

O PREGÃO ELETRÔNICO E SUA UTILIZAÇÃO PELAS EMPRESAS ESTATAIS

RENILA LACERDA BRAGAGNOLI

*Mestranda em Direito Administrativo e Administração Pública (UBA),
Especialização em Políticas Públicas, Gestão e Controle da Administração
(IDP). Advogada da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São
Francisco e Parnaíba – Codevasf. Chefe do Consultivo da Assessoria Jurídica*

Uma das diretrizes trazidas pela Lei nº 13.303/2016¹ foi a adoção preferencial da modalidade pregão eletrônico para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

1. A adoção preferencial da modalidade pregão eletrônico

Sob o ponto de vista da diretriz trazida pela Lei, adoção preferencial do pregão eletrônico, Zymler *et al* (2018: 100-101) confirma que a modalidade pregão incorporou ao ordenamento jurídico diversos institutos que foram bem-sucedidos no ambiente de contratações públicas, como a realização do certame por meio eletrônico, a apresentação de proposta por meio de lances, a inversão de fases e a fase recursal concentrada, complementando que todas essas funcionalidades foram contempladas pela Lei nº 13.303/16, de modo que sopesam a diretriz de adoção preferencial da modalidade pregão eletrônico.

Com interpretação mais radical, Nieburh e Nieburh (2018:100-101), defendem que

A previsão de adoção preferencial da modalidade pregão para bens e serviços comuns é desnecessária, porque o procedimento previsto na Lei nº 13.303/2016 é praticamente o procedimento da modalidade pregão. Não se ganha nada, não há qualquer utilidade em permitir e

¹ Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: [...] IV - adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado;

dar preferência à adoção da modalidade pregão e pôr de lado o procedimento de licitação da Lei nº 13.303/2016. [...] A adoção da modalidade pregão é meramente preferencial para bens e serviços comuns, não é obrigatória. Assim, é legal e legítimo que as estatais, para evitar confusões, não adotem a modalidade pregão, ainda que o objeto da licitação seja bem ou serviço comum.

Em outros termos, “a coexistência de dois regimes aplicados às estatais vai ao encontro do propósito do constituinte em estatuir um regime de contratações único aplicado ao universo de contratações das empresas públicas e sociedades de economia mista” (ZYMLER *et al*, 2018: 101).

Nessa toada, conforme cautela hermenêutica, Ronny Charles (2016) defende, sobre a adoção do pregão eletrônico:

Assim, embora o dispositivo indique a adoção preferencial do pregão, não há outras modalidades licitatórias indicadas pela lei a serem preteridas, o que reflete um erro grosseiro no texto legal. A expressão “modalidades”, por sinal, é usada sem o devido rigor técnico, para classificar espécies de regimes de execução ou espécies de garantia. A interpretação adequada desta regra parece ser que, na modelagem do processo licitatório, a estatal deve utilizar, preferencialmente, procedimento assemelhado ao do pregão.

De maneira objetiva, portanto, a diretriz de adoção preferencial do pregão eletrônico é um direcionamento, tendo o espírito da norma a intenção de indicar como regra geral que, para as estatais, a licitação será guiada pelos aspectos gerais do pregão: apresentação de propostas através de lances, modo de disputa aberto e inversão de fases, com a habilitação ocorrendo após o julgamento das propostas, de modo que, como confirma Zymler *et al* (2018: 102), “no caso de aquisição de bens e serviços comuns, ressalvadas as hipóteses justificadas, não é possível usar o modo de disputa fechado e inverter as fases de julgamento e habilitação”.

Nesse sentido, e sob essa perspectiva de diretriz, não há imposição de utilização ortodoxa do pregão eletrônico em si, mas uma indicação de que o rito célere, ágil e em busca da eficiência, a que tende a ser a tônica desta modalidade, seja aplicado pelas regulamentações das estatais, com fundamento no próprio procedimento moldável que a Lei nº 13.303/16 apresentou.

Destarte, desde a publicação da Lei das Estatais, a diretriz sobre a adoção da modalidade pregão eletrônico é discutida sob o espectro da aplicabilidade e utilidade, o que ganhou novo relevo com a edição do Decreto nº 10.024/2019.

2. O Decreto nº 10.024/2019 e sua aplicação às empresas estatais

O Estado vive um momento de mutação há bastante tempo, de modo que podemos perceber que a mudança é algo que será permanente no ambiente do Direito Público e da Gestão Pública, cabendo aos que atuam com o Direito Administrativo e à sociedade, a capacidade de se adaptarem a essa diuturna transformação como um legítimo traço caracterizador do Estado contemporâneo, motivo pelo qual entende-se que o exercício democrático do poder “passa necessariamente por fazer de sua capacidade de adaptação às mudanças uma condição essencial da sua própria existência” (Rodríguez-Araña Muñoz, 2012: 25).

Trilhando o caminho das perenes alterações na Administração Pública, foi publicado no Diário Oficial de 23.09.2019 o Decreto nº 10.024/2019, que 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, revogando, ainda, o Decreto nº 5.450/05 e o Decreto nº 5.504/05, tendo vigência a partir de 28 de outubro de 2019.

Apesar de ser um normativo que já era esperado há um bom tempo, não obstante o avanço em temas como orçamento sigiloso e o maior desconto como critério de julgamento, bem semelhantes ao regime instituído pela Lei nº 13.303/16, o art. 1º do Decreto em referência, de certa maneira, traz insegurança para sua utilização por parte das empresas estatais.

Vejamos:

Art. 1º Este Decreto regulamenta a licitação, na modalidade de 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.

§ 1º A utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, pelos órgãos da administração pública federal direta, pelas autarquias, pelas fundações e pelos fundos especiais é obrigatória.

§ 2º As empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, nos termos do regulamento interno de que trata o art. 40 da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, poderão adotar, no que couber, as disposições deste Decreto, inclusive o disposto no Capítulo XVII, observados os limites de que trata o art. 29 da referida Lei.

§ 3º Para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns pelos entes federativos, com a utilização de recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, tais como convênios e contratos de repasse, a utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, ou da dispensa eletrônica será obrigatória, exceto nos casos em que a lei ou a regulamentação específica que dispuser sobre a modalidade de transferência discipline de forma diversa as contratações com os recursos do repasse.

Assim, da análise do §2º acima transcrito, percebe-se que o Decreto facultou às estatais a utilização do pregão eletrônico, assunto que ficará a cargo do regulamento interno de licitações e contratos de cada entidade, nos termos do art. 40 da Lei nº 13.303/16, fazendo ainda o destaque de que aplicação será apenas no que couber, já pelo legislador entender, ao nosso sentir, que há disposições no novo normativo que são incompatíveis com o regime jurídico das empresas estatais.

A opção de utilização do Decreto nº 10.024/2019 pelas estatais foi uma faculdade trazida pelo próprio Decreto, de maneira que quando nos deparamos com o problema de selecionar uma perspectiva central sobre a qual montar à aplicação de determinados institutos do Direito Administrativo, tendemos a buscar soluções únicas, sendo que, atualmente, nas palavras de Rodríguez-Araña Muñoz (2012: 138),

[...] manter uma orientação única talvez seja uma pretensão que dificulta a compreensão de um setor do Direito Público que transcende suas fronteiras naturais e que atua sobre outras realidades, por anos vedadas precisamente pelo estreitamento de olhares que deriva do pensamento único, fechado, estático ou único.

Portanto, a resposta rápida e pronta de que as estatais devem fazer uso da faculdade de adoção do pregão eletrônico deve ser repensada, inclusive porque o §3º, ao impor à obrigatoriedade de utilização do pregão eletrônico quando se tratar de aquisição de bens e a contratação de serviços comuns com a utilização de recursos da União, também traz a exceção de sua não aplicação quando houver lei ou regulamentação específica, o que confirma o postulado do §2º, sobre a faculdade das estatais utilizarem-se do pregão eletrônico, dado que a Lei nº 13.303/16 é legislação específica e aplicada para as empresas públicas e sociedades de economia mista, podendo, de acordo com o que dispõe, ser usada para os mesmos objetivos do Decreto nº 10.024/19, com rito semelhante, inclusive.

Diante da inovação, há que se questionar os limites da discricionariedade da aplicação do Decreto nº 10.024/19 às empresas estatais, sob a perspectiva de, em se aplicando, haver derrogação do uso das disposições da Lei das Estatais, no que for conflitante com o novo Decreto ou, ainda, a possibilidade de se admitir, de certa medida, a juridicidade de haver pinçamento apenas os institutos que eventualmente a empresa pública ou a sociedade de economia mista entenderem juridicamente viáveis e compatíveis com seus respectivos regulamentos.

A reflexão é imperiosa pois, por exemplo, o art. 40 do Decreto nº 10.024/19 prevê:

Art. 40. Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação relativa:

[...]

IV - à regularidade fiscal e trabalhista;

V - à regularidade fiscal perante as Fazendas Públicas estaduais, distrital e municipais, quando necessário; e

VI - ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do **caput** do art. 7º da Constituição e no inciso XVIII do **caput** do art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993.

E como cediço, uma das grandes inovações da Lei das Estatais foi deixar em aberto do sistema de habilitação das licitações das entidades que regula, não fazendo quaisquer menções à regularidade fiscal, trabalhista e apresentação da certidão de que não emprega menor, nos termos da Constituição Federal. É matéria, portanto, peculiar a cada entidade regulamentadora.

O mesmo raciocínio aplicado às certidões, podemos aplicar para o sistema sancionatório: a penalidade do art. 49 do Decreto² é mais gravosa do

² Art. 49. Ficará impedido de licitar e de contratar com a União e será descredenciado no Sicaf, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais, garantido o direito à ampla defesa, o licitante que, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta:

I - não assinar o contrato ou a ata de registro de preços; II - não entregar a documentação exigida no edital;

III - apresentar documentação falsa; IV - causar o atraso na execução do objeto; V - não mantiver a proposta;

VI - falhar na execução do contrato; VII - fraudar a execução do contrato; VIII - comportar-se de modo inidôneo; IX - declarar informações falsas; e X - cometer fraude fiscal.

§ 1º As sanções descritas no **caput** também se aplicam aos integrantes do cadastro de reserva, em pregão para registro de preços que, convocados, não honrarem o compromisso assumido sem justificativa ou com justificativa recusada pela administração pública.

§ 2º As sanções serão registradas e publicadas no Sicaf.

que a pena do art. 83, inciso III da Lei nº 13.303/16³, e ambas se aplicam aos mesmos eventos, seja na licitação em si, seja na execução do contrato.

Sob a égide apenas da Lei nº 10.520/02⁴, é doutrinária e juridicamente defensável aplicar as penalidades do art. 7^o aos eventos ocorridos durante a sessão, e aplicar a Lei das Estatais às ocorrências pós certame e durante a execução do objeto.

Ainda pode-se considerar as questões mais benéficas, sob o ponto de vista da da é de 5 dias úteis⁶, para o caso de aquisição de bens, inferior ao do pregão eletrônico, que é de, no mínimo, 8 dias úteis⁷.

Por fim, convém destacar a inovadora dispensa eletrônica trazida pelo Decreto nº 10.024/19, nos termos do art. 51⁸, seria um instrumento relevante de

³ Art. 83. Pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa pública ou a sociedade de economia mista poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

⁴ Convém destacar que o PL 1292/95, aprovado pela Câmara dos Deputados e remetido ao Senado Federal, indica revogação da Lei nº 10.520/2002.

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

⁶ Art. 39. Os procedimentos licitatórios, a pré-qualificação e os contratos disciplinados por esta Lei serão divulgados em portal específico mantido pela empresa pública ou sociedade de economia mista na internet, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas ou lances, contados a partir da divulgação do instrumento convocatório:

I - para aquisição de bens: 5 (cinco) dias úteis, quando adotado como critério de julgamento o menor preço ou o maior desconto;

⁷ Art. 25. O prazo fixado para a apresentação das propostas e dos documentos de habilitação não será inferior a oito dias úteis, contado da data de publicação do aviso do edital.

⁸ Art. 51. As unidades gestoras integrantes do Sisg adotarão o sistema de dispensa eletrônica, nas seguintes hipóteses:

I - contratação de serviços comuns de engenharia, nos termos do disposto no inciso I do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993;

II - aquisição de bens e contratação de serviços comuns, nos termos do disposto no inciso II do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993; e

III - aquisição de bens e contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, nos termos do disposto no inciso III e seguintes do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, quando cabível.

§ 1^o Ato do Secretário de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia regulamentará o funcionamento do sistema de dispensa eletrônica.

§ 2^o A obrigatoriedade da utilização do sistema de dispensa eletrônica ocorrerá a partir da data de publicação do ato de que trata o § 1^o.

utilização pelas empresas estatais, porém, além de ainda pender de regulamentação, a Lei nº 13.303/16 apresenta vantagens, em razão do valor: para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e para outros serviços e compras de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), limites que são autorizados para as estatais pelo próprio Decreto, porém, vale o registro que é vedada a dispensa eletrônica para obras de engenharia, nos termos do art. 51, §3º c/c art. 4º do Decreto nº 10.024/19. E a dispensa de licitação, para obras, é permitida nos termos da Lei nº 13.303/16⁹, devendo ser limitada apenas em razão do valor, e não ao objeto.

Diante de todas as incompatibilidades referidas acima, caso uma empresa estatal entenda, via seu regulamento, pela aplicação do Decreto nº 10.024/19, haverá uma espécie de “represtinação” ao sistema de habilitação da Lei nº 8.666/93, que sequer tem aplicação subsidiária à Lei nº 13.303/16? Estariam as empresas estatais autorizadas, então, a praticar a teoria do conglobamento mitigado, pinçando o Decreto nº 10.024/19 o que entendesse conveniente e mesclando com o regime da Lei das Estatais, podendo, por exemplo, adotar o prazo do Decreto nº 10.024/19 para a apresentação da proposta, mas elegendo da parte sancionatória da Lei das Estatais?

Entendendo as questões suscitadas acima como verdadeiras, haverá tantos “pregões eletrônicos” quantas forem as estatais que optarem pela utilização do Decreto em análise, dada a possibilidade de moldar o uso a partir do regulamento interno. E isso, sem sombra de dúvidas, poderá afastar toda a inovação que trouxe a Lei das Estatais, modernização paulatinamente absorvida pelas próprias empresas públicas e sociedades de economia mista e pelo mercado privado.

A par dessas considerações, e dada a insegurança jurídica que pode advir do pinçamento de institutos do Decreto nº 10.024/19 para utilização pelas

§ 3º Fica vedada a utilização do sistema de dispensa eletrônica nas hipóteses de que trata o art. 4º.

⁹ Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda a obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez;

empresas estatais que optarem por utilizar o pregão eletrônico, inclusive sob o risco de descaracterizar os avanços que Lei nº 13.303/16 trouxe ao ordenamento jurídico, é de se reconhecer que o próprio sistema licitatório da Lei das Estatais já atende aos “novos” elementos que o Decreto em referência traz: orçamento sigiloso, meio de disputa aberto e aberto/fechado, critério de julgamento maior desconto, a possibilidade de licitar e contratar serviços comuns de engenharia.

Assim, a partir de uma análise pragmática da nova legislação sobre o pregão eletrônico, entendemos que a relação de custo-benefício para que cada estatal regule a aplicação do Decreto nº 10.024/2019 no âmbito interno não é atrativa, tendo em vista os vários instrumentos que deverão ser compatibilizados, além de muitos instrumentos apresentados já serem plenamente atendidos pelas disposições da Lei nº 13.303/2016.

Noutras palavras, em certos pontos o Decreto nº 10.024/19 vai de encontro aos avanços da Lei nº 13.303/16, ou apresenta previsões que não se alinham com o procedimento licitatório instituído pelo regime jurídico das empresas estatais, além de as inovações trazidas pelo normativo serem, praticamente, a rotina o sistema licitatório da Lei das Estatais, motivo pelo qual entendemos que as empresas estatais não devem ceder à utilização facultativa do pregão eletrônico nos moldes do Decreto nº 10.024/2019, inclusive porque a utilização da modalidade pregão eletrônico é, para a Lei das Estatais, apenas uma diretriz, conforme exposto linhas acima.

Conclusão

A gestão pública contemporânea demanda novas práticas, de acordo com ideais de eficiência, probidade, em busca do atendimento do interesse público, porém, reconhece-se, outrossim, que abdicar do uso do pregão eletrônico demandará uma mudança de cultura institucional tão grande quanto foi a própria regulamentação e uso da Lei das Estatais, com a ressalva que a utilização da Lei importou em eficiência nas licitações e contratações, o que não se garante com a utilização do pregão eletrônico, pois, em relação à Lei nº 13.303/16, não apresentou avanços relevantes e significativos.

É essa ideia de utilidade que as estatais deverão ter em mente quando optarem conscientemente pela utilização do Decreto nº 10.024/2019, inclusive porque também será imprescindível a previsão interna do pregão eletrônico, dado que a Administração Pública, para que se ajuste de maneira adequada às demandas democráticas e institucionais, deverá responder preliminarmente a critérios internos da sua própria regulamentação.

Enxergar a Lei nº 13.303/2016 como legislação inteira, seja para aquisição de bens, seja para contratação de obras (comuns, especiais, de grande vulto, etc.) pode ser um passo relevante para a mudança de padrão, pois essa legislação já conta com todos os elementos e instrumentos para que se efetive todo tipo de aquisição e contratação, não fazendo mais sentido separar as “modalidades” em razão do objeto, paradigma que seguirá para a Administração Direta e suas amarras burocráticas, ainda difíceis de serem transpostas em razão da própria organização administrativa nacional.

Referências

NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR Pedro de Menezes. **Licitações e Contratos das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **As licitações públicas na nova Lei das Estatais (Lei Federal nº 13.303/2016)**. Revista Síntese. Disponível em http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RLC%2037_miolo.pdf Acesso outubro de 2019

ZYMLER, Benjamin *et al.* **Novo regime jurídico de licitações e contratos das empresas estatais: análise da Lei n.º 13.303/2016 segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.