

A OBRIGATORIEDADE DO PREGÃO ELETRÔNICO À LUZ DA REALIDADE BRASILEIRA

THE MANDATORY OF ELECTRONIC ADDING IN THE LIGHT OF THE BRAZILIAN REALITY

Ângela Daiana dos Santos¹

Sumário: Introdução; 1. História e evolução das licitações no brasil; 2. Aspectos favoráveis e desfavoráveis – pregão presencial e pregão eletrônico; 3. A obrigatoriedade do pregão eletrônico, face a realidade brasileira; 4. Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO: O tema da presente pesquisa é a obrigatoriedade do pregão eletrônico face à realidade brasileira. A pertinência do presente estudo se evidencia a partir da Nova Lei de Licitações, que dispõe sobre a obrigatoriedade da aplicação do pregão aos órgãos públicos, o que antes existia de forma preferencial e viabilizava autonomia aos entes públicos. A problemática da presente pesquisa consiste no questionamento: o pregão eletrônico é a melhor modalidade à obtenção das finalidades estipuladas no art. 11, da Lei nº 14.133/2021, à luz da realidade brasileira? O objetivo, é pontuar todos os pontos favoráveis e desfavoráveis a respeito de tal obrigatoriedade, tanto no ponto de vista do órgão público, como também do licitante/fornecedor, tendo em vista a realidade em que vivem, a fim de se concluir se tal medida é acertada ou não. O método de pesquisa adotado é o dialético e o trabalho foi realizado mediante instrumento de pesquisa qualitativa e ampla análise bibliográfica. Também foi realizada pesquisa de campo, sobre a qual se aplicou o referencial teórico eleito.

Palavras-chave: Licitações; Pregão Eletrônico; Pregão Presencial.

ABSTRACT: The theme of this research is the mandatory electronic auction given the Brazilian reality. The relevance of the present study is evident from the New Tenders Law, which provides for the mandatory application of the auction to public bodies, which previously existed on a preferential basis and enabled autonomy for public entities. The problem of this research consists of the question: electronic auction is the best method to obtain the purposes stipulated in art. 11, of Law No. 14,133/2021, in light of the Brazilian reality? The objective is to point out all the favorable and unfavorable points regarding such obligation, both from the point of view of the public body, as well as the bidder/supplier, taking into account the reality in which they live, in order to conclude whether such a measure is correct or not. The research method adopted is dialectical and the work was carried out using a qualitative research instrument and extensive bibliographic analysis. Field research was also carried out, to which the chosen theoretical framework was applied.

Keywords: Bids; In-person bidding. Eletronic Bidding.

INTRODUÇÃO

¹ Graduanda do curso de Direito da Faculdade Galileu – Botucatu/SP.

A lei nº 14.133/2021, denominada Nova Lei de Licitações, trouxe ao ordenamento jurídico uma nova disposição, prevendo no art. 33 a obrigatoriedade da utilização do pregão eletrônico. Dessa forma, o uso do pregão presencial passa a excepcional e dependente de justificativa da Administração Pública.

Diante de tal obrigatoriedade, este trabalho visa demonstrar a efetividade, ou não, de tal imposição. Busca-se entender se tal medida é acertada, ou não, quando impõe a todos os órgãos públicos o uso do pregão eletrônico. Para isso, foi realizada pesquisa de campo, com servidores públicos e com empresas que participam de processos licitatórios.

O problema de pesquisa que instiga a construção do presente trabalho é: age acertadamente o legislador, ao impor o uso do pregão eletrônico, a fim de consagrar os princípios licitatórios, à luz da realidade brasileira?

A partir desta perspectiva, o objetivo deste trabalho é averiguar, na prática, se a obrigatoriedade do uso do pregão eletrônico, é benéfico ou não, tanto para os órgãos públicos, como para as empresas e, por consequência, para a coletividade.

A pertinência deste trabalho se dá em razão da dificuldade dos municípios em se adequarem à Nova Lei, bem como das empresas. Por isso, constata-se que a par da relevância teórica, a presente pesquisa possui importância prática.

O presente estudo, foi organizado em 4 (quatro) capítulos: a) sendo o primeiro deles sobre a história e evolução das licitações no Brasil; b) o segundo capítulo trata do desenvolvimento dos aspectos favoráveis e desfavoráveis do pregão eletrônico e também do pregão presencial; c) no último capítulo é feita a análise dos dados coletados no segundo capítulos à luz da realidade brasileira, para evidenciar as principais dificuldades da maioria dos municípios brasileiros.

O método de pesquisa adotado, em sentido estrito, é o dialético. O trabalho foi realizado mediante instrumento de pesquisa qualitativa e ampla análise bibliográfica. Também foi realizada pesquisa de campo, sobre a qual se aplicou o referencial teórico eleito.

1. HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DAS LICITAÇÕES NO BRASIL

A licitação é um mecanismo utilizado pelo poder público para realizar compras e contratações de serviços, para atender as demandas necessárias da máquina pública e de toda coletividade. O procedimento licitatório foi regulado ao longo dos anos e tem como um dos principais objetivos economizar o dinheiro público, além de garantir igualdade de participação a todos os concorrentes.

Ao longo desta pesquisa serão abordadas as principais mudanças que a Nova Lei de Licitações trouxe em relação aos pregões, enfatizando o Pregão Eletrônico e o Presencial, de modo a comparar os principais pontos positivos e negativos de cada modalidade.

O primeiro registro em que se tratava de forma genérica a respeito das normas de licitação e contratos, ocorreu no Brasil em 14 de maio de 1862, por meio do Decreto nº 2.926, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comercio e Obras Públicas, embora não tivesse expressamente utilizado o termo “licitação”, possuía como finalidade, igual objetivo ao regramento atual, que era a busca de uma contratação mais vantajosa, para o poder público.

Após isso, sobrevieram diversas regulamentações, porém um dos grandes marcos surgiu com o Decreto nº 4.536 de 1922, que criou o Código de Contabilidade, e com ele trouxe alguns aspectos e regras relevantes a respeito das compras públicas, uma vez que dispunha sobre a gestão do patrimônio nacional, bem como o registro de receita e despesa dos órgãos públicos, e também disciplinava a respeito das concorrências públicas, onde dispunha que era necessário a publicação de aviso do certame, o que gera a ideia de ampla competição e, desta forma, assegurava a economia na contratação, visto que a melhor oferta, ganhava o certame (DEVIDES, 2018).

Posteriormente, houve alterações nestes decretos, que trouxeram as primeiras modalidades de licitação, a concorrência pública, que já estava prevista no Código de Contabilidade, e a concorrência administrativa, que surgiu através do Decreto nº 15.783 de 1922, e após, surgiu a chamada “coleta de preço”, por meio do Decreto Lei nº 2.206 de 1940, que alterou o Código de Contabilidade.

Uma importante evolução se deu no ano de 1964, quando surgiu a Lei de nº 4.401, que legislou a respeito dos valores, em que seriam executadas em cada modalidade, como exemplo:

- a) concorrência pública: valor superior a quinhentas vezes o salário-mínimo;
- b) concorrência administrativa: valor igual ou inferior a quinhentas vezes o salário-mínimo;
- c) coleta de preços: valor inferior a cem vezes o salário-mínimo.

Neste contexto, também é importante frisar que esse modelo dispunha que a coleta de preços deveria ser feita mediante carta-convite, dirigida a pelo menos 03 (três) licitantes/concorrentes, e com um prazo de no mínimo 05 (cinco) dias de antecedência. Diante disso, já era possível constatar uma pequena similaridade aos processos e legislações mais atuais, que com o tempo foram sendo aperfeiçoadas.

Denota-se que em todos regramentos anteriores, apesar de tratarem e legislarem sobre algumas formas de compras públicas, nenhum havia tratado de maneira expressa, direta e utilizando-se do termo “licitação”. Porém, em 1967, foi publicado o Decreto Lei de nº 200, que disciplinava a respeito da Organização da Administração Federal, estabelecendo diretrizes para a Reforma Administrativa. E pela primeira vez, em um dos seus títulos, foi utilizada a expressão “licitação”, que em seu art. 127, previa as nomeações das modalidades de licitação, como: a concorrência, tomada de preço e o convite. Neste mesmo documento, previa e admitia mais duas modalidades, que são elas: o leilão, que era utilizada na hipótese de alienação pelo poder público, e também a modalidade concurso, que era permitida na hipótese de elaboração de projetos, que poderiam ter como forma de gratificação prêmios aos classificados, obviamente, obedecendo as regulamentações da lei.

Posteriormente, entrou em vigor o Decreto Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, que foi um marco histórico, pois foi o primeiro a tratar de forma específica e pontual sobre as licitações e contratos da Administração Federal, sendo, desta forma, o primeiro a tratar somente desta matéria. Contudo, em 1993, em virtude da promulgação da Constituição Federal de 1988, acabou sendo revogado.

A Carta Magna de 1988, foi um dos mais importantes marcos histórico-constitucionais, como um todo, mas também para as licitações, uma vez que tratou a licitação como princípio constitucional, especificamente em seu art. 37, inciso XXI, dando a ela este *status* e trazendo a orientação da criação de legislação específica, que é a Lei nº 8.666 de 1993, que representou um grande avanço na história do procedimento licitatório no Brasil, uma vez que como a prerrogativa de foro constitucional, trouxe também a obrigatoriedade de aplicação em toda a Administração Pública.

A lei nº 8.666/1993 teve como um dos principais objetivos trazer maior segurança nas contratações públicas, e agindo de maneira a combater a corrupção, burocratizando os procedimentos. Porém, em algumas hipóteses, ao invés de criar mecanismos eficazes para o combate, acabou deixando o processo mais moroso, prejudicando a celeridade e a eficiência da licitação.

Ademais, a lei n.º 8.666/1993 inovou e trouxe consigo, um rol de princípios, que estão elencados no capítulo I, que são eles: princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que

lhês são correlatos. Princípios esses, que devem ser respeitados em quaisquer modalidades de licitação (MARTINS, 2023).

Passados alguns anos, com o objetivo de dar mais agilidade as contratações públicas, criou-se a Lei nº 10.520 de 2002, que instituiu a modalidade denominada pregão, para a aquisição de bens e/ou serviços, que poderia ser realizada de maneira presencial ou eletrônica. Em ambos os casos, aplica-se a referida lei, e subsidiariamente, a lei nº 8.666. Uma das principais mudanças dessa modalidade, é a inversão das fases e procedimentos da licitação, uma vez que primeiro é aberto e analisado o envelope de proposta, só se procedendo a abertura do envelope de habilitação da melhor oferta.

Entre mais algumas importantes regulamentações, encontra-se o Decreto de nº 10.024 de 20 de setembro de 2019, que regulamenta de forma específica o pregão, em sua forma eletrônica, instituindo também a dispensa de licitação de forma eletrônica. Este regulamento aplica-se no âmbito federal, de forma obrigatória para a administração direta, autárquica e fundacional; e facultativa às empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias. Não obstante, é importante lembrar que o Município ou Estado que receba verba de origem federal, também terá tal obrigatoriedade. O referido decreto faz com que o pregão eletrônico seja aplicado de forma obrigatória, e não apenas preferencial.

E por último, a mais recente e importante atualização a respeito do tema é a Nova Lei de Licitações, que é objeto de análise deste trabalho. A lei nº 14.133 de 2021, consolidou quase todas as normas a respeito das contratações públicas, e revogará a lei anterior de nº 8.666/93. A Nova Lei de Licitações trouxe um novo arcabouço legal com o objetivo de aperfeiçoar e trazer mais agilidade e transparência aos processos licitatórios.

A nova lei de licitações traz uma importante modificação no ordenamento jurídico, já que estabelece que todas as licitações devem ocorrer por meio eletrônico, e excepcionalmente utilizarão a forma presencial. Essa talvez seja uma das maiores dificuldades que os municípios enfrentaram, pois terão que se adequar à lei. Além destas mudanças, a Nova lei de licitações também extinguiu duas modalidades de licitação: o convite e a tomada de preços, além de ter inserido uma nova modalidade: o diálogo competitivo (que é voltado à contratação de obras e serviços, em que a administração realiza diálogo com os concorrentes previamente, podendo discutir a melhor forma e técnica de executar o projeto, tendo em vista, que nem sempre o poder público detém o conhecimento técnico necessário do produto ou serviço a ser prestado).

A partir deste contexto histórico e com base na Nova Lei de Licitações, busca-se no presente estudo analisar os pontos positivos e negativos da Nova Lei, em relação à obrigatoriedade do pregão eletrônico. Para isso, serão apresentados contrapontos com a

modalidade de pregão presencial, a fim de entender se tal medida é benéfica ou não para os órgãos Públicos, bem como para os licitantes e a população em geral, que deve ser a mais beneficiada.

2. ASPECTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS – PREGÃO PRESENCIAL E PREGÃO ELETRÔNICO

Dentre as modalidades de licitações existentes, encontraram-se o Pregão Presencial e o Pregão Eletrônico, esta última, começou a ser usada recentemente, em virtude do momento, e dos avanços tecnológicos. O pregão é utilizado pela Administração Pública para aquisição de bens e serviços comuns, pela União, Estado, Distrito Federal e Municípios, como forma de dar transparência ao processo licitatório, e também dar agilidade a compra pública.

Nesse sentido define o professor Jorge Ulisses Jacoby, assim como também dispõe a lei, quando diz que: “pregão é a modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa é feita por meio de propostas e lances em sessão pública” (2006, p. 144). Na modalidade pregão presencial, a data estipulada para a sessão ocorreria em local indicado pela administração, no qual as empresas tinham que comparecer presencialmente e apresentar seus envelopes, e por meio de seus representantes, podiam participar das fases de lances, bem como das demais etapas do processo licitatório.

Niebuhr define pregão presencial como aquele no qual “os licitantes podem estar todos presentes fisicamente, numa determinada sessão em que os procedimentos são realizados” (2009, p. 23).

Por outro lado, o pregão eletrônico, se dá pelo uso de ferramentas tecnológicas que permitem que todo o processo ocorra de maneira remota, ou seja, de maneira em que não é exigida a presença física dos pregoeiros, licitantes e equipe de apoio. Os licitantes enviam suas propostas através dos sistemas e plataformas adotados por cada órgão, e desta forma podem participar do certame de onde quer que estejam. Como já pontuado no capítulo anterior, o pregão eletrônico passou por várias alterações, e, atualmente, a Nova Lei de Licitações o tornou obrigatório.

E partir deste ponto, da obrigatoriedade da utilização do pregão eletrônico, este trabalho visa demonstrar as vantagens e desvantagens da sua utilização, além de pontuar os prós e contras do pregão presencial.

2.1. Pregão Presencial

Neste tipo de pregão, os licitantes, bem como pregoeiros e equipes de apoio comparecem a sessão de forma presencial (assim como o próprio nome indica). Nesta modalidade de licitação, o julgamento das propostas antecede a habilitação da empresa, uma vez que só se procede a abertura do envelope de habilitação da empresa que ofertou a melhor proposta (vencedora).

O pregão presencial, como já mencionado, é utilizado para disputa de bens e serviços, podendo teoricamente ser de qualquer valor, ressalvados algumas hipóteses, como serviços de engenharia (que não são licitados por meio da modalidade pregão).

O Pregão Presencial possui 2 (duas) fases: uma interna e outra externa. A primeira, fase interna, é a preparatória para o pregão, que tem início com o surgimento da demanda pelo órgão. Toda essa etapa antecede a divulgação ao público, uma vez que, antes é necessário, justificar a necessidade da compra/contratação, definir o objeto, efetuar os respectivos orçamentos, estipular as exigências quanto a habilitação dos fornecedores, definir as regras e cláusulas do contrato, bem como designar pregoeiro e equipe de apoio, elaborar e publicar o edital (FERNANDES, 2013).

Já a fase externa tem início com a imediata publicação do edital, que deve seguir alguns ritos, que são eles: a obrigatória publicação no diário oficial do ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local; é facultativa a publicação por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação, conforme estipula a legislação vigente.

Após essa breve explicação a respeito do pregão presencial, serão pontuados alguns pontos positivos e negativos, no ponto de vista do órgão público, e também do fornecedor.

Em pesquisa de campo, foi realizada uma entrevista com 6 (seis) servidores do setor de licitações das cidades de Botucatu/SP e Pardinho/SP. Foi solicitado que elencassem os principais pontos positivos e negativos do Pregão Presencial.

Os principais pontos positivos elencados foram:

- a) negociação de forma mais direta com o fornecedor, tornando o processo mais ágil;
- b) contato mais direto com o fornecedor, uma vez que, ele está na frente do fornecedor, o que torna o processo “quente”, tendo a oportunidade de o pregoeiro negociar com o fornecedor, aferir se o produto ofertado atende as necessidades, e obter resultados mais vantajosos para o Ente;
- c) possibilidade de sanar eventuais dúvidas na hora do certame;

d) por se tratar de sessão presencial, todos os documentos estão no envelope, podendo ser vistos, e sanados quaisquer vícios na hora;

e) na maioria das vezes, o processo se encerra no mesmo dia, já podendo ser adjudicado;

f) transparência, uma vez que dá visibilidade para todos, uma vez que possibilita a população que não tem acesso à *internet* poder participar da sessão;

g) menos aspectos burocráticos, do ponto de vista de análise da documentação, uma vez que a habilitação só é feita do fornecedor que apresentou a melhor proposta para o órgão público.

Já os principais pontos negativos elencados pelos servidores públicos foram:

a) menor concorrência, por se tratar de pregão presencial, normalmente, os licitantes são da região, restringindo a participação dos demais, por conta do deslocamento;

b) as vezes tumulto na sessão, em razão da quantidade, e do espaço disponível do órgão, para realizar o certame, pois muitas vezes não é o mais adequado;

c) lentidão do processo, a depender do número de itens, e lotes a serem licitados.

Idêntica pesquisa foi realizada com 7 (sete) fornecedores/licitantes que ativamente participam dos processos licitatórios. Para eles, os principais pontos positivos, a respeito do Pregão Presencial, são os seguintes:

a) maior agilidade da sessão, pois na maioria das vezes a sessão se encerra e já tem a ata de adjudicação no mesmo dia;

b) possibilidade de negociação melhor, uma vez que é possível visualizar o mercado com quem está competindo;

c) igualdade de concorrência, uma vez que é possível verificar na hora do certame se o concorrente possui as mesmas condições solicitadas e mesma qualidade do produto;

d) melhor nivelamento na qualidade das empresas, uma vez que só vão dispor de um custo/investimento para participar da licitação presencial se realmente estiverem regulares e atenderem a todas as exigências do edital.

Já os principais pontos negativos elencados pelos licitantes/fornecedores foram:

a) despesas com deslocamento;

b) muitas vezes local da sessão inadequado para tanto, causando desconforto;

c) maior exposição à corrupção;

d) disponibilidade de tempo, pois a depender da quantidade de itens, a sessão acaba se estendendo muito.

Essas foram as principais considerações a respeito do Pregão Presencial feitas pelos servidores dos órgãos públicos, que atuam como operadores do processo licitatório, e pelos licitantes que participam de frequentes licitações, ambos com a oportunidade de experimentarem as duas modalidades de licitação.

Da mesma forma, o presente trabalho visa discorrer acerca do pregão eletrônico, bem como, evidenciar a pesquisa feita a campo, com os servidores e também com os licitantes, que pontuaram os prós e contras a respeito do Pregão Eletrônico.

2.2 Pregão Eletrônico

No pregão eletrônico, os licitantes não precisam estar presentes e todo o processo acontece de forma remota, por meio de plataformas e aplicativos, aos quais o órgão público adere (existem alguns credenciados e em funcionamento no mercado, gratuitos e pagos). Os licitantes encaminham suas propostas por meio do sistema, e participam de todo o processo, inclusive da fase de lances, de forma digital.

A Nova Lei de Licitações (lei nº 14.133/2021) inovou, pois estabeleceu ao ente público a obrigatoriedade da realização da licitação, por meio eletrônico, de acordo com o disposto no art. 17, § 2º, que prevê: “As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo”.

Desta forma, o uso do pregão eletrônico passa a ser obrigatório. Ele surgiu com o objetivo de trazer vantagens à administração pública em relação à ampliação da concorrência, agilidade, além de trazer mais transparência ao processo, uma vez que todos os seus atos serão disponibilizados por meios digitais, de acesso a todos. Importante lembrar que no pregão presencial isso também já ocorria, porém, no pregão eletrônico o que se busca, é que todas as etapas sejam por meio digitais.

Da mesma maneira que o pregão presencial, o eletrônico também possui algumas fases até a sua concretização, fases essas que estão elencadas no art. 17 da Nova Lei de Licitações, que são:

- Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:
- I - preparatória;
 - II - de divulgação do edital de licitação;
 - III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;
 - IV - de julgamento;
 - V - de habilitação;

- VI - recursal;
- VII - de homologação.

A primeira, preparatória, é semelhante à fase interna do pregão presencial, em que surge a necessidade do órgão. Após a justificativa da necessidade, o órgão procede à coleta de orçamentos para que possa formar o valor de referência. Nesta etapa também se estipulam os requisitos para a participação do pregão, se estabelecem os termos do contrato, bem como se procede à elaboração do edital.

Após a publicação (segunda etapa), denominada fase externa, o procedimento segue até a data do certame, momento em que as empresas apresentam suas propostas. Os licitantes aptos prosseguem para a fase de lance, podendo esses serem sucessivos, desde que inferiores ao último lance. No transcurso dos lances, os licitantes serão informados do valor do menor lance, mas não podendo identificar o detentor, sendo essa uma das principais características do pregão eletrônico, uma vez que os nomes dos concorrentes são mantidos em sigilo até o término da sessão, como uma ferramenta para inibição de formação de cartéis, e também para evitar o favorecimento de uma ou outra empresa.

Assim se procede o certame, até o encerramento dos lances, momento em que é realizada a habilitação do detentor da melhor proposta, que se for regular enseja a adjudicação do objeto ao licitante vencedor.

De forma bem sucinta, buscou-se explicar o pregão eletrônico, bem como enfatizar a obrigatoriedade do uso desta modalidade, e assim como no subitem anterior, serão pontuados os principais resultados da pesquisa de campo, que entrevistou servidores públicos, pertencentes ao departamento de licitação, dos municípios de Botucatu/SP e Pardinho/SP, bem como empresas/fornecedores que participam de licitações.

Os principais pontos positivos elencados pelos servidores da Administração Pública foram:

- a) maior abrangência e competitividade, uma vez que, fornecedores de todos os lugares podem participar do certame. E conseqüentemente, obtém valores mais vantajosos para a Administração Pública;
- b) agilidade e rapidez, no ponto de vista em que podem participar e fazer mais de um pregão ao mesmo tempo;
- c) maior transparência, uma vez que o processo é todo automatizado, e até os mínimos detalhes ficam disponíveis na plataforma;
- d) desburocratização, quanto a fase de análise da proposta primeiro, e a habilitação só do vencedor;

e) menor índice de conluio, uma vez que, as empresas não se encontram, e também não sabem quem são durante a sessão.

Já os principais pontos negativos do pregão eletrônico elencados pela Administração Pública foram:

a) possibilidade de envio de documentação posteriormente, no pregão eletrônico, quando há necessidade de algum documento que não conste ali no ato, é aberto prazo para que o licitante possa enviar tal documentação, o que muitas vezes, torna o processo mais lento, perdendo a agilidade do processo;

b) dificuldade na negociação, por se tratar de processo eletrônico, a negociação por via digital se torna mais difícil, uma vez que a ausência do contato pessoal dificulta, e também pelo fato de somente se ater ao que está escrito do produto;

c) problemas operacionais e estruturais, em alguns casos, a prefeitura não possui o equipamento adequado para operar o pregão, e muito menos, rede de *internet* que suporte todo o processo ininterruptamente, provocando quedas no sistema, acontece frequentemente, essas quedas, e as sessões precisam ser suspensa;

d) contato indireto com o fornecedor, tornando o contato “frio”, não sabem com quem estão falando, e isso gera muita dificuldade, pois não conseguem nem ao mínimo auferir a qualidade do produto, e menos a idoneidade e comprometimento com a empresa;

e) apesar de aumentar a concorrência ser um ponto importante, muitas vezes aparecem as empresas “aventureiras”, que só atrasam o processo licitatório.

Da mesma forma foram entrevistados fornecedores, que indicaram razões positivas e negativas em relação ao pregão eletrônico. Os principais pontos positivos elencados pelo licitante/fornecedor são os seguintes:

a) redução dos custos de deslocamento para participar do pregão;

b) possibilidade de participar de mais de um pregão, de diferentes localidades ao mesmo tempo;

c) economia na impressão de papéis;

d) possibilidade de participação em Órgãos de todos Pais;

e) redução de custo com funcionários ou representantes, para estarem na sessão;

f) maior transparência nos processos.

Já os principais pontos negativos elencados pelo licitante/fornecedor foram:

a) número maior de fornecedores, mas não qualificados;

b) dificuldade de negociação quanto ao preço, uma vez que a competição é feita com um mercado “desconhecido”, uma vez que não sabem quem são os concorrentes, nem a qualidade do produto ofertado;

c) as vezes dificuldade com o sistema, em razão das instabilidades;

d) sistemas pagos, ou que cobram algum tipo de percentual, sobre o objeto/serviço empenhado;

e) processo se torna muito lento, podendo levar dias até o encerramento;

f) desigualdade de preço, e qualidade, pois “qualquer empresa” pode entrar e participar da licitação, pois não tem nenhum custo para isso, e depois é desabilitada, por não atender, ou não entregar o produto, e assim, faz, com que o processo se perca no tempo.

Feita essa primeira análise, pode-se enxergar o ponto de vista do Poder Público e do fornecedor. Tal análise é relevante, pois as duas precisam trabalhar conjuntamente, e de forma harmônica, para que se estabeleça o bem comum, e para que se obtenha o melhor resultado para a Administração Pública.

Neste capítulo, o objetivo era estabelecer as vantagens e desvantagens das duas modalidades, para que se demonstre, ao fim, se age corretamente o ordenamento jurídico, ou não, ao impor a todos o uso da modalidade de licitação eletrônica.

3. A OBRIGATORIEDADE DO PREGÃO ELETRÔNICO À LUZ DA REALIDADE BRASILEIRA

A Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133), que vigora desde 1º de abril de 2021, inovou o ordenamento jurídico quando estipulou o pregão eletrônico como modalidade obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, salvo em algumas hipóteses (que deverão ser motivadas, e gravadas em áudio e vídeo, para que sejam juntados aos autos do processo, nos termos do art. 17, § 2º da lei).

Ocorre que, mesmo a lei estando em vigor desde abril de 2021, ela permitiu que a Administração Pública pudesse optar por contratar pelo período de 2 (dois) anos, sob os regramentos da antiga lei nº 8.666/1993, prazo este que se encerraria no dia 31 de março de 2023². Ela prevê ainda que para os municípios com menos de 20.000 (vinte mil) habitantes, esse prazo seria ainda maior, segundo o art. 176, II da Lei 14.133 de 2021 (NARDONE, 2022). Diante destes fatos, é possível observar que o legislador já previa a dificuldade dos municípios

² Prorrogado para 30 de dezembro de 2023, por meio da Lei Complementar n.º 198/2023.

se adequarem às novas regras, principalmente os pequenos. Desta forma, neste trabalho, buscou-se entender, face à realidade de cada tipo e porte de Prefeitura/município, quais eram as suas principais dificuldades diante da nova lei de licitações.

Segundo o último censo realizado pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Pesquisa), o Brasil, possui 5.570 municípios, sendo que dois terços dele são de municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes, o que corresponde a 69%. Desta forma, pode-se observar que é possível que mais da metade dos municípios brasileiros não tenham se adequadado à Nova Lei de Licitações.

Para obter um trabalho com um resultado mais concreto e prático, foi utilizado um método de pesquisa de campo, por meio de consulta à Prefeitura do Município de Botucatu, que atualmente possui 148.130 (cento e quarenta e oito mil, cento e trinta) habitantes, e à Prefeitura Municipal de Pardinho, que possui 6.508 (seis mil, quinhentos e oito) Habitantes. A primeira, já aplicando a Nova Lei de Licitações, e a segunda, ainda praticando a antiga Lei nº 8.666.

O objetivo foi buscar entender quais eram os principais desafios e percalços para a implantação da Nova Lei de Licitações, considerada a evidente a diferença de porte entre uma prefeitura e outra. Porém, o enfoque central é voltado para a maior parte das prefeituras, que são municípios de pequeno porte, e que não conseguem se adequar à lei, tampouco colocar em uso o pregão eletrônico, diante dos fatos a seguir:

- a) falta de estrutura tecnológica;
- b) falta de qualificação do pessoal, uma vez que muitas vezes são funcionários de carreira, e não técnicos/jurídicos em licitações;
- c) baixo nível organizacional, o que ocasiona o congestionamento do pregão eletrônico, pois ao contrário do pregão Presencial, que pode ser muito ágil na etapa de lances, quando há desclassificações, estas podem se estender por dias, ao contrário do que acontece no Presencial, que já são realizadas as devidas providências no ato;
- d) dificuldade com as tratativas a distância, uma vez que, na maioria das vezes, os fornecedores estão próximos a prefeitura, o que traz mais conforto a Administração Pública.

Por outro lado, também foi possível perceber percalços enfrentados pelo município que já se utiliza da Nova Lei, a exemplo da cidade de Botucatu, que possui estrutura e pessoas qualificadas para tanto, porém enfrenta algumas dificuldades que antes não eram tão comuns na modalidade de pregão presencial. Tais dificuldades são as seguintes:

- a) devido a facilidade encontrada nos pregões eletrônicos, muitas empresas entram para disputa no certame, o que aumenta a competitividade, mas em contraponto, muitas das

empresas são desabilitadas por não atenderem os requisitos do edital, o que acaba fazendo com que o processo demore, pois a cada desclassificação, abre-se prazo para que a próxima empresa apresente a sua documentação;

b) fornecedores de todo país participam, fazendo com que se abra a possibilidade para empresas de outros estados vencerem, e quando há problema com um produto, devido a distância do fornecedor, o tempo de entrega/troca pode ser maior;

c) é comum que empresas que já foram penalizadas pela Administração Pública, abram outra empresa no mesmo dia (em nome próprio, ou de terceiros), e devido a facilidade e a impessoalidade da licitação, voltam a concorrer e criar problemas ao Poder Público.

São inegáveis todos os avanços tecnológicos e o quanto isso tem colaborado em diversas áreas, porém no que diz respeito a imposição do uso do Pregão Eletrônico, é necessário um olhar do legislador, com um pouco mais de cuidado, uma vez que, na teoria aparentemente é muito viável, e evidentemente, benéfico a Administração, em termos de economicidade. Por outro lado, pode causar vários transtornos, uma vez que embora sedimentada a ideia de ser um processo mais ágil, o pregão eletrônico pode se estender por vários dias, ao contrário do presencial, que começa e termina na maioria das vezes no mesmo dia.

Com a presente pesquisa conclui-se que embora todos os avanços tecnológicos tenham viabilizado avanços de gestão, sua concretização ainda apresenta problemas, notadamente em razão da realidade brasileira.

A nova lei de licitações inovou o ordenamento jurídico e trouxe à pauta elementos novos, quando estipulou a obrigatoriedade do pregão eletrônico. Ocorre que é preciso analisar: até que ponto pode-se sobressair o princípio da ampla concorrência, da maior competitividade, e da compra pelo menor preço?

Se com a facilidade do pregão eletrônico participam quaisquer empresas, que são e que não são qualificadas para tanto, pode-se viabilizar a concorrência desleal. O valor estimado pode ser menor, mas se o Poder Público não puder concretizar suas aquisições e/ou contratações, o prazo e o custo final serão maiores. Diante de preços impraticáveis, empresas sérias saem do certame derrotadas, e empresas descompromissadas com o interesse público geram graves danos à Administração. Enquanto isso, a sociedade suporta a ausência de bens e serviços enquanto o Poder Público aciona as empresas faltosas e enquanto ele realiza novas licitações.

Parte dos órgãos públicos não possuem estrutura e nem organização suficiente para concretizar as inovações da Lei n.º 14.133/21, o que torna o pregão eletrônico uma ferramenta muitas vezes ineficaz, pois ao precisar comprar um produto X, para daqui dois meses, pode

ocorrer de o processo eletrônico durar mais. E qual a saída do poder público? Fazer uma compra por dispensa de licitação? Pagando muitas vezes um valor maior, justificando que o processo licitatório ainda não foi adjudicado, mas correndo o risco de também responder por isso, pela razão de não ter se planejado antes? Existem diversos questionamentos que podem ocorrer, mas é claro e evidente que, maior parte dos órgãos públicos brasileiros, ainda não há estrutura necessária, o que acaba prejudicando toda a coletividade, a municipalidade, e também os fornecedores.

Portanto, conclui-se que a lei não age corretamente ao tirar a opção do pregão presencial e impor a obrigatoriedade do pregão eletrônico, pois como demonstrado, há órgãos maiores, mais organizados, que possuem estrutura e qualificação para operar o pregão eletrônico, porém a grande maioria dos municípios brasileiros é de pequeno porte, e neste a estrutura é precária, o que faz com que o processo seja prejudicado.

CONCLUSÃO

Ao final da presente pesquisa conclui-se que embora o entendimento do Poder Legislativo, lastreado na evolução tecnológica seja pela instituição da obrigatoriedade do pregão eletrônico, a realidade brasileira ainda possui óbices à efetividade da nova regra.

Este trabalho visou demonstrar que precisam ser consideradas as peculiaridades de cada órgão público, pois do contrário, a obrigatoriedade do pregão eletrônico, ao invés de concretizar os princípios licitatórios, acaba prejudicando a sua efetividade, pois muitas vezes o órgão público não possui estrutura para desenvolvê-lo adequadamente, o que acaba fazendo com que o processo demore a terminar.

Ao longo deste trabalho, buscou-se entender os aspectos favoráveis e desfavoráveis do ponto de vista do poder público/servidor, como também da empresa/licitante, tanto do pregão presencial, como também do eletrônico. Dessa forma, conclui-se que alguns dos preceitos estabelecidos pela Lei não são atendidos quando da aplicação do pregão eletrônico, e por diversas vezes também essa modalidade não é mais ágil que o processo presencial, podendo perdurar por dias. Para isso, os principais motivos elencados foram: alto índice de empresas despreparadas; dificuldade na negociação, devido à distância; várias desclassificações, de empresas que não atendem os requisitos do edital, e por isso o processo acaba perdurando por muito tempo; além da maior parte não possuir estrutura técnica e nem tecnológica necessária, o que ocasiona vários problemas.

Em decorrência deste novo regramento, buscou-se entender, a forma com que o poder público irá se comportar, observando a realidade brasileira frente a esta nova imposição. Concluiu-se que a maior parte dos municípios brasileiros não possuem estrutura adequada para tanto, o que faz com que o órgão fique prejudicado, sem que a imposição do pregão eletrônico possa coibir possíveis conluios, bem como assegurar que o poder público pague menos por produtos ou serviços.

Segundo verificado, a inovação (ou seja, a imposição da obrigatoriedade do pregão eletrônico) não é a medida mais acertada, tendo em vista as dificuldades da Administração. É possível, aliás, que morosidades decorrentes do pregão eletrônico possam impor à Administração aquisições e contratações em caráter de dispensa, o que pode aguçar dificuldades, inclusive perante órgãos de fiscalização.

Por ser um processo em que a facilidade para se participar é maior, o índice de empresas desqualificadas que podem ingressar no processo licitatório é muito alto, fazendo com que ele atrase, por diferentes razões. Isso pode contribuir à concorrência desleal, à medida que as boas empresas não conseguem competir com aquelas remanescentes de empresas já declaradas inidôneas.

A alternativa viável, é um olhar do legislador mais aprofundado aos mecanismos práticos da maior parte dos órgãos públicos, para que se estabeleçam regras que além de tornar o processo licitatório mais rápido e seguro, mantenham sua lisura. Nesse sentido, sugere-se que a adoção do pregão presencial possa ser livremente feita pelo Poder Público, ou seja, que ele possa optar pela modalidade eletrônica ou presencial.

No geral a maioria dos municípios Brasileiros é de pequeno porte e possui muita dificuldade em se adequar ao novo regramento, uma vez que eles não possuem estrutura e nem suporte necessário, o que torna o processo ineficaz. Por isso a obrigatoriedade não é benéfica aos municípios que não possuem esta estrutura adequada.

Conclui-se, portanto, que a Nova Lei de Licitações, quando impõe a obrigatoriedade do Pregão Eletrônico não garante efetividade aos preceitos dos art. 11, da Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862. **Approva o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857-pe.html>. Acesso em 10 ago. de 2023.

BRASIL. Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922. **Organiza o Codigo de Contabilidade da União.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4536-28-janeiro-1922-567786-publicacaooriginal-91144-pl.html>. Acesso em: 10 ago. de 2023.

BRASIL. Decreto nº 15.783, de 8 de Novembro de 1922. **Aprova o regulamento para execução do Código de Contabilidade Pública.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D15783.htm. Acesso em: 10 ago. de 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.206, de 20 de Maio de 1940. **Dispõe sobre serviços de material, reforma a Comissão de Compras, e dá outras providências.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2206-20-maio-1940-412017-republicacao-70949-pe.html>. Acesso em: 10 ago. de 2023.

BRASIL. Lei nº 4.401, de 10 de Setembro de 1964. **Estabelece normas para a licitação de serviços e obras e aquisição de materiais no Serviço Público da União, e dá outras providências.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4401.htm#:~:text=LEI%20No%204.401%2C%20DE%2010%20DE%20SETEMBRO%20DE%201964.&text=Estabelece%20normas%20para%20a%20licita%C3%A7%C3%A3o,Art. Acesso em: 10 ago. de 2023.

BRASIL. Decreto Lei nº 200, de 25 de Fevereiro de 1967. **Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 10 ago. de 2023.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.300, de 21 de Novembro de 1986. **Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 10 ago. de 2023.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 10 ago. de 2023.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de Julho de 2002. **Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 10 ago. de 2023.

BRASIL. Decreto nº 10.024, de 20 de Setembro de 2019. **Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da**

dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10024.htm. Acesso em : 10 ago. de 2023.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm#art17%C2%A72. Acesso em: 10 ago. 2023.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Manual de gestão de contratos administrativos na Justiça Eleitoral** / Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

FERNANDES. Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico.** 5. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico.** 5. ed. Curitiba: Zênite, 2008.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Brasileiro de Cidades 2022.** Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama>. Acesso em: 10 ago. 2023.

MARTINS, Marcio de Carvalho. **Compêndio da evolução histórico-normativa do instituto denominado licitação.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/101842/compendio-da-evolucao-historico-normativa-do-instituto-denominado-licitacao>. Acesso: em 10 ago. de 2023.

NARDONE. Jose Paulo. **Desafios e oportunidades do primeiro ano da nova Lei de Licitações e Contratos.** Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/6524-artigo-desafios-e-oportunidades-primeiro-ano-nova-lei-licitacoes-e-contratos>. Acesso em: 10 ago. de 2023.

DEVIDES. Jose Eduardo Costa. **Licitação Convite e a Nova Lei de Licitações.** Curitiba: Juruá Editora, 2018.