim de expor seus atos para aqueles que possuem poder, o povo (artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal), para que possam obter conhecimento dos atos praticados, bem como fiscalizá-los.

3.2.3 Princípio da Eficiência

Outro princípio de grande importância para a Administração Pública se refere ao Princípio da Eficiência.

Pensar neste princípio não é trazer à tona a ideia da eficiência em sentido próprio, como mera capacidade de efetivação das funções administrativas e da prestação dos serviços públicos, mas sim no exercício de suas atividades com presteza, perfeição e rendimento, como extraído no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Júnior (2012, p.46) ensina que:

[...] A atividade administrativa deve ser desempenhada de forma *rápida*, para atingir os seus propósitos com celeridade e dinâmica, de modo a afastar qualquer ideia de burocracia.

Deve ser, outrossim, *perfeita*, no sentido de satisfatória e completa. Uma Administração morosa e deficiente se compromete perante o administrado com o dever de indenização pelos danos causados e decorrentes da falta de rapidez e perfeição. [...]

Ademais, é preciso ser *rentável*, pois ela deve atuar da forma menos onerosa possível, porém com a máxima produtividade, para alcançar resultados ótimos. (grifos do autor).

Observa-se com isso que a Administração Pública deve exercer a função administrativa através de meios adequados e menos onerosos, afim de tutelar os interesses da coletividade, assim como o bem comum de forma perfeita.

A doutrina costuma dizer que este princípio é composto pela eficiência e eficácia, uma vez que se deve valer dos meios necessários (eficiência) para obter o resultado com sucesso (eficácia).

3.2.4 Princípio da Impessoalidade

Por este Princípio a Administração Pública deve exercer a função administrativa com a finalidade de atender os interesses da coletividade e não daqueles que a exercem. Por isso é também conhecido na doutrina como Princípio da Finalidade.

Júnior (2012, p.40) leciona que:

O princípio da impessoalidade exige que a atividade administrativa seja exercida de modo a atender a todos os administrados, ou seja, a coletividade, e não a certos membros em detrimento de outros, devendo apresentar-se, portanto, de forma impessoal. Em razão deste princípio, a Administração deve manter-se numa posição de neutralidade em relação aos administrados, não podendo discriminá-los, salvo quando assim justificar o interesse coletivo, sob pena de cometimento de abuso de poder e desvio de finalidade.

Neste mesmo sentido dispõe Meirelles (2002, p.90) que:

[...] a *finalidade* terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o *interesse público*.

[...] Pode, entretanto, o interesse público coincidir com o de particulares, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos, casos em que é lícito conjugar a pretensão do particular com o interesse coletivo.

O que o *princípio da finalidade* veda é a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de *desvio de finalidade*. (grifos do autor).

Assim, a Administração Pública deve exercer seus atos sempre observando o bem comum e não os interesses particulares.

Salienta-se que este princípio tem previsão constitucional no artigo 37, *caput* da Magna Carta e no artigo 2º, *caput* da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1.999.

3.2.5 Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular

Rege-se que os interesses da coletividade prevalecem sobre o do particular sempre que objetivar o bem comum e quando os direitos estiverem em conflitos.

Segundo Júnior (2012, p.37):

Este princípio exalta a superioridade do interesse da coletividade, estabelecendo a prevalência do interesse público sobre o interesse do particular, como condição indispensável de assegurar e viabilizar os interesses individuais. A supremacia do interesse privado é pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados nos seus direitos e bens.

Nota-se que a supremacia é essencial para manter a ordem social estável quando envolve interesses da coletividade.

Este princípio não se encontra positivado no ordenamento jurídico, mas pode ser encontrado de forma implícita, por exemplo no artigo 5º, inciso XXIV e XXV da Constituição Federal:

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

Observa-se, com isso, que a Administração Pública sempre exercerá atos em detrimento do particular quando necessário para o bem da coletividade.

4 LICITAÇÃO PÚBLICA

Necessário se faz explanar sobre o instituto da licitação pública, tecendo sobre o seu conceito, finalidade e princípios para posterior compreensão da modalidade pregão e do objeto do presente trabalho.

4.1 Conceito e Finalidade

A licitação é um procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública celebra contratos de aquisição de bens, contratação de serviços, vendas e outros, optando pela melhor proposta ofertada durante o certame licitatório.

Trata-se de procedimento administrativo, porque consiste numa série de atos para que o particular possa negociar e firmar acordos com a Administração Pública, geralmente em sessão pública e em disputa com os demais interessados.

Meirelles (2002, p.260/261) ensina que:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Neste mesmo sentido dispõe Mello (2006, p.492):

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em 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 preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Dessa forma, todas as vezes que a Administração Pública pretender celebrar contratos deve se submeter ao certame licitatório, obrigatoriedade essa prevista na Magna Carta, artigo 37, inciso XXI, conforme descrito:

Art. 37. 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 e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - 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. (grifo nosso)¹⁰.

A Lei N° 8.666, de 21 de junho de 1993¹¹, mais conhecida como Lei de Licitações e Contratos, regulamenta o dispositivo supracitado. Lei esta que sofreu inúmeras alterações, sendo a mais recente a atualização dos valores das modalidades de licitação através do Decreto n° 9.412, de 18 de junho de 2.018.

O artigo 3° da Lei de Licitações e Contratos estabelece de forma simples o objetivo das licitações públicas, como pode ser observado:

Art. 3° 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. (grifo nosso).

¹⁰ BRASIL. República Federativa do. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso: em 20 jun. 2019.

¹¹ BRASIL. República Federativa do. **Lei N° 8.666, de 21 de junho de 1993**. Brasília, DF: ____, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm Acesso: em 21 jun. 2019.

Ou seja, tem por objetivo garantir a isonomia entre todos os interessados, obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública e o desenvolvimento nacional sustentável por meio dos atos administrativos, visando, ainda, refutar o enriquecimento ilícito daqueles que exercem a função administrativa, bem como dos licitantes, uma vez que a contratação direta, como verificado antigamente, dava margem maior a fraudes e irregularidades.

4.2 Características

A licitação pública é composta basicamente de quatro características: quanto à natureza jurídica, aos sujeitos que devem licitar, ao objeto e aos sujeitos que podem participar.

Quanto à natureza jurídica a licitação pública é um procedimento administrativo composto de diversos atos que devem ser observados para que atinja o objetivo.

No que tange aos sujeitos que devem licitar a Lei nº 8.666/93 estabelece em seu artigo 1º, parágrafo único que estão obrigados além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Quanto ao objeto o artigo 2º do mesmo diploma menciona que serão necessariamente precedidas de licitação quando contratadas com terceiro, as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, salvo os casos previsto na Lei.

Quanto à última característica podem participar das licitações qualquer pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, com exceção dos órgãos públicos mencionados, desde que cumpra as exigências impostas pela legislação vigente e àquelas descritas nos termos editalícios.

4.3 Princípios

Essencial se faz estabelecer os princípios que regem o instituto da licitação pública, assim, se passa à análise.

4.3.1 Princípio da legalidade

Como já exemplificado, a Administração Pública só pode fazer o que a lei determina ou autoriza, não havendo autonomia de vontade, sendo aplicável, portanto, o princípio da legalidade estrita.

Por essa razão os licitantes e a Administração Pública estão vinculados aos procedimentos e as regras estabelecidas em normas e princípios, tendo em vista que se trata de instituto da Administração Pública.

Princípio este que possui previsão constitucional no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e reforçado pelo artigo 3º, *caput*, da Lei de Licitação e Contratos.

4.3.2 Princípio da isonomia

O princípio da isonomia, também denominado de princípio da igualdade, estabelece que aos licitantes deve ser garantido tratamento igualitário durante o procedimento licitatório.

Possui previsão constitucional no artigo 37, *caput*, da Magna Carta e artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93.

Mello (2006, p.500) explica que:

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputa-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. [...] Aliás,

o §1º do art. 3º da Lei 8.666 proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como entre empresas brasileiras ou estrangeiras, ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato.

Importante mencionar, que só haverá tratamento desigual se assim a Lei dispuser, por exemplo, as micro e pequenas empresas com o advento da Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014 possuem vantagens em detrimento das demais empresas, como pode ser observado pelo artigo 5º-A da Lei nº 8.666/93:

Art. 5º-A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

Ainda, confere a Lei em caso de empate, preferência, sucessivamente, aos bens e serviços nos termos do §2º, artigo 3º:

Art. 3º [...]

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Diante do exposto, de maneira singela, conclui-se que deve ser garantido aos licitantes igualdade durante o procedimento administrativo, salvo se a lei dispuser o contrário.

4.3.3 Princípio da publicidade

Por este princípio os atos do procedimento licitatório serão públicos e acessíveis ao público, é o que dispõe o art. 3º, §3º da Lei de Licitações e Contratos.

Não obstante, a Lei ainda traz em seu artigo 4º que pode qualquer cidadão acompanhar o desenvolvimento do procedimento licitatório, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Assim, em síntese, dada a explicação pormenorizada em tópico anterior, todos os atos devem ser expostos ao público para conhecimento, bem como ao cidadão é permitido que se acompanhe e faça o controle do procedimento, uma vez que se visa sempre o bem comum da coletividade e este é o detentor do poder.

4.3.4 Princípio da competitividade

O administrador público que promove a licitação para determinado fim deve assegurar aos licitantes o direito de competir e buscar sempre o maior número de competidores para melhor atender os interesses da Administração e coletividade.

Por essa razão, o artigo 3º, §1º, inciso I da Lei nº 8.666/93, veda atos que de alguma forma possa restringir ou frustrar o caráter competitivo, como pode se observar:

Art. 3º [...]

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991

Assim, a fim de assegurar a melhor proposta a Administração Pública e de atender os interesses da coletividade deve ser garantida a competitividade durante os certames licitatórios e refutados todos os atos que a tentam frustrar.

4.3.5 Princípio da vinculação ao instrumento (ato) de convocação

Por este princípio a Administração Pública não está apenas vinculada aos ditames da lei, mas também está vinculada as regras previamente estabelecidas para disciplinar o certame licitatório, vez que o instrumento ou ato de convocação faz lei entre as partes, bem como garante segurança e estabilidade às relações jurídicas formadas. Instrumento este geralmente precedido de edital ou carta-convite, de acordo com a modalidade.

Este princípio tem previsão no artigo 3º, *caput*, e artigo 41, *caput*, da Lei 8.666/93, conforme pode ser observado:

Art. 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. (grifo nosso).

[...]

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Segundo Meirelles (1999 apud PALAVÉRI, 2003, p.17) “o edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu”.

Diante do exposto as regras estabelecidas são de observância obrigatória pela Administração Pública e não podem ser descumpridas, mas também incumbe ao licitante respeitá-las, principalmente, se ao final do certame for o vencedor.

Ocorre que diante de algumas situações inesperadas ou por erro na elaboração do edital dúvidas plainam se o instrumento convocatório pode ser descumprido ou alterado.

Neste sentido Palavéri (2003, p.18) ensina “[...] que o respeito às regras preestabelecidas no edital não deve ser encarado de forma absoluta ou evidentemente formalista.” Isso significa, que o edital pode ser relativizado.

Nessa esteira estabelece o artigo 21, §4º da Lei de Licitações e Contratos que “qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.”

Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao edital não é “absoluto”, de tal forma que impeça o judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a administração.

(STJ – MS 5418/DF – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – DJ de 1º.6.1998).¹²

Diante do exposto, apesar do ato convocatório vincular as partes e ser de observância obrigatória, pode ser relativizado, descumprindo cláusulas que maculam o certame ou que não beneficiam as partes e a coletividade, e pode também sofrer alterações, desde que seguindo os ditames da lei.

4.3.6 Princípio do julgamento objetivo

O Tribunal de Contas da União (2010, p.29) explica de forma singela que por este princípio:

[...] o administrador deve observar critérios objetivos definidos no ato convocatório para julgamento da documentação e das propostas. Afasta a possibilidade de o julgador utilizar-se de fatores subjetivos ou de critérios não

¹² Apud PALAVÉRI (2003, P. 19).

previstos no instrumento de convocação, ainda que em benefício da própria Administração.¹³

Extrai-se que o julgador não se pode valer de subjetivismo para julgar as documentações e propostas, devendo se pautar nas regras e critérios estabelecidos previamente no edital.

Este princípio é encontrado de forma explícita nos artigos 44 e 45 da Lei nº 8.666/93, conforme pode ser observado:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

[...]

Art. 45. 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. (grifo nosso).

Dessa forma, o edital é de observância obrigatória para que o julgamento seja válido, efetuando-se o julgamento conforme as definições descritas na lei e no próprio edital, abstendo-se, no entanto, do subjetivismo.

4.3.7 Princípio da adjudicação compulsória ao vencedor

De acordo com o artigo 50 da Lei de Licitações e Contratos “a Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade.”

¹³ UNIÃO. Tribunal de Contas da. **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/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1>. Acesso: em 22 jun. 2019.

Ou seja, finalizado o certame licitatório e definido o vencedor, não pode a Administração Pública atribuir o objeto a outrem ou a terceiros estranhos, sob pena de nulidade da licitação.

Segundo Meirelles (2002, p.264) “a adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou não firmar no prazo prefixado, a menos que comprove justo motivo.”

Importante também mencionar que a adjudicação recai sobre o objeto não sobre o contrato, tendo em vista que o procedimento licitatório pode ser revogado e anulado.

4.3.8 Princípio da probidade administrativa

A autoridade que promove ou julga o procedimento licitatório deve agir com honestidade, de acordo com a Lei e os princípios básicos da Administração Pública descritos no tópico 3.2 do presente trabalho e dos princípios licitatórios.

A probidade administrativa é mandamento constitucional previsto no artigo 37, §4º e é reforçado pela Lei de Licitações e Contratos no artigo 3º, bem como pela Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, mais conhecida como Lei de Improbidade Administrativa.

Cabe ao administrador e a seus agentes públicos zelarem pelo bem comum, de forma proba, honesta e com moralidade, caso contrário, poderão ter seus direitos políticos suspensos, ter decretada a perda da função pública, ressarcir o erário, dentre outras penalidades previstas na legislação supramencionada.

4.4 Tipos de Licitação

A Lei de Licitações e Contratos estabelece em seu artigo 45, parágrafo 1º, quatro tipos de licitação, mas antes de expô-los e conceituá-los, mister se faz, singelamente, compreender o que significa a expressão “tipos de licitação”.

Zanzoni (2015, p.57) ensina que:

Tipo de licitação não deve ser confundido com modalidade de licitação. Quando falamos de tipo de licitação, referimo-nos ao critério de julgamento utilizado pela Administração para seleção da proposta mais vantajosa. Já quando tratamos da modalidade, estamos abordando o procedimento licitatório adotado.

Observa-se que os tipos de licitação são compreendidos como critério de julgamento das propostas apresentadas em certames licitatórios, bem como orientam a Administração Pública na adoção da modalidade de licitação correta para contratação de serviços ou aquisição de bens.

São os tipos de licitação:

a) Menor preço (art. 45, §1º, inciso I): a Administração Pública adota como critério para julgamento das propostas o menor preço apresentado que esteja de acordo com as exigências estabelecidas em edital. Ou seja, não basta o licitante apresentar o menor preço para vencer, deve estar de acordo com as especificações discriminadas no edital.

Insta salientar que menor preço não significa menor qualidade, por isso a importância da verificação das exigências dispostas no ato convocatório.

b) Melhor técnica (art. 45, §1º, inciso II): leva-se em conta no julgamento da proposta a melhor técnica apresentada, ignorando-se o preço, tendo em vista que nem sempre o menor preço oferece a melhor técnica para atender as necessidades da Administração.

O artigo 46 da Lei de Licitações e Contratos estabelece que:

Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4o do artigo anterior. (grifo nosso).

Veja, o critério da melhor técnica é utilizado sempre que for necessário conhecimento específico sobre determinado assunto, como os discriminados acima.

Não obstante, o dispositivo supramencionado, em seu parágrafo 1º expõe os procedimentos a serem seguidos.

c) Técnica e preço (art.45, §1º, inciso III): segundo o Tribunal de Contas da União (2010, p.115) é o:

Tipo de licitação cujo critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração tem por base a maior média ponderada, considerando-se as notas obtidas nas propostas de preço e técnica.

Nos termos do § 4º do art. 45 da Lei nº 8.666/1993, esse tipo de licitação é obrigatório na contratação de bens e serviços de informática, nas modalidades concorrência e tomada de preços. Deve a Administração observar ainda o art. 3º da Lei nº 8.248/1991, regulamentado pelo Decreto nº 1.070, de 2 de março de 1994.

[...]

O tipo “técnica e preço” poderá ser utilizado também, a exemplo do tipo “melhor técnica”, para contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual.¹⁴

Assim, além da Administração observar o que dispõe a Lei sobre a contratação de bens e serviços de informática, pode optar pelo critério técnica e preço na contratação de serviços de natureza intelectual, optando pela proposta que apresentar técnica satisfativa com preço adequado.

d) Maior lance ou oferta (art.45, §1º, inciso IV): critério utilizado nas alienações de bens ou concessão de direito real de uso realizada pela Administração Pública. Muito comum na modalidade de licitação leilão.

Em síntese vence aquele que apresentar o maior lance ou oferta.

¹⁴ UNIÃO. Tribunal de Contas da. **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/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1>. Acesso: em 08 jul. 2019.

Diante de todo exposto, vale ressaltar que os tipos de licitações descritos não são aplicáveis a modalidade de licitação concurso, conforme previsto no parágrafo 1º do artigo 45 da Lei.

4.5 Modalidades de Licitação Pública Previstas na Lei Nº 8.666 de 1993

As modalidades de licitação pública são compreendidas como espécies deste instituto que, em síntese, estabelecem seu rito procedimental, estabelecidos em lei.

A Lei de Licitação e Contratos prevê cinco modalidades de licitação em seu artigo 22, são elas: a) concorrência, b) tomada de preços, c) convite, d) concurso e, e) leilão.

Ainda, o mencionado artigo, veda, no parágrafo 8º, a criação de outras modalidades de licitação, bem como a combinação entre elas.

Entretanto, em 1997 foi promulgada a Lei Nº 9.472, de 16 de julho, mais conhecida como Lei da Anatel, que criou a modalidade de licitação denominada consulta, destinada às agências reguladoras e que, por não ter sua regulamentação legal prevista na Lei de Licitações e Contratos e inoportuno se efetuar aprofundado quanto a matéria.

Não obstante, no ano 2002 entrou em vigor a Lei Nº 10.520, de 17 de julho, por meio da qual regulamentou a modalidade de licitação pregão. Modalidade esta que teve seu surgimento com a Medida Provisória Nº 2.026, de 4 de maio de 2000.

Segundo Mello (2006, p.519) a criação da modalidade “pregão” não viola o que dispõe o parágrafo 8º, do artigo 22 da Lei Nº 8.666/93, porque a Lei Nº 10.520/02 não contraria o que dispõe a Lei de Licitações e Contratos, sendo uma norma geral superveniente. Já no que tange à “consulta”, não fere a Lei pois se limitou à esfera de agências reguladoras, não sendo uma norma geral, mas uma simples lei federal e por este motivo não poderia contrariar o disposto no dispositivo mencionado.

Todavia, atualmente encontra-se em fase de votação o Projeto Lei Nº 1.292/95 que visa a promulgação de uma nova Lei de Licitações, que pode ser

facilmente verificada no portal eletrônico da Câmara dos Deputados, por meio de publicação do dia 25 de junho, sendo que “[...] o administrador poderá contar com modalidades de licitação diferentes das atuais [...]. Das modalidades existentes, o texto mantém o pregão, a concorrência, o concurso e o leilão.”¹⁵

Diante das considerações, passa-se a análise das modalidades ainda existentes no ordenamento jurídico.

Ressalta-se, desde já, que a modalidade de licitação pregão será tratada em capítulo específico tanto em razão da sua importância quanto por não estar prevista na Lei de Licitações e Contratos, e sim na Lei Nº 10.520/02, motivo pelo qual não consta na classificação a seguir.

4.5.1 Concorrência

A concorrência possui previsão legal no artigo 22, inciso I e parágrafo 1º, e artigo 23, da Lei de Licitações e Contratos.

Segundo Meirelles (2002, p.300):

Concorrência é a modalidade de licitação própria para contratos de grande valor, em que se admite a participação de quaisquer interessados, cadastrados ou não, que satisfaçam as condições do edital, convocados com antecedência mínima prevista na lei, com ampla publicidade pelo órgão oficial e pela imprensa particular. (grifos nosso).

Ao que se verifica, para a concorrência ser válida deve a Administração Pública respeitar os valores prescritos no artigo 23, inciso I, alínea “c” e inciso II, alínea “c” da Lei Nº 8.666/93.

¹⁵ PIOVESAN, Eduardo. **Câmara aprova texto-base de nova Lei de Licitações**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/578902-CAMARA-APROVA-TEXTO-BASE-DE-NOVA-LEI-DE-LICITACOES-DESTAQUES-SERAO-ANALISADOS-NESTA-QUARTA.html>. Acesso: em 27 jun. 2019.

Possui como objeto obras e serviços de engenharia acima de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais), para compras e serviços acima de R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais), valores atualizados pelo Decreto N° 9.412, de 18 de junho de 2018¹⁶, bem como de qualquer valor na compra ou alienação de bens imóveis e nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais conforme dispõe o parágrafo 3° do dispositivo supramencionado.

Claro que a questão dos valores é relativa, já que, como se verifica no § 4°, do artigo 23, tendo por certo que diante do cabimento da modalidade convite, caber-se-á, em qualquer caso, a modalidade concorrência. Ou seja, mesmo que aquém aos valores descritos na Lei de Licitações e Contratos, poderá optar a Administração Pública pela abertura de licitação na modalidade Concorrência, quando cabível a modalidade Convite.

Com relação aos prazos, esclarece-se que ao que se refere à Concorrência o prazo mínimo, contados da publicação do resumo do edital, será de quarenta e cinco dias corridos, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço", ou de trinta dias, também corridos, nos demais casos, como se verifica no inciso I, alínea "b" e inciso II, alínea "a", ambos do artigo 21.

Por fim, mas não menos importante, ao que se refere ao procedimento, a concorrência segue a regra geral das licitações, como preceitua os artigos 22, § 1° e 43, em que deverão os interessados apresentar os documentos relativos à sua habilitação, fazendo-se a abertura dos envelopes, e comprovar os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

Feita a devida habilitação, e devolução dos envelopes não abertos, passar-se-á a abertura dos envelopes de propostas, momento em que, será feita a classificação e, logo em seguida, a verificação do(s) licitante(s) vencedor(es).

¹⁶ BRASIL. **Decreto N° 9.412, de 18 de junho de 2018**. Brasília:____, 2.018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2018/Decreto/D9412.htm#art1. Acesso: em 09 jul. 2019.

Por certo, deverá ser concedido prazo para eventual interposição de recurso que, consecutivamente, encaminhará à fase homologatória e posterior assinatura do contrato.

4.5.2 Tomada de preços

Já no que se refere à Tomada de Preços, sua verificação se dá nos artigos 22, inciso II, e artigo 23, ambos da Lei N° 8.666/93.

Mello (2006, p.523) ensina que a tomada de preço é a modalidade de licitação que se destina:

[...] a transações de vulto médio, é a modalidade em que a participação na licitação restringe-se (a) às pessoas previamente inscritas em cadastro administrativo, organizado em função dos ramos de atividades e potencialidades dos eventuais proponentes, e (b) aos que, atendendo a todas as condições exigidas para o cadastramento, até o terceiro dia anterior à data fixada para abertura de propostas, o requeiram e sejam, destarte, qualificados.

Em síntese, portanto, nada mais é do que a licitação que intermedia as modalidades Concorrência e Convite, tendo por principal característica a questão relativa ao valor, já que nada difere quanto ao procedimento aplicável à modalidade Concorrência.

Dispõe a Lei de Licitações e Contratos no artigo 23, incisos I e II que a tomada de preços visa a contratação obras e serviços de engenharia até R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais) e outras compras e serviços até R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais), valores atualizados pelo Decreto N° 9.412/18, sendo relativo, também à exceção prevista no artigo 23, § 4º, da Lei de Licitação e Contratos.

No que tange aos prazos, assim como na Concorrência, deverão eles ser contados da data da publicação do edital, sendo trinta dias corridos quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço", ou quinze dias para os demais casos, conforme o artigo 21, § 2º, incisos II e III.

Como mencionado, quanto ao procedimento, segue praticamente o mesmo rito aplicável à modalidade Concorrência, nos termos do artigo 43, diferindo-se apenas na questão da participação, já que, ao que se denota no artigo 22, § 2º, 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.

No mais, dever-se-á seguir à fase de habilitação, abrindo-se os envelopes contendo seus documentos, abertura dos envelopes de propostas, julgamento, classificação, abertura de prazo para recurso, homologação e, por fim, assinatura dos respectivos contratos.

4.5.3 Convite

A modalidade de licitação Convite, tem previsão legal nos artigos 22, inciso III, e artigo 23, ambos da Lei de Licitações e Contratos.

De acordo com o doutrinador Mello (2006, p.524):

O Convite (art.22, §3º) é a modalidade licitatória cabível perante relações que envolverão os valores mais baixos, na qual a Administração convoca para a disputa pelo menos três pessoas que operam no ramo pertinente ao objeto, cadastrados ou não, e afixa em local próprio cópia do instrumento convocatório, estendendo o mesmo convite aos cadastrados do ramo pertinente ao objeto que hajam manifestado seu interesse até 24 horas antes da apresentação das propostas.

De acordo com artigo 21, §2º, inciso IV, a Administração Pública tem o prazo mínimo de cinco dias úteis para a realização do certame, contados da expedição do convite, haja vista a ausência de exigência de publicação da abertura do certame.

O órgão licitante deve convidar no mínimo três participantes para que o procedimento licitatório aconteça, sendo estendido o convite para todos aqueles que manifestarem interesse até 24 (vinte e quatro) horas antes da apresentação das propostas. Se no ato ou sessão comparecer número de concorrente menor que três, a regra é que haja repetição, salvo, se por limitações do mercado ou manifesto

desinteresse dos convidados for impossível a obtenção mínima do número de licitantes e for justificado no processo administrativo, conforme dispõe o §7º do artigo 22 da Lei e segundo súmula nº 248/2005 e orientação do Tribunal de Contas da União¹⁷.

Transcreve-se, por oportuno, a supracitada súmula do TCU:

Não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade Convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados ressalvados as hipóteses previstas no parágrafo 7º, do art. 22, da Lei nº 8.666/1993.

Ressalta-se que a cada novo convite de objeto idêntico ou assemelhado, há a necessidade de que seja convidado pelo menos outro fornecedor que não participou da licitação imediatamente anterior, enquanto existirem cadastrados não convidados, conforme dispõe o §6º do mesmo diploma.

Fixa a Lei, em seu artigo 23, incisos I e III que o convite se destina para obras e serviços de engenharia de até R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais) e para demais compras e serviços no valor de até R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais), valores atualizados pelo Decreto Nº 9.412/18.

Necessário se faz chamar atenção para o que dispõe a Lei no §5º do dispositivo supramencionado, o qual veda o fracionamento de uma mesma obra ou serviço.

Embora simplificado, o rito do convite se assemelha ao descrito no artigo 43 da Lei de Licitações e Contratos, sendo verificada essa simplificação no tocante aos prazos e documentos exigidos, uma vez que possui prazo muito aquém às demais modalidades, sendo de apenas cinco dias úteis, contados de sua abertura, além de serem dispensados em todo ou em parte os documentos descritos nos artigos 28 a 31, conforme preceitua o artigo 32, §1º.

¹⁷ ACÓRDÃO 1620/2010 – Plenário. **Processo nº 023.093/2008-6**. Tribunal de Contas da União. Data da Sessão: 07 de julho de 2010. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/?KEY:ACORDAO-COMPLETO-1153433/DTRELEVANCIA%20desc/0/sinonimos%3Dfalse. Acesso: em 09 jul. 2019.

4.5.4 Concurso

Diferentemente das três modalidades então especificadas, a modalidade Concurso, prevista nos artigos 22, inciso IV e § 4º, da Lei de Licitação, se trata de modalidade que, conforme Marçal Justen Filho:

O concurso pressupõe o interesse da Administração Pública em selecionar trabalho técnico ou artístico, exteriorizador de habilidade físico-intelectual ou revelador de certas capacidades personalíssimas, seja para fins de incentivo ao desenvolvimento cultural, seja para obtenção de resultado prático imediato.

Ao que se verifica no artigo 22, da mesma legislação já mencionada, diferentemente da Tomada de Preços e da Concorrência o prazo da abertura é fixo e único, devendo ter seus critérios estipulados em edital e sendo ele publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de quarenta e cinco dias.

Zanzoni (2015, p.81/82) leciona objetiva e resumidamente que:

De acordo com esta definição e o disposto no art. 52 da mesma lei, destacamos características importantes da modalidade concurso:

- 1) O Concurso deve ser realizado para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico.
- 2) Os vencedores têm o direito de receber prêmio ou remuneração da Administração Pública. O valor deve estar explicitado e fixado no edital.
- 3) Concursos são julgados por uma comissão especial, composta por pessoas de reputação ilibada e reconhecido saber na área em questão. No entanto, não precisam ser obrigatoriamente servidores públicos.
- 4) O edital deve ser publicado com antecedência mínima de 45 dias da data de realização do certame.
- 5) o concurso é precedido por regulamento próprio que poderá ser retirado pelos interessados no local indicado pelo instrumento convocatório (edital). Nesse regulamento deverão constar:
 - a) a qualificação exigida dos participantes;
 - b) as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho;

c) as condições de realização do concurso e os prêmios a serem concedidos.

É claro que a concessão ou não de premiação ou remuneração é matéria facultativa da Administração Pública, sendo de observância obrigatória, no entanto, se houver especificado no edital.

As demais orientações procedimentais estão dispostas no artigo 52, da Lei nº 8.666 de 1.993.

4.5.5 Leilão

A Lei de Licitações e Contratos também prevê no artigo 22, inciso V e § 5º a modalidade de licitação leilão, que também difere dos demais acima expostos.

O leilão consiste na licitação cujo objeto tratar-se-á da venda de bens imóveis inservíveis para a Administração Pública, bem como de produtos legalmente apreendidos ou penhorados. A lei também inclui como objeto a alienação de bens imóveis descritos no artigo 19.

O prazo para abertura nos termos da lei, artigo 21, inciso III, será de quinze dias contado da publicação do edital.

Conforme preceitua Meirelles (2002, p. 309):

A Administração poderá valer-se de dois tipos de leilão: o *comum*, privativo de leiloeiro oficial, onde houver; e o *administrativo* propriamente dito. O *leilão comum* é regido pela legislação federal pertinente, mas as condições de sua realização poderão ser estabelecidas pela Administração interessada; o *leilão administrativo* é o instituído para a venda de mercadorias apreendidas como contrabando, ou abandonadas na alfândega, nos armazéns ferroviários ou nas repartições públicas em geral observadas as normas regulamentares da Administração interessada.

Assim como o convite o leilão também tem características simplificativas, ao se tratar do procedimento, sendo permitida a participação de quaisquer interessados, não sendo necessária a habilitação prévia de interessados, além disso

o critério a ser utilizado será o de maior lance ou oferta, sendo esses lances feitos de forma verbal não podendo ser no entanto lances inferiores ao valor da avaliação do bem, como se observa no artigo 53, §1º da Lei Nº 8.666/93.

Ainda de acordo com Meirelles (2002, p.309):

Sendo o leilão um ato negocial instantâneo, não se presta as alienações que dependam de contrato formal. Realmente, no *leilão*, o bem é *apregoadado*, os lances são *verbais*, a venda é feita *à vista* ou *a curto prazo* e a entrega se processa de imediato.

Resumidamente, essas são as regras da modalidade leilão previstas na Lei de Licitação e Contratos.

5 PREGÃO

Pode-se afirmar que o surgimento e a instituição no Brasil da licitação de modalidade Pregão se deu através da Medida Provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000, mesmo que de forma precária, haja vista a natureza provisória da medida, bem como em razão de ter ela se autolimitado à esfera federal.

Pouco mais de um ano após a edição de sua edição, o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso editou nova Medida Provisória, de nº 2.182-18, de 23 de agosto de 2001, trazendo novamente o Pregão como modalidade de Licitação, desta vez com nova formulação e com abrangência à União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No entanto a edição dessas medidas provisórias acabou gerando grande discussão jurisprudencial e doutrinária quanto à legalidade da nova modalidade, haja vista a possibilidade de eventual incompetência do Chefe do Executivo para a criação de modalidade de licitação.

Isto porque a lei de Licitações e Contratos veda a criação de nova modalidade e/ou a combinação entre as existentes.

Meirelles (2002, p.311) explica que

[...] o Executivo/legislador deve ter interpretado que a norma proibitiva do §8º do art. 22 era dirigida ao administrador, e não ao legislador. Quer dizer: o administrador não pode criar modalidade nova, mas o legislador pode, desde que não atente contra os princípios básicos do procedimento licitatório.

Pairou-se, portanto, evidente dúvida quanto a legalidade das Medidas, bem como da competência do Presidente para a instituição de modalidade diversa daquelas dispostas pela lei basilar das licitações.

Somente com o surgimento da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 é que se extinguiu por completo as discussões sobre a existência da modalidade, momento em que o Pregão passou a ser modalidade legal de licitação, aplicando-se subsidiariamente, e onde couber, a Lei nº 8.666 de 1993.

Com o surgimento da lei citada, a modalidade de licitação pregão passou a ser, sem qualquer dúvida, meio válido de aquisição de bens e contratação de serviços por parte da Administração Pública Direta e Indireta, conforme preceitua o mandamento constitucional previsto no artigo 37, *caput* e inciso XXI, já que a vedação é dirigida ao Administrador e não ao legislador.

5.1 Conceito, Finalidade e Objeto

A modalidade de licitação pregão, como já mencionado, tem previsão legal na Lei Nº 10.520/02¹⁸.

Filho (2013, p.9) conceitua:

Pregão é uma modalidade de licitação de tipo menor preço, destinada à seleção da proposta mais vantajosa de contratação de bem ou serviço comum, caracterizada pela existência de uma fase competitiva inicial, em que os licitantes dispõem do ônus de formular propostas sucessivas, e de uma fase posterior de verificação dos requisitos de habilitação e de satisfatoriedade das ofertas.

Assim, podemos dizer que o pregão é um procedimento administrativo através do qual a Administração Pública Direta ou Indireta visa a aquisição de bens ou serviços comuns pelo critério de julgamento menor preço, conforme preceitua o artigo 4º, inciso X da Lei do Pregão, ou seja, procedimentalmente funciona como um leilão invertido.

A lei supracitada explica no artigo 1º, parágrafo único, que se consideram bens e serviços comuns, aqueles que cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado – os quais são considerados objeto deste procedimento licitatório.

Meirelles (2002, p.311/312) disserta que:

¹⁸ BRASIL. Lei Nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Brasília:____, 2.002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso: em 13 jul. 2019.

O conceito legal é insuficiente, visto que, a rigor, todos os bens licitados devem ser objetivamente definidos, em descrição sucinta e clara (Lei 8.666/93, art. 40, I). O que caracteriza os bens e serviços comuns é sua padronização, ou seja, a possibilidade de substituição de uns por outros com o mesmo padrão de qualidade e eficiência. Isto afasta desde logo os serviços de Engenharia, bem como todos aqueles que devam ser objeto de licitação nas modalidades de melhor técnica ou técnica e preço. No pregão o fator técnico não é levado em consideração, mas apenas o fator preço. (grifos nosso).

Neste mesmo sentido o Decreto Nº 3.555, de 8 de agosto de 2000, através do artigo 5º, dispõe que “a licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral [...]”.¹⁹

Vale ressaltar, no entanto, que o Tribunal de Contas da União entende ser possível a contratação de serviços de engenharia considerados comuns, mas a contratação de obras não, conforme pode ser observado pela súmula nº 257/2010 e pelo acórdão 980/2018:

Súmula TCU 257: O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei 10.520/2002.²⁰

Acórdão 980/2018: É irregular o uso da modalidade pregão para licitação de obra, sendo permitido nas contratações de serviços comuns de engenharia.²¹

Chama-se atenção para o procedimento, uma vez que há inversão de fases em comparação com as demais modalidades previstas na Lei Nº 8.666/93, e a presença da “etapa de lances”, pois primeiro haverá a abertura dos envelopes de

¹⁹ BRASIL. República Federativa do. **Decreto Nº 3.555, de 8 de agosto de 2000**. Brasília: ____, 2.000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3555.htm. Acesso: em 13 jul. 2019.

²⁰ ACÓRDÃO 841/2010 – Plenário. **Processo nº 008.446/2009-1**. Tribunal de Contas da União. Data da Sessão: 28 de abril de 2010. Disponível em:

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO:841%20ANOACORDAO:2010%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20. Acesso: em 14 jul. 2019.

²¹ ACÓRDÃO 980/2018 – Plenário. **Processo nº 027.227/2014-6**. Tribunal de Contas da União. Data da Sessão: 02 de maio de 2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO:980%20ANOACORDAO:2018%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20 Acesso: em 14 jul. 2019.

proposta e sua análise, passando-se à etapa de lances e posteriormente a habilitação das licitantes vencedoras.

Importante mencionar que a Lei do Pregão não estabelece valores a serem observados, como fez a Lei nº 8.666/93 para as modalidades de licitação concorrência, tomada de preço e convite.

Zanzoni (2015, p.94/95) expõe em sua obra que o pregão visa:

- Desburocratização dos procedimentos para a contratação de bens e serviços de natureza comum;
- Aperfeiçoamento do regime licitatório;
- Redução do tempo necessário para a realização do procedimento licitatório e da contratação. Essa celeridade também acarreta economia processual e uma maior eficiência do processo;
- Diminuição das exigências para habilitação e consequente ampliação da competitividade e incremento das oportunidades de participação no processo licitatório;
- Redução do montante das despesas e a contratação da proposta mais vantajosa para a Administração;
- Contratação não limitada a valores;
- Possibilidade de realização de tantos pregões quantos forem necessários para um mesmo objeto;
- Promoção de maior transparência dos gastos públicos, bem como maior controle sobre as contratações realizadas pelo Poder Público, seja por parte da própria Administração Pública, dos fornecedores ou da sociedade.

Pode-se observar que a modalidade de licitação pregão, além de garantir maior agilidade nas aquisições de bens e/ou contratação de serviços, garante maior economia, já que o licitante que ofertar o menor preço será declarado vencedor, autorizando a Administração Pública a adquirir os produtos ou contratar os serviços objetos do certame.

Isso fica ainda mais evidente ao estabelecer e permitir a lei nº 10.520/02 a verificação da etapa de lances e, posteriormente, à negociação direta com o licitante, diferenciando-se, ainda mais, das demais modalidades de licitação.

Assim, o pregão, como as demais modalidades, também visa garantir que as aquisições de produtos e as contratações de serviços feitas pela Administração Pública sejam celebradas livres de qualquer ato fraudulento ou que macule o procedimento, além de visar a melhor proposta, a efetivação dos preceitos legais e a satisfação do interesse da coletividade.

5.2 Espécies

Em síntese, o pregão pode ser realizado de duas formas: presencialmente ou por meio de recursos de tecnologia de informação, conforme preceitua o §1º do artigo 2º da Lei do Pregão, denominando-se, conseqüentemente, de Pregão Presencial e de Pregão Eletrônico, respectivamente.

5.2.1 Pregão presencial e pregão eletrônico

Filho (2013, p.14) ensina:

O pregão comum, também dito presencial, caracteriza-se pela prática de atos “não virtuais”, por assim dizer. Nesse caso, a licitação desenvolve-se segundo o modelo tradicional: a sessão pública de pregão ocorre num determinado local, ao qual comparecem fisicamente os agentes administrativos, os licitantes e os eventuais interessados. Já o pregão eletrônico envolve a utilização intensa dos recursos de tecnologia da informação e da Internet. Indica-se um endereço eletrônico na Internet, por meio do qual se conectam todos os envolvidos. São apresentadas propostas por via eletrônica, a competição se faz por meio de lances ofertados eletronicamente e assim por diante.

Observa-se que o certame licitatório do pregão comum ocorre com a presença física dos licitantes, do pregoeiro e da equipe de apoio, enquanto no pregão eletrônico o seu procedimento se dá virtualmente, devendo observar o que dispõe o novo Decreto de nº 10.024/2019, que revogou os Decretos nº 5.450/05 e nº 5.504/05, bem como a Lei Nº 10.520/02 e a Lei Nº 8.666/93.

Por essa razão as diferenças existentes entre as duas espécies são basicamente no tocante a sua forma, tendo, ainda, regras específicas para com o pregão eletrônico.

A primeira diferença se refere aos licitantes que poderão participar do certame licitatório. No pregão presencial poderão participar todos aqueles que

comparecerem na sessão pública e se credenciarem, enquanto no pregão eletrônico só poderão compor o rito aqueles que se credenciarem previamente perante o provedor do sistema eletrônico, ao qual será atribuído uma chave de identificação, conforme preceitua o artigo 9º, §1º do Decreto 10.024/2019²².

Não se pode falar em limitação ou obstaculização da ampla concorrência, apenas de questão de registro ou cadastro prévio afim de dar celeridade à contratação.

Segundo Filho (2013, p. 16) há diferença no que tange a apresentação de documentos para o credenciamento, uma vez que:

No pregão eletrônico, o credenciamento é condicionado à apresentação prévia e antecipada de uma parcela relevante dos documentos comprobatórios da habilitação do sujeito. Os demais documentos deverão ser apresentados apenas pelo licitante que formular a proposta mais vantajosa. No pregão comum, exige-se um credenciamento muito mais simples. Há apenas a identificação do sujeito e uma declaração de preenchimento dos requisitos exigidos para participar apenas depois do encerramento da fase competitiva.

Também se diferem na fase de lances, tendo em vista que no pregão presencial poderão prosseguir à fase de lances aquele que apresentar o menor valor e aqueles que apresentaram ofertas com preços até 10% superior àquela, ou não havendo pelo menos três ofertas nas condições descritas, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de três oferecer novos lances, conforme estabelece o artigo 4º, incisos VIII e IX da Lei do Pregão. Ainda, deverá ser seguida uma ordem para apresentação de lances, do maior para o menor preço. Encerra-se esta fase quando não houver mais lances a serem dados.

Já no que tange ao pregão eletrônico, o pregoeiro analisará as propostas apresentadas e fará a classificação, momento em que o sistema ordenará automaticamente as propostas classificadas pelo pregoeiro, dando-se início à etapa de lances.

²² BRASIL. República Federativa do. **Decreto Nº 10.024, de 20 de setembro de 2019**. Brasília, DF:____, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

A etapa de lances, denominada de fase competitiva com a insurgência do novo Decreto, passou a ter um novo formato, possuindo dois modos: aberto, em que os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com prorrogações, conforme o critério de julgamento adotado no edital; ou aberto e fechado, em que os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com lance final e fechado, conforme o critério de julgamento adotado no edital, nos termos do seus artigos 29 e 30.

Ressalta-se que, durante a sessão pública, os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado, sendo vedada a identificação do licitante de acordo com o §5º do artigo 30 do novo decreto.

Não obstante, Filho (2013, p.16) disserta que:

As circunstâncias do pregão comum permitem a realização de diligências e a prática de certos atos que são incompatíveis com o pregão eletrônico. Qualquer ato externo ao certame pressupõe a suspensão da sessão eletrônica com a sua retomada posterior, diferentemente do que se passa no pregão comum.

Essa diferença apresenta enorme relevância em especial no tocante à questão das amostras.

Todas essas diretrizes estão dispostas, pormenorizadamente, nos artigos 27 e seguintes, do Decreto nº 10.024, de 2019, sendo possível observar que o pregão eletrônico, quanto à sistemática, se assemelha muito com o pregão presencial, tendo em vista que os atos vão se adequando de acordo com a espécie adotada pela Administração Pública.

5.3 Fases do Pregão

O procedimento administrativo é subdividido em duas fases e estão descritas na Lei Nº 10.520/02, nos artigos 3º e 4º, sendo elas a fase interna e a fase externa.

5.3.1 Fase interna

Para que haja a aquisição de bens ou a contratação de serviços comuns deve a Administração Pública iniciar o procedimento executando os atos descritos no artigo 3º da Lei Nº 10.520/02. Atos esses que são denominados de atos preparatórios e compõem a fase interna – procedimento que ocorre no âmbito interno da entidade.

Assim, deve a autoridade competente justificar a necessidade e definir o objeto do certame, bem como as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento, as cláusulas do contrato e a fixação dos prazos para fornecimento conforme prescreve o inciso I, do artigo aludido.

O objeto deverá ser definido de forma clara, suficiente e precisa, não podendo haver especificação que restrinja a competição, conforme preceitua o inciso II do dispositivo mencionado e o princípio da competitividade.

Meirelles (2002, p.312) ensina que:

Os elementos indispensáveis a essa definição deverão constar de um *termo de referência*, bem como o respectivo orçamento, considerando os preços praticados no mercado, a descrição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato, conforme determina o Dec. 3.555/2000.

Em suma, os autos do processo administrativo são compostos de documentos que justificam a necessidade do objeto, descritivos (que especificarão pormenorizadamente o objeto), orçamentos (que definirão o preço de mercado e o valor estimado que será gasto), como dispõe o inciso III do artigo 3º da Lei do Pregão.

Ainda dentro desta fase a autoridade nomeará a pessoa competente para a realização do certame, que se denomina pregoeiro, bem como a equipe de apoio.

Estabelece-se competente vez que o servidor a ser designado para a função de pregoeiro deverá possuir capacitação específica, conforme determina o artigo 7º, parágrafo único, do Anexo I do Decreto 3.555/00, e a equipe de apoio deverá

ser formada, em sua maioria, por servidores, conforme determina o artigo 10 do mesmo diploma e artigo 3º, §1º da Lei Nº 10.520/02.

Além disso deve, ainda, o pregoeiro ser servidor do órgão, ou seja, o servidor deve ser público efetivo, nos moldes do artigo 3º, inciso VI, salvo exceção dada pelo TCU por meio do acórdão nº 2166/14.²³

Importante mencionar também que cabe ao pregoeiro realizar a condução do procedimento administrativo na fase externa, como exemplo do credenciamento os interessados, do recebimento das propostas, da instrução da etapa de lances, da realização a análise e julgamento dos documentos, dentre outras atividades descritas no rol do artigo 9º do Decreto 3.555/00.

Transcreve-se:

Art. 9º As atribuições do pregoeiro incluem:

- I - o credenciamento dos interessados;
- II - o recebimento dos envelopes das propostas de preços e da documentação de habilitação;
- III - a abertura dos envelopes das propostas de preços, o seu exame e a classificação dos proponentes;
- IV - a condução dos procedimentos relativos aos lances e à escolha da proposta ou do lance de menor preço;
- V - a adjudicação da proposta de menor preço;
- VI - a elaboração de ata;
- VII - a condução dos trabalhos da equipe de apoio;
- VIII - o recebimento, o exame e a decisão sobre recursos; e
- IX - o encaminhamento do processo devidamente instruído, após a adjudicação, à autoridade superior, visando a homologação e a contratação.

No que tange a equipe de apoio, se incumbem em auxiliar o pregoeiro durante o certame.

Por fim, a fase interna se encerra com a publicação do edital. A elaboração do edital é realizada na fase interna, o qual será de observância obrigatória pelas partes, mas, feita a sua publicação, a fase externa será iniciada.

²³ ACÓRDÃO 2166/14 – Plenário. **Processo nº 011.468/2014-9**. Tribunal de Contas da União. Data da Sessão: 20 de agosto de 2014. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*?KEY:ACORDAO-COMPLETO-1318528/DTRELEVANCIA%20desc/0/sinonimos%3Dfalse. Acesso: em 11 ago. 2019.

5.3.2 Fase externa

Conforme já estabelecido, feita a publicação do edital do pregão, dar-se-á início a fase externa.

A Lei Nº 10.520/02 elenca em seu artigo 4º um rol de atos a serem realizados nesta fase.

Meirelles (2002, p.313) leciona que:

A fase externa do pregão inicia-se com a convocação dos interessados por meio de aviso no Diário Oficial da União e, facultativamente, por meios eletrônicos (Internet) e em jornais de grande circulação. Do aviso deverão constar a definição do objeto e a indicação do local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital e poderão ser recebidas as propostas. Esse prazo não poderá ser inferior a oito dias úteis. (grifos nosso).

Observa-se que a convocação deve ser feita no mínimo oito dias úteis antes da apresentação das propostas, conforme preceitua o inciso V do artigo mencionado.

Após a convocação ser realizada nos termos acima descritos, haverá a abertura da sessão pública no dia, hora e local designados, prosseguindo-se ao credenciamento das participantes e a identificação de seus representantes, os quais deverão comprovar a existência de poderes necessários para a formulação de propostas, de acordo com o que dispõe o inciso VI do artigo aludido.

Por conseguinte, os interessados apresentarão declarações cujo teor expressará que estão de acordo com os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes com as propostas.

Conduzido pelo pregoeiro e equipe de apoio os envelopes contendo as propostas serão abertos para a análise do preenchimento dos requisitos expostos no edital. Aqueles que não estiverem de acordo com as exigências editalícias serão desclassificados automaticamente.

Logo em seguida o pregoeiro classificará as propostas em ordem crescente e dará início a etapa de lances, que ocorrerá verbalmente, podendo

participar o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% superior a esta. Não havendo pelos menos três ofertas nessa condição, poderão os autores das três melhores propostas apresentar novos lances, conforme estabelecem os incisos VIII e IX do referido artigo.

Resumidamente, a fase de lances funciona como um leilão invertido, vez que vencerá aquele que apresentar o menor valor.

Finda a etapa de lances e identificada a proposta com menor preço, o pregoeiro realizará abertura do envelope lacrado que contém os documentos de habilitação da licitante declarada vencedora. Os documentos deverão estar de acordo com o que dispõe o edital e comprovar as exigências feitas pelo inciso XIII, são elas:

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira. (grifo nosso).

Observa-se que para a licitante estar hábil para contratar com a Administração não basta apresentar a melhor proposta, deverá também preencher os requisitos de habilitação descritos no inciso supramencionado, com exceção dos documentos que constarem no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores ou sistemas semelhantes, desde que assegurado o direito de acesso aos dados nele constantes aos demais licitantes.

É muito comum a verificação de exigência de declaração escrita para o preenchimento de alguns requisitos, como exemplo da declaração de inexistência de fato superveniente impeditivo da habilitação ou da declaração que não emprega menor, cumprindo-se o que dispõe o artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal. E isto se dá em razão da inexistência de sistema ou mecanismo que garanta o preenchimento de todos os requisitos impostos pela legislação, bem como para evitar eventual responsabilização da Administração.

Ademais, também devem ser observados os requisitos estabelecidos na Lei de Licitações e Contratos, tendo em vista que a norma possui aplicabilidade

subsidiária. Requisitos estes que estão exemplificados entre os artigos 27 a 31 da Lei mencionada, o que deverá ser especificado no edital convocatório.

Prosseguindo-se, como já mencionado, diferentemente das demais modalidades de licitação previstas na Lei Nº 8.666/93, no pregão ocorre inversão de fases, vez que primeiramente se analisa as propostas, identificando-se o vencedor (autor da melhor oferta) para depois realizar a sua habilitação, resultando em celeridade procedimental, ampliação da competitividade e, conseqüentemente, maior economia aos cofres públicos.

Meirelles (2002, p. 313) explica:

Esta é uma das maiores vantagens do pregão. Inverte-se a ordem procedimental: procura-se verificar primeiro quem venceu a etapa comercial, para depois conferir os documentos de habilitação do vencedor. ~~Suprime-se, assim, tempo precioso despendido no exame da documentação de concorrentes que foram eliminados no julgamento das propostas. Se o vencedor não for habilitado, de acordo com as exigências constantes do edital, será verificada a documentação do classificado em segundo lugar, e assim subseqüentemente.~~ (grifo nosso).

Além disso, há também a conhecida etapa de lances e posterior negociação, diretamente com a licitante, o que difere das demais modalidades de licitação.

Após a habilitação e a declaração do vencedor, qualquer licitante poderá manifestar a intenção de recorrer, devendo ser concedido o prazo de três dias úteis para apresentação das razões de recurso, ficando os demais licitantes intimados para apresentação de contrarrazão em igual prazo, contados após o término do prazo do recorrente, conforme dispõe o inciso XVIII do dispositivo estudado.

Feito o processamento e julgamento do recurso, e estando regularmente instruído o processo licitatório, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor, nos termos do inciso XXI.

Assim, será o vencedor convocado para a assinatura do contrato no prazo definido no edital, se este não comparecer será convocado o segundo vencedor, conforme preveem os incisos XXII e XXIII.

Como já exemplificado, aplicam-se as mesmas regras ao pregão eletrônico, sendo algumas especificações distintas, como preceitua o novo Decreto do pregão eletrônico, de nº 10.024/19.

6 A ATA DE SESSÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIZAÇÃO DA EXIGIBILIDADE DE DECLARAÇÃO ESCRITA PARA HABILITAÇÃO EM PREGÃO PRESENCIAL

Inicialmente, é importante destacar que a Lei do Pregão, bem como a Lei de Licitações e Contratos estabelecem os requisitos essenciais para habilitação do (s) licitante (s) que apresentou (aram) a (s) melhor (es) proposta (s).

Descreve o artigo 4º, inciso XIII da Lei nº 10.520/02:

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;

Ademais, prevê o artigo 27 da Lei nº 8.666/93 que para que haja a habilitação é necessário a apresentação de documentos relativos à habilitação jurídica; qualificação técnica; qualificação econômico-financeira; regularidade fiscal e trabalhista; cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Assim, estabelece a lei em seus artigos 28 a 31 as provas que deverão ser produzidas e os documentos necessários atinentes aos requisitos estabelecidos no artigo 27 para que reste configurada a habilitação do (s) licitante (s) e o prosseguimento do procedimento administrativo.

Exige, ainda, a Lei Nº 10.520/02 e a Lei 8.666/93 que os documentos de habilitação deverão ser apresentados em envelope lacrado, caso contrário será o licitante inabilitado. Não obstante, muitas vezes a Administração Pública reforça tal condição, conforme pode ser observado:

EDITAL DE PREGÃO (PRESENCIAL) nº 093/2019
SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS
PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 296/2019
DATA DA REALIZAÇÃO: 19/08/2019
HORÁRIO: a partir das 14:00 horas.
LOCAL: PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE RANCHARIA - SP

[...] 4.1.2. A proposta e os documentos para habilitação deverão ser apresentados, separadamente, em 02 envelopes fechados e indevassáveis, contendo em sua parte externa, além do nome da proponente, os seguintes dizeres: [...]. (grifos nosso).²⁴

EDITAL DE LICITAÇÃO

PREGÃO Nº 146/2019

DIA: 09/08/2019

HORA: 13:15 horas (Tolerância de 5 minutos)

LOCAL DE REALIZAÇÃO: Recinto do Departamento de Compras e Licitações, Prefeitura Municipal de Presidente Prudente.

ENDEREÇO: Av. Cel. José Soares Marcondes, 1.200, Centro, Presidente Prudente – SP.

INFORMAÇÕES: Fone: (18) 3902-4411, 3902 4440, 3902 4444 e 3902 4456

Fax: 3902-4412 (Dias úteis, das 08:00 às 16:00 horas) E-mail:

compras@presidentepudente.sp.gov.br

PROCESSO: Nº 14.916/2019

[...] 5.1 A PROPOSTA DE PREÇOS e os DOCUMENTOS PARA HABILITAÇÃO deverão ser apresentados no dia, hora e local designados para a realização do Pregão, aconicionados em envelopes separados e lacrados, identificados com os seguintes elementos: [...] (grifos nosso).²⁵

Ocorre que alguns requisitos legais e/ou editalícios são comprovados mediante declaração escrita elaborada pelo próprio licitante.

Por exemplo, a Lei de Licitação e Contratos estabelece que para estar hábil para contratar com a Administração deve o interessado cumprir o que estabelece a Constituição Federal de 1988 no artigo 7º, inciso XXXIII, ou seja, não deve empregar menores de dezoito anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz a partir de quatorze anos.

A Lei do Pregão não traz qualquer previsão sobre o meio de prova ser utilizado, muito menos a Lei de Licitações e Contratos. Assim, diante da necessidade de regulamentar o inciso V, do artigo 27 da Lei Nº 8.666/93, o legislador promulgou o Decreto Nº 4.358, de 05 de setembro de 2002²⁶ e estabeleceu que o cumprimento do dispositivo se dá por intermédio de declaração firmada pelo licitante. Ademais, o referido Decreto traz anexo o modelo de declaração ser elaborado.

²⁴RANCHARIA. Prefeitura Municipal de. **Edital de Pregão (Presencial) nº 093/2019**. Rancharia: online, 2019. Disponível em: <http://rancharia.sp.gov.br/Licitacoes/Processo/?i=48>. Acesso: em 11 ago. 2019.

²⁵PRUDENTE. Prefeitura Municipal de Presidente. **Edital de Licitação**. Presidente Prudente: online, 2019. Disponível em: <http://www.presidentepudente.sp.gov.br/transparencia/documento/?id=15019>. Acesso: em 11 ago. 2019.

²⁶BRASIL. República Federativa do. Decreto Nº 4.358, de 05 de setembro de 2002. Brasília, DF:_____, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4358.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

São também exemplos de declarações utilizadas no pregão, a declaração de inexistência de fato superveniente impeditivo da habilitação, declaração que dá ciência do cumprimento dos requisitos de habilitação e em outras hipóteses quando se faz necessário o preenchimento de algum requisito específico previsto no ato de convocação.

A fim de dar valor a essas declarações e presunção de veracidade se aplica os dispostos da Lei Nº 7.115, de 29 de agosto de 1983²⁷ aos processos licitatórios.

Importante mencionar que geralmente os próprios editais trazem os modelos de declarações em seu corpo.

Ocorre que muitas vezes durante a sessão pública deixa o licitante de apresentar a declaração que comprova o preenchimento dos requisitos, o que leva muitas vezes à sua inabilitação. Explica-se, muitas vezes, porque o pregoeiro pode decidir por reduzir a termo a declaração do licitante na ata ou permitir que seja feita durante o certame a punho, mas não há previsão legal para tanto.

Devido a inércia do legislador e a exigência no tocante aos documentos de habilitação constarem em envelope lacrado, a maioria dos pregoeiros optam pela inabilitação, buscando resguardar sua conduta conforme a legalidade.

Acontece que, mediante recurso administrativo ou medida judicial, podem ter suas decisões revertidas, e ficam sem saber como proceder corretamente diante deste cenário de incertezas e de insegurança jurídica que pairam na atualidade.

Pouco se diz a jurisprudência e a doutrina sobre essa problemática, mas na prática prevalece a preferência pela inabilitação, sob o argumento de observância ao princípio da legalidade estrita e princípio da vinculação ao instrumento (ato) de convocação.

Entretanto, tal decisão pode implicar em prejuízos para a Administração, vez que é inabilitado o licitante que apresentou a melhor proposta durante a fase de

²⁷ BRASIL. República Federativa do. **Lei Nº 7.115, de 29 de agosto de 1983**. Brasília, DF: _____, 1983. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7115.htm. Acesso: em 18 ago. 2019.

lances e poderá estender o tramite se este manifestar interesse em recorrer, o que atrasa a celebração do contrato.

Por essa razão, o presente trabalho visa trazer a flexibilização da exigência de declaração escrita em envelope lacrado para a habilitação do licitante, vez que poderá essa ser redigida na própria ata de sessão pública pelo pregoeiro (fé pública), desde que aquele que declarar oralmente a situação da empresa seja o representante legal ou quem tenha conhecimento sobre sua situação, se este não o tiver proceder a inabilitação. Caso, a declaração proferida não corresponda com a verdade se submeterá o licitante às sanções civis, administrativas e criminais conforme prevê a Lei Nº 7.115 de 1983, no artigo 2º.

Estabeleceu o legislador no artigo 43, §3º, da Lei de Licitações e Contratos a possibilidade de a autoridade competente a qualquer tempo da licitação realizar diligências a fim de complementar a instrução do processo, o que justificaria o ato do pregoeiro em reduzir a termo a declaração do licitante na ata de sessão pública e sua posterior habilitação.

Podemos dizer que configura excesso de formalismo a exigência da declaração escrita em envelope lacrado, já que as declarações podem ser feitas via oral e ainda possuem efeito jurídico, e o fato de serem redigidas por servidor público na ata dão autenticidade a declaração, devido a fé pública que possui o servidor.

Quanto ao princípio da estrita legalidade e da vinculação ao ato convocatório, estes serão flexibilizados pelo princípio da razoabilidade e da proporcionalidade e pelo princípio do formalismo moderado, vez que se busca sempre a melhor proposta para atender os interesses da Administração Pública, o que justifica a flexibilização do procedimento no tocante a declaração para habilitação.

Em consulta ao portal da transparência do Município de Vidal Ramos/SC, por exemplo, constatou-se que no ano de 2016 ocorreu o Pregão Presencial nº 43/2016, que visava a aquisição de mão de obra para assentamento de lajota sextavada de concreto. Durante o certame manifestou a empresa Sona Construtora Ltda Epp, interesse em recorrer, tendo em vista que foi inabilitada por falta de declaração escrita de que cumpriria plenamente os requisitos de habilitação. Em análise ao recurso, a comissão de licitação deu provimento e declarou a empresa habilitada pelos seguintes argumentos:

Com efeito, a licitação tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, bem como assegurar igualdade entre os concorrentes (princípio da isonomia), não devendo incluir cláusulas ou condições que comprometam, restringem ou frustrem o seu caráter competitivo.

Desta feita, caso a licitante preencha todos os demais requisitos do processo de habilitação, a mera falta de declaração escrita não tem o condão de desclassificá-la do certame, haja vista se tratar de mera exigência formal, que não é indispensável ao cumprimento das obrigações do contrato administrativo.

Diante disso, há de ser reconsiderada a decisão desta Comissão, para declarar habilitada a licitante SONA CONSTRUTORA LTDA EPP no Processo Licitação nº 43/2016.²⁸ (grifo nosso)

Também em consulta ao Portal da Transparência do Município de Barão de Cotegipe/RS, em outra exemplificação, verificou-se que no ano de 2016, durante a sessão do Pregão Presencial Nº 003/2016, a empresa Indyana Comércio de Veículos Ltda manifestou interesse de recorrer da decisão do pregoeiro por ter aceitado declaração de habilitação redigida a punho durante o certame ao verificar a ausência do documento pela Empresa Jardine Veículos Ltda e requereu sua desclassificação.

Em análise ao recurso e a impugnação apresentada decidiu a comissão pelo indeferimento e pela adjudicação e homologação do certame sob a justificativa:

[...] As atribuições do pregoeiro facultam-lhe decidir sobre algumas questões envolvendo preços, marcas, qualidade dos produtos e condições de aceitabilidade das propostas. Como no caso do pregão presencial, a presença dos representantes das empresas facilita o exercício dessas atribuições. O pregoeiro poderá permitir que pequenos equívocos sejam corrigidos pelos representantes presentes ao certame. Desta forma, o pregoeiro usando de suas prerrogativas solicitou ao representante da empresa a elaboração do documento de próprio punho, mesmo porque a declaração em questão trata de documento a ser expedido pela própria licitante, portanto pode-se concluir, sim, que a elaboração e a apresentação da declaração no momento da sessão é mera formalidade que pode ser sanada com a autorização do pregoeiro.

[...]

Nos casos em que uma questão formal não inviabiliza a essência jurídica do ato, é dever da Administração considerá-lo como válido, aplicando o princípio do formalismo moderado. A essência de tal princípio é representada pela

²⁸ RAMOS. Prefeitura Municipal de Vidal. **Pregão Presencial Nº 43/2016**. Vidal Ramos: Portal da Transparência: Licitações, 2016. Disponível em: <https://www.prefeituravidalramos.com.br/licitacoes/index/detalhes/codMapaItem/21506/codLicitacao/77015>. Acesso: em 25 ago. 2019.

presença dos erros ou vícios formais, os quais podemos definir como aqueles que, mesmo caracterizando infração ao instrumento convocatório, e até mesmo a textos normativos, não ofendem a essência do interesse que a forma visa exteriorizar. [...] (grifo nosso).²⁹

Extrai-se dos recursos que há divergências entre as Administrações devido a inexistência de previsão legal.

Em consulta ao Portal da Ordem dos Pregoeiros do Brasil da Seccional de Paraíba, em matéria de 14 de outubro de 2015, sob o tema “Dicas e decisões do TCU que todos os pregoeiros devem conhecer”, há uma recomendação de que “a declaração de cumprimento dos requisitos de habilitação pode ser redigida e firmada na própria sessão. A declaração também pode ser apresentada de modo oral, devendo o pregoeiro registrá-la em ata”.³⁰

Posicionamento este que pode ser estendido às declarações exigidas em envelope lacrado.

Conclui-se que a exigência de declaração escrita em envelope lacrado para habilitação, como a prevista no artigo 27, inciso V da Lei de Licitações e Contratos, pode ser flexibilizada, vez que presente o representante da empresa ou pessoa capacitada no pregão presencial possibilita que seja feita a declaração de forma oral e redigida em ata ou a próprio punho durante o certame, vez que o documento é expedido pelo próprio licitante, sendo sua exigência nas condições específicas do edital excesso de formalismo.

Ademais, não há violação do princípio da legalidade e nem do princípio da vinculação ao ato convocatório, vez que são relativizados pelo princípio da razoabilidade e da proporcionalidade e pelo princípio do formalismo moderado.

Além do mais, tal medida garante celeridade e competitividade ao procedimento administrativo, e, ainda, visa atender os interesses da Administração

²⁹ COTEGIPE. Prefeitura Municipal Barão de. **Pregão Presencial Nº 003/16**. Barão de Cotegipe: Portal da Transparência: Licitações, 2016. Disponível em: <https://www.baraodecotegipe.rs.gov.br/site/licitacao/?pagina=18&codigo=137/licitacoes---pregao-presencial---003-16>. Acesso: em 25 ago. 2019

³⁰ PARAÍBA. A Ordem dos Pregoeiros do Brasil Seccional. **Dicas e decisões do TCU que todos os pregoeiros devem conhecer**. Online: 2015. Disponível em: <http://opbspb.blogspot.com/2015/10/dicas-e-decisoes-do-tcu-que-todos-os.html>. Acesso: em 25 ago. 2019.

Pública e da coletividade, tendo em vista que permitirá a habilitação do licitante que apresentar a melhor proposta.

7 FISCALIZAÇÃO ESTATAL

Cabe a Administração Pública, além de fiscalizar a execução do contrato, fiscalizar o teor dos documentos apresentados pelos licitantes para habilitação.

Por exemplo, não deve a Administração Pública firmar com empresa que emprega menores de dezoito anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz a partir de quatorze anos.

O licitante comprova sua regularidade através de declaração, cujo teor presume-se verdadeiro.

Ocorre que encerrada a licitação e homologado o procedimento administrativo, na grande maioria, não há fiscalização sobre a veracidade do que foi declarado.

Geralmente a fiscalização se dá sobre o procedimento realizado, a conduta dos servidores, a execução, mas não sobre a empresa e os documentos por ela apresentados.

Pode acontecer de serem as declarações falsas e a Administração não tomar conhecimento devido a inexistência de fiscalização e isso pode gerar inúmeros prejuízos, podendo inclusive, ir contra os princípios e regulamentações dispostas pela Carta Magna.

8 PROJETO DE LEI Nº 1.292/95 – A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Conforme se verifica no Portal Eletrônico da Câmara dos Deputados³¹, o Plenário aprovou, na data de 25 de junho de 2019, o texto principal do projeto da nova Lei de Licitações.

Embora seja um projeto de 1995, ele traz inovações ao sistema licitatório brasileiro, vez que há criação de novas modalidades, tipificação de crimes e previsão de seguro-garantia para grandes obras.

No tocante ao procedimento a inversão de fases passa ser regra, ou seja, primeiro serão julgadas as propostas e posteriormente a habilitação do licitante que apresentou a melhor oferta, operando, portanto, maior celeridade ao procedimento.

Importante mencionar que, dentre as modalidades existentes, a Lei manterá apenas o pregão, a concorrência, o concurso e o leilão, mas, em contrapartida, haverá criação do diálogo competitivo para obras, serviços e compras de grande vulto.

Segundo o portal da Câmara dos Deputados o diálogo competitivo funcionará da seguinte forma:

[...] primeiramente, a administração divulgará em edital suas necessidades e exigências, dando prazo de 25 dias úteis para manifestação dos interessados. Esse edital definirá ainda critérios de pré-seleção.

Por meio de reuniões gravadas em áudio e vídeo com os licitantes, a administração manterá diálogos até que identifique uma solução que atenda a suas necessidades sem revelar a outros licitantes as soluções propostas pelos concorrentes.

Ao fim da fase de diálogos, a administração divulgará os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa. Essa é a fase competitiva.

O órgão de controle externo poderá acompanhar e monitorar os diálogos competitivos, opinando sobre a legalidade, legitimidade e economicidade da licitação antes da celebração do contrato respectivo.

³¹ PIOVESAN, Eduardo. **Câmara aprova texto-base de nova Lei de Licitações**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/560807-camara-aprova-texto-base-de-nova-lei-de-licitacoes/> Acesso: em 01 set. 2019.

A nova lei também prevê a possibilidade de Administração Pública optar pela continuidade de um contrato após ser constatado irregularidade, se sua rescisão vier causar prejuízos à população, mas será obrigatória a cobrança de indenização por perdas e danos e aplicação de penalidade, se for o caso.

Além do mais, será proibido contratar com pessoa física ou jurídica que nos cinco anos anteriores tenha sido condenada judicialmente com trânsito em julgado por exploração de trabalho infantil, empregar trabalhadores à condição análoga à de escravo ou contratação de adolescentes nos casos vedados pela legislação trabalhista.

Conclui-se que a nova lei visa garantir celeridade ao procedimento, garantir a melhor oferta e trazer maior segurança na celebração do contrato, vez que seu descumprimento poderá implicar em penalidades e em indenização por perdas e danos.

9 CONCLUSÃO

A Administração Pública, por meio de seus agentes, tem por principal finalidade atender os anseios e as necessidades da coletividade, conforme já esclarecido pormenorizadamente.

Na maioria das vezes para que o objetivo seja atingido necessário se faz a aquisição de bens, contratação de serviços e até mesmo alienações, dentre outros previstos em lei. Ato estes que são realizados através do processo de licitação pública previsto no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988.

Conforme também esclarecido, tal procedimento é regulamentado pela Lei nº 8.666/93 e prevê cinco modalidades: a) concorrência; b) tomada de preços; c) convite; d) concurso; e) leilão, cada uma com suas peculiaridades, conforme já exemplificado no presente trabalho.

Não obstante, também é modalidade de licitação o pregão que adveio com a promulgação da Lei nº 10.520/02. Procedimento este que apresentou grande avanço e de certa forma demonstrou maior agilidade na concretização dos contratos almejados tendo em vista que apresenta certa desburocratização no procedimento em comparação com as demais modalidades previstas na Lei nº 8.666 de 1993.

Ocorre que a Lei do Pregão, bem como a Lei de Licitações acabaram deixando algumas lacunas, sendo uma delas o objeto do presente do trabalho, qual seja quanto a possibilidade de o licitante, durante a fase de habilitação, realizar declarações orais para que sejam reduzidas a termo em ata pelo pregoeiro, caso não apresente a declaração necessária para sua habilitação, como por exemplo a exigida para comprovar o cumprimento do disposto no artigo 7º, inciso XXXIII da Magna Carta e artigo 27, inciso V da Lei nº 8.666/93.

Importante mencionar que tal situação é muito pouco debatida na doutrina e jurisprudência, não havendo posicionamento uniforme e, por essa razão, durante o certame o pregoeiro muitas vezes opta pela inabilitação para resguardar sua conduta com a legalidade, já que a lei exige que o documento esteja em envelope lacrado.

No entanto, conceder a oportunidade ao representante da empresa ou à pessoa capacitada que esteja presente no pregão presencial de realizar a declaração oralmente, constando-se em ata, não fere a Constituição Federal e nenhum princípio que norteia a Administração Pública e a Licitação.

Pode-se dizer que a exigência de tal documento constar em envelope lacrado é excessiva formalidade, podendo ser invocado o princípio da razoabilidade e proporcionalidade e o princípio do formalismo moderado.

Assim sendo, tal medida visa tutelar os interesses da Administração Pública e da coletividade, já que permitirá a habilitação daquele que apresentar a melhor proposta e garantirá celeridade e competitividade ao procedimento administrativo e caso o teor da declaração não corresponda com a verdade o licitante poderá sofrer sanções civis, administrativas e criminais conforme prevê o artigo 2º da Lei nº 7.115 de 1983.

Além disso, a Administração Pública na maioria das vezes não realiza a fiscalização sobre a empresa e o teor dos documentos por ela apresentados, se restringe ao procedimento administrativo realizado, a conduta do servidor público e a execução do contrato. E a ausência de fiscalização, neste sentido, acaba por ser extremamente prejudicial para a Administração Pública, ferindo os princípios que a sustentam e as normas estabelecidas na própria Constituição Federal.

Conclui-se, com o presente trabalho, que a flexibilização da declaração em licitações públicas na modalidade pregão presencial, feitas de forma verbal e reduzidas a termo na própria ata da Sessão Pública, apresenta imensos benefícios, atingindo a sua principal finalidade, qual seja a escolha na melhor proposta, não eximindo, todavia, a Administração Pública de exercer o seu poder-dever de fiscalização estatal, averiguando, posteriormente, a veracidade da declaração emitida, nos moldes da lei operante.

REFERÊNCIAS

ACÓRDÃO 841/2010 – Plenário. **Processo nº 008.446/2009-1**. Tribunal de Contas da União. Data da Sessão: 28 de abril de 2010. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO:841%20ANOACORDAO:2010%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20. Acesso em: 14 jul. 2019.

ACÓRDÃO 1620/2010 – Plenário. **Processo nº 023.093/2008-6**. Tribunal de Contas da União. Data da Sessão: 07 de julho de 2010. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-1153433/DTRELEVANCIA%20desc/0/sinonimos%3Dfalse. Acesso em: 09 jul. 2019.

ACÓRDÃO 2166/14 – Plenário. **Processo nº 011.468/2014-9**. Tribunal de Contas da União. Data da Sessão: 20 de agosto de 2014. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-1318528/DTRELEVANCIA%20desc/0/sinonimos%3Dfalse. Acesso em: 11 ago. 2019.

ACÓRDÃO 980/2018 – Plenário. **Processo nº 027.227/2014-6**. Tribunal de Contas da União. Data da Sessão: 02 de maio de 2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO:980%20ANOACORDAO:2018%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20. Acesso em: 14 jul. 2019.

BRASIL, Estados unidos do. **Decreto Nº 4.536, de 28 de janeiro de 1.922**. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1.922. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4536-28-janeiro-1922-567786-publicacaooriginal-91144-pl.html>. Acesso em: 21 fev.2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

BRASIL. **Decreto Nº 9.412, de 18 de junho de 2.018**. Brasília:____, 2.018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9412.htm#art1. Acesso em: 09 jul. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Brasília:____, 2.002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 13 jul. 2019.

BRASIL. República Federativa do. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. República Federativa do. **Decreto Nº 10.024, de 20 de setembro de 2019.** Brasília, DF:____, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. República Federativa do. **Decreto Nº 3.555, de 8 de agosto de 2000.** Brasília:____, 2.000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3555.htm. Acesso em: 13 jul. 2019.

BRASIL. República Federativa do. **Decreto Nº 4.358, de 05 de setembro de 2002.** Brasília, DF:____, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4358.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. República Federativa do. **Decreto-Lei Nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Brasília, DF:____, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. República Federativa do. **Lei Nº 7.115, de 29 de agosto de 1983.** Brasília, DF:____, 1983. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7115.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. República Federativa do. **Lei Nº 7.783, de 28 de junho de 1989.** Brasília, DF:____, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7783.htm. Acesso em: 08 mar. 2019.

BRASIL. República Federativa do. **Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Brasília, DF:____, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 21 jun. 2019.

COTEGIPE. Prefeitura Municipal Barão de. **Pregão Presencial Nº 003/16.** Barão de Cotegipe: Portal da Transparência: Licitações, 2016. Disponível em: <https://www.baraodecotegipe.rs.gov.br/site/licitacao/?pagina=18&codigo=137/licitacoes---pregao-presencial---003-16>. Acesso em: 25 ago. 2019

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo.** 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FAGOTI, Rodrigo França. **Da licitação pública: modalidade pregão sob a luz da lei 10.520/02.** 2005. 90 f. Monografia Graduação (Bacharel em Direito) - Faculdades Integradas 'Antônio Eufrásio de Toledo', Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2013.

LÓPEZ-ELÍAS, José Pedro. **Aspectos jurídicos de la licitación pública en México**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/543/6.pdf> . Acesso em: 10 mar. 2019.

MARQUES, José Roberto. **Entenda a diferença entre Administração Direta e Indireta**. _____: Instituto Brasileiro de Coaching, 2018. Disponível em: <https://www.ibccoaching.com.br/portal/entenda-diferenca-entre-administracao-direta-e-indireta/>. Acesso em: 25 mar. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

PALAVÉRI, Marcelo. **Municípios e licitações públicas: análise das licitações municipais à luz da lei n. 8.666/1993 e suas alterações - teoria, prática e jurisprudência (inclui o pregão - lei n. 10.520)**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003.

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

PARÁIBA. A Ordem dos Pregoeiros do Brasil Seccional. **Dicas e decisões do TCU que todos os pregoeiros devem conhecer**. Online: 2015. Disponível em: <http://opbspb.blogspot.com/2015/10/dicas-e-decisoes-do-tcu-que-todos-os.html>. Acesso em: 25 ago. 2019.

PIOVESAN. Eduardo. **Câmara aprova texto-base de nova Lei de Licitações**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/560807-camara-aprova-texto-base-de-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 01 set. 2019.

PRUDENTE. Prefeitura Municipal de Presidente. **Edital de Licitação**. Presidente Prudente: online, 2019. Disponível em: <http://www.presidenteprudente.sp.gov.br/transparencia/documento/?id=15019>. Acesso em: 11 ago. 2019.

RAMOS. Prefeitura Municipal de Vidal. **Pregão Presencial Nº 43/2016**. Vidal Ramos: Portal da Transparência: Licitações, 2016. Disponível em: <https://www.prefeituravidalramos.com.br/licitacoes/index/detalhes/codMapaltem/21506/codLicitacao/77015>. Acesso em: 25 ago. 2019.

RANCHARIA. Prefeitura Municipal de. **Edital de Pregão (Presencial) nº 093/2019**. Rancharia: online, 2019. Disponível em: <http://rancharia.sp.gov.br/Licitacoes/Processo/?i=48> . Acesso em: 11 ago. 2019.

RIBEIRO, Geraldo Luiz Vieira. **A evolução da licitação**. Universidade Federal de Santa Catarina: eGov, 2011. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/evolu%C3%A7%C3%A3o-da-licita%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 21 fev.2019.

ROGOSKI, Daniel. **Diferença entre pregão eletrônico e presencial**. ____: Effecti: online, 2017. Disponível em: <https://www.effecti.com.br/pregao-eletronico-e-presencial/>. Acesso em: 15 jul. 2019.

UNIÃO. Tribunal de Contas da. **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/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1>. Acesso em: 22 jun. 2019.

ZANZONI, Luciano S. **Entendendo licitações e contratos administrativos: aquisições e contratações na Administração Pública de forma simples e didática**. Brasília: Gestão Pública, 2015.