

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO
FACULDADE ASCES
CURSO DE DIREITO

HEBERTTON RAMONN DE FREITAS MELO

A QUESTÃO DA (IN) SEGURANÇA DO PREGÃO ELETRÔNICO

CARUARU

2016

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO
FACULDADE ASCES
CURSO DE DIREITO

HEBERTTON RAMONN DE FREITAS MELO

A QUESTÃO DA (IN) SEGURANÇA DO PREGÃO ELETRÔNICO

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à FACULDADE ASCES, como requisito parcial, para orientação do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Luís Felipe Andrade Barbosa.

CARUARU

2016

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: __/__/____.

Presidente: Luís Felipe

Primeiro avaliador: Prof.

Segundo avaliador: Prof.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, autor do meu destino, meu guia, socorro presente na hora de angústia, a São Jorge, meu santo protetor, a qual eu sou devoto e confio minha guarda e proteção, dedico ao meu pai Roberivan de Melo, ao meu irmão Roberivande Melo Filho e a minha namorada Cecília Gomes, fontes de inspiração na minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu professor Luís Felipe Barbosa, pela paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia. A todos os professores do curso, que foram tão importantes na minha vida acadêmica, em especial o professor Fernando Andrade, ao qual devo a minha admiração e respeito. Aos amigos e colegas, pelo incentivo e pelo apoio constantes, bem como dirijo meus agradecimentos a todos aqueles que, direta ou indiretamente contribuíram para minha evolução acadêmica.

“Não quero vocês fraquejando em nada que surja como obstáculo, esta vida é pra ser vivida, e Deus disse: viverás do suor de teu rosto! Meus filhos, isto significa que todos nós temos problemas que requerem de nós esforço, dedicação e coragem para resolvê-los”.

(Roberivan de Melo)

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como tema a (in) segurança do pregão eletrônico, e tem como objetivo geral realizar uma análise da real eficiência desse procedimento licitatório, haja vista tal certame apresentar-se como solução para Administração Pública, pois é considerada uma modalidade segura, eficiente e econômica, mas por outro lado mostra vulnerabilidade frente aos esquemas que visam fraudar o seu procedimento. Por conseguinte, o objetivo específico é analisar em que situações e de que modo essas fraudes acontecem, bem como verificar de que maneira o Poder Público está agindo perante esses acontecimentos. Neste sentido, a presente pesquisa foi realizada através do método indutivo e qualitativo, podendo ser classificada quanto ao seu objeto em exploratória e descritiva e, em relação aos procedimentos técnicos, realizada através de pesquisa bibliográfica e estudo de caso. O trabalho teve como resultado a compreensão de que existe uma incógnita quanto à segurança do procedimento licitatório na modalidade Pregão, especificamente na espécie eletrônica, que ora é visto como um grande avanço em termos de adequação da gestão pública diante da globalização, mas que ora é fato gerador de dúvida perante os registros de fragilidade em se tratando da sua segurança.

Palavras-chave: Licitação. Pregão Eletrônico. Segurança. Administração Pública. Fraude. Supremacia do Interesse Público.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| CAPÍTULO I – LICITAÇÃO..... | 11 |
| 1.1 Princípios da Licitação..... | 13 |
| 1.2 Licitação no ordenamento jurídico brasileiro | 15 |
| 1.3 Modalidades de Licitação | 16 |
| 1.3.1 Concorrência | 17 |
| 1.3.2 Tomada de Preços | 18 |
| 1.3.3 Convite | 20 |
| 1.3.4 Concurso | 21 |
| 1.3.5 Leilão..... | 21 |
| CAPÍTULO II – PREGÃO | 23 |
| 2.1 Histórico do Pregão | 23 |
| 2.2 Características do Pregão | 25 |
| 2.3 Pregão eletrônico | 27 |
| 2.4 Segurança do Pregão eletrônico | 30 |
| CAPÍTULO III – A QUESTÃO DA (IN) SEGURANÇA DO PREGÃO ELETRÔNICO | 35 |
| 3.1 Fraudes em licitações..... | 36 |
| 3.2 Combate às fraudes em Pregões Eletrônicos | 38 |
| 3.3 Possíveis soluções para as principais fraudes cometidas nos Pregões Eletrônicos..... | 40 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 43 |
| REFERÊNCIAS..... | 45 |

INTRODUÇÃO

A sociedade moderna preocupa-se cada vez mais com a transparência dos atos da Administração Pública e clama incessantemente pela devida e proba aplicação do dinheiro público. Partindo desse pressuposto, pode-se citar o procedimento da licitação como um dos mais eficientes atos administrativos que concretiza o princípio da supremacia do interesse público, pois ele funciona como mecanismo de controle, com o intuito de afastar a possibilidade de fraudes contra a Administração. Com o passar do tempo, infelizmente, as modalidades licitatórias utilizadas para garantir tal segurança, sofreram com a atuação de gestores, agentes públicos e fornecedores, que conseguiram por meios ilícitos, burlar o procedimento, sangrando os cofres públicos através de fraudes na licitação, entre outras atividades, visando auferir lucro mediante as finanças da Administração Pública, minimizando o verdadeiro sentido da gestão administrativa, qual seja, prestar os devidos serviços aos administrados de maneira eficiente e econômica.

O presente trabalho preocupa-se em fazer uma análise sistemática acerca do uso da licitação nas aquisições do Poder Público, a fim de demonstrar ao leitor de que forma funciona esse procedimento dentro da Administração Pública. No entanto, o objetivo não é de esgotar o referido tema, mas sim de introduzir toda uma noção geral acerca dos certames licitatórios existentes, para que se possa diferenciar os institutos, pois o principal ponto abordado refere-se a uma nova modalidade que foi apresentada nos moldes da lei como uma solução prática, segura e econômica, que beneficiaria todos os administrados bem como os Administradores. Este novo procedimento, denominado Pregão, mais econômico e mais seguro, fez-se necessário para os procedimentos licitatórios, buscando atingir a real finalidade da atividade administrativa.

O Pregão, modalidade a qual se conferiu tamanha responsabilidade é o objeto central da discussão ora apresentada. O presente trabalho visa mostrar de que maneira tal modalidade de licitação adentrou no ordenamento jurídico brasileiro, visando principalmente demonstrar de que forma esse instrumento foi aperfeiçoado, perfazendo-se como um prático, e, em teoria, seguro meio de aquisição de bens por parte do Poder Público. Sobre essa temática, ao longo do trabalho faz-se um

caminho lógico para que se chegue até a abordagem principal, onde se expõe todo o aparato procedimental do certame, destacando-se os benefícios e explicando quais as principais divergências doutrinárias acerca dessa espécie de licitação, enfocando na forma eletrônica, tendo em vista que apesar de inúmeras vantagens que essa versão do pregão trouxe, também foi possível observar pontos de fragilidade dessa modalidade, que como as demais espécies licitatórias, também está sofrendo a ação de cartéis, organizados para fraudar licitações e desviar dinheiro público.

Para o seu desenvolvimento lógico, este trabalho foi dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo cuida em apresentar o tema licitação tendo em vista a sua previsão constitucional diante do art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988. Em conformidade com a previsão legal passa-se a observar os Princípios da Licitação, os quais são diretrizes para a sua aplicação, verificando em seguida a sua base legal e definindo a sua usualidade conforme cada modalidade em espécie presente na Lei nº 8.666/93.

Não obstante a isso, o segundo capítulo destina-se ao estudo do Pregão como espécie licitatória, destacando o seu deslocamento histórico no ordenamento jurídico, o seu advento definitivo com a Lei nº 10.520/02 e as suas características que o faz diferente das modalidades convencionais constantes na lei de licitações. Além disso, o trabalho presta-se a analisar o Pregão Eletrônico, que é o foco principal da pesquisa. Ainda no segundo capítulo a discussão central do estudo é apresentada, onde a relevância se faz por meio do debate sobre a segurança do certame diante de esquemas de fraude aos pregões na espécie eletrônica, sempre apontando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

No terceiro e último capítulo, a abordagem concentra-se em dois pontos de extrema pertinência, os quais são distribuídos em três tópicos. O primeiro trata da exposição do sistema de licitação no Brasil frente à atuação de fornecedores inidôneos ou agentes públicos corruptos, em seguida é apresentado os meios existentes de combate a corrupção e de que forma os casos estão sendo tratados nos tribunais. Por fim, e de muita importância, o trabalho busca mostrar quais as principais práticas que estão em evidência diante das fraudes comprovadas e quais

as possíveis atitudes que podem ser tomadas para minimizar essa ação que enfraquece a Administração Pública.

O ápice de relevância do trabalho diz respeito à segurança do Pregão eletrônico. O tema vem ao encontro dos anseios da sociedade, haja vista que a busca pela moralidade nos certames públicos vem sendo cada vez mais aclamada diante dos reincidentes casos de violação da lei em detrimento dos interesses da coletividade.

Por conseguinte, o estudo apresentado pretende relatar o deslocamento histórico, bem como analisar sua introdução no quadro legislativo desde sua criação, além de discutir os seus aspectos gerais e desenvolver um exame acerca da eficácia do seu procedimento, buscando aferir a sua segurança, esclarecendo então, de que maneira o interesse público está sendo tutelado pela Administração Pública.

CAPÍTULO I – LICITAÇÃO

A palavra licitação vem do latim *licitationem*, palavra essa que é derivada de *licitatio* ou *licitationes*, que traz em seu significado a ideia de arrematação, venda por lances. No entanto, no âmbito do Direito Administrativo, a palavra licitação representa algo diferente, refere-se ao procedimento da Administração Pública que é veículo necessário para que se viabilizem os contratos da Administração.

A Administração Pública, sempre voltada à satisfação do interesse público, tem por obrigação e responsabilidade buscar os melhores negócios; a licitação, atendendo a esta premissa, atua como instrumento assegurador de tal requisito, pois seu procedimento busca contratar aquele interessado que fornecer a proposta mais vantajosa, ou seja, aquela que melhor atenda ao interesse da Administração.

Em respeito ao princípio da igualdade, o certame licitatório também assegura aos interessados o direito de habilitação à contratação de forma isonômica, não fazendo nenhuma distinção entre eles. Esses dois pontos formulam uma ideia geral do que propõe a licitação, ou seja, o procedimento licitatório busca satisfazer o interesse público por meio de contratos que ofereçam uma proposta vantajosa à Administração Pública, ao mesmo tempo em que assegure igualdade de oportunidade a aqueles que estão interessados a contratação.

Essas características estão dispostas legalmente no texto do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988:

Art. 37. 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.

A licitação é um procedimento que está intimamente ligado à satisfação do interesse público, pois, mediante seu certame, é possível analisar qual proposta é a que melhor se adequa as necessidades da Administração.

Dando sua parcela de contribuição, explica Hely Lopes Meirelles (2005, p.82):

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.

Para Marçal Justen Filho (2005, p. 309):

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Licitação, então, é um procedimento administrativo que objetiva a seleção da melhor proposta entre as apresentadas, seguindo regras objetivas, respeitada a isonomia entre os participantes. (PRADO, 2011, p. 01)

Para fortalecer o embasamento sobre tal temática, é de grande importância observar o julgado do STF onde, por meio dele, conceitua-se o certame licitatório e destaca-se suas características:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 16 E 19 DA LEI N. 260, DO ESTADO DE RONDÔNIA. SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO AUTOMÁTICA DE LINHAS MUNICIPAIS DE TRANSPORTE COLETIVO EM PERMISSÃO INTERMUNICIPAL. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA ENTRE LICITANTES. LICITAÇÃO. ISONOMIA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º, 175 E 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. (...)3. **A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia.** Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso --- o melhor negócio --- e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. (...) (STF - ADI: 2716 RO, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 29/11/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008 EMENT VOL-02310-01 PP-00226 RTJ VOL-00204-03 PP-01114) **(grifos nossos)**

Então a licitação é um procedimento administrativo, anterior às contratações do Poder Público, com intuito de selecionar a proposta mais vantajosa, ou seja, a

que mais se adequa ao interesse público, pautado no princípio da isonomia, oferecendo iguais oportunidades a todos aqueles que queiram contratar com o Estado e ainda objetiva promover o desenvolvimento nacional sustentável, objetivo esse que foi introduzido pela Lei 12.349/10, conversão da Medida Provisória nº495/10.

A lei que regulamenta a licitação e os contratos da Administração Pública é a Lei nº 8.666/93, a referida lei institui normas e princípios a serem observados pelo certame, de acordo com ela, as obras, serviços de engenharia, serviços de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito da administração pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios ficam subordinados as suas normas de licitação e contratação.

Como está previsto no art.1º da Lei 8.666/96:

Art.1º:Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, 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.

Observada a referida norma, resta claro que para obras e serviços de engenharia, serviços de publicidade, compras, alienações e locações, além de concessões e permissões feitas pela Administração Pública no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, seja dos órgãos da administração direta ou indireta, devem ser precedidas obrigatoriamente de licitação, pois dizem respeito ao interesse público.

1.1 Princípios da Licitação

O certame licitatório obedece a observância de alguns princípios específicos que estão apontados no art. 3º da Lei nº 8.666/93, que serão estudados a partir de agora nesse tópico, conforme se observa a seguir:

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.

O princípio da publicidade na licitação está relacionado a transparência que deve ter o procedimento licitatório, sendo a publicação do edital o meio mais comum de se dar publicidade ao certame. No entanto esse princípio não se restringe a publicação do edital, ele possibilita também que qualquer cidadão tenha informações sobre o procedimento, uma vez que a licitação trata de assunto de interesse público.

A professora Fernanda Marinela Souza Santos ensina que (SANTOS, 2006, p. 264):

A licitação, assim como qualquer outro procedimento administrativo, deverá observar o princípio da publicidade, permitindo o conhecimento pelos interessados, bem como o controle pelos administrados.

A vinculação ao instrumento convocatório é o princípio que traz observância às regras estabelecidas pelo instrumento convocatório, ou seja, o edital de convocação vai estabelecer todas as regras que devem ser obedecidas durante a licitação, não podendo o administrador determinar exigência que não esteja prevista nele nem deixar de observar regra ou requisito que nele esteja disposto.

Para o momento, faz-se necessária a análise do seguinte trecho trazido pela doutrinadora Fernanda Marinela Souza Santos (2015, p. 391):

Assim o edital é dito a lei interna da licitação e deve definir tudo que é importante para o certame, não podendo o administrador exigir nem mais e nem menos do que está previsto nele.

O certame licitatório também contempla o princípio do julgamento objetivo, prevendo que a Administração Pública, por meio do instrumento convocatório, deve estabelecer o critério que será utilizado para a escolha do vencedor, indicando qual o tipo de licitação a ser utilizada. Para melhor esclarecimento, entende-se como tipo de licitação, o critério estabelecido pra escolha do vencedor, podendo ser do tipo melhor preço, melhor técnica, técnica e preço, e maior lance, como expresso no art. 45, §1º da Lei de Licitações:

Art.45. §1º Para os efeitos deste artigo, constituem-se tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

- I – a de menor preço – quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;
- II – a de melhor técnica;
- III – a de técnica e preço;
- IV – a de maior lance ou oferta – nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

Também é reconhecido como específico da licitação o princípio do sigilo das propostas; esse princípio defende que as propostas deverão ser sigilosas até a data marcada para a abertura de todos os envelopes em conjunto com todos os competidores em sessão pública, é importante ressaltar que o não cumprimento desse princípio enseja em improbidade administrativa e crime na licitação.

Desta forma, mister é destacar a extrema importância do atendimento de tais princípios, haja vista que são delineadores do certame, exercendo papel de diretriz dos atos procedimentais da licitação, podendo ser caracterizado crime a sua inobservância, pois a desconformidade do ato com os princípios pode-se ensejar vantagem a alguma das partes licitantes, contrariando o princípio da isonomia, comprometendo a imparcialidade do Poder Público frente as contratações.

1.2 Licitação no ordenamento jurídico brasileiro

A exigibilidade, o regramento, os princípios e diretrizes do procedimento licitatório estão previstos legalmente em diversos diplomas do nosso ordenamento jurídico, desde a exigência expressa na Constituição Federal de 1988, até as leis específicas que tratam do trâmite licitatório.

A Constituição Federal de 1988 instituiu ao quadro legislativo brasileiro, a obrigatoriedade da licitação para aquisição de bens e serviços, compras, alienações e obras cuja finalidade esteja ligada aos interesses da Administração Pública. Essa exigência está prevista no artigo 37 inciso XXI da Constituição Federal de 1988:

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.

Mediante essa previsão dada pelo texto do mencionado artigo da Carta Magna, a Administração Pública, direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios fica obrigada a certames licitatórios nos casos previstos em lei, sempre atendendo aos princípios previstos no mesmo artigo, com a intenção de garantir a isonomia e a moralidade dos procedimentos.

A Lei nº 8.666/93 dispõe sobre normas para licitações e contratos da administração pública, a referida lei contém princípios, regras do procedimento, limites, deveres e requisitos que devem ser observados pelo administrador quanto ao dever de licitar.

O art. 1º da lei explicita bem quanto ao que concerne à licitação:

Art.1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Já a Lei nº 8.987/95 trata do regime de concessão e permissão de serviços públicos, exigindo também o prévio procedimento licitatório para que se possa efetivar a contratação. O disposto na Lei nº 11.079/04 define normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, é atribuído ainda, rótulo de norma geral sobre licitação à Lei nº 12.232/10 que institui regras de licitação e contratação referentes a serviços de publicidade prestados por agências de propaganda. Além dessas, é tida também como norma geral a Lei nº 10.520/02, a lei do pregão, regramento objeto do presente estudo que será aprofundado no capítulo.

1.3 Modalidades de Licitação

A Lei Federal nº 8.666/93 estabeleceu algumas modalidades licitatórias para os diferentes tipos de contratação. Como descreve Hely Lopes Meirelles (2009, pp. 315-316): “As espécies de licitação tem características próprias e se destinam a determinados tipos de contratação”. Essas modalidades são utilizadas de acordo com a necessidade exigida por cada caso concreto e a escolha do tipo licitatório

observa alguns critérios, pois cada espécie tem uma aplicação específica. O art. 22 da referida Lei Federal elenca cinco modalidades de licitação:

Art. 22. São modalidades de licitação:

- I – concorrência;
- II – tomada de preços;
- III – convite;
- IV – concurso;
- V – leilão.

A concorrência, tomada de preços e convite são modalidades licitatórias definidas em razão do valor do contrato; já o concurso e o leilão tomam por base o objeto do contrato.

É mister destacar o que ensina a professora Fernanda Marinela Souza Santos (2015, p. 410):

Para permitir a escolha da modalidade aplicável a determinado caso concreto, é possível a utilização de dois critérios: o que leva em consideração o valor do contrato e o que considera as especificações de seu objeto, não importando o seu valor.

1.3.1 Concorrência

A concorrência é uma modalidade de licitação de ampla divulgação, destinada a contratações de maior vulto, ou seja, aquelas cujo seu valor seja elevado, sendo permitida a participação de todos aqueles que estejam interessados em licitar com a Administração Pública, desde que estes preencham as condições exigidas no instrumento convocatório.

O art. 22 § 1º da Lei Federal 8.666/93 dispõe que:

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

Conforme os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (2009, p. 317):

Concorrência é a modalidade de licitação própria para contratos de grande valor, em que se permite 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 e pela imprensa particular.

Como visto na doutrina mencionada, essa modalidade destina-se as contratações de grande valor, não exigindo o cadastro prévio dos interessados, nem convite, sendo necessário, apenas, cumprir os requisitos exigidos no edital de convocação.

O art. 23 da Lei Federal 8.666/93 exige que a concorrência seja utilizada nos casos em que os contratos de obras e serviços de engenharia ultrapassem o valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) e para compras e serviços que não sejam de engenharia, o valor superior a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). A professora Fernanda Marinela (2015, p. 413) ensina que também se exige a concorrência independentemente do valor do contrato nos referidos casos abaixo.

- I – Nas compras e alienações de bens imóveis;
- II – nas concessões de direito real de uso;
- III – nas licitações internacionais;
- IV – nos contratos de empreitada integral;
- V – nas concessões de serviços públicos.

No mesmo sentido, destaca Edmir Netto de Araújo (2009,p. 563):

Realiza-se a concorrência tendo em vista o valor estimado da contratação (art.23 da lei 8.666/93), para:

- I – Obras e serviços de engenharia de valor estimado superior a R\$ 1.500.000,00 (atualmente, pois tais valores são periodicamente reajustados);
- II – Compras e serviços considerados como de engenharia, em valor superior a R\$ 1.500.000,00 (idem);
- III – Venda ou compra de bens imóveis (art. 17,I), concessão de direito real de uso, concessão administrativa de uso (art. 23, § 3º), licitações internacionais (mesmo dispositivo citado), concessão de serviço publico e concessão de obra publica (Lei n. 8.967/95, art. 2º, II e III).

Na concorrência, o intervalo mínimo entre a publicação do edital e a abertura dos envelopes é de quarenta e cinco dias se a licitação for do tipo melhor técnica ou técnica e preço ou por contrato de empreitada integral, sendo de trinta dias nos demais tipos de licitação.

1.3.2 Tomada de Preços

A tomada de preços é realizada nas contratações de vulto médio e a participação no certame está restrita àqueles que estejam devidamente cadastrados

ou aos que mostrarem aptidão às condições exigidas até três dias antes da data prevista para a abertura dos envelopes. Essa modalidade está prevista no art. 22, § 2º da Lei de Licitações e Contratos e aduz que:

Art. 22 (...)

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem as condições exigidas para o cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

Na visão de Hely Lopes Meirelles (2009, p. 322):

Tomada de preços é a licitação realizada entre interessados previamente registrados, observada a necessária habilitação, convocados com antecedência mínima prevista na lei, por aviso publicado na imprensa oficial e em jornal particular, contendo informações essenciais da licitação e o local onde pode ser obtido o edital.

Para melhor entendimento, é de grande importância atentar ao que explica a professora Fernanda Marinela Souza Santos (2015, p. 414):

Nessa modalidade, a participação se restringe (art. 22, § 2º, da Lei de Licitações):

- a) Às pessoas previamente cadastradas, organizadas em função dos ramos de atividade e potencialidades dos eventuais proponentes;
- b) Aos que atenderem a todas as condições exigidas para o cadastramento até o terceiro dia anterior à data fixada para a abertura das propostas. Nesse caso, para que o licitante demonstre que preenche os requisitos, ele deverá apresentar o pedido de cadastramento (requerimento), com a respectiva documentação.

Cadastro, para melhor entendimento, é a habilitação prévia no órgão por parte daqueles que tem interesse em contratar com a Administração Pública, tendo esse cadastro o prazo de um ano. Segundo Marçal, “o cadastro consiste em conjunto de arquivos que documentam a situação jurídica, técnica, financeira e fiscal das empresas que participam, usualmente, de licitações” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 580).

No tocante à utilização dessa espécie licitatória, é de grande importância destacar que nas contratações de obras, serviços e compras ela obedece aos valores estabelecidos no art. 23 da Lei 8.666/93 descreve as áreas e os valores a serem utilizados nessa modalidade, sendo de até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e de até R\$ 650.000,00

(seiscentos e cinquenta mil reais) para as compras e serviços que não estejam ligados à engenharia.

Para reforçar o que foi dito, é de grande importância o destaque feito pelo professor Marçal Justen Filho (2005, p. 329), ele ensina que:

A lei estabelece (no art. 23) que os contratos com valor superior a R\$ 150.000,00 e inferior a R\$ 1.500.000,00 (para obras e serviços de engenharia) ou superior a R\$ 80.000,00 e inferior a R\$ 650.000,00 (demais contratos) deverão sujeitar-se a tomada de preços.

No mesmo sentido, destaca Fernanda Marinela Souza Santos (2015, p. 414):

Portanto, para obras e serviços de engenharia, os valores devem ser superiores a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), chegando até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) e, para outros bens e serviços que não os de engenharia, valores superiores a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

O intervalo mínimo da tomada de preços referente ao prazo contado a partir do lançamento do edital até a data marcada para a abertura das propostas é de trinta dias se a licitação for do tipo melhor técnica ou técnica e preço, sendo de quinze dias se for dos demais tipos de licitação.

1.3.3 Convite

O convite é a modalidade que adequada para as obras e serviços de engenharia que não ultrapassem o valor de R\$ 150.000,00 e para outros bens e serviços com valor de até R\$ 80.000,00. Nesse procedimento o administrador convoca no mínimo três pessoas do ramo a qual se destina a licitação, cadastradas ou não, ou aos que são cadastrados, mas que manifestem interesse vinte e quatro horas antes da data marcada para a abertura dos envelopes, ou seja, o convite se estende aos cadastrados que querem participar mas não foram convidados.

O instrumento convocatório é a carta convite, a publicidade se dá primeiramente pelo envio da carta convite e pela afixação no átrio da repartição em local visível ao público. O intervalo mínimo previsto no convite é de cinco dias úteis contados do recebimento da carta convite pelo interessado até a data da abertura das propostas.

1.3.4 Concurso

O concurso licitação é selecionado toda vez que a Administração Pública quer contratar um trabalho, mais especificamente, é a modalidade licitatória por meio da qual o poder público fará a escolha de um trabalho técnico, artístico ou científico, mediante pagamento de prêmio ou remuneração ao vencedor.

Aqui não há de se confundir com concurso público para provimentos em cargos, lá o concurso exige a seleção de pessoas capacitadas para a obtenção de provimento em cargos públicos, aqui o objetivo é escolher o melhor trabalho técnico, científico ou artístico por meio de pagamento ou remuneração àquele que for escolhido o melhor.

Com relação ao procedimento vale ressaltar os ensinamentos da Professora Fernanda Marinela Souza Santos (2015, p. 417):

O procedimento dessa modalidade deve estar previsto em regulamento próprio, a ser obtido pelos interessados no local indicado no edital. O regulamento deverá indicar: a qualificação exigida dos participantes, as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho, as condições de realização do concurso e os prêmios concedidos.

O julgamento do concurso licitação é feito por uma comissão diferenciada, basta ser formada por pessoas idôneas com conhecimento na área. O intervalo mínimo é de quarenta e cinco dias contados da data da última publicação do instrumento convocatório até a o dia do evento.

1.3.5 Leilão

O leilão é a modalidade licitatória para a alienação de bens pela Administração pública, esse certame é direcionado para as alienações de bens móveis inservíveis, apreendidos e penhorados avaliados em quantia não superior ao valor de R\$ 650.000,00 ou para a alienação de bens imóveis adquiridos pela administração pública como dação em pagamento ou por decisão judicial.

A licitação é sempre do tipo maior lance, ou seja, seu único critério de seleção da proposta é o melhor lance, sendo ele igual ou superior ao valor da avaliação do bem. Para melhor compreensão é valoroso observarmos o que leciona a professora

Fernanda Marinela Souza Santos a respeito de bens móveis inservíveis (2015, p. 417):

Os bens móveis inservíveis para a Administração compreendem aqueles que não servem mais para determinado órgão ou entidade, não atendendo mais à necessidade do Poder Público, entretanto, não significa necessariamente sucata.

O responsável pelo procedimento é o leiloeiro, não havendo comissão licitante, e seu prazo de intervalo mínimo entre a publicação do edital até a data do evento é de quinze dias.

CAPÍTULO II – PREGÃO

Observadas as diversas espécies de modalidades licitatórias no capítulo anterior, é necessário tecer algumas considerações técnicas acerca da modalidade de Pregão.

O Pregão não está incluso no rol da Lei nº 8.666/93, não por não ser importante, ou por ser menos importante do que as demais modalidades, mas pelo contrário, o pregão surgiu posteriormente à lei de licitações e contratos, justamente por uma necessidade da Administração Pública, ou seja, visando um meio mais simplificado de licitação, mais célere e menos oneroso, foi que o Poder Público passou a introduzir o procedimento licitatório do pregão dentro das atividades da Administração.

Então, sendo a licitação um meio pelo qual se busca os melhores negócios para a Administração Pública, o pregão mostrou-se uma alternativa viável para a concretização do princípio da eficiência, tendo em vista que traz em seu certame, a facilidade e economicidade, que juntamente com a melhor proposta conseguida, pode ser considerado um dos procedimentos mais vantajosos em termos de licitação pública.

Para ressaltar este aspecto, é importante observar o que preleciona Fernanda Marinela Souza Santos (2015, p. 418):

A introdução do pregão no sistema brasileiro consiste em ação prevista no Programa Redução de Custos, integrante do Plano Plurianual 2000-2003, que visa à implementação de um conjunto articulado de medidas voltadas para a modernização dos processos de compra e contratação, a introdução de controles gerenciais de custo e a aplicação de tecnologias da informática nas licitações.

Desta forma, compreende-se que o pregão surgiu de uma necessidade do Poder Público, como uma forma de modernização no regime de licitação e contratação, sendo essa modalidade oriunda especificamente de algumas agências reguladoras, depois transformada em Medida Provisória até ser convertida em lei.

2.1 Histórico do Pregão

O pregão é uma modalidade licitatória não originária da Lei nº 8.666/93, sendo introduzido primeiramente no ordenamento jurídico pela Lei nº 9.472/97, no seu art. 54, como sendo uma modalidade específica das agências reguladoras:

Art.54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil esta sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para administração pública.

Parágrafo único. Para os casos previstos no caput, a agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

É muito oportuno atentar ao que leciona Diógenes Gasparini sobre a criação do pregão (2009, p. 23):

Entre nós, o pregão como modalidade licitatória não surgiu como Medida Provisória nº 2.026, de 2000. Tampouco lhe sevem de certidão de nascimento a Medida Provisória nº 2.182-18, de 2001, ou a Lei Federal 10.520, de 2002. Com efeito, já fora instituído e regulado pela Lei Federal nº 9.472, de 1997, comumente chamada de Lei Geral das Telecomunicações – LGT, mas nem por isso pode ser considerado, entre nós, como modalidade de licitação clássica. Essa lei criou uma autarquia especial com a denominação de Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e lhe impôs um regime próprio para as suas contratações, conforme esta consubstanciado nos seus art. 54usque 59.

Então, mais especificamente, esse regime licitatório para contratação foi imposto inicialmente pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, que adotou esse sistema de licitação, buscando obter um procedimento mais célere e eficaz. Após essa lei, a Medida Provisória nº 2.026/00 estendeu a aplicação do pregão à administração direta e indireta da União.

Para fortalecer o entendimento, destaque-se o que acrescenta o doutrinador Diógenes Gasparini (2009, p. 24):

O bom desempenho decorrente da utilização do pregão na aquisição de bens comuns e contratação de serviços comuns pela ANATEL fez com que esse procedimento fosse estendido pela Medida Provisória nº 2.026, de 2000, aos demais entes da Administração Pública Federal.

Levando-se em consideração o bom desempenho do procedimento no âmbito da União, a Medida Provisória nº 2.026/00, após dezessete reedições, foi convertida na Lei nº 10.520/02, a lei do pregão, estendendo a aplicação do novo procedimento licitatório na modalidade pregão aos Estados e Municípios.

2.2 Características do Pregão

A eficácia e celeridade do pregão é fruto de algumas peculiaridades advindas do seu procedimento, pois a Lei nº 10.520/02 instituiu normas que aperfeiçoaram o regime de licitação, desburocratizando e simplificando as etapas do procedimento; essas particularidades facilitam o trâmite licitatório sem prejuízo da moralidade, legalidade e isonomia que devem nortear os certames, além de acrescer uma enorme vantagem ao Poder Público, em razão da economia que se tem com o uso do Pregão e pela celeridade do seu procedimento, características que comprovam a eficiência dessa licitação.

Fernanda Marinela Souza Santos elucida esse entendimento(2015, p. 418):

A nova modalidade foi instituída com o escopo de aperfeiçoar o regime de licitações, permitindo o incremento da competitividade e a ampliação das oportunidades de participação nas licitações, além de desburocratizar os procedimentos para a habilitação e o cumprimento da sequência de etapas do procedimento, contribuindo para a redução de despesas e concedendo uma maior agilidade nas aquisições.

Algumas características podem ser logo destacadas sobre o pregão: limitação do seu uso para aquisição de bens e serviços comuns; possibilidade do licitante reduzir o valor da sua proposta durante a sessão; inversão das fases de julgamento da habilitação e da proposta; e redução dos recursos para apenas um, apresentado no fim da licitação.

O pregão é a modalidade licitatória para aquisição de bens e serviços comuns, ou seja, a administração por meio do pregão adquire sempre o bem ou serviço comum que tenha sido oferecido com menor preço, respeitados os requisitos mínimos estabelecidos na lei. Na doutrina, essa modalidade é chamada de leilão reverso, pois peculiarmente e ao contrário do leilão, é escolhido para contratar com o Poder Público aquele que oferecer o bem ou o serviço comum pelo menor preço ofertado no momento da sessão pública.

Não obstante, destaca-se o pensamento da doutrinadora Fernanda Marinela Souza Santos (2015, p. 419):

A ideia simples e inovadora de estabelecer uma competição mais acirrada pelo menor preço em licitações favorece a Administração Pública, os fornecedores e a sociedade, que tem como exercer maior controle sobre as contratações realizadas.

Como bem visto, o pregão destina-se à aquisição de bens e serviços comuns. Para melhor compreensão, bens e serviços comuns são aqueles que podem ser designados no edital com expressão usual de mercado. Esta previsão está normatizada por meio do art.1º da Lei nº 10.520/02, que expressamente menciona para que tipos de bens e serviços será utilizada essa modalidade:

Art.1º. Para aquisição de bens e serviços comuns poderá ser adotada a licitação na modalidade pregão, que será redigida por esta lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Salienta-se no mesmo sentido, o entendimento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2011, p. 481):

São comuns os objetos cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, deixando-se de exigir, em razão do veto ao art. 2º, a necessidade de regulamento para definir quais são os bens e serviços.

Na sua obra, a professora Fernanda Marinela Souza Santos explica esse conceito da seguinte forma (2015, p. 419):

Podem ser adquiridos, por meio de pregão, os bens e serviços comuns cujos padrões de desempenho e qualidade sejam objetivamente definidos por edital, por meio de especificações usuais de mercado. Por exemplo, incluem-se, nessa categoria, as peças de reposição de equipamentos, mobiliário padronizado, combustíveis, material de escritório e serviços, tais como: limpeza, vigilância, conservação, seguro-saúde, locação, manutenção de equipamentos, agenciamento de viagem, vale-refeição, bens e serviços de transporte e outros.

Como se percebe, a lista de bens e serviços não é exaustiva, pois fica caracterizado como bem e serviço comum, todo aquele que é fornecido com expressão usual do mercado, não se limitando ao valor do objeto, mas sim a sua especificidade.

Fortalecendo o conceito contribui Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ensinando que: “o que define se um bem ou serviço pode ser considerado ou não comum é a possibilidade de definir o padrão de desempenho ou a qualidade, segundo especificações usuais no mercado” (FERNANDES, 2011, p. 482).

Outra peculiaridade do Pregão é a possibilidade de reduzir o valor da proposta no curso da sessão Pública (FERNANDES, 2011, p. 505), desta maneira, permite-se ao interessado em contratar com a Administração Pública que ele diminua o valor cobrado pelo bem ou serviço comum que foi requisitado pelo instrumento convocatório, angariando maiores vantagens ao Poder Público.

No que diz respeito a inversão das fases de julgamento, essa característica marcante do procedimento trouxe um grande avanço, pois, nas modalidades licitatórias da Lei nº 8.666/93 a fase de habilitação antecede a abertura dos envelopes, ou seja, para que a proposta seja analisada, é necessário que o interessado esteja previamente habilitado, causando uma excessiva morosidade do certame, considerando que a análise e julgamento que habilitam os licitantes é feita sobre todos aqueles que vão participar da licitação, no entanto, no Pregão ocorre de maneira diversa, esta análise é posterior, feita apenas com o que sair vencedor do certame.

Em sua obra, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes adentra no tema fortalecendo o entendimento dessa característica, considerando que (2011, p. 505):

No pregão, primeiramente examina-se a proposta, e em seguida a habilitação, somente a do vencedor. Desse modo, com a inversão das fases de exame, a Administração Pública restringe o julgamento da habilitação, em tese a uma habilitação: a do vencedor.

Outra peculiaridade que torna-se pertinente o seu comentário, é o fato da fase recursal no pregão ser reduzida a apenas uma, no final do certame, enaltecendo o princípio da celeridade que se faz presente nessa nova modalidade, diferentemente das demais licitações, pois nelas existem no mínimo duas fases em que se pode recorrer, gerando prejuízo financeiro e diminuindo a celeridade (FERNANDES, 2011, p. 505).

2.3 Pregão eletrônico

Antecedendo a abordagem central do trabalho, é de suma importância que possa se compreender o procedimento em espécie, pois a Lei nº 10.520/02, que instituiu o Pregão, introduziu no ordenamento jurídico duas possibilidades de utilizar o procedimento, seja na forma presencial ou eletrônica. “Existem duas modalidades

inconfundíveis de pregão. Há o pregão dito presencial e há o eletrônico.” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 332).

A busca pela celeridade e praticidade fez com que a Administração Pública desenvolvesse um instrumento que se integrasse a modernização tecnológica que vem ocupando espaço dentro dos órgãos públicos, por meio de atos administrativos exercidos via internet. A partir deste cenário foi posto em vigor por meio da lei do Pregão a possibilidade de praticar-se os atos deste certame fazendo uso dos meios tecnológicos, especialmente via internet, ampliando o número de participantes e diminuindo os custos do procedimento.

A professora Fernanda Marinela Souza Santos contribui para o entendimento da seguinte forma (2015, p. 420):

O pregão permite, ainda, o uso das novas tecnologias eletrônicas para a sua realização, reduzindo custos e facilitando a participação de maior número de competidores. Merece destaque o uso da internet como veículo para a divulgação dos avisos e editais do pregão. A integração do processo de compras governamentais ao ambiente tecnológico possibilita maior transparência, controle social e oportunidades de acesso às licitações públicas.

Destarte, pode-se atribuir inúmeras benfeitorias que o Pregão na modalidade eletrônica, em tese, trouxe aos órgãos da Administração Pública, garantindo entre outras vantagens, a celeridade, transparência e a economia.

Preleciona Fernanda Marinela Souza Santos (2015, p. 420):

O pregão eletrônico foi introduzido para a busca de algumas finalidades e vantagens, tais como: agilidade nas aquisições de bens e serviços, garantia de transparência, maior segurança, otimização dos recursos, interação de diversos sistemas, redução de custos aos fornecedores e inibição à formação de cartéis.

Desta maneira, observa-se que o Pregão eletrônico surge como uma alternativa viável e eficiente para a realização dos atos administrativos de forma satisfatória, contemplando a Administração Pública, os licitantes e os administrados.

Dentre as diferenças existentes entre as duas espécies de Pregão, a primeira que pode ser percebida e que é na verdade a maior diferença entre as espécies é o fato de a sessão ser realizada a distancia, através de sistema de comunicação via internet.

Marçal Justen Filho contribui lecionando que (2009, p. 332):

O pregão eletrônico produz-se com a utilização da internet, e a competição faz-se por meio de propostas e manifestações de vontade remetidas eletronicamente.

Fernanda Marinela Souza Santos disserta a respeito em sua obra (2015, p. 421):

O pregão, na forma eletrônica, como modalidade de licitação do tipo menor preço realiza-se quando a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns for feita a distância, em sessão pública, por meio de sistema que promova a comunicação pela internet.

Diferente do que ocorre na licitação convencional, a presença do pregoeiro, da equipe de apoio e do licitante em espaço físico determinado para o se fazer o procedimento não é necessária, sendo indispensável apenas o credenciamento destes para que se possa adentrar no espaço virtual do certame.

De acordo com os estudos apresentados na atualidade, o pregão tem grau de eficiência elevadíssimo em termos de economia aos cofres públicos, o que agrada os gestores, que cada vez mais difundem a utilização dessa modalidade licitatória nos processos de aquisição de bens ou de serviços comuns. Para visualizar tamanha eficiência, toma-se aqui como parâmetro os números relativos a esfera Federal, examinando-se os números disponíveis no site COMPRASNET, o qual é um sistema do Governo Federal que oferece consulta acerca dos números relativos as transações feitas pela Administração Pública Federal, disponibilizando o cadastro de fornecedores do Governo tornando mais transparentes as licitações feitas por essa esfera da Administração (FERNANDES, 2011, p. 198).

O mestre em direito público, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, em pesquisa realizada a partir dos dados disponíveis no endereço eletrônico do sistema COMPRASNET, ressaltou os seguintes números na sua obra (2011, p. 479):

No ano de 2008 a modalidade respondeu por R\$ 12,2 bilhões (73,7%) do valor de bens e serviços comuns licitados e por 33.972 processos de compra (79,4%) dos procedimentos. Os bens mais comprados nesse período foram medicamentos e artigos para uso médico, dentário e veterinário, correspondendo ao valor de R\$ 1,6 bilhão (19%) do valor gasto com essas compras. Os serviços comuns mais contratados pela modalidade foram os de suporte, representando 14% (R\$ 489,3 milhões) dos valores despendidos para essas contratações.

Já no exercício de 2012 as aquisições pela modalidade fecharam na cifra de R\$ 26,2 bilhões, ou 46% do total de compras governamentais, representando uma economia de R\$ 7,1 bilhões ao executivo federal. Nos últimos 8 anos o a economia gerada para os cofres públicos foi de R\$ 19,6 bi, como resultado da diferença entre o valor de referência dos produtos que vão a leilão e o que é efetivamente pago pelo governo.

Nota-se com facilidade a eficiência desse procedimento, visto que os números apresentam uma larga margem de economia aos cofres públicos em virtude da sua utilização, isso porque não é em todo tipo de contratação que o Poder Público pode fazer uso dessa modalidade, considerando que essa evolução apresentada em números foi aferida com base na utilização do Pregão eletrônico.

Diante de cifras com valores tão elevados, fazendo-se uso de um procedimento bem mais simplificado que os demais, pode-se conferir a essa modalidade a segurança que é devida aos atos da Administração Pública?

2.4 Segurança do Pregão eletrônico

O Pregão eletrônico é visto como um procedimento moderno, atual, que teve seu nascimento pautado na adequação com a modernidade, baseado na necessidade do ordenamento abraçar um instrumento que vise a celeridade, a desburocratização, a economia e, sobretudo a transparência, objetivando fortalecer a segurança dos certames licitatórios. No entanto muito se discute a respeito da real segurança que esse tipo de licitação garante, ressaltando uma questão muito pertinente que gira em torno da comprovação de fraudes nas licitações desta modalidade.

A doutrina repetidas vezes enaltece o poder de proteção que essa espécie licitatória detém, dentre outras vantagens que o Pregão eletrônico oferece. A professora Fernanda Marinela defende que a criação dessa modalidade teve como desejo a difusão da transparência e segurança, em sua obra ela leciona que (SANTOS, 2015, p. 420):

O pregão eletrônico foi introduzido para a busca de algumas finalidades e vantagens, tais como: agilidade nas aquisições de bens e serviços, garantia de transparência, maior segurança, otimização dos recursos, interação de diversos sistemas, redução de custos aos fornecedores e inibição à formação de cartéis.

No mesmo sentido, destaca Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2011, p. 479):

Um dos grandes argumentos em prol da aplicação do pregão, na forma eletrônica, é a sua capacidade de divulgação em prol da amplitude de participantes. De certo modo, os agentes que o utilizam sentem-se seguros porque o sistema não revela quem são os licitantes, fortalecendo o argumento da impessoalidade na gestão da licitação.

Guiado por esse prisma, o Pregão eletrônico entende-se como um modelo de licitação pensado na adequação do sistema, que foi criado para superar as expectativas quanto à sua eficiência, gerando esperança à Administração Pública de poder manusear um instrumento livre de vício. O seu uso fez surgir a esperança de que assim a corrupção nas licitações públicas fosse evitada, mas o avanço na modernização do sistema foi acompanhado por quadrilhas que se especializaram em fraudar os pregões.

Recentemente, o programa Fantástico, da Rede Globo de Telecomunicações, destacou o tema referente às fraudes nos pregões eletrônicos, em uma matéria apresentada no dia 15/11/2015. O programa alega ter tido acesso a uma investigação que aponta esquemas de corrupção que desviaram mais de R\$ 200 milhões através de grupos especializados em fraudes no Pregão eletrônico no estado do Rio Grande do Sul. A reportagem mostra ainda que o Tribunal de Contas da União suspeita que haja irregularidades em mais de 16 mil procedimentos feitos com essa modalidade licitatória, em certames realizados pelo Governo Federal. Se comprovado, os números contabilizados atingem cerca de R\$ 4,6 bilhões envolvidos nos esquemas. O representante do Ministério Público responsável pelo caso afirma que os corruptos adaptaram as fraudes que eram feitas na licitação convencional para o Pregão eletrônico. Os fornecedores agem conjuntamente, segundo as informações prestadas pela investigação, muitas vezes o mesmo empresário, com empresas em nome de “laranjas” participando do mesmo pregão, concorrendo com eles mesmos. Em outros casos, foi identificada a formação de cartéis, onde os fornecedores de diferentes empresas concorriam com empresas as quais eles são sócios, caracterizando simulação, tendo em vista que quaisquer das empresas vencedoras trazem vantagem para os fraudadores.

Este é um dos muitos casos registrados de fraude no pregão eletrônico, pondo à prova qual o seu verdadeiro grau de segurança diante da atuação dessas

quadrilhas. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes fez registro do conhecimento acerca de tais violações do certame, relatando quais são os fatos mais noticiados como fraude nesse procedimento (2011, p. 480):

- a) Possibilidade de um mesmo licitante participar com mais de um computador;
- b) Uso de “robô lançador”, capaz de fazer vários lances superando desse modo os licitantes que utilizam apenas a agilidade humana;
- c) Uso da *intranet* do órgão enquanto os demais licitantes utilizam a internet;
- d) Combinação de lances identificados entre licitantes cartelizados, pelo prévio acerto das finais dos valores de cotação, fazendo com que o cartel identifique a existência ou inexistência de licitantes não participantes do cartel.

Os inúmeros julgados exemplificam a realidade apresentada. Em fraude relatada no estado do Paraná, é possível confirmar o que se alerta em relação aos atos ilícitos cometidos conforme foi dito anteriormente, evidenciando as atividades que estão causando prejuízo à Administração Pública, segundo observado em jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. FRAUDE A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ARTIGO 90 DA LEI 8.666/93. LICITAÇÃO MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO. PRELIMINAR. NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E ENFRENTAMENTO DAS TESES DA DEFESA. INOCORRÊNCIA. REJEIÇÃO. MÉRITO. EMPRESAS PERTENCENTES AO MESMO GRUPO ECONÔMICO EMPRESARIAL. INABILITAÇÃO DE UMA DELAS POR NÃO ESTAR COM A DOCUMENTAÇÃO EXIGIDA. APRESENTAÇÃO DE LANCES IRRISÓRIOS PELA INABILITADA. QUESTIONAMENTO À MUNICIPALIDADE POR ASSOCIAÇÃO DE CONCORRENTES EM RAZÃO DE LANCES MUITO ABAIXO DO CUSTO OFERTADOS POR EMPRESA INABILITADA E POSSIBILIDADE DE PERTENCER AO MESMO GRUPO EMPRESARIAL. INSTAURAÇÃO DE SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA. ELABORAÇÃO DE QUADRO DEMONSTRATIVO DOS VALORES IRRISÓRIOS. OBJETIVO DE INIBIR A PARTICIPAÇÃO NO CERTAME DAS DEMAIS CONCORRENTES. APURAÇÃO DE FALTA FUNCIONAL DA PREGOEIRA PELO DESCUMPRIMENTO DO § 3º DO ARTIGO 44 DA LEI DE LICITAÇÃO. CONLUÍO DOS PARTICULARES DEVIDAMENTE COMPROVADO. PROVAS. VÍNCULO GEOGRÁFICO ENTRE AS EMPRESAS DENUNCIADAS PELOS CONCORRENTES. ESTABELECIMENTO PRÓPRIO DE APENAS UMA DELAS. RELAÇÃO ÍNTIMA ENTRE OS ADMINISTRADORES (GERENTES). DOLO CARACTERIZADO. CONSUMAÇÃO DO DELITO CONFIGURADO COM OS LANCES IRRISÓRIOS. A AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO NÃO EXIME DA RESPONSABILIDADE PENAL. PRELIMINARES REJEITADAS E DESPROVIMENTO DOS RECURSOS. - Os lances, com preços irrisórios, impossibilitavam a concorrência das demais empresas que participavam do pregão eletrônico e, assim, se viam inibidas de continuar a fazer propostas, frustrando, desse modo, o caráter competitivo da licitação. - Esse procedimento, adotado pela empresa que dava lance de valores impossíveis de concorrência com as demais empresas, restou devidamente

comprovada nos autos. - **Em verdade, os apelantes, nas direções das empresas envolvidas na fraude, pertenciam ao mesmo grupo econômico empresarial, não obstante endereços diversos em seus contratos sociais, pois apenas uma delas detinha estabelecimento comercial, enquanto que as demais se localizavam nas proximidades, ou ao lado ou na frente.**

(TJ-PR - ACR: 6355897 PR 0635589-7, Relator: João Kopytowski, Data de Julgamento: 05/08/2010, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 460)(grifos nossos)

O Tribunal de Contas da União, incumbido do dever de fiscalização dos custos da Administração Pública Federal, na competência de órgão julgante, também registrou vários casos de fraudes envolvendo o procedimento licitatório do pregão eletrônico, como pode-se observar na seguinte jurisprudência:

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. COMPRA DE EQUIPAMENTOS E SUPRIMENTOS DE INFORMÁTICA. INDÍCIOS DE OCORRÊNCIA DE FRAUDE RESULTANTE DO CONLUÍO ENTRE LICITANTE. REVOGAÇÃO POSTERIOR DO CERTAME OPERADA PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO CONTRATANTE. PERDA DE OBJETO EM RELAÇÃO À ADOÇÃO DE MEDIDAS QUANTO À LICITAÇÃO. PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO PARA APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS ENVOLVIDAS. PROCEDÊNCIA. OITIVA DAS EMPRESAS. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA INSUFICIENTES PARA AFASTAR OS INDÍCIOS DE CONLUÍO APURADO NO PROCESSO. APLICAÇÃO DA PENA DE INIDONEIDADE PREVISTA NO AR. 46 DA LEI 8.443/1992 (TCU 01365820094, Relator: AROLDO CEDRAZ, Data de Julgamento: 05/09/2012)

As fraudes não são exclusividade dos interessados em contratar com o Poder Público; repetidas vezes os ilícitos são organizados em conjunto com agentes públicos, facilitando o acesso à informações que são determinantes no procedimento, ultrapassando os limites da legalidade, afastando portando o princípio da impessoalidade. Além disso, há caracterização do crime de improbidade por parte dos gestores ou agentes públicos que agem em conluio com as quadrilhas que desenvolvem os esquemas de fraude nos certames do Pregão eletrônico, conforme evidenciado na jurisprudência a seguir:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE. EX-PREFEITO. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. EMPRESA PRIVADA. FRAUDE À LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ATO ÍMPROBO COMETIDO POR ALGUNS DOS REÚS CONFIGURADO. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DO ART. 12 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. SENTENÇA MANTIDA. (...) **8. Restou devidamente comprovado nos autos o conluio - unidade de desígnios -**

entre os requeridos, a fim de fraudar o processo de licitação do Ministério da Ciência e Tecnologia - MCT, porquanto obtiveram informações privilegiadas dos agentes públicos antes e durante o certame - até mesmo no momento em que se realizava o pregão eletrônico -, e tentaram intervir, ilicitamente, na execução do contrato subsequente. 9. A análise conjunta das provas produzidas pelo autor - interceptações telefônicas, relatório de ação de fiscalização e controle da CGU, provas orais e outros documentos - não deixam margem à dúvida sobre a ocorrência dos atos ímprobos.(...)
(TRF-1 - AC: 283792420074013400, Relator: JUIZ FEDERAL PABLO ZUNIGA DOURADO (CONV.), Data de Julgamento: 05/08/2014, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 15/08/2014)(grifos nossos)

Como visto, o Pregão eletrônico indiscutivelmente mostrou-se muito eficiente quanto a sua aplicação em decorrência da redução dos custos com a sua utilização, além da desburocratização do procedimento da licitação, que resulta na celeridade deste ato administrativo. No entanto, gera dúvida quanto a sua devida adequação aos moldes da tecnologia, considerando que o seu procedimento necessita de aperfeiçoamento, restando caracterizado a existência de dúvida quanto a segurança do Pregão eletrônico.

A importância de se discutir o presente tema está presente na incansável luta contra a corrupção, que desviam dos cofres públicos números exorbitantes, os quais a sociedade clama pela aplicação em setores do sistema público que estão defasados. Portanto, entende-se que esse importante instrumento de economia do dinheiro público poderia ser muito mais eficiente, porém, a insegurança do procedimento dá margem ao cometimento de ilícitos que desvia milhões dos cofres públicos.

CAPÍTULO III – A QUESTÃO DA (IN) SEGURANÇA DO PREGÃO ELETRÔNICO

Desde o advento da Lei de licitações e contratos lei nº 8.666/93, que regulamentou o uso das licitações em todos os âmbitos da federação até a devida regulamentação e permissão do uso do Pregão, seja o presencial ou o eletrônico, com a lei nº 10.520/02, passaram-se nove anos. No decorrer desse tempo, foi percebido pela Administração Pública que os atos utilizados convencionalmente precisavam de um novo procedimento que suprisse a necessidade real de celeridade e eficiência dos certames. Como visto, o Pregão surgiu como promessa para essa solução e mais ainda, o Pregão na espécie eletrônica trouxe consigo também a promessa de segurança, pois seu procedimento eletrônico estaria imune a quaisquer tipos de ações que visassem burlar ou corromper a licitação.

Na atualidade, a presente modalidade é considerada por muitos doutrinadores e gestores como o tipo licitatório mais eficiente entre os demais, em razão das muitas vantagens já mencionadas e também pelo fato de gerar um custo reduzido, acarretado em economia para o sistema.

De acordo com Fernanda Marinela (SANTOS, 2015, p. 420):

O pregão eletrônico foi introduzido para a busca de algumas finalidades e vantagens, tais como: agilidade nas aquisições de bens e serviços, garantia de transparência, maior segurança, otimização dos recursos, interação de diversos sistemas, redução de custos aos fornecedores e inibição à formação de cartéis.

No entanto, igualmente a todos os atos da Administração Pública, o Pregão eletrônico necessita de segurança para que o seu uso não resulte em contratos eivados de vícios e, para isso, precisa que seu procedimento seja aperfeiçoado para que gere os reais resultados desejados. Diante dos problemas apresentados, pelo grau de importância que os números apresentam, tanto de vantagens que o Pregão eletrônico oferece, quanto de irregularidades as quais o certame é vulnerável, pode-se dizer que o Pregão eletrônico é seguro porém é mais uma vítima da corrupção exacerbada a qual nenhum instituto é imune ou ele realmente apresenta falhas no procedimento que facilitam a execução dessas fraudes?.

A discussão é pertinente e ampla maioria de doutrinadores e especialistas tende a acreditar que o Pregão eletrônico é um ótimo instrumento, porém necessita de aperfeiçoamento, haja vista que o seu sistema atual de execução é vulnerável e suscetível à fraudes.

3.1 Fraudes em licitações

É evidente que o cometimento de práticas ilícitas que acarretem dano ao Erário é passível de punição na esfera criminal, por isso é que se deve observar as jurisprudências de maneira em que se possa entender o que acontece com os que agem dolosamente contra o patrimônio público, especificamente em licitações públicas, causando danos à Administração Pública.

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DO ARTIGO 90 DA LEI N. 8.666/93 - PRELIMINARES - REJEIÇÃO - MÉRITO - PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - FRAUDE NA LICITAÇÃO DEMONSTRADA - PREÇO SUPERFATURADO - CARTA CONVITE DIRIGIDA - CRIME CARACTERIZADO - IMPROVIMENTO.

(TJ-MS - APR: 27535 MS 2008.027535-7, Relator: Des. Gilberto da Silva Castro, Data de Julgamento: 04/11/2008, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 19/11/2008)

Pacificamente encontra-se o entendimento de que o dano ao Erário é passível de restituição, além das penalidades impostas por meio do Direito Penal, podendo o autor do fato ser privado da sua liberdade conforme a gravidade do seu ato contra a Administração Pública.

Se o cometimento do crime for praticado por aquele que exerce a atividade administrativa, esse também será punido conforme previsto na legislação sobre a Administração Pública, considerando-se ímprobo ao exercício da atividade pública.

Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa - Fraude em Licitação - Demonstrada a realização de licitação de forma a dirigir o resultado para que determinado licitante se sagraisse vencedor, presente o ato de improbidade a justificar a manutenção da sentença, sendo irrelevante, ante o ato praticado a existência ou não de prejuízo ao Erário, circunstância que determina seja mantida a pena fixada. Preliminar rejeitada. Recursos de agravo na forma retida improvidos. Recursos de apelação improvidos. (TJ-SP - APL: 994070743407 SP, Relator: Lineu Peinado, Data de Julgamento: 04/05/2010, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 24/05/2010)

O presente estudo tenta apresentar as possibilidades de ilegalidades nos procedimentos licitatórios e, como visto, é possível que o prejuízo da lisura do certame se dê por parte de pessoas estranhas à Administração, como no caso de empresas interessadas em contratar com o Poder Público, mas também os ilícitos podem ser cometidos por agentes que integram o quadro da gestão. O dever de guarda e proteção às vezes é prejudicado por pessoas que não comungam do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e, por esse motivo, tentam se apropriar do bem público na intenção de desviar dinheiro, comprometendo a boa funcionalidade do sistema. Observa-se a situação no seguinte julgado:

HABEAS CORPUS - PREFEITO MUNICIPAL - CRIME DE RESPONSABILIDADE - FRAUDE E FRUSTRAÇÃO EM LICITAÇÃO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA - REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - INVIABILIDADE - PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP - FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA - NEGATIVA DE AUTORIA - IMPOSSIBILIDADE DE EXAME - DILAÇÃO PROBATÓRIA - CRIME COM PENA MÁXIMA APLICADA SUPERIOR A QUATRO ANOS - ORDEM DENEGADA. I - A decisão que decreta a prisão preventiva, para o resguardo da ordem pública e da instrução criminal, baseando-se em atos e comportamentos concretos do imputado, não consubstancia constrangimento ilegal, especialmente quando se constata, em uma análise apriorística, indícios suficientes de seu envolvimento com a atividade criminosa. II - Discussões acerca da materialidade e da autoria delitivas, quando demandam dilação probatória, não são permitidas na estreita via do Habeas Corpus, pois se referem à matéria de mérito a ser discutida durante a instrução processual. III - Presentes os requisitos do art. 312 do CPP, é admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos (art. 313, I, do CPP). (TJ-MG - HC: 10000140342775000 MG, Relator: Júlio César Lorens, Data de Julgamento: 03/06/2014, Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 09/06/2014)

Contudo, ainda é relevante observar o julgado referente às aplicações normativas quanto aos crimes praticados contra o Poder Público mediante a fraude em licitações por parte dos interessados à contratação, ou seja, por parte das empresas que participam dos certames:

APELAÇÃO-CRIME. FRAUDE MEDIANTE AJUSTE E COMBINAÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ART. 90 DA LEI 8.666/1993. CONDENAÇÃO. APELOS DEFENSIVOS. ABSOLVIÇÃO. INADMISSIBILIDADE. Os fatos de todas as empresas participantes e não vencedoras do certame licitatório na modalidade carta-convite, que apresentaram planilhas com valores idênticos, ostentarem como sócio algum dos apelantes, que também eram cooperativados da empresa vencedora da licitação e ostentavam entre vários deles parentesco, de a funcionária que denunciou sua suspeita de irregularidade ter sido dispensada...(TJ-RS - ACR: 70049128952 RS, Relator: Marco

O fato é que todo o sistema está suscetível ao prejuízo que traz a corrupção, no entanto, existe a possibilidade de prevenção de tais atos, mas é necessário que isso se faça desde o melhoramento dos instrumentos dos procedimentos licitatórios até a rigorosa punição dos inidôneos. Contudo, a única possibilidade de inibir as ações criminosas faz-se presente no combate a tais irregularidades, punição dos envolvidos e principalmente por mudanças no procedimento.

3.2 Combate às fraudes em Pregões Eletrônicos

A prática reiterada de ações contra o sistema despertou a atenção do mundo jurídico para a segurança do Pregão eletrônico, fazendo com que os órgãos competentes investiguem os casos e punam os criminosos. Hoje é possível ao menos saber quais os tipos de fraudes mais praticadas contra o Poder Público em relação à licitação Pregão eletrônico.

Como visto anteriormente, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes fez registro do conhecimento acerca de tais violações do certame em sua obra sobre, relatando quais são os fatos mais noticiados como fraude nesse procedimento (2011, p. 480).

Ademais, destacou-se no presente trabalho que órgãos como o Ministério Público, Tribunal de Contas e o Poder Judiciário estão trabalhando em suas áreas na tentativa de dirimir as ações das quadrilhas fraudadoras, investigando, fiscalizando e punindo conforme a lei. Uma auditoria do TCU concluída em 2010 observou que os pregões irregulares resultaram em aquisições de mais de R\$ 4,6 bilhões e procedeu com a orientação de diversos órgãos da Administração Pública Federal, além de pedir ao Ministério do Planejamento que se fizesse mudanças no COMPRASNET, que é o sistema de compras do Governo Federal, com a pretensão de evitar as fraudes mais comuns nos pregões eletrônicos. Entre os pedidos, a criação de alertas e campos destinados a controlar a abertura de processos administrativos contra empresas que incorrem nos comportamentos mencionados, além do tabelamento dos motivos mais frequentes de não adjudicação.

Desta forma, pode-se notar a tamanha relevância de se tomarem medidas com fins assecuratórios, no intuito de sanar o problema referente às irregularidades e as fraudes recorrentes nos pregões eletrônicos. A legislação prevê certa punição para a empresa e para as pessoas que operarem de forma ilícita perante a licitação; no entanto, é necessário que outras medidas sejam tomadas para que se possa dirimir essa sensação de impunidade que paira diante da ilegalidade.

A legislação Administrativa que visa a punição pelo cometimento de atos ilícitos em licitação é clara no que diz respeito ao repúdio aos atos praticados mediante fraude. O art. 90 da Lei 8.666/93, a Lei de licitações e contratos prevê que:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:
Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

O art. 7º da Lei nº 10.520/02, disciplina que:

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

O TCU, por meio do art. 46 da Leiº 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União) prevê sanção decorrente de fraude à licitação:

Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

A atuação do referido órgão é indiscutível, haja vista que inúmeras são as decisões proferidas na tentativa de punir os responsáveis. O julgado a seguir mostra a aplicação da norma no caso concreto:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. EQUIPAMENTOS E SUPRIMENTOS DE INFORMÁTICA. INDÍCIOS DE OCORRÊNCIA DE FRAUDE RESULTANTE DE CONLUÍO ENTRE LICITANTES. PROCEDÊNCIA. INIDONEIDADE PREVISTA NO ART. 46

DA LEI 8.443/1992. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OMISSÕES E ERRO MATERIAL. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO(TCU 01365820094, Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES, Data de Julgamento: 07/08/2013)

Da mesma forma, verifica-se:

REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES NA AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. FRAUDE À LICITAÇÃO. CONLUÍO ENTRE EMPRESAS. PROCEDÊNCIA. INIDONEIDADE DAS EMPRESAS ENVOLVIDAS. MULTA AOS GESTORES(TCU 01914620093, Relator: AROLDO CEDRAZ, Data de Julgamento: 23/11/2011)

Mas é possível que esse combate se inicie dentro do próprio procedimento. Alguns dos casos noticiados como tendo maior índice de fraude já são estudados por especialistas que elencam algumas soluções a serem trabalhadas dentro do próprio sistema a fim de sanar alguns pontos que são vistos como frágeis diante das fraudes.

Perante todo o esforço por partes dos órgãos competentes de fiscalização, investigação e de sanção, passa-se a estudar de que forma os responsáveis estão sendo julgados, observadas as normas da legislação Administrativa e das normas que regem as licitações.

3.3 Possíveis soluções para as principais fraudes cometidas nos Pregões Eletrônicos

Hoje em dia há o conhecimento da utilização de softwares que são capazes de enviar lances automaticamente nos certames do Pregão eletrônico. Esses programas chamados de “robôs” possibilitam que toda vez que se é ofertado um lance, ele automaticamente envia um lance de menor valor, garantindo que o usuário se mantenha na liderança da disputa. Ocorre que o uso desses programas, muito embora não previstos na legislação penal como crimes, são considerados ofensa ao princípio da isonomia e inviabilização da competitividade, conforme a doutrina e a jurisprudência vêm se posicionando a respeito do uso desse mecanismo.

O combate a tal fraude deve-se partir dos sistemas eletrônicos online utilizados nos pregões. Como já se tem procedido em muitos casos, para que se efetive o combate, o sistema tem que estabelecer um tempo mínimo entre um lance e outro pelo mesmo interessado, sempre com sua confirmação posterior do lance enviado.

Na Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados uma proposta foi aprovada com o intuito de proibir o uso desses “robôs” que fazem lances automáticos nos pregões. O desrespeito a esta regra pode acarretar na proibição de contratar com a Administração Pública por dois anos. A proposta prevê ainda a possibilidade de estabelecer a conduta como crime sob pena de detenção, de seis meses a dois anos. O caminho é longo até que seja aprovada, a proposta ainda deve passar pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, mas se isso acontecer vai por fim na divergência de entendimento que existe a respeito da legalidade ou não do uso desses instrumentos.

Uma fraude que já foi comentada neste trabalho é o chamado conluio entre empresas, esta é outra prática onde as empresas combinam os preços e se revezam no êxito do certame. Não obstante, o combate a essa prática pode ser feita a partir da prevenção, ou seja, se houver indícios de que algum esquema esteja armado nesse sentido, deve-se encaminhar essa informação às autoridades competentes para que se façam as devidas investigações e, caso haja comprovação, que se efetuem as punições cabíveis, administrativas e judiciais cabíveis.

Existe uma situação muito comum, que é destacada entre as fraudes cometidas no Pregão eletrônico por ser sempre alvo de investigações. Caracterizada na utilização de pequenas empresas para o favorecimento de outras empresas maiores cujos sócios são os mesmos da pequena empresa. Geralmente essas empresas oferecem lances tão baixos que inviabilizam a disputa, fazendo com que as outras empresas participantes abandonem o certame.

Com isso, o fornecedor da empresa que está em conluio com a pequena empresa preocupa-se em estar em posição posterior na linha de contratação, fazendo com que a que venceu o certame por um preço muito abaixo do mercado não se habilite para contratação restando que o segundo colocado, no caso o

fraudador, seja classificado. No entanto, muitas vezes acontece da empresa em conluio com a pequena empresa ter o mesmo corpo societário, ou então algum dos sócios em comum. Por esse motivo, seria plenamente razoável que o pregoeiro se ativesse a essa situação, podendo desclassificar a empresa caso entendesse que essa composição estivesse agindo com o interesse de causar prejuízo à Administração.

Contudo, também é possível conhecer de ilícitos praticados por agentes públicos, estes aliados às empresas na intenção de fraudar ou de desvirtuar o procedimento em favor do esquema. Essas práticas devem ser suprimidas a partir de controles internos, auditorias eficientes e sanções mais rígidas aos envolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi realizar um estudo da legislação, da doutrina e da jurisprudência sobre o procedimento licitatório do Pregão Eletrônico, passando pelos aspectos gerais do tema licitação, posteriormente frisando as principais características do Pregão Eletrônico em especial quanto a sua segurança perante à ação de determinadas quadrilhas especializadas em burlar os certames visando à obtenção do dinheiro público mediante fraude e, sobretudo os meios que possibilitam o impedimento dessas ações criminosas.

O interesse pelo tema apresentado deu-se pelo crescente número de fraudes em licitações na modalidade Pregão Eletrônico, o que de certa forma acarretou em uma importante discussão no mundo jurídico quanto a sua segurança e eficiência. Apesar do Pregão Eletrônico ter sido um grande avanço perante a evolução do mundo moderno e globalizado e de ser um bom instrumento quando se diz respeito a economicidade e celeridade, é tido como duvidoso quando posto à prova em relação a sua proteção diante das eventuais irregulares dos certames.

O trabalho preocupou-se em construir uma ordem de raciocínio que facilitasse o entendimento do leitor quanto ao instituto da licitação, propondo uma ideia de avanço sistemático em relação ao tema. Desta forma, o destaque de motivos foi essencial para que o recorte do tema fosse apresentado, amparando-se por circunstâncias que indiscutivelmente tornaram-se pertinentes ao estudo pretendido.

O trabalho apresentou de maneira concisa, porém eficiente, todas as modalidades de licitação existentes, com isso foi possível identificar as diferenças entre o procedimento utilizado no Pregão e nas modalidades convencionais, embasando o conteúdo apresentado através da legislação e dos entendimentos doutrinários. O resultado dessa análise proporcionou um melhor entendimento e uma preparação adequada para que a discussão do tema principal fosse possível.

A proposta do trabalho foi de apresentar o problema da segurança no Pregão eletrônico, que é bastante controversa, discutindo o que de mais relevante é posto pela doutrina. Asseverou-se ainda por meio da jurisprudência, que a matéria é tratada repetida vezes nos diversos tribunais, resultando em uma discussão acerca dos julgados.

O trabalho expôs a necessidade de discussão desta temática, e apontou as chances da Administração Pública adequar o procedimento para melhor obtenção dos resultados pretendidos por meio do Pregão Eletrônico.

Afinal, não se pode esquecer que a Administração Pública tem o dever de resguardar e dar destinação adequada ao patrimônio público e é de sua competência adotar medidas que assegurem a proteção do erário, seja no Pregão Eletrônico ou em quaisquer das áreas que lidam com o dinheiro público e com o interesse da coletividade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.**

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

Acesso em: 03 mar. 2016.

_____. **Decreto 5.450 de 31 de maio de 2005.** Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>.

Acesso em: 03 mar. 2016.

_____. **LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 03 mar.

2016.

_____. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 04 mar.

2016.

_____. **STF - ADI: 2716 RO**, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento:

29/11/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-041 DIVULG 06-03-2008

PUBLIC 07-03-2008 EMENT VOL-02310-01 PP-00226

RTJ VOL-00204-03 PP-01114.

Disponível em: <[http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14724503/acao-direta-de-](http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14724503/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2716-ro)

[inconstitucionalidade-adi-2716-ro](http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14724503/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2716-ro)>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. TCU 01365820094, Relator: AROLDO CEDRAZ, Data de Julgamento:

05/09/2012. Disponível em:

<<http://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/316046684/1365820094>>. Acesso em: 11

mar. 2016.

_____. TCU 01365820094, Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES, Data de Julgamento: 07/08/2013. Disponível em:

<<http://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/315821782/1365820094>>. Acesso em: 11

mar. 2016.

_____. TCU 01914620093, Relator: AROLDO CEDRAZ, Data de Julgamento: 23/11/2011. Disponível em: <<http://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/316453849/1914620093>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

ESTADO DE MINAS GERAIS. TJ-MG - HC: 10000140342775000 MG, Relator: Júlio César Lorens, Data de Julgamento: 03/06/2014, Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 09/06/2014. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122965806/habeas-corpus-hc-10000140342775000-mg>>. Acesso em: 12 mar 2016.

ESTADO DO PARANÁ. TJ-PR - ACR: 6355897 PR 0635589-7, Relator: João Kopytowski, Data de Julgamento: 05/08/2010, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 460. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19511677/apelacao-crime-acr-6355897-pr-0635589-7>>. Acesso em 16 abr. 2016.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. TJ-RS - ACR: 70049128952 RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Data de Julgamento: 08/11/2012, Quarta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/11/2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22646993/apelacao-crime-acr-70049128952-rs-tjrs>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistemas de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos e administrativos**. São Paulo: Dialética, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. **Compras Governamentais**. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

PRADO, Leandro Cadenas. **A licitação e seus princípios. Revista de Doutrina da 4ª Região.** Porto Alegre, n.66, jun. 2015. Disponível em:
<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao066/Leandro_Prado.html>
Acesso em: 05 mar. 2016.

SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. **Direito Administrativo.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. **Direito Administrativo.** Salvador: Juspodivm, 2006.