

PREGÃO: A NOVA LEI DE LICITAÇÕES, VANTAGENS EDIFICULDADES DE MUNICÍPIOS DE PEQUENO PORTE

Glenda Carla De Souza¹Déborah Cristiane Domingues De Brito²

141

RESUMO:

A presente pesquisa versa sobre a análise do Direito Administrativo, com enfoque na área de Licitações Públicas, especialmente na modalidade Pregão, com o advento da Nova Lei de Licitações e Contratos, que prioriza o tipo eletrônico para essa modalidade de maneira geral. A pesquisa é realizada sob a ótica da administração de pequenos municípios, e as vantagens e dificuldades encontradas por eles com a promulgação da Lei nº 14.133/21 são abordadas. Justifica-se pelo fato de que o Direito Administrativo é um ramo de grande estrutura e complexidade, e a Nova Lei de Licitações e Contratos impactará de forma contundente os pequenos municípios. O estudo foca nos efeitos da modalidade Pregão, que, desde sua instituição, se tornou protagonista na Administração Pública. Utilizando-se de raciocínio dedutivo, procedimento histórico, comparativo e descritivo, e de pesquisa não empírica, bibliográfica e documental, a pesquisa analisa as vantagens e desvantagens do Pregão, com foco em seu tipo eletrônico, a fim de expor os impactos gerados à administração de municípios de pequeno porte. Além disso, busca conceituar e identificar as mudanças, comparar benefícios e malefícios, verificando o impacto nos municípios de pequeno porte, e explicitando as vantagens que a regra do tipo eletrônico acarretará, apesar das inúmeras dificuldades encontradas.

Palavras-chave: licitação; pregão eletrônico; direito administrativo; municípios.

ABSTRACT:

This research deals with the analysis of Administrative Law, focusing on the area of Public Tenders, especially in the Auction modality, with the advent of the New Tenders and Contracts Law, which prioritizes the electronic type for this modality in general. The research is carried out from the perspective of the administration of small municipalities, and the advantages and difficulties encountered by them with the enactment of Law nº 14,133/21 are addressed. It is justified by the fact that Administrative Law is a branch of great structure and complexity, and the New Tenders and Contracts Law will have a strong impact on small municipalities. The study focuses on the effects of the Auction modality, which, since its institution, has become a protagonist in Public Administration. Using deductive reasoning, historical, comparative and descriptive procedures, and non-empirical, bibliographic and documentary research, the research analyzes the advantages and disadvantages of Auction, focusing on its electronic type, in order to expose the impacts generated on the administration of small municipalities. Furthermore, it seeks to conceptualize and identify changes, compare benefits and harms, verifying the impact on small municipalities, and explaining the advantages that the electronic rule will bring, despite the numerous difficulties encountered.

¹ Bacharel do curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga – Unifev.Votuporanga. São Paulo. Brasil. E-mail: glendasouza1000@gmail.com

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga – UNIFEV. Votuporanga. São Paulo. Brasil. deborahbrito@fev.edu.br

Keywords: bidding; reverse auction electronic; law administrative; legislation.

INTRODUÇÃO

Apesar de o instituto do pregão não ser novo no ordenamento jurídico brasileiro, é imperioso estudá-lo na área de Licitações Públicas com o advento da Nova Lei de Licitações e Contratos, que prioriza o tipo eletrônico para essa modalidade de maneira geral.

O enfoque central da pesquisa é a dificuldade encontrada por pequenos municípios, na modalidade Pregão, principalmente o eletrônico, com o advento da Lei nº 14.133/21.

É fato que a nova Lei trouxe maior amplitude a essa modalidade, proporcionando, para a Administração Pública, notoriedade, publicidade e lisura, para a obtenção de proposta mais vantajosa, contudo, serão demonstradas também muitas dificuldades que afetarão os pequenos municípios com a implementação das novas regras.

O Direito Administrativo é um ramo de grande estrutura e complexidade. A Nova Lei de Licitações e Contratos impacta de forma contundente os pequenos municípios, sendo importante o estudo dos efeitos com enfoque na modalidade pregão, que, a partir de sua instituição tornou-se protagonista na Administração Pública de modo geral, sendo de extrema importância esmiuçar o tema para que se entendam os impactos da Lei 14.133/21, na forma de execução da modalidade, que se torna prioritariamente eletrônica.

O presente estudo, por meio de raciocínio dedutivo, por procedimento histórico, comparativo e descritivo e de pesquisa não empírica, bibliográfica e documental, objetiva analisar as vantagens e desvantagens do pregão, com foco em seu tipo eletrônico, a fim de expor os impactos gerados à administração de municípios de pequeno porte, bem como conceituar, identificar as mudanças, comparar benefícios e malefícios, verificando o seu impacto em municípios de pequeno porte, para que se explicitem as vantagens que a regra do tipo eletrônico causará, apesar das inúmeras dificuldades encontradas no início da implementação da Nova Lei de Licitações (NLL), apresentando e elucidando questões importantes sobre o tema, para que se estabeleçam possíveis soluções para as possíveis dificuldades presentes no trâmite.

1 LICITAÇÕES PÚBLICAS

1.1 Conceito

As licitações públicas são conceituadas como sendo um procedimento administrativo

formal, que, por vinculação em ato próprio, seleciona a proposta mais vantajosa a administração pública, para a qual quer que seja a contratação com entes públicos, ressalvados os casos expressos em lei.

Nesse contexto é lecionada por Spitzcovsky (2022, p. 223), como sendo um "procedimento administrativo por meio do qual o Poder Público procura selecionar a proposta mais vantajosa para os interesses da coletividade nos termos expressamente previstos no edital".

Do mesmo modo, ensina Di Pietro (2008, p. 331), ao definir o conceito de licitação:

(...) procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

A obrigatoriedade de licitar imposta aos entes administrativos decorre de lei, de tal forma que todos os entes legalmente elencados possuam o dever de proceder licitação, portanto, apenas não será procedida a licitação, quando o próprio texto normativo os desobriga a fazer.

Quando se tratar de matéria de licitação pública e contratos, a competência legislativa de normas gerais é privativa da União, devidamente expresso no art. 22, XXVII da Constituição Federal de 1988, desta maneira, constata-se que existe "(...) possibilidade de as quatro pessoas integrantes da nossa Federação (...) editarem normas sobre esse tema, cada qual no seu campo específico de atuação" (Spitzcovsky, 2022, p. 224), assim, cabe aos demais entes legislar sobre normas específicas dentro de seu interesse.

Tem-se como principais norteadores da presente matéria aludida, a Constituição Federal, e a lei infraconstitucional nº 8.666/98, que regulamenta o art. 37, XXI da CF/88, trazendo especificações e normas gerais para o procedimento licitatório, bem como a lei nº 10.520/02, que regulamenta o instituto pregão, dentre outras, essas as mais importantes para a matéria aqui abordada, que dará ênfase a Nova Lei de Licitações e Contratos, que trouxe em 01 de abril de 2021, inúmeras mudanças legislativas e impactos no âmbito administrativo.

1.2 Da análise principiológica

Os princípios norteadores dos processos licitatórios, estão precipuamente elencados no rol do artigo 37, caput, da CF/88, que apesar de sua força constitucional, não é taxativo, e

preceitua de forma geral que qualquer ente da administração pública direta e indireta, de qualquer que seja os seus Poderes deverá sempre se reger pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Porém, além dos princípios gerais, as licitações possuem princípios norteadores peculiares, previstos em texto infraconstitucional, e fundamentais no procedimento licitatório, deste modo, necessário fazer um comparativo entre as duas leis de licitações, vez que a nova lei, em seu rol, tornou explícito mais princípios do que antes se tinha no rol da antiga lei.

A lei nº 8.666/93, em seu art. 3º, elenca, além dos princípios previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, os princípios da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa, da promoção ao desenvolvimento nacional sustentável, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, além dos que lhes são análogos.

Já a Lei 14.133/21, em seu art. 5º, relacionou em seu rol, um grau maior de princípios além daqueles já propostos pela lei anterior e a CF/88, quais sejam o do interesse público, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da igualdade, e todos os dispostos na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Além dos aqui já argumentados, outros princípios não aparecem com força de lei, porém estão consolidados pela doutrina majoritária, como por exemplo, o de adjudicação compulsória, e do sigilo das propostas.

Sobremaneira, a nova lei abrange um grande rol de princípios, visando ainda mais a licitude dos atos administrativos, que de modo geral no advento da referida lei está se encontra mais acentuada.

1.2.1 Breves comentários sobre os princípios licitatórios

Sem a pretensão de esgotar o assunto, será abordado um rol exemplificativo dos princípios norteadores do processo licitatório, que antes não existiam ou estavam implícitos na antiga lei, e foram introduzidos no art. 5º da NLL que disciplina:

Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, **do interesse público**, da probidade administrativa, da igualdade, **do planejamento, da transparência**,

da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, **da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade** e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (Brasil, 2021, grifo nosso)

O princípio do interesse público estabelece que o interesse da administração deva sempre prevalecer em relação ao interesse do particular, desta forma, há de se afirmar que tal princípio deve se consumir tanto no momento da criação do texto de lei, como na execução dos atos pelos entes públicos.

O princípio da segurança jurídica desempenha a função de vedação ao retrocesso, ou seja, quando a administração entende por determinada vertente e após o entendimento se difere, não é possível que o novo entendimento retroaja, mantendo-se sempre à boa-fé nos atos administrativos, com a finalidade de se manter maior estabilidade nos atos institucionais da administração.

Não obstante, Di Pietro (2022) adverte que é necessária a cautela ao utilizar-se do referido princípio, uma vez que na hipótese de inobservância de lei, a administração não pode ser impedida de anular atos, que por sua vez se caracterizam como caso de ilegalidade, e não de mudança de interpretação.

O princípio da razoabilidade estabelece que os atos do poder público devam ser razoáveis, de acordo com a noção do ser razoável, plausível, vedando, portanto, atitudes fora de proporção, objetivando a limitação da discricionariedade do poder público, que de acordo com Figueiredo (1986, p. 128-129 *apud* Di Pietro (2022, p. 124) consiste na:

(...) competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de um critério de razoabilidade, e afastado de seus próprios standards ou ideologias, portanto, dentro do critério da razoabilidade geral, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma.

Dessa forma, há de se relacionar o princípio acima exposto intimamente com o princípio da proporcionalidade, que é justamente se obter no caso concreto o viés da proporção dos atos, se mantendo dentro da proporcionalidade e da razoabilidade.

No entendimento de Di Pietro (2022), o princípio da proporcionalidade está inserido no da razoabilidade, uma vez que para se obter um ato razoável, um dos meios é o de sopesar a a proporção dos meios utilizados pela administração para determinada finalidade.

O princípio da competitividade refere-se ao poder público constantemente alimentar a

competição entre os proponentes, sendo do interesse ao poder público o maior número possível de participantes, e em hipótese alguma a limitar de forma desamparada legalmente. A respeito do princípio ora estudado, Calasans Júnior (2021) leciona que, mesmo quando inexistir possibilidade de competição, no caso concreto, a licitação tornar-se-á inviável, desse modo, a inviabilidade deve ser real e perceptível e dessa forma, a administração se valerá de outros meios para a obtenção do objeto, o que não é admitido é que a administração se convenha de forma propositas de regras que restrinjam a competição.

O princípio da celeridade concerne que os atos praticados pela administração devem sempre primar um procedimento revestido de desenvoltura, os atos devem ser rápidos, menos severos, e sempre respeitando o devido processo legal. Esse princípio se consagra de forma ativa e descomplicada na modalidade do pregão.

O princípio da economicidade visa sempre prezar pela melhor economia, buscando sempre diminuir os gastos públicos, mesmo quando o critério de julgamento for o de melhor técnica, administração se obriga a levar em consideração sempre o menor gasto dos cofres públicos, o custo-benefício do objeto.

O princípio do planejamento concerne que todos os atos praticados pela administração devem ser previamente planejados e estruturados, estratégica, a fim de que se possa alcançar a completa eficiência do certame.

O princípio da transparência está intimamente ligado ao princípio da publicidade, uma vez que a administração deve sempre agir de forma pública e transparente, tendo os seus atos publicamente expressado a todos aqueles que tiverem interesse, tanto órgãos de controle e fiscalização como a população no geral, no mesmo sentido, Di Pietro leciona que esse princípio “exige que a atuação da Administração Pública seja amplamente divulgada e aberta ao conhecimento público, somente sendo permitido o sigilo nas hipóteses expressamente previstas na Constituição.” (Di Pietro, 2022, p. 501)

O princípio da segregação de funções tem como principal objetivo o impedimento de que um mesmo funcionário atue em diversos momentos no procedimento licitatório, assim, conceitua Di Pietro (2022) a respeito do referido princípio como tendo a função de "(...) de evitar atribuir aos mesmos servidores, na licitação, tarefas da fase preparatória (interna) e da fase externa (competitiva), ou de condução da fiscalização do contrato e de apuração de infrações contratuais em processos sancionadores." (Di Pietro, 2022, p. 500), com a finalidade de conferir maior segurança aos procedimentos. Todavia, tal princípio pode não ser de aplicação absoluta se for analisado os casos concretos, a vista de ato devidamente motivado, como por exemplo, o caso de pequenos municípios com um quadro de

funcionários limitado a cada setor.

O princípio da motivação concerne no dever de todos os atos praticados pela administração pública serem motivados, terem justificativa, sob pena de nulidade do ato. Segundo o ensinamento de Di Pietro (2022), a motivação é uma formalidade necessária para o controle da legalidade dos atos, devendo a administração indicar os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, ora já consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, desta forma, tem-se que todos os atos praticados dentro do processo licitatório devem ser de inequívoca explicativa do ato que pratica.

O princípio da eficácia, de acordo com Júnior (2021, p. 40), exige “(...) que o procedimento licitatório conduza ao resultado pretendido pela Administração, qual seja: a contratação da obra, do serviço ou da compra pela condição mais vantajosa”. Ainda, Di Pietro (2022, p. 503), acrescenta que:

A eficácia significa aptidão para produção de efeitos jurídicos. Os instrumentos de eficiência (como a celeridade e a economicidade) têm que ser utilizados de tal modo que não impeçam a eficácia do procedimento. Para esse fim, é relevante o princípio do planejamento, que foi altamente prestigiado na Lei nº 14.133.

Diante do exposto, percebe-se que todo o processo licitatório deve correr mediante o enquadramento dos princípios que aperfeiçoam o trâmite legal, sempre tendo uma interdisciplinaridade deles, em sua grande maioria, estão interligados, seguindo a concretização da eficácia dos procedimentos, proporcionando segurança jurídica e celeridade ao andamento da máquina pública.

2 DAS FASES DO PROCESSO LICITATÓRIO

Uma vez abordado o conceito principiológico, parte-se, a partir de então, pelo aprofundamento do processo licitatório, que é constituído por uma sequência de atos, que se divide em fase interna e a externa.

A fase interna compreende todos os atos preparatórios a partir da abertura do processo, até a publicação do edital.

Já a fase externa, compreende todos os demais atos a partir da publicação do edital. Destarte, leciona Júnior (2021, p. 73):

No caso de uma licitação, tem-se que o processo compreende diversas etapas... essas ações constituem etapas do processo de contratação. Entretanto, esse processo

(conjunto de atos) desenvolve-se em dois momentos distintos (fases): primeiro, no âmbito interno do órgão público responsável pelo atendimento da necessidade identificada (obra, serviço ou compra). No segundo momento, os atos do processo de contratação realizam-se no ambiente externo, com a participação dos agentes econômicos interessados em realizar o objeto pretendido pelo órgão público. Tanto na fase interna como na externa, o processo de contratação deve atender a regras procedimentais específicas.

O advento da nova lei de licitações trouxe consigo importantes mudanças, como por exemplo, tornou a exceção de inversão das fases como era aplicada excepcionalmente, em que a proposta e lances são apresentados primeiro, em uma regra aos procedimentos licitatórios, como disciplina o art. 17 da nova lei, que institui as fases em seus incisos como sendo, 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" (Brasil, 2021).

Apesar de tornado regra a inversão de fases, a nova lei também expressou a possibilidade de a habilitação ser feita primeiro desde que previamente previsto no edital, conforme o §1º do art. 17, que leciona:

A fase referida no inciso V do caput deste artigo poderá, **mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes**, anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que **expressamente** previsto no edital de licitação (Brasil, 2021, grifo nosso)

Ademais, será discorrida de forma breve e pontual cada fase, para questões elucidativas, a fim de uma melhor abordagem didática.

2.1 Da fase preparatória

A fase preparatória (ou interna), do procedimento licitatório, é aquela que, por assimilação, ocorre sem divulgação ampla ao público externo, significando, portanto, uma fase ordenatória de organização da Máquina Pública em seus expedientes administrativos, preparando todo o processo licitatório que acontecerá ao longo dos atos subseqüentes.

Nesta fase, compreendem-se todos os atos formais necessários para que se proceda a abertura da licitação, e se encontra esquematizada no capítulo II, título II da Lei nº 14.133/21, compreendendo, por exemplo, descrição da necessidade da contratação, detalhamento do objeto para atendimento a necessidade do ente licitante, orçamentos, elaboração de edital e minuta de contrato, a modalidade, o recurso próprio para a despesa

decorrente, e assim por diante, findando-se com a exteriorização do edital.

2.1.1 Do edital – aspectos gerais

O edital é o que estipula todo o procedimento a ser seguido naquela determinada licitação, o qual o poder público da publicidade ao certame e as regras do procedimento, com força de lei entre os interessados e a administração, devendo conter todos os detalhes necessários, a exemplo, o local, dia e hora, objeto de forma clara, prazo, condições para participação no certame, critério de julgamento, entre outros.

Ao edital é cabível impugnação na forma do art. 164 da NLL, que estipula até três dias úteis a data do certame para que se impugne edital, devendo a resposta ser divulgada de forma eletrônica em até três dias úteis, limitado ao último dia útil anterior a data da abertura do certame.

Dessa forma, ocorrido o prazo pertinente no art. 55 da Nova Lei, que diverge em cada modalidade, e chegado à data estipulada no edital, dá-se início a etapa de apresentação de proposta e dos lances.

2.2 Da fase de oferecimento de proposta e de lances

Nessa etapa, os proponentes apresentarão suas propostas, e quando couber darão seus lances, disputando com os concorrentes, até que se chegue na melhor proposta.

Encontra-se, na nova lei, de forma expressa, dois modos de disputa: fechado e aberto, que podem ser feitos separada ou conjuntamente. Como disciplinado pelo art. 56, incisos I e II da NLL, no modo fechado, os interessados devem entregar suas propostas em envelopes lacrados, que serão mantidas em sigilo e posteriormente divulgados em horário e data marcada, e no modo de disputa aberto, tem-se os lances públicos, vedado ainda, o modo fechado, quando o julgamento de menor preço ou de maior desconto, e o aberto, quando de melhor técnica e preço, disciplinado respectivamente pelo art. 56, §1º e §2º da NLL, como segue:

§ 1º A utilização isolada do modo de disputa fechado será vedada quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto.

§ 2º A utilização do modo de disputa aberto será vedada quando adotado o critério de julgamento de técnica e preço (Brasil, 2021)

Dando-se por encerrada a abertura das propostas e a etapa de lances, passa-se a etapa de julgamento.

2.3 Da fase de julgamento

Nessa fase de julgamento, como disciplina Di Pietro (2022), com o objetivo de selecionar a proposta vencedora, é realizada a classificação ou desclassificação dos licitantes, observando se satisfazem ou os requisitos do edital.

A presente fase possui quatro subfases, sendo elas: a classificação da proposta; a desclassificação das propostas; o desempate; e a negociação.

Ademais, conforme o artigo 33 da NLL, são estabelecidos critérios de julgamento, previamente previstos em edital, conforme o menor preço, o maior desconto; a melhor técnica ou conteúdo artístico; a técnica e o preço; maior lance, no caso de leilão; e por fim o maior retorno econômico, estes estão disciplinados um por um, no decorrer do mesmo capítulo da Lei.

2.4 Da fase de habilitação

Na habilitação, a administração analisa as documentações pertinentes solicitadas no edital, para constatar se aquele determinado sujeito está apto ou não a contratar com ente público, desta maneira "é bom salientar que a Administração Pública não pode fazer exigências que impeçam a participação dos interessados" (Gomes; Lima, 2018, p. 351). Também a definir o objetivo desta fase, Di Pietro (2022, p. 525) leciona ser a qual "são examinados os documentos dos licitantes, conforme exigidos no edital, para considerá-los habilitados ou inabilitados para a celebração do contrato administrativo."

A nova lei, em seu título II, capítulo VI, discorre como terá de ser procedida a etapa de habilitação, e em seu art. 62 e incisos, elenca necessário para habilitação do proponente com a melhor proposta, documentação jurídica, técnica, fiscal, social, trabalhista, e econômico-financeira, além, daqueles objetos de licitação que necessitem de demais comprovações, ao caso concreto, devidamente necessário e pertinente para que se obtenha a melhor contratação.

Dessa maneira, os documentos solicitados são para comprovar a aptidão do interessado em contratar com a administração pública, que necessita que todos os documentos exigidos no instrumento convocatório estejam pertinentes.

2.5 Da fase recursal

A fase recursal engloba os recursos convenientes contra o julgamento das propostas e contra ato de habilitação ou inabilitação de licitante, previstos nas alíneas "b" e "c", do inciso I do art. 165 da NLL.

O §1º do mencionado artigo, explicita que a intenção do recurso deve ser manifestada imediatamente, sob pena de preclusão, e contado o prazo do dia da intimação ou lavratura da ata de sessão, ou julgamento quando invertida as fases, e primeiro ocorrer a habilitação, e a apreciação do manifestado recurso, se dará em fase única.

2.6 Da fase de homologação

A homologação constitui o ato final para encerramento do processo licitatório, sendo que a nova lei de licitações disciplina em seu art. 71, inciso IV, que "encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá: (...) adjudicar o objeto e homologar a licitação." (Brasil, 2021), isto, portanto, quando não se tem possibilidades de saneamento de irregularidades, revogação, e anulação do processo.

Quando se fala em adjudicar o objeto da licitação, significa dizer que a administração pública atribui ao vencedor do certame o objeto da licitação, é dizer que quando a administração for contratar o objeto, contratará com quem lhe foi adjudicado, não podendo o ente contratar com outro, quando ainda vigente a adjudicação.

Quanto à homologação, Di Pietro ministra que:

(...) equivale à aprovação do procedimento; ela é precedida do exame dos atos que o integraram pela autoridade competente (indicada nas leis de cada unidade da federação), a qual, se verificar algum vício de ilegalidade, anulará o procedimento ou determinará seu saneamento, se cabível. (DI PIETRO, 2022, p. 461)

Portanto, a autoridade competente, por exemplo, no âmbito municipal, seria o Chefe do Executivo, o Prefeito Municipal do mandato vigente, que homologará o certame para que produza os devidos efeitos jurídicos.

3 DAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO

As modalidades são, de modo geral, a maneira como se deve proceder determinada licitação, de acordo com as características do objeto licitado, é o procedimento. As leis vigentes anteriormente previam várias modalidades de licitação, por conseguinte a Nova Lei de Licitação integrou em seu texto todas as modalidades que antes estavam dívidas em leis esparsas, e extinguiu algumas delas.

3.1 Das modalidades instituídas pela lei nº 8.666/93 e correlatas

A lei nº 8.666/93 institui como modalidades de licitação, nos incisos de seu art. 22, como sendo a concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão. Alguns anos adiante, com o advento da Medida Provisória nº 2.026/00, que “institui, no âmbito da União, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.”, se converteu posteriormente na Lei 10.520/02, que instituiu o Pregão como modalidade em todos os âmbitos de entes administrativos, e ainda, a lei nº 12.462/11 institui os Regimes Diferenciados de Contratação. Imperioso mencionar também existente, as modalidades de contratação direta, seja por Dispensa ou Inexigibilidade de licitação.

3.2 Das modalidades em vigor na nova lei

A lei nº 14.133/21 excluiu do rol de modalidades de licitação a tomada de preço e o convite, desta maneira, tem-se como modalidades de licitação, o pregão, a concorrência, o concurso, o leilão, e acrescenta uma nova modalidade, o diálogo competitivo. A lei introduz o Pregão em seu rol e o regulamenta, vez que em seu art. 193, inc. II, revoga a Lei 10.520/02 que fazia esse mesmo papel, além de, como a lei anterior, a NLL veda a combinação entre as modalidades e a criação de uma nova.

4 DO PREGÃO

O pregão é uma modalidade de licitação que caiu no gosto dos entes da administração desde que instituído. Esta modalidade é específica para aquisição de bens e serviços de natureza comum, que o art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.520/02, discriminou como sendo “(...) aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (Brasil, 2002), da mesma

maneira, a Nova lei em art. 29, segunda parte, disciplina que será adotada tal modalidade nos mesmos critérios da lei anterior.

Nessa modalidade, não se tem teto para o valor de contratação, podendo ocorrer em forma presencial, ou eletrônica, e com o advento da Lei 14.133/21, é necessário que se estude o pregão antes e depois da referida lei, para melhor aduzir as mudanças sobrevenientes.

4.1 Da lei do pregão – nº 10.520/02

Como anteriormente destacado, esta modalidade teve seu início com a Medida Provisória nº 2.026/00, no âmbito da União, sofrendo várias reedições, até que posteriormente regulamentada e instituída a todos os âmbitos dos entes administrativos, na Lei do Pregão, de nº 10.050/02.

4.1.1 Do procedimento

Inicialmente, assim como a nova lei de licitações posteriormente previu para todas as modalidades, a lei do pregão instituiu como fase interna, é a fase preparatória de atos, e a fase externa é caracterizada pela publicação do ato convocatório e demais atos.

A fase interna, disciplinada no art. 3º da Lei nº 10.520/02, dispõem que devem constar de forma substancial ao procedimento estar justificado a contratação do objeto e o mesmo devidamente definido, de forma breve, clara, e suficiente ao entendimento de todos os participantes, bem como deverá definir todos os critérios de habilitação, julgamento, sanções, cláusulas contratuais e prazos.

Já a fase externa é disciplinada em todo o decorrer do art. 4º a Lei nº 10.520/02, integrando-se "basicamente as seguintes fases: edital, julgamento e classificação, habilitação do licitante vencedor, adjudicação e homologação" (Di Pietro, 2022, p. 463).

O interior da fase externa consiste em diferentes fases, sendo que a primeira se sustenta na publicação em diário oficial do ente responsável pela licitação, ou quando não existir, em meio de grande circulação, de um aviso de edital, que conterà, de forma resumida alguns detalhes necessários do edital, e é necessário que decorra, do dia publicado, oito dias úteis, não podendo a sessão pública ocorrer antes do referido prazo.

Ocorrido o prazo necessário, e no dia e horário definidos à sessão pública no edital, dar-se-á etapa de julgamento e classificação das propostas, sob o instituto da inversão de

fases.

A chamada inversão de fases, é caracterizada pela fase de proposta e lances ser anterior ao momento da habilitação, desta forma, se obtiver cem licitantes, apenas será aberta a habilitação do proponente vencedor do objeto do certame, que forneceu a melhor proposta, dispensando assim, a abertura dos envelopes de propostas dos demais participantes da sessão. Desta forma, dado que passou a seguir um rito diferente de fases do que era comum nas licitações, apresentou novo aspecto no procedimento da licitação, aduzindo maior celeridade ao procedimento, a qual se torna uma das maiores finalidades na utilização da modalidade pelos entes, facilitando a participação dos proponentes e acelerando a contratação do objeto.

A fase de julgamento e classificação das propostas, é realizada em sessão pública, na qual o Pregoeiro, devidamente qualificado, conduzirá o pregão, e com auxílio de sua equipe de apoio, irá julgar e classificar a que se enquadrar como a melhor proposta para a administração pública, e combina-se proposta escrita e lances verbais, de modo que, após aberta e conferidos os requisitos previstos em edital para a proposta, que conste o objeto e valor, de todos os licitantes, será aberta a etapa de lances, no qual vence aquele que em der o menor lance.

Caso não estejam presentes na proposta escrita os requisitos previstos no ato convocatório, "embora a lei não o diga, (...), a consequência inevitável é a desclassificação das que não estejam de acordo com as exigências, conforme artigo 48 da Lei nº 8.666/93, de aplicação subsidiária" (DI PIETRO, 2022, p. 464)

Conforme retrata o inciso VIII, do art. 4º, a proposta de menor oferta e os que se enquadrarem até 10% desse valor, darão lances verbais e seguidos um do outro, em ordem, até que se chegue ao de menor valor, e consequente vencedor do certame, caso não se tenha no mínimo três licitantes nas condições previstas no mencionado inciso, o diploma subsequente, inciso IX, define que serão classificadas aos lances as três melhores propostas.

O critério específico para o julgamento e classificação de proposta é o de menor preço, a vista disso, o art. 4º, X da Lei do Pregão, põe a salvo que serão "observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital" (Brasil, 2002), e Di Pietro (2022, p. 463) acentua:

(...) A redação do dispositivo é confusa e parece estar querendo dizer que o critério é exclusivamente o do menor preço, mas que podem ser feitas exigências específicas quanto aos outros aspectos mencionados no dispositivo, constituindo-se

os mesmos em condições para aceitabilidade ou não da proposta; o não atendimento das exigências levará à desclassificação da proposta. (DI PIETRO, 2022, p. 463, grifonosso)

O art. 4º, inciso XVII, permite ao pregoeiro que negocie com o licitante vencedor, a fim de melhorar a oferta para os cofres públicos, diminuindo assim, o valor.

Proclamada pelo pregoeiro a proposta vencedora, será iniciada então a fase de habilitação do vencedor, em que será aberto o envelope contendo todos os documentos necessários e estritamente aquilo que foi definido pelo edital, não podendo ser exigido pelo pregoeiro nada a mais e nem permitido nada a menos.

Caso o proponente vencedor não esteja apto a ser devidamente habilitado, por não cumprir as exigências expressas no edital, o pregoeiro o declarara inabilitado, e em seguida será aberto o envelope do licitante com a segunda melhor proposta, assim de maneira sucessiva, até que um dos proponentes esteja devidamente habilitado.

Ademais, o mesmo também ocorre caso o pregoeiro, no momento de classificação da proposta, desclassifique a melhor delas por não cumprir os requisitos previstos no edital, e da mesma forma, naquela fase, antes mesmo da fase de habilitação, será julgada a proposta do que apresentou o segundo melhor preço.

Definido o proponente vencedor e que esteja devidamente habilitado, o inciso XVIII, do art. 4º disciplina que deverão os inconformados com o julgamento, expressar imediatamente o interesse de recorrer, sob pena de preclusão do direito, deferindo o pregoeiro o prazo de três dias para a apresentação das razões, e desde logo os demais intimados a apresentar as devidas contrarrazões, no mesmo prazo, nos autos do processo licitatório.

Decorrendo-se três dias, sem interposição de nenhum recurso, ou, decididos os mesmos, será adjudicado o objeto do certame àquele proponente, e posteriormente, a autoridade competente homologará a licitação para que produza os seus devidos efeitos, sendo o adjudicatário convocado para a assinatura do contrato, que se não o fizer no prazo de sua proposta, o pregoeiro analisará a proposta do proponente subsequente, conforme o disposto nos incisos XXI, XXII XXIII, do art. 4º da Lei do Pregão.

4.1.2 Do pregão eletrônico – Decreto nº 10.024/19

O pregão eletrônico é atualmente regulamentado pelo Decreto nº 10.024/19, sendo

duas etapas praticamente idênticas as do pregão presencial, mas por sua diferente maneira de execução, acaba contando com algumas peculiaridades.

Todo o procedimento de pregão que ocorrer de forma eletrônica, conforme disciplinado pelo art. 5º do decreto nº 10.024/19, deverá ser realizado através do Sistema de Compras do Governo Federal, e equipado de recurso de criptografia, bem como meios que garantam a segurança de todo o certame, bem como, autoriza também a utilização de outras plataformas desde que integradas ao sistema governamental.

A realização do pregão, na forma eletrônica, primeiro exige o planejamento da contratação, e depois a publicação do aviso de edital.

É exigido, pelo art. 9º e seguintes, antes da realização da sessão pública, o prévio credenciamento perante o provedor do sistema eletrônico, através de chave de identificação e senha de acesso de característica pessoal e intransferível, tanto dos licitantes, como da autoridade competente do órgão/entidade promotora da licitação, o pregoeiro e os membros da equipe de apoio.

Em sequência, são apresentadas a proposta e a habilitação dos licitantes, que podem ser modificadas por eles até que aberta a sessão pública.

Após, será aberta a sessão pública e dar-se-á a fase competitiva, e nesta última, os licitantes são informados apenas dos lances dos demais participantes, sendo sigiloso quem o deu.

Obtendo-se proponente de menor preço, dá-se o julgamento da proposta, em que o pregoeiro, em conformidade com o art. 39, "examinará (...) quanto à adequação ao objeto e à compatibilidade do preço em relação ao máximo estipulado para contratação no edital (...)", e constatada a total regularidade pelo pregoeiro, este passa a conferência dos documentos para devida habilitação do proponente mais bem classificado.

Quando algum dos licitantes tiver a intenção de recorrer, nos mesmos moldes e parâmetros do pregão presencial, deve fazê-lo em campo próprio do sistema, de forma manifestada e imediata, e será conferido o prazo de três dias para apresentar as razões pertinentes, e desde logo intimados os demais para as contrarrazões no mesmo prazo, e após o julgamento dos recursos ou findo o prazo sem a apresentação dele, dá-se a adjudicação do bem ao vencedor e a homologação certame.

4.2 Das mudanças introduzidas pela nova lei de licitações

A instituição da nova lei de licitações adiciona e regulamenta em seu texto todas as

modalidades de licitação, incluindo o pregão, que antes se encontrava em lei esparsa da que regulamentava de forma geral todas as licitações, e desta forma dá maior ênfase ao pregão, mais do que já se tinha, vez que o torna modo de disputa obrigatório para aquisição de bens e serviços comuns, uma vez que em seu art. 29, que deverá sempre ser adotado o pregão quando da aquisição de bens e serviços comuns, que possua padrões de desempenho e qualidade que possam facilmente definidos em edital.

A lei ainda coloca a salvo a implementação da nova lei, que em seu art. 193, inciso II, disciplina revogada em dois anos, após sua publicação, a Lei nº 10.520/02, e a Lei nº 8.666/93, e parte da Lei nº 12.462/11. O PREGÃO E A NOVA LEI

4.3 Principais diferenças entre o tipo eletrônico e o presencial

A principal diferença entre os dois tipos e a mais óbvia e gritante, é o meio em que ocorre, o pregão eletrônico é exclusivamente realizado por meios tecnológicos de comunicação, via internet, e o pregão presencial ocorre em dia, hora e local marcados pelo poder público para o início da sessão, sendo de forma totalmente física, corpórea, com todos os licitantes, pregoeiro e equipe presentes em sessão.

Outra das principais diferenças é a celeridade do procedimento, vez que todos os atos de forma eletrônica, se torna mais eficiente e célere do que dos atos e apresentação de todos os documentos de maneira física entregues ao pregoeiro para conferência.

Na forma eletrônica da modalidade, também é possível identificar a quantidade significativa no número de proponentes em relação à forma presencial, vez que facilita a participação de maior número de empresas, que por condições adversas, como por viabilidade e custos, muitas vezes não participariam da sessão, se ela ocorresse de forma presencial.

4.4 Das vantagens da adesão ao tipo eletrônico

A adesão ao tipo pregão eletrônico, de modo geral a todos os entes, proporciona a administração pública uma definitiva concretização e aplicação do princípio constitucional da eficiência, uma vez que proporciona uma maior desenvoltura e celeridade do procedimento em vista da sua forma presencial.

Outra vantagem é o cumprimento do propósito da modalidade pregão, que é conseguir à administração pública cada vez mais descontos nos objetos de contratação,

alcançando sempre o menor preço possível para aquele determinado bem, e isso se dá, tendo como principal norteador nesse aspecto, o princípio da economicidade.

A obtenção da melhor e menor proposta, se dá pela modalidade processar-se por meios eletrônicos, de internet e de fácil acesso, possibilitando aos propensos fornecedores do objeto do certame, de várias regiões e de diferentes estados, participarem do mesmo, evitando por exemplo, licitações desertas ou com apenas um proponente participante, possibilitando uma ampla concorrência, e conquistando o intento do menor preço.

Importante também ressaltar, que, por meio da modalidade eletrônica e o uso das tecnologias disponíveis no mundo atual, é efetiva a maior transparência aos atos da administração pública, evitando-se assim, possíveis corrupções e falcatruas.

5 DOS IMPACTOS NOS MUNICÍPIOS DE PEQUENO PORTE

Os municípios de pequeno porte são a maioria do território brasileiro, desta maneira, é imperioso analisarmos os efeitos da nova lei na realidade dos pequenos municípios da federação, sob o aspecto da modalidade pregão, principalmente em sua forma eletrônica.

5.1 Das dificuldades em face da nova realidade

Os municípios de pequeno porte, em sua generalidade, não possuem pessoal necessário para os requisitos da nova lei, uma vez que a mesma exige aproximadamente dez agentes públicos no decorrer do procedimento, entre a autoridade máxima do órgão/entidade, o requisitante do objeto, o agente de contratação, o pregoeiro e sua equipe de apoio, os membros da comissão de contratação, o gestor de contratos, entre outros.

Dessa maneira, em continuidade, também se obtém de forma sistemática a dificuldade em capacitação dos agentes públicos que participam do procedimento licitatório, vez que é comum, na prática, que um mesmo agente conduza em vários momentos vários, vários atos e procedimentos ao mesmo tempo, pela escassez de funcionários, e principalmente capacitados.

5.1.1 Da economia local e a arrecadação de tributos

O impacto na economia local é uma das consequências das modalidades de licitação predominantemente eletrônicas, uma vez que, ao se realizar a licitação de forma eletrônica e

ampliar-se a margem de concorrentes, também impede que produtores e comerciantes locais ganhem como melhor proposta. Desta maneira, há evidente prejuízo aos estabelecimentos empresariais dos municípios de pequeno porte, que muitas vezes, necessitam das grandes demandas das prefeituras para uma boa estrutura em seu negócio.

A nova lei, em consonância com o art. 19, III, da Constituição Federal, prevê em seu texto, no art. 9º, II, que não haverá distinção de qualquer maneira entre os licitantes, porém, colocava a salvo em seu art. 26, §3º e §4º, que seria lícito aos Estados e Distrito Federal estabelecer margem de 10% dos produtos manufaturados produzidos em seu respectivo território, e os municípios o mesmo aos produzidos dentro de seu estado, e ainda aos municípios de até 50.000 habitantes colocar margem de até 10% em produtos produzidos por empresas neles sediadas, a fim de favorecer a economia local, destarte, tais parágrafos do referido artigo foram objeto de veto presidencial, sob a ótica da afronta a constituição e ao interesse público, que seguem as razões:

A propositura legislativa estabelece a possibilidade dos estados e municípios criarem margem de preferência para produtos produzidos em seu território. Entretanto, viola a vedação de criação de distinção entre brasileiros ou preferências entre si, consoantes art. 19, III, da Constituição da República. Ademais, o dispositivo contraria o interesse público ao trazer percentual da margem de preferência a fornecedores sediados no Estado, Distrito Federal ou Município sendo um forte limitador da concorrência, em especial nas contratações de infraestrutura (Bolsonaro, 2021).

A falta de incentivo à economia local poderá acarretar possíveis desempregos, dado que se diminui a demanda, e assim a produção e faturamento das empresas locais, gerando desfalques e menos renda, como consequência, procura-se sempre conter e reduzir os custos, na maioria.

Ademais, este mesmo fato de menor faturamento das empresas diminuem por si só a arrecadação de tributos municipais, uma vez que quanto menos os comerciantes locais faturarem, menos arrecadaram de impostos aos cofres públicos municipais, diminuindo as receitas provenientes dos mesmos.

É plausível, portanto, o questionamento a respeito da ponderação entre as vantagens e desvantagens que terá a administração pública no aspecto do pregão em modalidade eletrônica, e que há justificativa para em determinados casos concretos e objetos a serem licitados, possa a administração optar a ser realizada a modalidade pregão em tipo presencial.

5.2 As vantagens para a probidade administrativa

A implementação da obrigatoriedade do pregão eletrônico se remete a um grande avanço e grande significativa perspectiva em relação ao princípio da probidade administrativa, vem que por propiciar maior transparência acaba que desmoraliza e dificulta falcatruas e corrupções.

Não se pode negar que para todos os tipos de negociações tratadas na sociedade, em qualquer situação que seja, sempre existirão sujeitos suscetíveis a corrupção, não podendo ser totalmente assegurado que a modalidade eletrônica trace uma margem de completa lisura no procedimento, já que quando houver um sujeito mal-intencionado, este sempre tentará dar um jeito para que se efetive sua má intenção, e em algumas vezes, corre-se risco de ela efetivar-se a detrimento da administração pública.

O pregão eletrônico e a nova lei oferecem um conceito de cada vez mais, para aqueles que possuem em seu âmago más intenções contra a administração pública, dificultar os procedimentos para que tal objetivo não se concretize, e perpetrando progressivamente o princípio da probidade administrativa.

CONCLUSÃO

É inegável que a nova lei de licitações trouxe várias mudanças significativas e importantes para as licitações públicas, da mesma maneira, também não se pode negar o avanço que ela perpetrou, principalmente ao instituir a modalidade pregão em seu texto, e tornando regra o tipo eletrônico, perpetuando de forma ávida o princípio da celeridade e economicidade e prosperam o da probidade administrativa.

Incontroverso que pregão eletrônico de fato simboliza evolução, perpetrando maior competitividade no certame e maior economicidade para os cofres públicos, todavia, sua obrigatoriedade gera receios àqueles que o praticam e o têm como objeto de estudo.

Interessante colocar a salvo que, apesar de grandes avanços em relação à tecnologia, economicidade, celeridade e probidade que o pregão perpetua, essencial alertar que, junto advieram também dificuldades, principalmente aos municípios de pequeno porte, tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito econômico. Deve-se, conseqüentemente, analisar de forma sistemática e assídua as dificuldades de implementação e capacitação dos agentes públicos responsáveis pelo procedimento, para uma aplicação efetiva da nova legislação, bem como os malefícios a economia local, os pequenos comerciantes e pequenas empresas.

REFERÊNCIAS

BOLSONARO, Jair Messias. **Mensagem nº 118, de 1º de abril de 2021**. Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-118.htm. Acesso em: 09 mai. 2022

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. **Diário Oficial da União**. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm. Acesso em: 27 abr. 2022.

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. **Diário Oficial da União**. Brasília: Senado Federal, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 28 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 07 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. **Diário Oficial da União**. Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm. Acesso em: 02 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de licitações e contratos administrativos. **Diário Oficial da União**. Brasília: Senado Federal, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 28 fev. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 35 ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643042/>. Acesso em: 18 abr. 2022.

ELICITARI. Princípio da motivação dos atos administrativos. **Elicitari**, 2020. Disponível em: <https://elicitari.com/principio-da-motivacao-dos-atos-administrativos/>. Acesso em: 09 mai. 2022

GOMES, Sebastião Edilson; LIMA, Bruna. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Leme: JH Mizuno, 2018.

CALASANS JÚNIOR, José. **Manual de licitação**. 3. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770298/>. Acesso em: 16 abr. 2022.

LIMA, Jonas. O princípio da motivação na nova lei de licitações. **Consultor Jurídico**, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-14/licitacoes-contratos-principio->

motivacao-lei-licitacoes Acesso em: 09 mai. 2022

SPITZCOVSKY, Celso. **Esquematizado** - direito administrativo. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. ISBN 9786555592870. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592870/>. Acesso em: 15 fev. 2022.

SPITZCOVSKY, Celso. **Esquematizado** - direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. ISBN 9786555596250. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596250/>. Acesso em: 20 abr. 2022.