

O Pregoeiro

Fevereiro 2019 | ano XV | nº 170

Fevereiro 2019 | ano XV | nº 170

ISSN 19842570



9177198412570011

MISSÃO DE COMPRAR BEM
O COMPROMISSO DE TODA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA



ESPECIAL: SUGESTÕES PARA O NOVO DECRETO DE PREGÃO ELETRÔNICO

O Pre@goeiro

ANO XV - FEVEREIRO 2019

Editora Negócios Públicos do Brasil:

R. Lourenço Pinto, 196 - 2º andar, Centro | Curitiba/PR
CEP: 80.010-160 | Tel. (41) 3778.1703/1700

PRESIDENTE: Rudimar Barbosa dos Reis

VICE-PRESIDENTE: Ruimar Barboza dos Reis

EDITORIA-CHEFE: Aline de Oliveira - DRT 8796/PR
aline@negociospublicos.com.br

DIREÇÃO DE ARTE: Maetê Domanski - maete@negociospublicos.com.br

CONSELHO DE PAUTA: Aline de Oliveira, Rudimar Reis, Ruimar Reis e Regina Célia Kühn.

COLABORADORES: Larissa Panko, J. U. Jacoby Fernandes, Monique Rafaella Rocha Furtado, César Augusto Oliveira, Jamil Manasfi e Jaques F. Reolon.

RESTRIÇÕES AO USO DE MATERIAIS: Este produto, pertence e é operado pela Editora Negócios Públicos do Brasil, não pode ser, sob hipótese alguma, copiado, reproduzido, republicado, atualizado, enviado, transmitido, distribuído, baixado ou impresso para fins comerciais. Modificar matérias ou usá-las para qualquer outro propósito é violação dos direitos autorais da Editora, bem como qualquer outro direito de propriedade, conforme normas e procedimentos da ABNT, além de crime previsto nos art. 184 do Código Penal Brasileiro.

Permissão para qualquer uso das matérias, incluindo reprodução e distribuição, ou links de qualquer outra página que não seja a "homepage" www.negociospublicos.com.br, deve ser obtida por meio de autorização expressa documental, com solicitação formalizada por e-mail falecom@negociospublicos.com.br. Todas as marcas referidas nos websites das empresas do Grupo Negócios Públicos do Brasil são ou podem ser marcas registradas e protegidas por leis internacionais de *copyright* e propriedade industrial e pertencem aos seus respectivos fabricantes e proprietários legais. A Editora não se responsabiliza pelos conceitos emitidos em artigos assinados.

LEMBRE-SE: O seu papel é importante para o planeta. Trabalhamos para que a reciclagem seja o destino final mais adequado de todos os papéis já utilizados.



Filiada à:



Associação Nacional das Editoras de Publicações Técnicas,
Dirigidas e Especializadas

MISSÃO DE COMPRAR BEM

O pregoeiro, já sabemos, tem grandes responsabilidades em relação às compras públicas, mas é importante destacar que ele não deve ser o único responsável pela missão de comprar bem, afinal esse deve ser o compromisso de toda Administração Pública.

Para isso acontecer à capacitação deve ser a chave para o sucesso da gestão pública.

Veja, nesta edição, o que é comprar bem e como não se desviar dessa missão, além de dicas para esse início de ano de preções.

Boa Leitura!

Aline de Oliveira
Editora-Chefe

SUMÁRIO



32

MISSÃO DE COMPRAR BEM

PALAVRA DE ESPECIALISTA

06

NO ALVO

09

**ENGANO AO CADASTRAR VALOR OFERTADO NA
FASE DE LANCES**

12



13

ESPECIAL: SUGESTÕES PARA O NOVO DECRETO DE PREGÃO ELETRÔNICO

A UTILIZAÇÃO DE ROBÔS NOS PREGÕES ELETRÔNICOS

36

TOMADAS DE CONTAS ESPECIAIS: PREJUÍZOS AO ERÁRIO E AÇÕES COMPENSATÓRIAS

42

PAINEL DO TCU

43



FALE CONOSCO

comunicacao@negociospublicos.com.br



Acompanhe o Facebook:
negociospublicosnp

DISTRIBUIÇÃO DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS E CENSO 2020



Imagem: Shutterstock



J. U. Jacoby Fernandes

Diretor-presidente do escritório Jacoby Fernandes & Reolon Advogados Associados, é advogado, mestre em Direito Público, professor de Direito Administrativo, escritor, consultor, conferencista e palestrante.

Reduzir as desigualdades regionais é um compromisso consagrado pela Constituição Federal. Um dos instrumentos para atingir esse objetivo é o Fundo de Participação dos estados, do Distrito Federal e dos municípios que constitui, segundo o Tribunal de Contas da União, uma das modalidades de transferência de recursos financeiros da União, conforme previsto no art. 159 da Constituição Federal.

O artigo mencionado descreve o repasse de receitas tributárias de forma indireta. Explica-se: a União deverá entregar o produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza – IR e sobre produtos industrializados – IPI a ao Fundo de Participação.

Conforme preceitua o art. 160 também da Constituição Federal, é proibida a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos. Essa vedação não impede que haja a criação de condiciona-

mentos para a entrega de recursos. Assim, os entes que não estiverem aplicando os recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde podem ter uma restrição no momento de participar do repasse das receitas tributárias.

A distribuição dos recursos do Fundo deve ser proporcional ao coeficiente individual de participação resultante do produto do fator representativo da população de cada estado. Fica a cargo do Tribunal de Contas da União – TCU calcular e fixar, com base nos dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, os coeficientes de participação na distribuição de recursos tributários da União, fiscalizar sua entrega aos beneficiários e acompanhar, junto aos órgãos competentes da União, a classificação das receitas que dão origem às repartições.

Em relação ao Fundo de Participação dos Municípios – FPM, a distribuição dos recursos é feita de acordo com o número de habitantes, fixados por faixas populacionais, cabendo a cada uma delas um coeficiente individual. Nesse sentido, o IBGE divulga estatística populacional dos municípios e o Tribunal de Contas da União, com base nessa estatística, publica no Diário Oficial da União os coeficientes dos municípios.

Ao contrário do que pode parecer, os cálculos do FPE e FPM são complexos, pois consideram fatores redutores, população e renda per capita. Se fosse somente considerada a população, tais fundos não serviriam ao propósito de reduzir as desigualdades regionais.

Por meio da Decisão Normativa nº 171/2018,¹ publicada em novembro do ano passado, o Tribunal de Contas da União – TCU aprovou, para o exercício de 2019, os coeficientes de cálculo das quotas do Fundo de Participação dos Municípios. A norma seria a baliza para o cálculo dos recursos, mas uma modificação recente da legislação federal modificou estas regras.

O Governo Federal, no início de janeiro, alterou a Lei Complementar nº 91, de 22 de dezembro de 1997, que trata da fixação dos coeficientes, acrescentando dispositivo para beneficiar, temporariamente, os municípios que tiverem redução, nos seguintes termos:

¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Decisão Normativa nº 171, de 21 de novembro de 2018.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 155, nº 226, p. 153-214, 26 nov. 2018.

A distribuição dos recursos do Fundo deve ser proporcional ao coeficiente individual de participação resultante do produto do fator representativo da população de cada estado. Fica a cargo do Tribunal de Contas da União – TCU calcular e fixar, com base nos dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, os coeficientes de participação na distribuição de recursos tributários da União, fiscalizar sua entrega aos beneficiários e acompanhar, junto aos órgãos competentes da União, a classificação das receitas que dão origem às repartições.

Art. 2º [...]

§3º A partir de 1º de janeiro de 2019, até que sejam atualizados com base em novo censo demográfico, ficam mantidos, em relação aos Municípios que apresentem redução de seus coeficientes decorrente de estimativa anual do IBGE, os coeficientes de distribuição do FPM utilizados no exercício de 2018.²

Com essa mudança, o TCU, por meio da Decisão normativa nº 173/2019,³ publicada no Diário Oficial da União de 07 de janeiro de 2019, editou nova norma, observando os preceitos estabelecidos na Lei Complementar 165/2019 e revogando a anterior: Decisão Normativa nº 171/2018.

A próxima pesquisa demográfica que afeta os coeficientes de distribuição de recursos aos municípios é o Censo 2020. Embora haja uma dificuldade orçamentária já declarada pelo IBGE para a realização do Censo, o instituto testou recentemente a coleta de dados via *internet* para o recenseamento das famílias brasileiras. No dia 03 de junho de 2018, foi encerrado o ensaio das coletas realizado em 52 municípios das cinco grandes regiões brasileiras, incluindo-se todas as capitais e cidades com mais de 500 mil habitantes. ■



Imagem: Shutterstock

2 BRASIL. **Lei Complementar nº 91, de 22 de dezembro de 1997**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp91.htm. Acesso em: 07 jan. 2018. [alterada pela Lei Complementar nº 165, de 03 de janeiro de 2019].

3 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Decisão Normativa nº 173, de 04 de janeiro de 2019**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 157, nº 04, p. 40-, 07 jan. 2019.

A POLÊMICA EXIGÊNCIA DE CONTRATAÇÕES DE PRESOS E EX-PRESIDIÁRIOS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS



Monique Rafaella Rocha Furtado

É Advogada e Consultora especializada em Licitações e Contratos Administrativos, Sócia fundadora do escritório ROCHA FURTADO ADVOCACIA;

Foi Vice-presidente da Comissão da Advocacia nos Órgãos de Controle da OAB/DF (triênio 2016/2018), membro da Comissão de Honorários da OAB/DF (triênio 2012/2015) e advogada dativa do TED/OAB/DF (2010/2011); Membro do Grupo de Trabalho de Modernização da Lei de Licitações da OAB Federal (2017/2018); É Diretora Adjunta de Eventos da ABRA - Associação Brasileira das Advogadas;

Recentemente foi publicado o Decreto Federal nº 9.450/2018, que trata da Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional, regulamentando o que já traz o § 5º do art. 40 da Lei nº 8.666/1993, sobre a possibilidade de que nos editais de licitação para a contratação de serviços fosse exigido da contratada um percentual mínimo de mão de obra oriunda sistema prisional.

O Decreto tem como objetivo proporcionar aos presos e ex-presidiários a ressocialização, por meio da sua incorporação no mercado de trabalho, e a reinserção no meio social, utilizando-se dos contratos administrativos entabulados com a Administração Pública.

Para tanto, o Decreto determinou que na contratação de serviços inclusive os de engenharia, cujo valor anual da contratação seja maior que R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), no âmbito da Administração pública federal direta, autárquica e fundacional, deverá ser exigido o emprego de mão de obra formada por pessoas presas ou egressos do sistema prisional.

Essa é a redação do art. 5º do referido Decreto:

Art. 5º Na contratação de serviços, inclusive os de engenharia, com valor anual acima de R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão exigir da contratada o emprego de mão de obra formada por pessoas presas ou egressos do sistema prisional, nos termos disposto no §5º do art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

O Decreto, portanto, tornou obrigatória a inclusão da mão de obra e ainda estabeleceu os seguintes patama-

res de contratação:

- 3% das vagas – contrato que exija até 200 funcionários;
- 4% das vagas – contrato que exija entre 201 e 500 funcionários;
- 5% das vagas – contrato que exija entre 501 e 1.000 funcionários; e,
- 6% das vagas – contrato que exija mais de 1.000 funcionários;

Assim, o instrumento convocatório deverá estabelecer a exigência como requisito de habilitação jurídica da licitante, uma declaração de que, caso vença, contratará presos ou ex-presidiários.

Além disso, deverá exigir uma declaração emitida pelo órgão responsável pela execução penal (Vara de Execuções Penais, por exemplo), em que o órgão prisional declara ter presidiários aptos ao serviço externo, se tratando de uma qualidade que independe do licitante, conforme §1º, I do art. 5º:

§1º O disposto no *caput* será previsto:

I - no edital, como requisito de habilitação jurídica, consistente na apresentação de declaração do licitante de que, caso seja vencedor, contratará pessoas presas ou egressos nos termos deste Decreto, acompanhada de declaração emitida pelo órgão responsável pela execução penal de que dispõe de pessoas presas aptas à execução de trabalho externo; e

A polêmica, portanto, reside no momento da exigência da 2ª parte do inciso I “acompanhada de declaração emitida pelo órgão responsável pela execução penal”. Isso porque o Decreto ampliou o rol-taxativo - da Lei Geral de Licitações, especialmente no seu artigo 28 que trata da documentação relativa à habilitação jurídica.

Deste modo, sob a ótica jurídica, não havendo alteração no artigo 28, que especifica a documentação jurídica para habilitação da licitante, a apresentação das referidas declarações não poderia ser exigida no momento da habilitação.

Nas palavras de Marçal Justen Filho¹, os documentos exigidos no artigo 28 deveriam ser suficientes para habilitação jurídica:

“O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos.”

Ademais, ainda paira sobre a questão, a impossibilidade de um Decreto vir a alterar uma Lei Ordinária (no caso a Lei nº 8.666/1993), incluindo requisito novo, situação vedada no ordenamento jurídico vigente, em virtude do princípio da hierarquia das leis, oriundo da pirâmide de Hans Kelsen.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

É de se lembrar ainda que a existência ou não de presidiários aptos ao serviço externo, independe de qualquer característica intrínseca do licitante, como por exemplo, aptidão técnica, cadastro prévio em órgãos específicos, estrutura física, mas depende tão somente do próprio sistema prisional, que exclusivamente declara a disponibilidade da mão de obra ou não.

Nesse sentido, a apresentação da declaração do órgão responsável pela execução da pena no momento da habilitação jurídica tornar-se-ia despicienda, eis que somente se tornaria obrigatória – na prática – quando da efetiva contratação dos serviços.

O pregoeiro, por sua vez, pode se ver numa encruzilhada ao se deparar com a ausência da apresentação da declaração. Pelo princípio da legalidade estrita e da vinculação ao instrumento convocatório, isoladamente, o pregoeiro deveria inabilitar a licitante de plano.

Ocorre que o Tribunal de Contas da União,² em situações análogas, tem considerado *ilegais* exigências que extrapolam o rol taxativo relativos à habilitação:

3. É irregular a inabilitação ou a desclassificação de empresa licitante por não ter indicado os seus dados bancários, pois tal informação, além de não estar prevista no rol taxativo dos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993, que estabelecem os documentos que podem ser exigidos na fase de habilitação, pode ser obtida mediante simples diligência.

No caso da declaração referida há ainda o agravante de ter sido exigida em virtude de Decreto federal, estabelecendo uma grave imprecisão jurídica.

A norma, porém, ao estabelecer que somente quando da efetiva contratação é que será exigida efetivamente o emprego da mão de obra, parece trazer uma luz sobre o procedimento que deve ser seguido pelo pregoeiro.

Com efeito, é ampla a jurisprudência do TCU rechaçando o formalismo excessivo, privilegiando o interesse público nas decisões a serem tomadas pelos agentes públicos.

Deste modo, diante da evidente imprecisão jurídica do Decreto, parece razoável que a exigência seja cobrada somente no momento da contratação, devendo o pregoeiro se abster de inabilitar licitantes pela ausência da declaração em sua proposta, sendo tão somente condição para assinatura do contrato.

Já o licitante deverá estar atento ao fato de que essa exigência será cobrada, com a efetiva contratação do percentual indicado no momento da assinatura do contrato, e também deverá ser mantida por meio de comprovação mensal de que o quantitativo está sendo mantido e respeitado, observância a ser cumprida pelo fiscal do contrato inclusive para as prorrogações contratuais.

A controversa inclusão de exigência nova no rol taxativo do art. 28 por meio de Decreto, sem dúvidas, ainda será objeto de discussão no Judiciário e na Corte de Contas Federal, devendo o pregoeiro estar atento ao que a jurisprudência irá decidir, para que possa balizar com tranquilidade suas decisões. ■

² Acórdão 5883/2016 Primeira Câmara, Recurso de Reconsideração, Relator Ministro Bruno Dantas.

ENGANO AO CADASTRAR VALOR OFERTADO NA FASE DE LANCES

JÁ PASSOU POR ISSO COM ALGUM LICITANTE?

Por Aline de Oliveira



Imagem: Shutterstock

Em um Pregão eletrônico aberto uma das empresas ligou pedindo para o pregoeiro desconsiderar o valor ofertado para um dos itens. O licitante alegou que “houve um engano” na hora de cadastrar.

O que deve fazer o pregoeiro? Deveria voltar a fase de lances e acatar a solicitação da empresa ou deveria seguir em frente, e esperar a empresa declinar na hora da contratação?

Flávia Vianna, advogada e consultora em licitações e contratos públicos, explica que não é possível alterar valores cadastrados.



Flávia Vianna

“Se a empresa errou deverá verificar no final se é possível, por exemplo, para cobrir esse custo, tirar parte de seu lucro e continuar com a proposta sendo exequível. Caso contrário, o que restaria é uma análise pelo pregoeiro da exequibilidade do preço final, se tiver com os custos cobertos declara exequível e a empresa é contratada sob pena de desistência irregular da proposta; porém se considerado valor inexecuível final, desclassifica sem penalidade. Tratando-se de um ERRO GROSSEIRO do licitante, o que fatalmente tornará a proposta inexecuível, restará sua desclassificação sem penalidade”, explica. ■

ESPECIAL: SUGESTÕES PARA O NOVO DECRETO DE PREGÃO ELETRÔNICO

Por Aline de Oliveira



Imagem: Shutterstock

Foi lançada consulta pública para alterar o Decreto que regulamenta o Pregão eletrônico a fim de combater os chamados robôs e coelhos. Entre as mudanças propostas estão **(i)** sistema de envio de lances; **(ii)** possibilidade de utilizar o pregão eletrônico para serviços de engenharia; **(iii)** implementar o critério de julgamento pelo maior desconto; **(iv)** regras de desempate; e **(v)** cotação eletrônica para serviços.



Jorge Ulisses Jacoby Fernandes

Pedimos a quatro especialistas que fizessem numa análise e nos contassem suas impressões e sugestões para o novo Decreto de Pregão eletrônico.

O advogado, mestre em direito público, professor de direito administrativo, escritor, consultor, conferencista e palestrante, **Jorge Ulisses Jacoby Fernandes**, após uma análise detida das primeiras alterações propostas no Decreto 5.450/2005, que trata do Pregão Eletrônico, produziu um material com as questões centrais abordadas.

Confira:

Por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes

1. O atual decreto precisa ser alterado?

Sim. A experiência tem mostrado que isto é necessário, pois a Administração tem perdido propostas mais vantajosas porque os licitantes seguram a proposta final. Muitos ganham a licitação pelo sistema “randômico”, que é sorteio. O sistema não é ilegal, pois na própria Lei geral se permite o sorteio e esse somente é aplicado depois que o pregoeiro indica que vai encerrar porque os licitantes não têm mais propostas a oferecer.

Atualmente, porém, há possibilidade de modernização, pois o pregão já “amadureceu” como ferramenta para usuários e operadores. O sistema precisa ser modernizado.

2. A proposta é boa?

Sim. A prorrogação por três minutos pode ser o melhor caminho hoje e já vem sendo, há muito tempo, utilizado nos leilões.

3. Há riscos para sua implementação?

Sim. Há uma substancial diferença do leilão, pois lá a disputa é feita por item único, por exemplo, um apartamento, um carro.

4. Há como eliminar esse risco?

Sim. Explicamos nosso entendimento a seguir:

4.1. Compreendendo o contexto.

No Brasil, o TCU dita regras, infralegais e cria jurisprudência *proepter legem* e *contra legem*. A maioria dos encarregados em controlar não vive a prática de licitação. Como efeito disso, no caso específico, construiu-se a jurisprudência impondo o julgamento por produto ao invés de menor preço por item. Muitos pregoeiros foram vítimas de decisões, recomendações e multas porque não avaliaram preços unitários, em licitações com menor preço por item; a partir de certo ponto consolidou-se a determinação de licitar por produto, considerando que cada item seria uma licitação específica.

Essa postura tem o ideal nobre de tentar evitar o “jogo de planilha”, mas na prática obriga a Administração fazer centenas de itens. Se nada for feito, estará aí a deficiência do sistema de prorrogação. A Administração fará a licitação com centenas de produtos e cada produto terá o tempo prorrogado, indefinidamente.

4.2. Como corrigir o contexto

Para corrigir isso, precisamos voltar a cumprir a Lei geral que manda licitar por item. Sem incluir essa regra no novo decreto, a jurisprudência vai acabar produzindo acórdãos reiterando a jurisprudência anterior, obrigando o gestor a verificar o preço de cada produto.

4.3. Qual texto proporemos?

Inserção de artigo com o seguinte teor:

Art. XXXX

Sempre que possível, a administração promoverá licitação por item agregando produtos, no valor de convite ou superior.

§1º. O julgamento da melhor proposta será o menor valor global por item.

§2º. Fica dispensada a verificação dos preços unitários do item, quando o orçamento for sigiloso e o preço global da melhor proposta for inferior ao estimado pela Administração.

§3º. Os aditamentos para aumento e supressão de quantitativos devem considerar o preço estimado pela administração.

§4º. O disposto no parágrafo anterior pode deixar de prevalecer quando ficar comprovado que não acarretará jogo de planilhas.

5. Serviços contínuos

Todos já viveram a situação em que se perde um ótimo prestador de serviços contínuos por causa do sistema randômico. Já temos ferramentas para melhorar isso também.

5.1. Avaliação do prestador do serviço?

Há algum erro em se privilegiar quem tem capacidade técnica comprovada? Quem conhece a rotina do órgão e evitará custos de qualificação para compreensão da rotina interna? Certamente a resposta é não. Não ofende a isonomia a continuidade.

5.2. Riscos decorrentes da continuidade

Um dos pontos que não se pode permitir é a corrupção. O gestor cobrar para manter a empresa. Na atualidade, porém, na esfera federal o cumprimento do art. 67 da Lei geral, se faz, pelo disposto na IN nº 5, com a participação dos usuários. Portanto, o poder discricionário pode ser contido e se tornar mais transparente.

As empresas passaram a ter o direito de exigir a avaliação, os critérios, quantos responderam as pesquisas feitas com os usuários dos serviços contínuos prestados.

5.3. E o princípio da isonomia?

É preservado, pois o ingresso de nova empresa deve ser limitado ao conjunto dos que tem capacidade

igual ou superior, aferindo, na prática, a qualidade.

5.4. *E a proposta mais vantajosa?*

Só há comparação entre iguais. A proposta mais vantajosa, não é a que oferece preço ridículamente inviável ou inexequível.

Nesse ponto, nossa doutrina e a jurisprudência são uniformes. Diante de preços inexequíveis não se deve adjudicar ou deixar que no recurso os concorrentes comprovem que o preço é inexequível. É dever do pregoeiro impor ao licitante que comprove a exequibilidade do preço. E é inexequível o preço abaixo do estimado. Caso falte ao pregoeiro conhecimento técnico para avaliar os elementos apresentados pelo licitante para comprovar a exequibilidade do preço, recomenda-se ao pregoeiro, em contato com a autoridade que o nomeou para essa função, definir qual órgão deve, formalmente, avaliar a exequibilidade do preço.

5.5. *Qual texto proporemos?*

Art. XXX

O termo de referência para contratação de serviços contínuos deverá considerar:

- a) a avaliação dos serviços pelo público usuário;
- b) a avaliação do gestor do contrato.

§1º. Se a execução for considerada de boa qualidade, ou superior, o edital deverá prever o direito de preferência da empresa prestadora de serviço.

§2º. A avaliação deve ser realizada com tempo suficiente para que o contratado tenha garantida a ampla defesa e o contraditório.

§3º. Perde o direito de preferência, a empresa que não mantiver em dia o pagamento de salários e o recolhimento dos encargos correspondentes.

§4º. O disposto no parágrafo anterior não se aplica se a Administração tiver atrasado o pagamento em qualquer mês do período.

[...]

Art. XXX

Havendo direito de preferência, em decorrência do previsto no artigo anterior, o edital deverá informar aos licitantes qual empresa terá o direito de preferência.

§1º. O direito de preferência será exercido pelo contratado, cabendo-lhe oferecer lance final após o encerramento da disputa.

§ 2º. O lance final deverá ser inferior ao da proposta vencedora, podendo o licitante, detentor do direito de preferência, impugnar os preços inferiores, com “impugnação direta” quando quiser comprovar a inexequibilidade.

§ 3º. A “impugnação direta” consiste no direito de exigir que o proponente apresente contrato em vigor, há mais de um ano, com preço igual ou semelhante ao da proposta apresentada.

§ 4º. Consideram-se semelhantes os serviços de mesma natureza com efetivo de até 20% (vinte por cento) menor, ou qualquer quantitativo maior.

§ 5º. Comprovada a exequibilidade do preço, o licitante detentor do direito de preferência poderá oferecer lance inferior, hipótese em que será considerado vencedor.

§ 6º. Não sendo comprovada a exequibilidade dos licitantes com proposta de menor valor, prevalecerá o lance ofertado pelo licitante detentor do direito de preferência.

6. Serviços de engenharia

No dia 16 de janeiro, foi realizada uma Audiência Pública no Ministério da Economia, em Brasília, que reuniu juristas, membros do ministério e representantes da sociedade civil organizada. Muitos dos presentes eram representantes do setor de engenharia e arquitetura e questionaram, com veemência, inclusão dos “serviços de engenharia” nas previsões do pregão.

A norma prevê: “Art. 1º A modalidade de licitação pregão, na forma eletrônica, de acordo com o disposto no §1º do art. 2º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, inclusive os de engenharia, no âmbito da União, e submete-se ao regulamento estabelecido neste Decreto”.

Na oportunidade, explicou a Dra. Andréa Ache, da Coordenação-Geral de Normas, que a minuta apenas consolidou o que o TCU já assentou como sua interpretação. Ela mencionou a previsão da Súmula nº 257, que estabeleceu “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002”. No mesmo sentido, destacou jurisprudência da Corte de Contas que prevê: “São considerados serviços comuns, tornando viável a utilização do pregão para sua contratação, os serviços de gerenciamento de obras, desde que possuam padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos no edital de licitação, por meio de especificações usuais no mercado”.

É certo que a interpretação do TCU não é vinculativa, mesmo sumulada, mas todos sabem a relevância da interpretação no julgamento de contas. É importante também considerar que a manifestação dos representantes do setor de engenharia e arquitetura é válida, afinal há uma lacuna na definição do que efetivamente se enquadra em serviço de engenharia e o que efetivamente é “obra” e, assim, vedada a licitação por pregão.

Consideramos que a nova norma pode deixar a distinção mais clara, incluindo preceitos estabelecidos no art. 46 da Lei nº 8.666/1993 para fixar os objetos que não poderão ser licitados por meio do pregão. O texto poderia prever:

Art 2º [...]

§2º-A Não serão licitados por meio de pregão, os 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.

§2º-B Aplica-se para os demais serviços de engenharia o preceito da Súmula nº 257 do Tribunal de Contas da União

Com esta ressalva estabelecida na norma, garante-se que a Administração encontre a forma correta de realizar os procedimentos licitatórios quando estiver diante de um serviço de engenharia ou arquitetura.

Por Dawison Barcelos



Dawison Barcelos

Dawison Barcelos, consultor jurídico de Tribunal de Contas da União, afirma que antes de tudo, é necessário saudar a iniciativa da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia em submeter minuta de uma nova regulamentação do pregão eletrônico à consulta e audiência públicas. “Com esse trabalho, ganham todos: o governo, que terá a oportunidade refletir sobre os dispositivos propostos; e a sociedade, que pode ser ouvida em seus interesses”.

Confira agora as impressões e sugestões enviadas por Dawison Barcelos:

A partir da minuta apresentada e do debate traçado em audiência pública – que tive a satisfação de participar ativa e presencialmente, é possível verificar um objetivo principal: o estabelecimento de regras que visam a proteger a isonomia entre os participantes no combate a fraudes como o “coelho” e a utilização de programas de envio automático de lances (os denominados “robôs”). De maneira complementar, aproveitando a oportunidade para atualizar o regulamento vigente há mais de 18 anos, outros pontos foram contemplados, como exemplos: a expressa previsão da possibilidade, tradicionalmente reconhecida pela jurisprudência, de realização de pregões eletrônicos para a contratação de serviços de engenharia que sejam comuns, de fixação do critério de julgamento

maior desconto, e de lances intermediários; a permissão ao estabelecimento de valor ou percentual de redução mínimo entre as ofertas; a ampliação do sistema de cotação eletrônica para abarcar a contratação direta de serviços; e o desencargo formal de obrigações relacionadas ao envio de documentos via fax.

Após o estudo de alternativas para a configuração da dinâmica competitiva do pregão eletrônico, considerando também o rito utilizado em outras plataformas, optou-se por abolir o encerramento aleatório e por estabelecer mecanismo de “tempo de prorrogação”, que consiste em postergar o fechamento do item disputado quando houver novo lance dentro de um período de três minutos. Isso significa que, ao invés de o sistema definir, aleatoriamente, o momento em que o objeto se encerrará, a disputa terá fim somente quando transcorrerem três minutos sem que os concorrentes apresentem qualquer nova oferta.

Sem sombra de dúvidas, o tempo de prorrogação, caso efetivamente adotado pelo novo decreto, virá em boa hora e representará importante evolução nos certames. Trata-se, em meu entender, de correção no tratamento de um ponto que julgo central aos pregões, contemplado no presencial, mas distorcido na forma eletrônica: a necessidade que haja consenso entre os licitantes quanto ao menor preço; isto é, tomando por empréstimo jargão utilizado nos leilões, a disputa somente deve ser encerrada quando nenhum participante se dispuser a “dar menos”.

No entanto, apesar de o tempo de prorrogação aproximar-se da referida ideia de consenso, dois pontos merecem ser avaliados: a possibilidade de que sua adoção torne os pregões eletrônicos excessivamente morosos, com a renovação do prazo de três minutos, a cada oferta, após a etapa de lances. Vale observar ser essa uma crítica relativamente comum dos licitantes às plataformas que utilizam o instrumento (v. g. Bolsa Eletrônica de Compras – BECSP). A segunda questão mostra-se no fato de que o tempo de prorrogação potencialmente não impediria a utilização de robôs ou reduziria a disparidade de armas entre os licitantes que utilizam esse instrumento controverso, daqueles que não o adquiriram. Ora, é possível imaginar que os sistemas de envio automático de lances se adaptarão a renovar a oferta em períodos inferiores a três minutos, o que, sequencialmente, prorrogaria a sessão e impediria o encerramento da disputa até o momento em que robô alcançar o valor final predeterminado pelo licitante.

Isso posto, é natural que se questione da existência de outro método mais adequado. Em meu entender, a resposta a essa indagação é afirmativa, sendo possível vislumbrar duas alternativas. A primeira delas dirige-se ao principal argumento que enseja o combate aos robôs – a quebra da isonomia – e o fato de que, apesar da orientação jurisprudencial, a efetiva comprovação do uso desses *softwares* a viabilizar a desclassificação e a aplicação de penalidade é extremamente dificultosa na prática.

Considerando que o valor a ser protegido é a isonomia entre os participantes, teoricamente violada em razão do uso de mecanismos facilitadores por apenas uma parcela dos licitantes, e que a experiência demonstra que a transição entre a desconfiança e a certeza da utilização não é facilmente alcançada, outra estratégia é sugerida. Ao invés da vã tentativa de atingir a equivalência entre os licitantes pela proibição do uso de instrumentos tecnológicos – que vai de encontro, inclusive, com as práticas do atual estágio de nossa sociedade –, a igualdade poderia ser alcançada com a disponi-

bilização de ferramenta institucionalizada de parametrização de lances, em que todos os licitantes poderiam configurar diretamente no portal de compras governamentais o menor valor por eles admitido. Observa-se que sistemáticas assemelhadas já são adotadas por conhecidos *sites* de vendas e leilões eletrônicos (v. g. *Ebay*). Assim, em tese, a disparidade de armas restaria mitigada com o acesso de todos ao utilitário.

A segunda das alternativas – e, talvez, a mais adequada, é a mudança no modo de disputa do pregão eletrônico, com a implementação de procedimento congênere ao previsto na Lei nº 12.462/2011 e Decreto nº 7.581/11 para os certames realizados sob o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. A proposta sugerida corresponde em tornar regra, nos pregões eletrônicos, a combinação “aberto-fechado” dos modos de disputa, com algumas possíveis adaptações.

Após a abertura das propostas registradas no sistema, a primeira etapa (aberta) se daria pela apresentação de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, de acordo com o critério de julgamento adotado (menor preço ou maior desconto). Trata-se de sistemática semelhante à que ocorre atualmente nos pregões, em que se permite ao licitante a renovação contínua de suas ofertas e o pleno conhecimento dos lances e propostas dos demais participantes.

Encerrada a primeira etapa, os participantes que tiverem apresentado os três lances mais bem classificados terão a oportunidade de oferecer uma proposta final fechada, momento em que se estabilizaria a ordem classificatória do pregão eletrônico. Caso se compreenda mais adequado, o novo decreto poderia prever que, ao invés de um número fixo, participariam da referida “rodada final às cegas” os três primeiros licitantes provisoriamente classificados e os autores das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores ao melhor lance apresentado, em pregões que possuem o menor preço como critério de julgamento.

Dentre as vantagens dessa modulação estão a potencial menor dimensão do ajustamento necessário ao Portal de Compras Governamentais e a adoção de modo de disputa já conhecido e presente na legislação brasileira, o que poderia facilitar a adaptação dos atores envolvidos. Além disso, a existência de faixa percentual ou de número limitado de participantes na “rodada final às cegas” traria como consequência um forte incentivo para que os licitantes melhores suas ofertas ao longo da etapa aberta da fase de lances. A propósito, este era o objetivo almejado quando da criação do encerramento aleatório.

Indo além da redação presente na minuta submetida à consulta pública e de ajustamentos terminológicos, por oportuno, penso que alguns pontos poderiam ser incluídos na nova regulamentação, a exemplo dos abaixo arrolados:

- a incorporação da possibilidade expressa de realizar pregão eletrônico com aplicação do critério de julgamento “maior oferta”, já admitido pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União para certames destinados à cessão de espaços públicos e a contratação do serviço de gestão da folha de pagamento;
- estandartização do procedimento quanto à intenção de recursos, bem como da atribuição de exame e decisão do mérito recursal. Ao contrário do que se pode depreender do atual do art. 11, VII,

do decreto nº 5.450/05, a rigor, não é do Pregoeiro a competência para decidir recursos. Atribui-se apenas a possibilidade de reconsiderar a sua decisão em juízo de retratabilidade. Vale notar que existem diversas questões colocadas e mal interpretadas: não apresentação das razões após manifestação de intenção em recorrer, alteração de motivos, requisitos, segregação de competência, dentre outras;

- previsão de que o Pregoeiro, quando do encaminhamento dos autos para homologação, relate eventuais fatos que mereceriam a apreciação quanto à aplicação de penalidades;
- incorporação da assentada jurisprudência do TCU quanto à necessidade de adoção de condutas transparentes ao longo da fase externa do pregão eletrônico, a exemplo do aviso prévio, via *chat*, da suspensão temporária dos trabalhos, bem como a data e o horário previstos de reabertura da sessão para o seu prosseguimento, em observância aos princípios da publicidade e da razoabilidade;
- implementação de sistemática, em licitações com previsão de adjudicação global ou em grupos, para que a disputa também se dê globalmente ou por grupo. Atualmente, o Portal de Compras Governamentais impõe que a disputa se dê item a item, ainda que a adjudicação seja por grupo ou global. Assim, sugere-se que a disputa seja realizada pelo critério definidor do vencedor. Posteriormente, o licitante mais bem classificado, respeitando os critérios de aceitabilidade global e unitário, apresentaria os preços dos itens, algo assemelhado ao que acontece com as licitações destinadas à contratação de serviços terceirizados e suas planilhas.
- alteração do art. 18, §1º, que fixa prazo de vinte e quatro horas para decisão do Pregoeiro em relação às impugnações apresentadas. A definição de tal prazo mostra-se desnecessária, pois esse tempo para decisão depende do conteúdo da referida impugnação, devendo o Pregoeiro, nos casos em que não seja possível decidi-la com antecedência razoável da data da sessão, adiá-la para que seja assegurado o direito de todos os potenciais interessados participarem do certame;
- unificação dos prazos para a apresentação de impugnações e de esclarecimentos. É de se notar que o regulamento do pregão presencial não diferencia os referidos prazos (art. 12 do decreto nº 3.555/2000);
- inclusão de parágrafo ao art. 19 do regulamento com a previsão de que, apesar de seu *caput* indicar o envio exclusivamente por meio eletrônico, na hipótese de envio em meios físicos, não poderá o órgão ou a entidade, simplesmente ignorá-los sob o argumento de que os atos haveriam de ser realizados em meio eletrônico. O dispositivo direciona-se à ampliação da competitividade e da transparência na disputa. Portanto, não se mostra razoável sua utilização para restringir direitos e, principalmente, para cerrar os olhos a informações que podem ser úteis à manutenção da lisura do procedimento; e
- alteração do §5º do art. 24 para prever a informação, em tempo real, dos lances ofertados, e

não apenas o menor lance registrado, como atualmente indica o dispositivo. Essa medida se mostra necessária diante da possibilidade de oferta de lances intermediários e a inexistência de obrigação de que lance seja inferior ao menor já ofertado.

Nota: o tempo de prorrogação, que representa a principal mudança do decreto que atualizará as regras do pregão eletrônico, será objeto de palestra ministrada pelo professor Dawison Barcelos no 14º Congresso Brasileiro de Pregoeiros.

Por Ronaldo Corrêa



Ronaldo Corrêa

Ronaldo Corrêa, coordenador de licitações da Controladoria Geral da União, ofereceu sugestões de alteração do regulamento do Pregão eletrônico, além das propostas pelo Ministério de Economia.

“Eu entendo ser uma ação necessária e muito bem-vinda, pois desde a sua edição em 2005, o Decreto 5.450 nunca sofreu quaisquer alterações ou atualizações, e em se tratando da área de contratação pública, as alterações legislativas e jurisprudenciais são bastante frequentes, clamando por uma rotina mais constante de atualização dos seus regulamentos. Penso também que as principais alterações propostas pelo Ministério da Economia são acertadas, pois consolidam práticas já consagradas pelos gestores públicos e validadas pelos órgãos de controle, como é o caso da disputa por maior desconto e a contratação de serviços comuns de engenharia por pregão”, afirma.

Confira a análise e sugestões feitas pelo professor Corrêa:

A atualização dos valores do Art. 17 é bem-vinda, pois se alinha à atualização de valores das modalidades de licitação, realizada através do Decreto 9.412/2018. E o afastamento da obrigatoriedade de publicação do Aviso de Licitação em jornal, se alinha ao princípio da eficiência e à realidade do mercado e da sociedade em geral, que privilegia a busca de informações em meio digital, estando o meio impresso em franca decadência como fonte de informação diária e atualizada.

A mudança mais substancial, no entanto, é a alteração da forma de encerramento da etapa de lances, que não será mais finalizada por decisão do pregoeiro e nem contará mais com o tempo aleatório. A forma de encerramento passa a ser com prazo fixo e prorrogação automática quando houver lance válido ofertado nos últimos três minutos. Esta é a forma de encerramento adotada pela Bolsa Eletrônica de Compras de São Paulo (BEC/SP), estando em uso por já bastante tempo. Mas mesmo assim, ainda há dúvidas e até mesmo polêmica acerca da sua adoção, já que o pregoeiro não poderá mais controlar a duração da etapa de lances, perdendo assim a oportunidade de dilatar tal prazo quando o objeto for mais complexo ou o mercado mais restrito ou outras situações que demandem um prazo maior para lances. Mas por outro lado, tal medida pode também induzir as empresas licitantes a estudarem com antecedência seus custos e limites de preço durante o prazo legal concedido para tal, que é de no mínimo oito

dias úteis. Evitando assim atropelos no momento da etapa de lances, quando se espera que as empresas já tenham estudado o edital e definido a sua estratégia de disputa e preços.

A previsão de sorteio automático em caso de empate de propostas traz uma solução a meu ver mais satisfatória do que a previsão anteriormente adotada como praxe, de que a proposta cadastrada primeiro é a vencedora. Como o Comprasnet não disponibiliza para consulta o horário exato do registro da proposta, mas tão somente o momento da sua abertura quando a sessão pública é aberta, fica sempre margem para questionamento e dúvida tanto da parte das empresas quanto dos compradores públicos. Prova disto são as diversas postagens neste sentido registradas no Nelca.

E quanto às sugestões que eu gostaria que fossem analisadas pela equipe que vai elaborar o texto final da minuta de decreto, seguem abaixo as principais, compiladas juntamente com seus respectivos comentários e/ou observações, bem como comparando com a redação do atual decreto e da minuta, quando se tratar de alteração e não de inclusão de novo dispositivo:

Decreto 5.450	Minuta em Discussão	Comentário	Sugestão	Observação
Art. 1º A modalidade de licitação pregão, na forma eletrônica, de acordo com o disposto no §1º do art. 2º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União, e submete-se ao regulamento estabelecido neste Decreto.	Art. 1º A modalidade de licitação pregão, na forma eletrônica, de acordo com o disposto no §1º do art. 2º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, inclusive os de engenharia , no âmbito da União, e submete-se ao regulamento estabelecido neste Decreto.	Por conta de certos ativismos do CONFEA, acho prudente delegar claramente à área técnica a competência para enquadrar tais serviços, cuja competência talvez seja privativa de profissional de engenharia.	§2º Compete ao agente ou setor técnico da Administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilização da modalidade pregão e definir se o objeto corresponde a obra ou serviço de engenharia.	Baseado na ON 54/2014-AGU

Decreto 5.450	Minuta em Discussão	Comentário	Sugestão	Observação
	Art. 4º Este Decreto entra em vigor dia 30 de dezembro de 2018.	Como todos os procedimentos, mesmo os já autuados, devem passar a adotar as regras do novo decreto, creio que seja necessário um bom período de <i>vacatio</i> .	Art. 4º Este Decreto entra em vigor 180 dias após a data de sua publicação .	
Art. 4º, §2º Na hipótese de aquisições por dispensa de licitação, fundamentadas no inciso II do art. 24 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, as unidades gestoras integrantes do SISG deverão adotar, preferencialmente, o sistema de cotação eletrônica, conforme disposto na legislação vigente.		Ampliar a Cotação Eletrônica para uso também para serviços.	Art. 4º, §2º Na hipótese de aquisições ou contratação de serviços por dispensa de licitação, fundamentadas no inciso II do art. 24 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, as unidades gestoras integrantes do SISG deverão adotar, preferencialmente, o sistema de cotação eletrônica, conforme disposto na legislação vigente.	Vide Portaria 306/2001-MPOG.
		Para dar eficácia ao que fixa o Art. 3º, §3º da Lei 8.666/1993 e o Art. 7º, IV da LAI.	Art. 7º, §1º Após a publicação do Aviso de Licitação, qualquer interessado poderá requerer acesso à íntegra dos autos do processo administrativo de contratação.	

Decreto 5.450	Minuta em Discussão	Comentário	Sugestão	Observação
		<p>Para dar eficácia ao que fixa o Art. 3º, II e Art. 8º da LAI. Frisando que o SEI já possibilita a criação de <i>link</i> de acesso externo ou mesmo a pesquisa pública, já implantada em alguns órgãos como os estados de MG e BA, o CADE, o MCTIC, o MF, o MS, o DNIT e a UnB.</p> <p>https://sei.go.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=1</p>	<p>Art. 7º, §2º Em caso de processo administrativo eletrônico, o acesso integral ao qual se refere o parágrafo anterior será concedido independentemente de solicitação, sempre que possível mediante a disponibilização de <i>link</i> de acesso divulgado no Aviso de Licitação ou via funcionalidade de pesquisa pública.</p>	<p>Vide Art. 3º da Portaria 17/2018-MP, que veda a realização de despesas com sistemas de processo administrativo que não seja o SEI, induzindo a sistematização de sua utilização.</p>
		<p>Para dar eficácia ao procedimento previsto no Regulamento do SRP.</p>	<p>Art. 8º, VIII - convocar o cadastro de reserva ao qual se refere o Art. 11, II do Decreto 7.892/2013.</p>	
		<p>Para dar eficácia ao que fixa a IN 6/2014-SLTI/MPOG.</p>	<p>Art. 8º, VIX - autorizar e efetuar o remanejamento das quantidades previstas para os itens com preços registrados nas Atas de Registro de Preços.</p>	
		<p>Para dar eficácia ao que fixa o Art. 22 do Regulamento do SRP.</p>	<p>Art. 11, XII - autorizar no SIASG, mediante anuência da autoridade competente, a utilização da Ata de Registro de Preços por órgão que não tenha participado do certame licitatório.</p>	<p>O módulo Gestão de Atas do SIASG passou a ser de uso obrigatório a partir de 01/03/2018.</p> <p>https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/noticias/884-implantacao-do-novo-modulo-gestao-de-ata-srp-no-siasgnet</p>

Decreto 5.450	Minuta em Discussão	Comentário	Sugestão	Observação
		Para que o pregoeiro seja adequadamente subsidiado pela área requisitante no momento da análise técnica da proposta, já que o pregoeiro dificilmente é especialista no objeto da licitação, mas tem a competência para decidir acerca da aceitação da proposta, conforme Art. 11, IV.	Art. 13, Parágrafo Único A equipe de apoio deverá ser composta preferencialmente por representantes da área demandante do objeto da licitação e possuir conhecimentos sobre os aspectos técnicos de uso do objeto, licitações e contratos, dentre outros.	<i>Vide exigência similar imposta à Equipe de Planejamento, no Art. 22, §1º da IN 5/2017-SEGES/MP.</i>
Art. 14, IV - à regularidade fiscal com a Fazenda Nacional, o sistema da seguridade social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;		Visando evitar criar um rol taxativo que não inclua exigências como por exemplo a CNDT, possibilitando que mesmo se passar a existir nova certidão fiscal, previdenciária ou trabalhista, ela possa estar contemplada no rol genérico e não taxativo do regulamento.	Art. 14, IV - à regularidade fiscal, previdenciária e trabalhista;	
		Para comportar no regulamento a forma como já são feitas hoje no próprio Comprasnet declarações como a "de menor", de fato superveniente, de elaboração independente da proposta etc.	Art. 14, §2º A declaração à qual se refere o inciso VI deste artigo, bem como as demais declarações exigidas no edital, sempre que possível serão realizadas no próprio sistema eletrônico.	<i>Vide Art. 21, §2º do regulamento do pregoeiro eletrônico.</i>
Art. 21, §3º A declaração falsa relativa ao cumprimento dos requisitos de habilitação e proposta sujeitará o licitante às sanções previstas neste Decreto.		Para deixar mais claro que a mera declaração falsa é fraude.	Art. 21, §3º A declaração falsa relativa ao cumprimento dos requisitos de habilitação e proposta sujeitará o licitante às sanções previstas neste Decreto, independentemente da obtenção de vantagens.	<i>Vide Acórdão 1702/2017-Plenário e demais no mesmo sentido.</i>

Decreto 5.450	Minuta em Discussão	Comentário	Sugestão	Observação
<p>Art. 22, §2º O pregoeiro verificará as propostas apresentadas, desclassificando aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos no edital.</p>		<p>Dentre os motivos previstos para a desclassificação da proposta, a devassa do sigilo é a que mais pode prejudicar a competitividade da etapa de lances, e deve ser destacada no Regulamento.</p>	<p>Art. 22, §2º O pregoeiro verificará as propostas apresentadas, desclassificando aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos no edital ou que contenha identificação da empresa licitante, caracterizando a devassa ilegal do sigilo da proposta.</p>	<p>Lei 8.666/1993, Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:</p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.</p> <p>Decreto 5.450/2005, Art. 24, § 5º Durante a sessão pública, os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado, vedada a identificação do licitante.</p>
		<p>Aplicação da Lei de Processo Administrativo para melhor disciplinar a contagem de prazos no pregão eletrônico, já que o regulamento do pregão disciplinou a contagem de prazo de forma diversa do que fixa a Lei de Licitações.</p>	<p>Art. 26, §4º §2º Os prazos expressos em dias no <i>caput</i> do presente artigo contam-se de modo contínuo, considerando-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal.</p>	<p>Lei 9.784/1999, Art. 66:</p> <p>§1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal.</p> <p>§2º Os prazos expressos em dias contam-se de modo contínuo.</p>

Decreto 5.450	Minuta em Discussão	Comentário	Sugestão	Observação
<p>Art. 30, XII, b) do resultado da licitação;</p>		<p>Em complemento à exclusão da publicação em jornal e considerando tratar-se de pregão eletrônico, cuja publicidade de todos os atos é automática e permanente, através do sistema eletrônico onde o pregão é operacionalizado.</p>	<p>Revogar</p>	<p>Lei 12.527/2011</p> <p>Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.</p> <p>§2º Para cumprimento do disposto no <i>caput</i>, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).</p> <p>Decreto 5.450/2005</p> <p>§1º O processo licitatório poderá ser realizado por meio de sistema eletrônico, sendo que os atos e documentos referidos neste artigo constantes dos arquivos e registros digitais serão válidos para todos os efeitos legais, inclusive para comprovação e prestação de contas.</p>

Por Marcus Vinicius Reis de Alcântara



Marcus Vinicius Reis de Alcântara

Marcus Vinicius Reis de Alcântara, Secretário de Controle Interno do TRT da 20ª Região e professor de licitações e contratos públicos, ressaltou a ação do Governo Federal abrir consulta pública, para colher opiniões de especialistas em licitações sobre possíveis mudanças no Pregão Eletrônico.

“Inicialmente é de se louvar a iniciativa, pois abre um importante canal de comunicação com a sociedade, buscando colher as impressões de Doutrinadores, Pregoeiros, Licitantes e demais interessados em debater a ferramenta mais utilizada pela Administração Pública para realizar as suas contratações”, destaca.

Vamos à análise e sugestões do professor Alcântara:

O atual Decreto 5.450 entrou em vigor no dia 1º de julho de 2005, substituindo o Decreto 3.697/2000. Lá se vão mais de 13 anos de utilização do Pregão Eletrônico sem qualquer alteração.

O modelo adotado pelo Governo Federal previu uma fase de lances, de até 30 minutos, com encerramento aleatório. O chamado tempo randômico.

A Lei 10.520/2002, também conhecida como Lei do Pregão, pouco trata sobre o Pregão Eletrônico. Apenas menciona a possibilidade de utilização de recursos de tecnologia da informação no Pregão, sem trazer detalhes sobre o seu procedimento. Desse modo, os entes possuem liberdade para disciplinar o funcionamento do Pregão Eletrônico.

O modo de disputa trazido pelo Decreto Federal 3.697/2000, aperfeiçoado em 2005 pelo Decreto 5.450 acabou por se tornar um paradigma em Estados e Municípios. Seja pela praticidade de adotar um modelo já testado e que já possui sistemas adaptados ao modelo, seja pela cultura de “copiar” a regulamentação Federal e estendê-la aos Estados e Municípios. Entretanto, nem todos os Estados seguiram a lógica do Governo Federal, implementando modelos de disputa diferentes. Foi o caso do Governo de São Paulo, que trouxe uma forma de disputa na fase de lances prevendo uma prorrogação em caso de oferta de lances.

As alterações propostas na minuta apresentada para debate trazem uma significativa mudança no modo de oferecimento dos lances, inspirado no modelo adotado no Governo de São Paulo. Alteração salutar, pois propiciará à Administração uma maior garantia de ter conseguido o melhor negócio na Licitação.

Acrescentou-se ao texto do Decreto a menção ao “maior desconto” como alternativa ao menor preço. Na prática, trata-se de mudança apenas de redação, pois já é possível realizar Pregão pelo maior desconto. Entretanto, a Administração cria uma regra no Edital, para adaptar-se ao sistema, caso este não tenha a opção de disputa pelo percentual.

Outra questão tratada na minuta diz respeito aos serviços de engenharia. O texto agora traz a indicação de aplicação do Pregão Eletrônico aos serviços de engenharia, desde que sejam comuns. De novo, uma alteração na redação do Decreto que já se encontra contemplada na situação atual. O TCU já se manifestou inúmeras vezes sobre o uso do Pregão para serviços de engenharia, desde que sejam serviços comuns. A matéria está tratada, inclusive, na Súmula TCU Nº 257. Entretanto, o tema é bastante controverso, encontrando forte resistência na área de engenharia. A Lei 10.520/2002 estabelece o uso do Pregão para bens e serviços comuns. Assim, caso os serviços de engenharia sejam também comuns, adota-se o Pregão. Mesmo com a inclusão no texto dos serviços de engenharia, entendo que a polêmica persistirá, pois a dificuldade é definir quais os serviços de engenharia são comuns. A definição de objetos comuns trazida tanto na Lei como do Decreto pouco ajuda a sanar tal dúvida. Desse modo, este ponto do Decreto pouco mudará o cenário atual.

Outro ponto interessante trazido na minuta é a utilização da cotação eletrônica para as situações de dispensa de licitação do Art. 24, I. O Decreto atual só prevê a cotação eletrônica para as dispensas do Art. 24, II. A nova redação prevê, inclusive, a utilização da ferramenta para os serviços comuns de engenharia. É um avanço interessante e que corrige uma falha na redação do Decreto 5.450/2005, que já poderia ter trazido esta situação. Entendo até que o Decreto não deveria limitar a cotação eletrônica às situações dos incisos I e II. Talvez pudesse haver a previsão de uso em qualquer situação de dispensa, desde que possível. Não vejo empecilho para que se adote uma disputa eletrônica, por exemplo, numa contratação emergencial. Obviamente, desde que a situação comporte aguardar os procedimentos do sistema eletrônico de disputa.

Outra questão tratada na minuta diz respeito aos serviços de engenharia. O texto agora traz a indicação de aplicação do Pregão Eletrônico aos serviços de engenharia, desde que sejam comuns. De novo, uma alteração na redação do Decreto que já se encontra contemplada na situação atual. O TCU já se manifestou inúmeras vezes sobre o uso do Pregão para serviços de engenharia, desde que sejam serviços comuns. A matéria está tratada, inclusive, na Súmula TCU Nº 257. Entretanto, o tema é bastante controverso, encontrando forte resistência na área de engenharia.

O texto prevê uma situação já adotada por alguns Pregoeiros, que é a previsão de limitação nos valores ou percentuais de lances. É o chamado estabelecimento de valores mínimos de redução. Isto evitará a prática de oferecimento de lances irrisórios pelos licitantes. O TCU já validou a prática quando adotada por determinada Administração. Para sua utilização, é interessante que se defina de maneira bem cuidadosa qual o valor ou percentual razoável de redução.

O novo texto atualiza os valores que indicam os locais onde os Editais devem ser publicados. Mudança salutar, posto que os valores são os mesmos previstos em 2005. Pelo texto, haverá uma preferência à disponibilização do Edital no Portal de Compras do Governo Federal e acaba a obrigatoriedade de publicação do aviso em jornais de circulação local. O texto carece de uma correção, pois do jeito em que se encontra, o inciso I do Art. 17 perderia o sentido, bem como o inciso III do mesmo artigo necessita de uma alteração nos valores, ou sua revogação.

A grande novidade é a nova forma de disputa por lances. Pela proposta, adotar-se-á o chamado sistema de prorrogação. A nova fase de lances terá duração de 15 minutos e será prorrogada sempre que algum licitante ofereça um lance nos últimos 3 minutos da sessão. A prorrogação se dará por 3 minutos. Traduzindo, caso um licitante ofereça um lance aos 14 minutos de disputa, a sessão, que encerraria aos 15 minutos, passará a ter final previsto para os 17 minutos. Se aos 16 minutos alguém oferecer lance, prorroga para os 19. E assim seguirá a disputa, até que passem 3 minutos sem lance.

Há certamente um risco de a sessão se alongar por muito tempo. Entretanto, a limitação dos valores mínimos da diferença entre os lances possivelmente conterà o risco. A utilização da nova metodologia, quando adotada, mostrará os impactos desta mudança na duração dos Pregões. Este tempo de prorrogação poderia ser reduzido para 2,5 ou 2 minutos, caso se perceba uma elevação no tempo de disputa. Também poder-se-ia adotar um formato de encerramento após um número razoável de prorrogações, com a efetiva participação do Pregoeiro nesta decisão.

O texto prevê a possibilidade de reabertura excepcional da disputa, caso não haja prorrogação, por deliberação do Pregoeiro, em conjunto com a equipe de apoio. São situações excepcionais que deverão ser justificadas. O texto nos traz uma dúvida. Como seria esta decisão do Pregoeiro, em conjunto com a equipe de apoio. E se houver impasse? Entendo que esta ideia de decisão conjunta fere a lógica de condução do Pregão, que atribui ao Pregoeiro tal incumbência. Este ponto precisará ser detalhado nas instruções complementares, caso esta redação persista após os debates.

Há outro trecho que necessita de uma melhora na redação. Trata-se do §6º-D do Art. 24. A redação diz que se não houver lances na etapa competitiva, haverá a aplicação das regras da LC 123 e Art. 3º da Lei 8.666. Na verdade, as regras citadas devem ser observadas em qualquer situação, havendo lance ou não.

Por fim, destaco a clara menção ao desempate do Pregão Eletrônico, que tanta polêmica já trouxe. Agora está claro no texto: se, após a observância da fase de lances e dos critérios de preferência da LC 123 e do Art. 3º da Lei 8.666/1993, persistir o empate na licitação, será feito sorteio no sistema eletrônico, para que se defina o vencedor. A polêmica atual é que alguns sistemas indicam como vencedor, equivocadamente, aquele que primeiro inseriu a proposta no sistema. ■



MISSÃO DE **COMPRAR BEM**

O COMPROMISSO DE TODA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Por Aline de Oliveira

O pregoeiro tem grandes responsabilidades em relação às compras públicas, mas ele não deve ser o único responsável pela missão de comprar bem, afinal esse deve ser o compromisso de toda Administração Pública.



MARCUS ALCÂNTARA

Marcus Alcântara, Secretário de Controle Interno do TRT da 20ª Região e especialista em licitações e contratos públicos, afirma que comprar bem deve ser uma incessante busca da Administração Pública. “Este é um compromisso de todas as Administrações. O Pregoeiro aparece na ponta do processo, pois é ele quem conduz a licitação. Mas jamais deve ser considerado o responsável único pelo sucesso da contratação. Aí está o segredo de uma boa contratação: o comprometimento de toda a equipe, de uma ponta à outra, do requisitante ao fiscal do contrato”, avisa.



FELIPE BOSELLI

Para **Felipe Boselli**, Mestre em Direito do Estado e consultor jurídico de licitações e contratos públicos, para que o pregoeiro cumpra sua missão ele deve se capacitar. “A capacitação é a chave para o sucesso da nossa gestão pública. Adotamos um modelo constitucional de concurso que seleciona os melhores no mercado. Ainda assim, temos problemas relacionados à falta de capacitação dos profissionais, que acaba levando a um cenário com pessoas sem a devida preparação para o encargo, menos motivada e mais sujeitas ao cometimento de falhas que levarão à aplicação de sanções pelos órgãos de controle e, portanto, a um servidor mais desestimulado. **Para quebrar esse círculo vicioso, é fundamental que foquemos na capacitação e prestígio aos nossos pregoeiros.** Para o país se desenvolver, a Administração precisa promover suas

políticas públicas, que só são possíveis com a contratação eficiente de bens e serviços que são obtidos pelo trabalho dos pregoeiros. A missão é importantíssima e deve ser tratada com a mais absoluta atenção”, destaca.

Sobre a capacitação, Alcântara complementa que ela é uma preocupação permanente das corporações, públicas e privadas. “Costuma ser adotado como um controle para tratar de alguns riscos no processo de contratação, com muita eficácia, pois tem um custo baixo e apresenta resultados num curto prazo. Recomendamos a todas as áreas, não apenas à de contratação, que elaborem os seus planos anuais de capacitação. Assim, a Administração já define e autoriza a capacitação dos seus servidores, deixando-os sempre preparados para lidar com os desafios de bem realizar as suas tarefas”, diz Alcântara.

Mas o que é comprar bem?

Alcântara explica que em processos de contratação, há um tripé de sustentação de uma boa compra: **comprar melhor, mais rápido e mais barato**.

“Podemos traduzir isto como eficiência. Significa conseguir as melhores soluções do mercado, num tempo razoável e com preço o mais baixo possível. Não basta apenas buscar o menor preço disponível no mercado, descuidando das demais informações relativas à contratação. Precisamos adquirir aquele produto ou serviço que de fato atenda às necessidades da Administração, com uma boa qualidade, dentro do preço de mercado, num prazo útil para o contratante. **Chega a ser desafiador conseguir sucesso nessas 3 variáveis**. Talvez a variável ‘prazo’ seja a mais difícil, pois os nossos processos de contratação estão cada dia mais complexos, recheados de mecanismos de controle (alguns desnecessários), muitos setores interagem no processo, muitas instâncias decisórias. Isto acaba por prejudicar a pretendida celeridade”, ensina.

Boselli, conta que durante muitos anos, a noção de comprar bem confundiu-se com a ideia de pagar um menor preço. “Até hoje, em muitos casos, o único indicador analisado em um processo licitatório é o preço da contratação. Pior do que isto, muitas vezes o indicador utilizado para avaliar o preço da licitação é uma pesquisa de preço que possui vícios de origem e que foi mal concebida, fazendo com que nem esse indicador seja efetivo”, ressalta.

“**Não basta apenas buscar o menor preço disponível no mercado, descuidando das demais informações relativas à contratação. Precisamos adquirir aquele produto ou serviço que de fato atenda às necessidades da Administração, com uma boa qualidade, dentro do preço de mercado, num prazo útil para o contratante. Chega a ser desafiador conseguir sucesso nessas 3 variáveis, afirma Alcântara.**”

Para Boselli comprar bem é mais do que isso.

“Para analisar um processo de compra precisamos de, no mínimo, três grandes indicadores: a) **preço** - sem dúvida o preço é um indicador importante do processo de compra e deve ser avaliado, de acordo com parâmetros reais e analisando as particularidades daquele mercado específico; b) **qualidade** - um dos grandes estigmas do processo licitatório que deve ser demovido da Administração Pública é a contratação de produtos/serviços de péssima qualidade. Temos que aprimorar o processo de contratação no sentido de trazer mais qualidade à gestão pública, para isso, é fundamental o planejamento e a concepção adequada dos projetos e termos de referência dos nossos processos licitatórios; e c) **tempo de contratação** - outro grande problema na contratação pública é o tempo que se leva para contratar algo. Toma-se muito tempo entre a concepção de uma ideia e a conclusão de sua execução. Os órgãos devem estar atentos para sanar os problemas de retardo processual que cada situação está criando. Não adianta que se compre com qualidade e bom preço se a demanda da sociedade está sendo atingida apenas anos depois da sua real necessidade”.

Como não deixar-se desviar dessa missão?

Alcântara diz que a Administração dispõe de boas ferramentas de gestão que auxiliam nos processos de contratação. “Um bom planejamento e uma estrutura de governança bem montada não permitirão fracasso na missão de comprar bem. Há riscos que podem causar danos aos objetivos da Administração, mas que são devidamente tratados numa boa estrutura de gestão de riscos. O Plano de contratações, o catálogo de especificações, os bancos de preços e os editais padronizados, agilizam bastante os processos de compra e devem ser providenciados pela Administração”, afirma.

Segundo Boselli, a palavra de ordem é planejamento. “A Administração Pública (de forma geral, respeitadas honrosas exceções) planeja muito pouco e, quando o faz, não cumpre com esse planejamento inicial, sendo meros instrumentos burocráticos desconsiderados nos passos seguintes. Há que se separar decisões políticas das decisões técnicas e oferecer aos pregoeiros maior liberdade e possibilidade de atuação, no sentido de promover o real planejamento das contratações públicas e, sobretudo, o cumprimento daquilo que foi inicialmente planejado”.

Conselhos aos pregoeiros nesse início de ano

Alcântara conta que gosta muito de atuar pautado na melhoria contínua. “Então, meu conselho para os Pregoeiros e Pregoeiras do Brasil vai em forma de pergunta: o que vocês melhorarão neste ano? Onde precisamos evoluir? Ainda que vocês produzam trabalhos de excelência, lembrem-se, nada é tão bom que não possa ser aprimorado. Na nossa área de contratações públicas, temos muito o que evoluir. Então, mãos à obra. Que façamos ainda melhor as nossas missões e que tenhamos um feliz 2019”.

O conselho de Boselli para todos os nossos pregoeiros e pregoeiras é para se capacitarem. “Vamos melhorar a gestão pública. Vamos focar em mais resultados. O futuro do país depende de nós, depende de cada um de vocês. Certamente não podemos mudar o mundo na gestão das contratações públicas da Administração de cada um. Mas se cada qual melhorar as suas próprias contratações, iremos avançar muito. Cada um fazendo o seu trabalho e motivado para uma gestão pública mais eficiente e focada no atendimento ao interesse público. Os cidadãos precisam de vocês e vocês são a chave para a mudança que nós precisamos. Que 2019 seja um ano incrível e boas compras”, conclui. ■

A UTILIZAÇÃO DE ROBÔS NOS PREGÕES ELETRÔNICOS

C

CÉSAR AUGUSTO WANDERLEY OLIVEIRA

Advogado OAB/RO nº 4745. Mestre em Amazônia e Políticas de Desenvolvimento - Universidade Federal de Rondônia - UNIR. Pós-graduado em Direito Tributário e Processo Civil - Universidade Anhanguera-UNIDERP, graduado pela Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e Letras de Rondônia. Atualmente Presidente da Comissão Permanente de Licitação de Obras da Prefeitura Municipal de Porto Velho.

J

JAMIL MANASFI DA CRUZ

Administrador CRA/RO nº3033, Bacharel em Administração Pública, MBA em Licitações e Contratos, MBA em Gestão Pública, Esp. Metodologia do Ensino Superior e Bacharel em Direito. Professor de MBA em Licitações e Contratos, Palestrante e Consultor em Licitações e Contratos, Coordenador de Licitações e Pregoeiro do CRA-RO.



Imagem: Divulgação

O pregão eletrônico foi criado praticamente na virada do milênio com o intuito de ampliar a competitividade e dar mais transparência nas compras públicas. Ao promover esses dois institutos (transparência e competitividade) havia uma perspectiva de diminuição das práticas desonestas como o conluio de empresas em uma falsa competição. Muito foi conquistado em quase dezenove anos de implementação dessa forma de licitar. Mas como é de se esperar, a inserção da Administração Pública – ente classicamente atrasado em relação a iniciativa privada – no “mundo virtual” a fim de realizar suas compras encontrou alguns desafios.

Embora essa forma de licitar tenha prestigiado sobremaneira a economicidade nas compras governamentais, também exigiu o aperfeiçoamento do processo administrativo como um todo, na medida em que, antes a administração tratava com seus “vizinhos”, fornecedores participantes de pregões presenciais, agora teria que lidar de maneira mais frequente com empresas de todo o território nacional, tendo que aperfeiçoar seus editais adequando a logística de prazos de entrega em um país de tamanho continental como o Brasil.

Esse aperfeiçoamento também foi necessário quanto à confiabilidade da plataforma eletrônica onde seriam realizados os pregões na forma eletrônica, seja na segurança dos dados dos usuários envolvidos, seja na possibilidade de manipulação deste sistema para um resultado tendencioso.

É necessário lembrar que nas plataformas eletrônicas de compras, o pregoeiro ou presidente de comissão sequer sabe com quem negocia até o final da etapa de lances, a quebra dessa confidencialidade acarreta nulidade do procedimento. Da mesma forma, os licitantes também não têm conhecimento – por meio de qualquer informação do sistema – de quem são seus concorrentes até a linha classificatória ter sido estabelecida, depois de encerrada a etapa competitiva do sistema.

Durante muitos anos a atenção e o investimento do poder público estiveram direcionados ao aperfeiçoamento deste aspecto da segurança do sistema quanto ao acesso externo e a manipulação de suas informações, esquecendo que esse cuidado deveria ser “ponta-a-ponta”, ou seja, tanto a impenetrabilidade do sistema a invasões externas, quanto a possibilidade do usuário, por meio de *softwares* de terceiros, obter vantagem ou acesso a funcionalidades que os demais não têm.

São os chamados “robôs”, *softwares* (programas de computador) não autorizados pelo órgão licitante que estão sendo usados para fazer lances automáticos, em fração de segundos, de forma a manter um dos concorrentes sempre com o menor preço e sempre à frente de seus concorrentes. Enquanto um operador humano leva mais de cinco segundos para registrar um lance, o programa o faz em 140 milésimos de segundo, ou menos.

Admitir esse tipo de utilização do sistema de maneira desigual macula o procedimento de maneira irreversível porque quebra o tratamento isonômico e a moralidade. Não é nenhuma novidade, a Constituição Federal prevê, no seu art. 37, XXI, que contratação de obras, serviços, compras deverão ocorrer mediante a observação do princípio da isonomia, assegurando a todos os concorrentes a igualdade de condições, a obrigatoriedade da aplicação do princípio é reiterada no art. 3º da Lei 8.666/93.

O governo federal tem conhecimento desse problema. E conforme notícias¹ ainda de 2016 já vinha tentando impedir o uso de robôs, para garantir igualdade de condições entre os participantes da concorrência. No entanto, não vem obtendo sucesso na coibição dessa prática. O Ministério do Planejamento sustenta que a prática não é ilegal e é quase impossível eliminá-la. Posição diametralmente oposta à do Tribunal de Contas da União - TCU, que considera o uso dos robôs eletrônicos como uma irregularidade grave, por ferir o princípio da isonomia. O tribunal já exigiu que o governo encontre uma maneira de impedir o uso dos robôs, contudo, ainda sem uma solução definitiva.

Aquela Corte de Contas, ainda em julho de 2016, determinou ao Ministério do Planejamento, no prazo de 90 dias, “*a promoção da isonomia entre os licitantes do pregão eletrônico, em relação à possível vantagem competitiva que alguns licitantes podem obter ao utilizar dispositivos de envio automático de lances (robôs)*”.

Mas a o prejuízo é quanto a isonomia entre os licitantes, pois o uso dessa ferramenta não encontra óbice legal e não lesa os cofres públicos. Pelo contrário, a Lei nº 10.520/02 que estabelece a modalidade pregão não veda essa prática. Ademais, como a empresa vencedora ofertou o menor lance, a Administração não deixou de encontrar a proposta mais vantajosa.

Como foi supracitado o TCU já vem combatendo essa prática A quase uma década. Ainda em 2010 no Voto do Ministro-Relator, Valmir Campelo, no Acórdão nº 1.647/2010-Plenário-TCU, é asseverado o seguinte:

¹ Golpe no pregão eletrônico – Disponível em: https://istoe.com.br/139247_GOLPE+NO+PREGAO+ELETRONICO/

Uma falha importante constatada pelo Tribunal foi o uso de dispositivos de inserção automática (robôs) para o envio de lances durante o pregão eletrônico. O referido dispositivo tecnológico continua comprometendo a isonomia entre os participantes do certame licitatório, visto que a atual regra “antirrobô” do “Comprasnet” não é suficiente para atingir o objetivo de impedir a vantagem competitiva existente.

Ainda é citado que, “*Tal contestação é de conhecimento da SLTI, que implementou regra de negócio intitulada “antirrobô”, a qual solicita código de confirmação para licitantes que apresente lance em período inferior a 6 segundos, em relação a seu lance anterior”.*

Um ano após tais acontecimentos foi expedida a Instrução Normativa n.º 03, de 16/12/2011, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação daquele Ministério, determinando que o envio de lances pelo mesmo fornecedor, só possa ser efetivado em intervalos mínimos de 20 (vinte) segundos.

Mas nossa discussão até este ponto foi apenas em âmbito federal e em especial no sistema do COMPRASNET, e em apenas um dos sistemas eletrônicos de licitação, como exemplo, o TCU, no acórdão 1.216/14 (TC 001.651/2014-5, relatora Ministra Ana Arraes), envolvendo a ferramenta Licitações-e do Banco do Brasil, já recomendou que referida instituição financeira tomasse medidas com o fim de impedir que estes mecanismos virtuais pudessem se acoplar ao sistema e interferir na disputa do certame.

Contudo aquela instituição adotou medida diversa da ferramenta federal, disponibilizou-se da ferramenta de “*captcha*”, mecanismo que também é considerado inseguro, e tem sido alvo de *hackers*, que disponibilizam na internet diferentes formas de burla.

Apesar de haver projeto de lei nesse sentido² como o Projeto de Lei nº 1.592 de 2011 o qual destaca que “a utilização desses mecanismos acaba por estabelecer condições injustas de competição” e “os fornecedores do Poder Público que não estivessem dispostos a recorrer a estes artifícios dificilmente poderiam sair vitoriosos em uma licitação”. Sugerindo como pena a suspensão de participação de licitação e impedimento de licitar com a Administração Pública por 2 (dois) anos.

Mais recentemente o Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE-PR) considerou no Acórdão nº 3.322/16 - Tribunal Pleno, que a utilização dos robôs em pregões eletrônicos confere vantagem competitiva aos licitantes que detêm a tecnologia sobre os demais, em ofensa ao princípio da isonomia e ao caráter competitivo dos certames e ao artigo 3º da Lei 8.666/1993 e parágrafo único do artigo 5º do Decreto 5.450/2005.

Em razão desse entendimento, o TCE-PR determinou à Companhia Paranaense de Gás (COMPAGAS) que adote critérios aptos a filtrar a participação de empresas munidas de *softwares* ilegais de lances automáticos, em especial aqueles relativos a intervalos mínimos entre lances, nas suas licitações, tendo determinado a anulação e a repetição da sessão de lances do pregão analisado.

No âmbito judicial não são muitas decisões sobre o assunto, contudo, enriquecem o debate os argumentos trazidos em decisão em sede de Agravo de Instrumento nº 0046754-49.2011.4.01.0000/DF, do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, de lavra do Desembargador Federal Fagundes de Deus, que harmoniza o entendimento com as orientações do TCU, cujo alguns tópicos trazemos abaixo:

² PL 1592/2011

O uso de dispositivos eletrônicos (robôs), por empresas participantes de leilões promovidos pela Administração Pública, vem sendo questionado pelo Tribunal de Contas da União, uma vez que o referido dispositivo tecnológico compromete a isonomia entre os participantes, pois é impossível o operador humano competir com um operador eletrônico em termos de tempo entre o envio de lances por um concorrente e pelos outros licitantes, seqüencialmente. Tanto é que a Corte de Contas recomendou ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, órgão responsável pela gestão do sítio “comprasnet” que adotasse “meios de prover isonomia entre os licitantes do pregão eletrônico, em relação a possível vantagem competitiva que alguns licitantes podem obter ao utilizar dispositivos de envio automático de lances (robôs) (Acórdãos 1.647/2010-P, item 9.1.13).

Naquela oportunidade o Desembargador asseverou que:

há veementes indícios de que houve concorrência desleal na aludida fase. (...) O documento demonstra uma atuação acirrada entre as licitantes, inclusive, com a ocorrência de lances automáticos dados pela empresa (...) imediatamente após os lances enviados pela Agravante, cuja diferença de tempo é de frações de segundos” (grifamos) concluindo que “Impõe-se, assim, resguardar em toda a plenitude o princípio da isonomia que deve prevalecer na relação entre os concorrentes, impedindo o oferecimento de propostas com a utilização de software de inserção automática de lances.

Ainda na decisão citada, já encaminhando para as conclusões é necessário trazer uma consideração do magistrado no sentido que: “na espécie, não há que se perquirir a respeito do princípio da economicidade em prol da Administração, uma vez que é mínima a diferença de valores das propostas, quando da utilização dos denominados “robôs”. Em tempo retornaremos a essa ponderação realizada.

Por fim, relevante a resposta a recurso da Controladoria-Geral da União, por meio do qual a empresa apresenta defesa contra recurso de seu concorrente que lhe acusa do uso de robôs, *in verbis*:

Esta Recorrida conta, para cada licitação eletrônica que participa, de um gerente de contas e dois profissionais de apoio operacional para inserção de lances. Este time já possui, cada qual, uma planilha contendo variações de preços possíveis e que podem ser recalculados por regras automatizadas (equações) que o próprio aplicativo Excel permite. Esta estrutura operacional permite agilidade de inserção de dados e parâmetros decisórios, conferindo eficácia competitiva. (grifamos) 11. Esta é a realidade não alcançada pela Recorrente e que retrata apenas o ajuste operacional dos serviços da Recorrida, nada havendo com utilização de robôs³.

Considerando todas as informações reunidas é possível traçar valiosas conclusões sobre a utilização desta ferramenta nos sistemas de licitações eletrônicas no Brasil.

Conclusões

Diante da pesquisa realizada foi possível verificar um claro inclinamento dos órgãos de controle e do judiciário na proibição da utilização de robôs para lances automáticos, contudo, na via legislativa a mais

³ http://www.cgu.gov.br/sobre/licitacoes-e-contratos/licitacoes/tipos/pregao/exercicios-antecedentes/2011/pregao-no-06-2011/pregao_06_decisao_da_pregoeira-20_item_02.pdf

de sete anos pende projeto de lei que poderia resolver esse “vazio legislativo” e colocar um fim à discussão sobre a legalidade do uso da ferramenta.

Enquanto não existe uma solução legislativa o mercado dessas ferramentas não para de crescer, e a cada modificação de critérios de apresentação de lances essas ferramentas se adaptam e se tornam praticamente impossíveis de serem identificadas e/ou desativadas.

Em contraponto a essa igualdade fictícia, o próprio poder público admite a impossibilidade de um tratamento isonômico e um sistema realmente isento, na medida em que, o simples fato da empresa ter melhor conexão com a internet, mais funcionários, ou planilhas automáticas no Excel, já a colocaria em um patamar de vantagem em relação às demais empresas.

A verdade é que a desigualdade é traço inseparável da iniciativa privada, cada empresa tem sua *expertise*, tem seu modelo de negócio e isso naturalmente repercute em condições operacionais tanto de preço quanto de agilidade na condução de seus prepostos nas compras eletrônicas. Some-se a isso a discrepância entre os próprios sistemas, regras próprias de intervalo de lances que são comuns ao COMPRASNET e não são no LCITAÇÕES-E, a legislação a ser cumprida não é a mesma? O simples nível de segurança discrepante entre os sistemas coloca empresas que concorrem em desvantagem em relação as que optam pela ferramenta menos rigorosa.

Ademais, estaria a administração sendo obrigada a escolher a proposta mais isonômica em detrimento da mais vantajosa? Seria razoável desclassificar o menor preço porque o concorrente utilizou uma ferramenta não proibida por lei e assim contratar mais caro? Que postura deveriam adotar os pregoeiros que não têm nenhum controle dos sistemas que operam? Após quase duas décadas caminhando para longe do formalismo desarrazoado estaríamos prestigiando a proposta mais vantajosa recusando lances porque não esperaram os segundos necessários?

A verdade é que a desigualdade é traço inseparável da iniciativa privada, cada empresa tem sua *expertise*, tem seu modelo de negócio e isso naturalmente repercute em condições operacionais tanto de preço quanto de agilidade na condução de seus prepostos nas compras eletrônicas. Some-se a isso a discrepância entre os próprios sistemas, regras próprias de intervalo de lances que são comuns ao COMPRASNET e não são no LCITAÇÕES-E, a legislação a ser cumprida não é a mesma? O simples nível de segurança discrepante entre os sistemas coloca empresas que concorrem em desvantagem em relação as que optam pela ferramenta menos rigorosa.

A utilização de *softwares* de terceiros dentro de programas oficiais não é um problema exclusivo da Administração Pública, na verdade, essa discussão existe no âmbito dos jogos *online* bem antes de existirem pregões na forma eletrônica. A situação é bastante semelhante à enfrentada nas licitações: jogadores com esses robôs conseguiram realizar tarefas dentro do jogo de maneira bem mais rápida e eficiente, colocando-os em vantagem aos demais que respeitavam as ferramentas internas do jogo e não utilização desses recursos adicionais.

As companhias estavam diante de duas opções: 1) proibir o uso dos denominados softwares de terceiros dentro de suas aplicações, e para tanto obrigarem os jogadores a instalar programas que funcionavam como “fiscais das atividades” dentro das aplicações, podendo enviar relatórios de resultado ou ações irregulares em tempo real e submetendo os jogadores a penalidades como suspensão e até o banimento. 2) permitir a utilização dessas ferramentas adicionais, e para acabar com a interferência de empresas estranhas, os próprios desenvolvedores criaram seus próprios robôs tornando os demais obsoletos.

A administração pública não tomou nenhuma dessas atitudes. Pois a proibição legislativa nunca aconteceu, e os mecanismos de intervalo de lances foram aprendidos pelos robôs, o que quer dizer: os robôs continuam ofertando lances, mas pelo intervalo estabelecido, e a administração em muitas oportunidades compra mais caro. Ademais a mesma administração chancela diferentes sistemas de compras admitindo diferentes tipos de segurança o que resulta no ferimento da isonomia de qualquer maneira.

Qual seria o prejuízo à isonomia se a própria administração criasse seu robô e disponibilizasse a todos os interessados e eles pudessem registrar seus lances máximos e mínimos, tornando a competição realmente automática e eletrônica?

Outra alternativa seria o sistema de compras eletrônicas do Estado de São Paulo, Bolsa Eletrônica de Compras – BEC, o qual estabelece como regra o tempo prorrogável. O tempo prorrogável opera da seguinte forma: sempre que o licitante insere um lance, prorroga-se, pelo prazo de 3 (três) minutos, a possibilidade de inserir novos lances e a disputa chega ao fim caso ultrapasse o prazo de 3 (três) minutos sem novos lances. Nesse modelo, o uso do “robô” não interfere na disputa isonômica, vencendo aquele que realmente ofertar o menor preço.

Contudo, até a real modificação do sistema ou sua melhor regulamentação é necessário atenção dos pregoeiros às disposições dos órgãos de fiscalização, concluindo que o uso do “robô” em processos licitatórios mesmo não sendo vantajoso do ponto de vista da administração, não deve ser admitido. ■

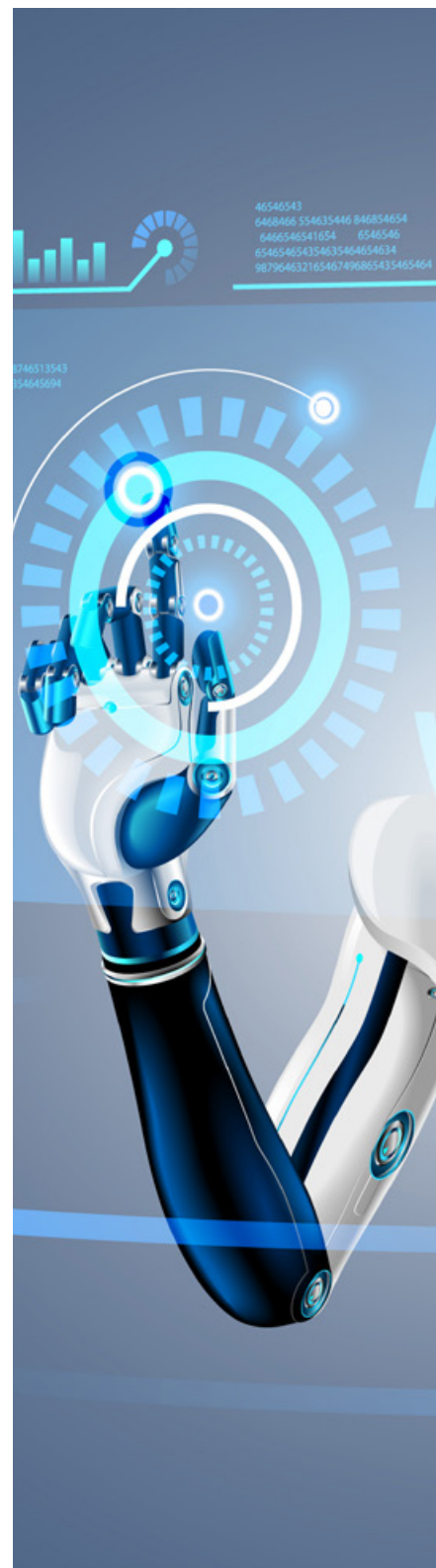


Imagem: Divulgação

TOMADAS DE CONTAS ESPECIAIS: PREJUÍZOS AO ERÁRIO E AÇÕES COMPENSATÓRIAS

J

JAQUES F. REOLON

A rejeição das contas das organizações da sociedade civil em parcerias firmadas com base na Lei nº 13.019/2014, enseja a *i*) restituição dos recursos financeiros relacionados à irregularidade ou à inexecução ou *ii*) o ressarcimento por meio de ações compensatórias, conforme §2º do art. 72 dessa norma.

Essas ações compensatórias constam também do art. 27 da Lei nº 13.655/2018. Eficientizam o ressarcimento ao erário.

Na seara privada, regida pela busca da eficiência e do lucro, antes de se *processualizar* situações, com foco na redução de esforços e de despesas, busca-se a negociação. Há muitos acordos extrajudiciais e são comuns as compensações negociadas.

Os processos administrativos ou judiciais são caríssimos e podem ser uma batalha de perdedores.

No mundo público, procedimentos administrativos, tomadas de contas especiais e processos de contas geram condenações, sem resultar na efetiva devolução dos valores que geralmente ocorre apenas na fase de execução judicial. Isso sem considerar que as execuções, por meio de usuais bloqueios de valores, podem asfixiar financeiramente os devedores, mitigando ou nulificando a sua capacidade de geração de receita e de pagamento da dívida. Obviamente que há situações diferenciadas, mas são ainda pouquíssimas.

Se há interesse público nas ações compensatórias, ou seja, no que o particular pode oferecer ao parceiro público para compensar um eventual prejuízo, evidente a boa prática. Com isso, foca-se no ressarcimento, em detrimento às ações burocráticas e kafkianas.

E veja-se que essa possibilidade abarca todos os processos nas esferas administrativa, do Controle e judicial, logo, é de amplíssima aplicação, incluindo processos que tenham por objeto contratos administrativos, de parcerias público-privadas, de concessões e de permissões, de arrendamento, de locações e os demais.

Talvez se firme esse novo paradigma no ressarcimento ao erário: de focar a eficiência, mitigando a burocracia, sempre com foco no interesse público *do povo*.

Vale a leitura da Instrução Normativa nº 5, de 28 de dezembro de 2018, editada pelo Ministério da Cultura, pois contempla essa diretriz em vários dispositivos, alinhando-se perfeitamente às Leis nºs 13.019/2014 e 13.655/2018. ■

É POSSÍVEL A CONCESSÃO DE REAJUSTE SEM PREVISÃO NO EDITAL E NO CONTRATO?

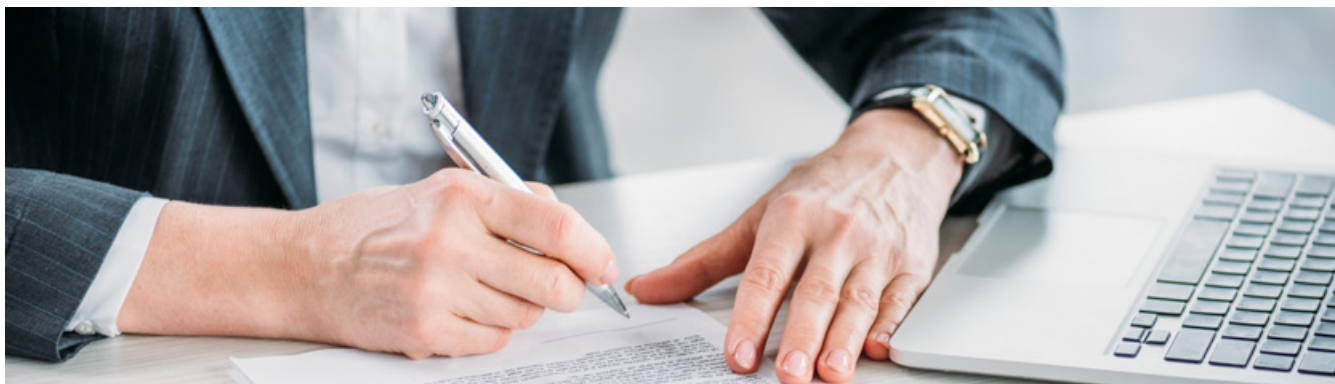


Imagem: Shutterstock



Larissa Panko

Advogada; Pós-Graduada em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; Autora da Obra “Pregão Presencial e Eletrônico – Apontamentos à Legislação Federal” e Co-autora da Obra “Pregão Presencial e Eletrônico no Cenário Nacional”, ambas pela Editora Negócios Públicos. Instrutora do Curso de Capacitação e Formação de Pregoeiros. Membro da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da OAB/PR. Atualmente é Consultora da Negócios Públicos Consultoria.

Palavras-chave: Constituição da República, art. 37, inc. XXI. Lei 8.666/93, arts. 40, inc. XI e 55, inc. III. Reajuste. Enriquecimento indevido. Boa-fé objetiva. Manutenção das condições efetivas da proposta. Reequilíbrio econômico-financeiro.

De acordo com o disposto nos arts. 40, inc. XI e 55, inc. III, da Lei 8.666/93, é necessária a indicação do critério de reajuste tanto no edital quanto no contrato. Observe-se, respectivamente:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...)

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...)

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

Imagine-se, contudo, que por lapso da Administração, não tenha havido menção no bojo do edital e/ou do contrato, relativamente ao critério de reajuste a ser observado ao longo da contratação respectiva. Em situações desta natureza, será possível/devida a concessão de reajuste ao contratado?

Pois bem. Por meio do Acórdão 7.184/18 – Segunda Câmara, o Tribunal de Contas da União (TCU), de forma bastante elucidativa, apresentou o seu entendimento acerca desta questão. Confira-se:

Voto: [...]

12. Por certo, não seria a ausência de previsão de reajuste de preços, no edital e no contrato, impedimento à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos (art. 37, inciso XXI), sob pena de ofensa à garantia constitucional inserta no art. 37, inciso XXI da Carta Maior. Ademais, a execução do contrato, com a recusa no reajustamento dos preços oferecidos à época da proposta, configuraria enriquecimento ilícito do erário e violaria o princípio da boa-fé objetiva, cuja presença no âmbito do direito público é também primordial.

13. Há que se considerar ainda que o ex-prefeito fez ingerências junto à Funasa, alertando-a da necessidade de se promover o reajuste de preços – o qual, ao final, foi feito com base em variações do Índice Nacional da Construção Civil (INCC), índice adequado ao caso e validado pela jurisprudência deste Tribunal –, procedimento resultante da celebração, entre as partes, de termo aditivo para aquela finalidade.

14. Todo esse imbróglio nasceu de falha da Administração, não atribuível ao particular contratado com o poder público, ao ter a Funasa deixado de incluir no edital cláusula de reajuste contratual quando, inicialmente, previu a execução da obra em prazo inferior a um ano. Essa situação aparentemente ocorreu como forma de assegurar atendimento à periodicidade anual estabelecida na Lei 10.192/2001 – que dispôs sobre o Plano Real – para fins de reajuste de preços dos contratos. Contudo, essa omissão dos gestores públicos – a meu ver escusável diante da falta de uniformização da questão, até mesmo internamente, e das circunstâncias da época – não deixa de conflitar com o entendimento atual perfilhado nesta Corte a respeito da obrigatoriedade de previsão de cláusula de reajuste, independentemente do prazo inicialmente estipulado de execução da avença:

66. Entretanto, **o estabelecimento dos critérios de reajuste dos preços, tanto no edital quanto no instrumento contratual, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/93.** Assim, a sua ausência constitui irregularidade, tendo, inclusive, este Tribunal se manifestado acerca da matéria, por meio do Acórdão 2804/2010-Plenário, no qual julgou ilegal a ausência de cláusula neste sentido, por violar os dispositivos legais acima reproduzidos. **Até em contratos com prazo de duração inferior a doze meses, o TCU determina que conste no edital cláusula que estabeleça o critério de reajustamento de preço (Acórdão 73/2010-Plenário, Acórdão 597/2008-Plenário e Acórdão 2.715/2008-Plenário, entre outros)** [trecho extraído do relatório precedente ao Acórdão 2.205/2016-TCU-Plenário, cuja fundamentação foi acompanhada pela relatora, Min. Ana Arraes, em seu voto] [grifei].

15. Na mesma linha a Decisão 698/2000-TCU-Plenário (Rel. Min. Humberto Guimarães Souto):

8.1. determinar à SERGIPTOS que:

(...)

8.1.6. nos contratos relativos às obras financiadas com recursos federais, mesmo nos casos cuja duração seja inferior a um ano, preveja a possibilidade de reajuste, fazendo menção ao indicador setorial aplicável, **nos casos em que, inexistindo culpa do contratado, o prazo inicialmente pactuado não seja cumprido**; (grifei).

16. A propósito, o caso apreciado nesse julgado se assemelha ao destes autos no tocante ao índice acordado entre as partes, o INCC, durante a execução contratual, conforme se verifica do trecho a seguir, extraído do voto do relator:

Já a aplicação anual do INCC – coluna 43 da FGV, inicialmente não prevista em razão do prazo contratual de 11 meses (inferior ao período mínimo de um ano para a ocorrência de reajuste), encontra respaldo na doutrina e jurisprudência no presente caso, uma vez que a variação de preços entre o valor contratual pactuado em outubro de 1997 e a data do aditivo em que tal correção foi aplicada configura desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato (grifei) (grifos no original) (sem sublinhados no original).

Respondendo, então, ao questionamento formulado na presente edição do Painel do TCU, de acordo com o entendimento adotado pela Corte de Contas federal, ainda que o edital e o contrato não tenham previsto o critério de reajuste a ser observado com vistas à concessão do reequilíbrio econômico-financeiro, será devido o reajustamento do preço.

Posicionamento este, conforme se pôde conferir na leitura dos excertos do Acórdão 7.184/18 – Segunda Câmara do TCU, alicerçado nos seguintes fundamentos:

- a ausência de previsão do critério de reajustamento no edital e no contrato não se constitui em falha atribuível ao contratado, mas sim à própria Administração contratante, de modo que o particular não poderia ser prejudicado em razão desta lacuna;
- a não concessão de reajustamento, observados os requisitos legais pertinentes à espécie, em razão de omissão por parte da Administração, configurará ofensa ao disposto no inc. XXI do art. 37 da Constituição da República, que assegura a manutenção das condições efetivas da proposta;
- a lacuna relativamente à previsão do critério de reajustamento de preços a ser observado evidencia ofensa aos dispositivos da Lei 8.666/93 que exigem a previsão do critério de reajuste no edital e no contrato;
- considerando que a concessão do reajuste, observados os requisitos pertinentes, será direito do contratado; a sua não concessão sob o argumento da ausência da correspondente previsão no edital e no contrato configurará enriquecimento indevido por parte da Administração, bem como, “quebra” da boa-fé objetiva.■