

RELATIVIZAÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DO PREGÃO ELETRÔNICO DIANTE DA NECESSIDADE DE SE PROMOVER O DESENVOLVIMENTO LOCAL E REGIONAL.

POLÍTICAS PÚBLICAS NAS AQUISIÇÕES GOVERNAMENTAIS PARA FOMENTO DOS PEQUENOS NEGÓCIOS.

Jair Eduardo Santana

Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Advogado, parecerista e professor. Presta consultoria e assessoramento técnico para entidades públicas e privadas. Conferencista e palestrante presente em todos os Estados brasileiros e no Exterior, sempre tratando de temas ligados ao Direito Público e à Governança; Atua na capacitação de servidores públicos de todas as esferas de governo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ministrando cursos e treinamentos de Licitação e Contratos Administrativos, Pregão e Gestão Fiscal Responsável, Planejamento, Orçamentos e Controle da Administração Pública; Professor da Puc Minas Virtual leciona nos cursos de pós-graduação em Direito Público. Para saber mais, visite www.jairsantana.com.br

Verônica Vaz de Melo

Mestre em Direito Internacional na linha de pesquisa “Direitos humanos, processos de integração e constitucionalização do Direito Internacional” pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). É especialista lato sensu em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada graduada pela Faculdade de Direito Milton Campos. Analista Internacional graduada em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Possui cursos em Balanced Scorecard, Fundamentos da Gestão de Tecnologia de Informação, Sustentabilidade Aplicada aos Negócios e em Motivação nas Organizações pela Fundação Getúlio Vargas e cursos em Gerenciamento de Projetos, Estratégia Empresarial e Empreendedorismo pelo IBMEC. Presta consultoria e assessoramento técnico para entidades públicas e privadas na área de Licitação e Contratos Administrativos, Pregão e Gestão Fiscal Responsável, Planejamento, Orçamentos e Controle da Administração Pública.

PARTE II

Estamos diante de um momento muito propício para atuar em prol das empresas brasileiras, com foco no fortalecimento do empreendedorismo e na aceleração do processo de formalização da economia através de ações e de parcerias que permitam operacionalizar e efetivar os comandos legais para produzir – em breve tempo – resultados ótimos.

Em tal passo, há de se dar destaque para um ponto que normalmente ficar relegado ao plano secundário. Pensa-se, inadvertidamente, que Compras Públicas é sinônimo de procedimento formal de aquisição, equiparando o “ato de comprar” ao “processo de licitação” (formal).

É importante dar destaque para os aspectos econômicos, sociais, ambientais e de sustentabilidade de negócios trazidos por tais atividades.

Já propugnamos isso no passado dizendo que não se pode tomar a atividade governamental de “comprar” (ou adquirir, contratar, suprir etc.) na visão reducionista e míope, imaginando que os procedimentos (formais) respectivos se reduzam a tal núcleo.^[1]

[1] Veja-se, em “Pensamentos Linear-Cartesiano, Sistêmico e Complexo aplicados à Governança Pública: As aquisições governamentais”. (publicado em JML, Coluna Jurídica, disponível em www.jairsantana.com.br <artigos><direito administrativo>).

Não se trata apenas disso, mas antes de tudo há, envolvendo dita atividade um poderoso fator econômico que não pode ser deixado ao plano inferior. Ou seja, que significado real tem para a economia o trânsito, pelas artérias governamentais brasileiras, daqueles citados mais R\$ 300,00 bilhões/ano?

E cabe também perguntar: é possível que o Poder Público se utilize desse bilionário Setor para realizar políticas públicas?

A resposta é – a esta altura – óbvia.

O Brasil não apenas pode, mas deve (no sentido de possuir obrigação) de, num primeiro momento respeitar as suas próprias leis e estas, se bem compreendidas e interpretadas, apontam para tal rumo.

A ordem constitucional econômica^[2] responde, em parte, por dita questão ao determinar que as micro e pequenas empresas sejam privilegiadas nas compras públicas (e isso já seria suficiente por si só).

E por quê?

Justamente porque, através delas (compras governamentais), se promove o desenvolvimento regional e local, distribuindo-se melhor a renda e gerando uma sorte de benefícios e empregos formais. Por aí, cria-se, enfim, um ciclo virtuoso que é aquele que bem se encaixa nas diretrizes escritas na Constituição Federal do Brasil (veja-se, a respeito, os artigos 30, 1o e o “habitualmente esquecido Preâmbulo”).

Quer a nossa Lei Maior que valorizemos o trabalho, a livre iniciativa, o desenvolvimento nacional sustentável, a redução das desigualdades entre as pessoas, numa ambiente que promova o bem-viver. É o que está escrito nos artigos citados.

É notório que os pequenos negócios são os principais responsáveis pela geração de emprego e distribuição de renda nos setores formal e informal da economia brasileira.

Há hoje 6,1 milhões de micro e pequenas empresas (MPE) formais em atividade no país, representando um total de 99% das empresas brasileiras; e 2,6 milhões de micro-

empreendedores individuais formalizados, conforme dados da Receita Federal do Brasil de junho de 2012.^[3]

A Lei Geral (Lei Complementar n. 123/2006) veio exatamente para criar mecanismos que permitem às pequenas e microempresas participar desse segmento econômico.

De forma resumida, a Lei Geral trouxe benefícios fiscais, creditícios e outros destacando-se, no que nos importa, os benefícios relativos ao acesso ao mercado governamental. É dizer, a norma criou uma série de caminhos para que as microempresas e as de pequeno porte possam fornecer ao governo.

E, assim fazendo, permite-se um achego das faladas empresas ao bilionário setor das compras.

Há – é importante registrar – benefícios e privilégios que se operam “dentro do processos de compras propriamente dito” e outros que são tidos por “não-processuais”.

SANTANA estudou com afincio o Setor e resumiu:

Benefícios e privilégios das MPE’s nas Compras Públicas (resumo):

1. habilitação tardia
2. empate ficto
3. cédula de crédito
4. compras exclusivas (até R\$ 80 mil)
5. compras cotizadas
6. subcontratação compulsória

Merece um rápida explicação.

Os dois primeiros benefícios são “processuais” e se verificam no curso do procedimento licitatório. O de número três não foi até a presente data regulamentado e permanece ineficaz. Os três últimos são (sempre foram) em nosso sentir os melhores instrumentos para viabilizar negócios para o Setor. Para entender melhor tais mecanismos, veja-se de autoria de SANTANA a obra “Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC no 123/06” (Editora Fórum, 2a. ed., 2009, esgotado).

É importante compreender tais benefícios porque o presente estudo agita exatamente aspectos operacionais das compras públicas e estas não podem se realizar de modo a

[2] O tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte está previsto nos artigos 170, inciso IX e art. 179 da Constituição Federal. Para atender a estes dispositivos constitucionais foi editada a Lei Complementar 123 de 14 de dezembro de 2006, trazendo regramento diferenciado e simplificado para as micro e pequenas empresas em inúmeras dimensões, conforme previsto no art.1º desta lei. Ademais, os entes da federação devem aplicar benefícios específicos adicionais, conforme regulação local

[3] Os dados referidos neste tópico tem por fonte o Sebrae Nacional quanto ao que diz respeito ao cenário brasileiro e tem por fonte o Sebrae MG quanto aos dados de Minas Gerais.

desprestigiar as políticas que antecedem o plano meramente executivo. É dizer, seria inconcebível que o veículo das compras (seja pregão eletrônico ou o que for, no plano da execução) se constitua num obstáculo a impedir a materialização dos objetivos plasmados nas políticas que visam prestigiar as pequenas e as microempresas.

Esse é o aspecto que será melhor avaliado na sequencia.

4. Compulsoriedade relativa no uso do pregão eletrônico. Harmonização das regras aparentemente contrapostas: necessidade de se comprar local e regionalmente

Como é sabido, o art. 22, XXVII da CRFB/88 dispõe que a União tem competência privativa para legislar sobre normas de licitação e contratação para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional de todas as esferas da Federação, editando normas gerais.

Assim, normas específicas sobre licitação poderão ser editadas pelos entes federativos, desde que estejam em consonância com as norma gerais editadas pela União. Lamentamos campeie Brasil afora a abdicação de tais competências. De regra, os entes políticos (que não a União) abrem mão de cuidar normativamente de temas tais. E, assim o fazendo, se assujeitam a normas que – não raro – são simplesmente “formais” e inadequadas às suas respectivas realidades.

De toda sorte, o fato é que a Lei 10.520/02 não trata do pregão eletrônico de maneira específica e direta. Todavia, nesta lei se encontra o fundamento de validade para a sua corporificação.

Atualmente, o decreto federal 5.450/05 regulamenta o pregão eletrônico na esfera federal, já o dissemos.

Aproveitamos a oportunidade para lembrar que o Decreto nº 5.450/05 não obriga, e nem poderia, as gestões dos governadores, dos prefeitos ou dos presidentes de órgãos autônomos, colegiados ou não, nos termos constitucionais. Dado que tais possuem, segundo a própria CF/88, a anunciada independência funcional. O Decreto obrigará apenas aqueles subordinados juridicamente ao Chefe do Executivo.

É necessário, se não indispensável, lembrar que o sistema de partilha de competências no Brasil decorre de um complexo mecanismo vertical e horizontal (divisão do poder político), guiado por critérios constitucionais diversos. Assim é que, no plano prático, na dimensão da União (por exemplo) as normas do Executivo não subordinam nem o Legislativo ou tampouco o Judiciário, o Tribunal de Contas, o Ministério

Público e outros que detém prerrogativas para ter normas próprias.

De qualquer modo, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, compete ao Chefe do Executivo editar decretos (no seu âmbito). O art. 84, IV da CF/88 dispõe que:

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

(...)

Ao lado do regulamento do pregão eletrônico federal, há o Decreto nº 5.504/05 que – cuidando de transferências voluntárias - prevê:

estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos.

É importante ressaltar, novamente, que esta obrigatoriedade vincula apenas aqueles que estão subordinados ao Poder Executivo, tendo em vista que é da competência do Chefe do Executivo a promulgação de decretos. O Decreto nº 5.504/05, prevê a compulsoriedade da utilização de pregão eletrônico para todas as Unidades Administrativas e entes privados que contratem com recursos provenientes da União através das transferências voluntárias.

O artigo 1o do Decreto nº 5.504/05 dispõe que:

Art. 1º (...)

§ 1º Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto no 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar.

§ 2º A inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente.

(...).

O artigo 4º do Decreto nº 5.450/05 prevê também a obrigatoriedade na utilização do pregão eletrônico, porém, como também no Decreto nº 5.504/05, essa obrigatoriedade é relativizada. Dispõe o 4º do Decreto nº 5.450/05:

Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

§ 1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

Está evidente que o regulamento do pregão eletrônico, no âmbito federal, privilegia a forma eletrônica desde que não haja justificativas para se fazer o presencial. É dizer, a norma federal exige o pregão; sempre. E direciona para a forma eletrônica. Caso haja motivos para não se fazer o pregão eletrônico, a forma presencial deve ser adotada com justificativas.

Entendemos que as políticas públicas relativas ao desenvolvimento local e regional, fomentando as compras governamentais para microempresas e empresas de pequeno porte, podem justificar o afastamento do pregão eletrônico quando as circunstâncias recomendarem.

Pode ser que – no plano dos fatos – seja recomendável a realização do pregão presencial para melhor se adequar às políticas de compras locais. Esse é um motivo que justifica o abandono do pregão eletrônico.

Em tal caso (pregão presencial), continuará a Administração Pública a prestigiar todos aqueles valores (e princípios) existentes em torno dessa ferramenta de compras; e – ademais – se estará valorizando o desenvolvimento local sustentável.

Não há, assim, nenhum antagonismo ou contraposição entre os princípios que o pregão eletrônico ou presencial agitam.

5. Conclusão

Quase nunca se lembra que nessa 1ª década de pregão, os milhares de procedimentos realizados ocorreram em decorrência de soluções tecnológicas que permitiram materializar os comandos legais (de todas as normas de regência) num fluxo puramente dinâmico vertido para a realidade.

Os números nos mostram uma evolução fantástica no tocante ao aumento do número de pregões eletrônicos ano a ano.^[4]

[4] Não nos preocupamos em atualizar os dados publicados no estudo: SANTANA, Jair Eduardo. Pregão: 10 anos. Retrospectiva, essencialidades e perspectivas. Belo Horizonte. Em: http://www.jairsantana.com.br/admin/arquivos/Artigo_Jair_Santana_10_anos_de_pregao.pdf

Evolução anual dos processos de compras (conforme as modalidades, excluídas as dispensas, inexigibilidades, tomadas de preço e concorrência por técnica e preço).

Modalidades de Compra	Número de Processos de Compra							
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Concorrência	1.015	694	738	669	449	556	778	1.321
Concorrência Internacional	83	44	58	84	54	70	50	44
Convite	13.536	16.368	19.187	13.193	9.002	6.227	4.697	1.520
Tomada de Preços	3.135	2.443	2.949	2.262	1.428	1.494	1.648	1.639
Concurso	3	4	1	4	5	6	8	16
Pregão Eletrônico	420	1.303	2.677	13.384	27.682	35.676	33.972	34.342
Pregão Presencial	4.290	5.671	9.187	6.792	2.717	2.223	1.385	1.091
Total do Período	22.482	26.527	34.798	36.388	41.337	46.252	42.808	39.973

(Fonte: SLTI/MPOG. Dados ref. Sisg/Siasg) A se considerar nesse mesmo cenário também os “não-Sisg”, os números se alteram um pouco. E vale conferir:

Evolução anual dos processos de compras (conforme as modalidades, excluídas as dispensas, inexigibilidades, tomadas de preço e concorrência por técnica e preço).

Modalidades de Compra	Número de Processos de Compra							
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Concorrência	1.015	694	739	669	449	556	947	1.373
Concorrência Internacional	83	44	58	84	54	70	50	44
Convite	13.536	16.368	19.800	14.074	10.339	8.177	4.739	1.625
Tomada de Preços	3.135	2.443	2.949	2.262	1.428	1.494	1.813	1.759
Concurso	3	4	1	4	5	6	8	16
Pregão Eletrônico	420	1.303	2.677	13.384	27.682	35.676	44.898	47.289
Pregão Presencial	4.290	5.671	9.187	6.792	2.717	2.223	1.670	1.449
Total do Período	22.482	26.527	35.411	37.269	42.674	48.202	54.125	53.555

(Fonte: SLTI/MPOG. Dados ref. Sigs e não Sigs/Siasg)

O absoluto sucesso do pregão é uma experiência que o Brasil está experimentando aos poucos.^[5]


O pregão eletrônico assumiu a forma preferencial a partir da edição do Decreto 5.450/05 e com ele as plataformas (portais) de aquisições ganharam um colorido muito especial. O pregão eletrônico é excepcional ferramenta que está à serviço da governança pública agindo diretamente no Setor dos Suprimentos Governamentais (ou Compras Públicas).

Não confundamos a obrigatoriedade do pregão com a preferência da utilização da via eletrônica. Na realidade, o pregão eletrônico acaba sendo a trilha obrigatória porque, segundo a norma regente, apenas diante de uma impossibilidade justificada é que o pregão presencial poderá ocorrer. Uma das hipóteses em que poderá ser dispensada a utilização do pregão eletrônico para a realização do pregão presencial será para a incentivo e promoção do desenvolvimento local e regional. Mas ressalta-se que sempre há de se prestigiar essa modalidade de licitação - pregão. O seu afastamento injustificado (é nossa tese) importa em ato de gestão antieconômica passível de responsabilização.

[5] Numa outra perspectiva, é possível visualizarmos a trajetória do pregão (presencial e eletrônico) em contraste com as demais modalidades de licitação. É notável o acréscimo dessa modalidade e a “inversão ocorrida” entre 2005 e 2006 na utilização do pregão eletrônico em relação ao pregão presencial. O fenômeno se explica por causa da revogação do normativo que à época não obrigava o pregão eletrônico (em 2005 o Decreto 5.450 substituiu o Decreto 3.697/00).

No ano de 2009 os cofres públicos economizaram cerca de 21% (R\$ 5,5 bilhões) nas compras governamentais quando realizadas por pregão eletrônico.

Assim, a obrigatoriedade na utilização de tal ferramenta tem que ser relativizada em algumas situações concretas para – a um só tempo – homenagear tanto as normas de incidência direta como também regras, valores e princípios descendentes do mesmo marco legal e constitucional.

Desta forma, é importante ter em mente que a facultatividade tópica no emprego do pregão eletrônico harmoniza-se perfeitamente com a necessidade de se promover o desenvolvimento local e regional quando do uso do poder de compra governamental para efetivar políticas públicas que visem a melhor distribuição de riquezas, a geração de renda e empregos. 

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(citada e/ou consultada)

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. *Licitação e contrato administrativo: estudos, pareceres e comentários*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARROS, Márcio dos Santos. *502 comentários sobre licitações e contratos administrativos*. São Paulo: NDJ, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 16. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 5.ed.atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ, Luciano. **Licitação: estudos e práticas**. Rio de Janeiro: Adcoas, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativo**. 9 ed., 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. São Paulo: Dialética, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: nova modalidade licitatória**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, RJ Renovar n. 221 , p. 7-45, jul./ago./set. 2000.

MAURANO, Adriana. **A instituição do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns**. *Interesse Público, Sapucaia do Sul* , v.5, n.23 , p.156-173, jan./fev. 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo** 13 ed., 2002.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações & contratos: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão, parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MUKAI, Toshio. **Estatutos jurídicos de licitações e contratos administrativos: comentários aos estatutos federal, estadual, municipal e das entidades paraestatais**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERIN, Armando Moutinho. **Pregão: breves considerações sobre a nova modalidade de licitação, na forma presencial**. *Interesse Público, Sapucaia do Sul* , v.5, n.18 , p.173-178, mar./abr. 2003.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual prático das licitações**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão presencial e eletrônico: manual de implementação, operacionalização e controle**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. 3ª Edição.

SANTANA, Jair Eduardo. **Pensamentos Linear-Cartesiano, Sistemico e Complexo aplicados à Governança Pública: as aquisições governamentais**. Belo Horizonte. Em: http://www.jairsantana.com.br/admin/arquivos/ArtigoJair_PensamentoLinear_Sistemico_coluna_juridica_05.pdf.

SANTANA, Jair Eduardo. **Sincronização e Compartilhamento de Saberes: ensaio para Aplicação à Governança Pública**. Belo Horizonte. Em: http://www.jairsantana.com.br/admin/arquivos/Sincronizacao_Compartilhamento_saberes_AdmPublica.pdf

SANTANA, Jair Eduardo. **A concessão de uso de bem público e o pregão: compatibilidade entre o objeto e a modalidade de licitação**. Belo Horizonte. Em: http://www.jairsantana.com.br/admin/arquivos/Concessao_Uso_Pregao_FAA_JAir.pdf

SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão: 10 anos. Retrospectiva, essencialidades e perspectivas**. Belo Horizonte. Em: http://www.jairsantana.com.br/admin/arquivos/Artigo_Jair_Santana_10_anos_de_pregao.pdf

SCARPINELLA, Vera. **Licitações na Modalidade de Pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003

VASCONCELOS, Pedro Barreto. **Pregão: nova modalidade de licitação**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, RJ Renovar n. 222 , p. 213-238, out./nov./dez. 2000.

WARNECKE, Ana Lucia Ikenaga. **Efeitos do decreto nº 5.450/05 sobre a regulamentação do pregão**. *Interesse Público, Sapucaia do Sul, RS* , v.7, n.34, p.47-62, nov./dez. 2005.