O PREGÃO NO DIREITO BRASILEIRO: reformulação das concepções voltadas à efetividade da contratação para o Poder Público

Gunther Braga Lopes*
Hugo Martins Quintão**

SUMÁRIO: Introdução. 1 Licitações Públicas. 1.1 A modalidade pregão: primazia pela celeridade. 2 A qualidade dos bens e serviços contratados através da modalidade pregão. 3 Hipóteses de exigência de certificados de qualidade para fins de participação na modalidade pregão cerceamento ao princípio da isonomia. 4 Possibilidade jurídica de exigência de amostras e laudos técnicos – o equilíbrio entre o princípio da celeridade e o da eficiência. Conclusão. Referências Bibliográficas

RESUMO

O quadro burocrático apresentado pela Lei nº 8.666/1993, que regula as Licitações Públicas, fez com fosse editada a Lei nº 10.520/2002, que instituiu a modalidade Pregão como alternativa para se trazer mais eficiência para a contratação Pública. Contudo, a qualidade dos produtos e serviços adquiridos e/ou contratados por esta modalidade trouxe consigo questionamentos quanto à eficiência de seu campo de atuação. Intitulados como comuns, estão diretamente relacionados ao aproveitamento do erário que, necessariamente, deve ser da forma mais eficiente possível, afastando-se a aquisição de produtos e serviços que acabam intitulados como inservíveis à Administração logo após a contratação. O grande valor jurídico da questão está nas implicações práticas correspondentes à qualidade dos serviços e bens contratados pela Administração através da celeridade do procedimento Pregão. Adquirir bens sem a análise adequada, na comum interpretação da “Proposta mais vantajosa” como “a Proposta mais barata” corresponde a nítidas perdas não só para o erário em si, mas para toda a coletividade que se beneficiaria com a adequada utilização do objeto contratado se, este, viesse com a qualidade almejada. Assim, através de uma pesquisa bibliográfica procurou-se saber se é possível a Administração Pública contratar através de um procedimento célere, e que garanta a qualidade necessária para uma boa gestão administrativa. Ao fim concluiu-se que a modalidade pregão é capaz de proporcionar isto, contudo, é necessário que a Lei nº 10.520/2002 seja interpretada como permissiva à utilização das

* Acadêmico do 10º período do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Ubá. E-mail: guntherbraga@globo.com

** Professor do Curso de Direito da FUPAC/Ubá, graduado pela Universidade Federal Fluminense – UFF/RJ, especialista também pela UFF/RJ e Mestre pela Faculdade de Direito de Campos dos Goytacazes-RJ.

exigências prévias, especialmente no que se refere ao equilíbrio entre a celeridade e a eficiência quanto à análise da qualidade dos objetos contratados, para que as deficiências apontadas possam ser rapidamente sanadas, evitando-se assim prejuízos maiores para a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Público. Licitações. Modalidade Pregão.

INTRODUÇÃO

Atualmente determinados aspectos do procedimento licitatório têm levado os administradores públicos a alguns questionamentos, principalmente a questão da contratação com qualidade através da modalidade Pregão.

A relevância do estudo do atual panorama do pregão no direito brasileiro se refere às hipóteses de melhor aplicação do dinheiro público, garantindo eficiência e responsabilidade aos gestores dos bens da coletividade na contratação através da modalidade Pregão.

Dessa forma, o problema analisado foi: “é possível a Administração Pública contratar através de um procedimento célere, e que garanta a qualidade necessária para uma boa gestão administrativa?”. Diante das peculiaridades da contratação através da modalidade pregão tratou-se no estudo das hipóteses garantidoras de uma contratação por esta modalidade, e com qualidade sendo, desta forma, regulamentada através de aberturas legais para a atuação dos gestores públicos quando do direcionamento deste procedimento licitatório.

O trabalho foi desenvolvido através de uma pesquisa bibliográfica, se tratando de uma pesquisa jurídica, onde foram apresentados argumentos jurídicos e opiniões de doutrinadores, a fim de se chegar a uma resposta para o problema suscitado.

No desenvolvimento do trabalho, apresentou-se uma linha de raciocínio que garantiu, tanto aos conhecedores como também aos leigos jurídicos, toda a conceituação e ferramentas para a conclusão prática desejada. Como já referido, a conceituação será sempre antecedente aos aspectos propostos, traçando-se desta forma, uma linha temporal que buscou desde o cerne da conceituação de licitação pública até se chegar a um raciocínio crítico de como as leis devem ser aplicadas na prática.

Assim, o estudo defendeu que processo de aplicação da modalidade pregão deve ser revisto, aperfeiçoado e atualizado como medida necessária pela busca de eficiência, um dos princípios mais importantes da Administração Pública.

1. LICITAÇÕES PÚBLICAS

A licitação é o procedimento pelo qual a Administração Pública procura por quem lhe ofereça as melhores condições de contrato, seja em relação à prestação de um serviço, seja na aquisição de algum bem. Através da licitação, os concorrentes, sob as mesmas condições, oferecem os preços e a Administração decide pela proposta que melhor satisfaça ao interesse público. O art. 37, XXI da Constituição Federal esclarece que a lei estabelecer hipóteses em que a licitação não ocorrerá ou poderá não ocorrer.

O legislador constituinte, com a intenção de respeitar e preservar o patrimônio público, gerido pelos administradores públicos, determinou no artigo 37, XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a regra da obrigatoriedade do procedimento licitatório.

Assim, a previsão constitucional genérica da obrigatoriedade de se licitar se encontra no seguinte inciso do já citado artigo, que é transcrito a seguir:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O disposto no art. 37, inc. XXI, da Constituição da República impõe que as contratações públicas sejam sempre precedidas de licitação, apenas sendo dispensada, dispensável ou inexigível nos casos expressamente previstos em lei, conforme já mencionado.

A licitação, nesta esteira, está diretamente relacionada aos princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público. Ela visa, entre outras metas, à moralidade administrativa, com o propósito de evitar favoritismos ou contratos prejudiciais à Administração.

Neste contexto, Celso Antonio Bandeira de Mello salienta:

o acatamento aos princípios mencionados empece – ou ao menos forceja por empecer – conluíus inadmissíveis entre agentes governamentais e terceiros, no que se defende a atividade administrativa contra negócios desfavoráveis, levantando-se, ainda, óbice a favoritismos ou perseguições, inconvenientes como o princípio da igualdade¹.

A adoção dos procedimentos instituídos pela lei 8.666/93 trouxe a moralização para as compras e alienações públicas. Ocorre que o excesso de rigor no procedimento por ela regulado não atingiu a celeridade necessária ao acompanhamento da atividade administrativa, fato que impulsionou inúmeros questionamentos quanto à eficiência dos procedimentos regulados por aquela lei. Ela, de fato, não conseguiu preencher as lacunas existentes na contratação, não sendo adequada a atender às demandas exigidas pela Administração Gerencial.

Neste sentido, Alice Gonzáles Borges sugere que:

põe-se em pauta, cada vez mais intensamente, o anseio generalizado para a realização de certames licitatórios que tenham efetivamente, como verdadeiro objetivo, a busca das melhores propostas, não mais se perdendo em uma multiplicidade de exigências burocratizadas, formais, descendo a detalhes desnecessários na fase de habilitação – palco para verdadeiras guerras entre licitantes, armados de providenciais liminares judiciais, que conduzem ao efetivo perverso de afugentar propostas realmente vantajosas para o interesse público, em detrimento do princípio constitucional da eficiência².

Instituída pela Medida Provisória nº. 2.026-7/2000, reeditada dezoito vezes e republicada sob o nº. 2.108-10/01, a modalidade Pregão surgiu em definitivo através da Lei nº. 10.520 de 17 de julho de 2002 para reestruturar as contratações públicas com eficiência e menores gastos ao erário. Porém, a instituição desta modalidade não foi pacífica, surgiram críticas por sua origem ter ocorrido através de Medida Provisória e sem pressupostos constitucionais necessários. .

Esclarecendo ainda mais Alice Gonzáles Borges diz que:

constitucionalmente, não pode a Medida Provisória dispor, em matéria pertinente à alteração das normas gerais existentes, somente para a Administração Federal, sem incorrer em grave violação de preceitos do Texto Maior. Na medida em que altera, como efetivamente o faz, normas gerais de licitações e contratos administrativos em vigor, de abrangência nacional, logicamente há de ter aplicação também aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal. Demais disso, trata-se, no caso, de uma aplicação concreta do princípio constitucional da eficiência. Ora, ninguém mais que os Estados e Municípios necessitam da simplificação e agilização dos procedimentos licitatórios,

¹ MELLO. 1995, p. 180.

² BORGES. 2001, p. 04

com vistas à melhoria do atendimento de suas necessidades de serviço e à satisfação do interesse público em geral, de modo algum se justificando tal marginalização³.

Embora o caminho percorrido pela modalidade pregão tenha sido tumultuoso, com tantas falhas e correções, procedimentais e materiais, a alegação de inconstitucionalidade perdeu o objeto com a publicação da Lei Federal 10.520 de 17 de julho de 2002, podendo-se, hoje, ter esta lei veiculadora de normas gerais sobre licitações públicas assim como a Lei 8.666/93. No dizer de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

com isso, podemos afirmar, hoje, que a Lei 10.520/02 veicula normas gerais, de caráter nacional, em matéria de licitações públicas. Encontra-se, portanto, na mesma situação da Lei 8.666/93 em nosso ordenamento jurídico. Temos, na verdade, duas leis nacionais de normas gerais regulamentando o art. 37, XXI, da Constituição de 1988, a segunda acrescentando normas à regulamentação inicial: a Lei 8.666/93 e a Lei 10.520/02⁴.

1.1 A modalidade pregão: primazia pela celeridade

Nos últimos anos várias alterações constitucionais tem ocorrido com o objetivo de criar um modelo de administração pública fundado no princípio da eficiência, visando substituir o padrão tradicional de administração burocrática por uma forma mais prática de gerenciamento.

A mudança de procedimento era necessária, sobretudo porque o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos estagnou no tempo, deixando de acompanhar o desenvolvimento ocorrido nos últimos anos que, diretamente, atingiu a Administração Pública. A criação da modalidade pregão visa tornar mais célere o processo de aquisição de bens e serviços, garantindo agilidade e economia aos cofres públicos.

O grande destaque procedimental da modalidade pregão foi a inauguração da inversão de fases, no pregão a fase de habilitação dos licitantes é fase posterior ao julgamento e classificação dos preços, o que proporciona ao procedimento maior celeridade. Apenas será analisada a habilitação do licitante que apresentar menor preço, desconsiderando-se as dos demais.

³ Idem. p. 13

⁴ ALEXANDRINO e PAULO. 2009, p.587.

O exame das condições de habilitação apenas daquele licitante que apresentou o melhor preço acarreta economicidade que se traduz em melhor atendimento ao interesse público voltado ao princípio da eficiência. Assim elogia Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

observamos que o pregão, em razão de suas características procedimentais, traz uma série de vantagens para a Administração contratante, especialmente por constituir uma modalidade de licitação pouco complexa, possibilitando maior celeridade na contratação de bens e serviços comuns. Além disso, mediante a utilização do pregão, o valor final dos contratos tende a ser mais vantajoso para a Administração comparativamente àquele que ela obteria com a utilização das outras modalidades de licitação⁵.

Iniciado o procedimento com a publicação do edital e cumprimento das demais etapas previstas em lei, que são decisivamente mais céleres, será iniciada, na audiência pública, a fase de lances verbais com a classificação dos preços apurados segundo a ordem de valor. No pregão, a oralidade é característica marcante que agiliza todo o procedimento. Para o licitante que apresentar o menor preço será iniciada a fase de habilitação, com a análise detalhada da documentação integrativa do envelope respectivo. Nota-se que nesta modalidade apenas os documentos integrativos do envelope do licitante vencedor será analisado, constituindo grande progresso no que se refere a rapidez no procedimento. Verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor. Após, será homologada a licitação pela autoridade competente que determinará a contratação.

A inversão de fases foi a inovação almejada pelo legislador, pois a burocratização da administração pública com o fim de anular os atos lesivos ao patrimônio coletivo significou a ela um ônus não previsto, engessando os procedimentos que passaram a ser extremamente morosos, incompatíveis com a Administração moderna. Nestes termos:

No dizer de Henrique Motta Pinto e André Janiácomo Rosillo:

com a inversão de fases de habilitação e julgamento, passa-se a verificar a habilitação apenas do ou dos licitantes que tenham apresentado a melhor ou as melhores propostas. Isto permite que a duração do processo licitatório seja significativamente reduzida e, conseqüentemente, sejam economizados recursos da administração pública. Ao postergar a fase de habilitação, a medida também propicia um menor grau de litigância no curso da licitação, evitando-se a ocorrência de disputas judiciais dispensáveis e, muitas vezes, meramente protelatórias. Com o saneamento de falhas, a autoridade competente pode abrir prazo para apresentação dos elementos faltantes e também

⁵ Idem. p. 588

corrigir os erros materiais irrelevantes da documentação. Assim evita-se que o licitante capacitado deixe de ser contratado por falha meramente documental, sem correspondência com a sua condição real⁶.

Em suma, o pregão, procedimento licitatório simplificado, foi criado para imprimir celeridade ao processo e ampliar a competição entre os interessados em contratar com a Administração. O diferencial na modalidade pregão é a estruturação de seu procedimento, as inversões das fases de habilitação e julgamento, assim como a possibilidade de lances verbais pelos licitantes, a forma de elaboração de propostas podendo ser escritas, verbais ou, ainda, via eletrônica, como também a amplitude de possíveis participantes – os quais não precisam estar inscritos ou pré-cadastrados na entidade licitante.

2. A QUALIDADE DOS BENS E SERVIÇOS CONTRATADOS ATRAVÉS DA MODALIDADE PREGÃO

Com a utilização da modalidade pregão, determinados aspectos do procedimento desafiam os gestores públicos. A principal crítica referente a este procedimento é a que se refere à qualidade dos bens e serviços contratados pela administração através desta modalidade. Por ser processo eminentemente célere, prezando-se pela oralidade e para aquisição de bens e serviços que não requerem maiores técnicas e especificidades, o pregão acabou por ser considerado sinônimo de procedimento de compra de baixa qualidade. O conceito de bens e serviços comuns não retira desses produtos a possibilidade de variação de qualidade, são apenas produtos descritos como aqueles de uso comum no mercado, como já analisado anteriormente.

Ilustrando as complexidades possíveis do tema, seria oportuno visualizar um conjunto de ocorrências bastante comum no universo dos pregões, a saber: a) por se tratar de objetos e serviços comuns, abre-se uma gama de variedades de produtos e serviços, com e sem qualidade; b) as especificações do edital, em sua maioria, não encerram as características que influem o objeto desejado; c) como não há a análise de qualidade, mas apenas a de preço, a proposta mais barata substitui a mais vantajosa, acarretando graves conseqüências ao ente público.

Na modalidade Pregão como visto, é concedido a qualquer interessado o direito de participar do certame, desde que atendidas as exigências do edital convocatório. O processo

⁶ PINTO e ROSILHO. 2008, p. 01

simplificado e a regra da inversão de fases proporcionam à Administração mecanismos mais céleres que realmente se prontificam a servir à coletividade. Porém, por esta modalidade licitatória ser a responsável por viabilizar o contrato administrativo, não se pode afastá-la do anseio por qualidade do que se contrata.

Nesta abordagem Joel de Menezes Niebuhr afirma que:

sem embargo, os críticos logo se apressam em afirmar que o pregão é voltado unicamente para o preço e para a celeridade, esquecendo-se da qualidade. Na realidade, há de se reconhecer, a modalidade pregão não veicula novidades no que concerne a análise da qualidade daquilo que é oferecido à Administração em licitação. Mas não é por isso que se possa afirmar que na modalidade pregão a qualidade é atirada às favas. A rigor, as dificuldades existentes na modalidade pregão em relação à análise da qualidade do que é oferecido à Administração são as mesmas que ocorrem nas modalidades tradicionais julgadas pelo critério do menor preço. A título ilustrativo, todos os obstáculos pertinentes à análise da qualidade havidos numa concorrência julgada pelo menor preço existem no pregão. Não há o que se tirar nem o se pôr⁷.

Acertada é a afirmação de Joel de Menezes quando afirma ser característica integrante das modalidades em que a forma de julgamento é a de menor preço, a ausência de qualidade, visto não ser esta objeto de análise quando da adjudicação do objeto. Ocorre que as demais modalidades licitatórias previstas na lei 8.666/93 possuem outras formas de julgamento, que melhor se amoldam às suas características, fato que não ocorre na modalidade pregão. Nesta moderna modalidade não é possível nenhuma outra forma de julgamento a não ser o menor preço, assim, ocorre a criticada ausência de análise da qualidade dos bens e serviços por ela adquiridos.

Efetivamente, a Administração pelas deficiências quanto à burocratização instituída pelas modalidades da lei 8.666/93 buscou a alternativa para o quadro através da modalidade pregão sem, contudo, primar pela qualidade do produto deste processo. No presente estudo, desenvolvido segundo o pressuposto de que a interpretação da modalidade pregão devem ser revistas para adaptação desta modalidade às reais necessidades públicas, dirigimos o foco de atenção para tais disfuncionalidades, assinalando pontos da legislação e normas regulatórias que representam caminhos para a melhora de tão respeitado procedimento.

⁷ NIEBUHR. 2008, p. 118.

3. HIPÓTESES DE EXIGÊNCIA DE CERTIFICADOS DE QUALIDADE PARA FINS DE PARTICIPAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO CERCEAMENTO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Inicialmente, como tentativa de amenizar as consequências não desejadas da falta de qualidade dos produtos e serviços adquiridos pela modalidade pregão, surgiu a hipótese de exigir, como condição para participação no certame, certificados de garantia dos produtos e serviços. Porém, juntamente com a hipótese vieram os questionamentos no que se referem à restrição à concorrência, tais como o impedimento de que a lei limite ou restrinja a possibilidade de concorrência aos interessados que pretendam contratar com a administração. Esta regra respeita o princípio da isonomia e igualdade.

Assim, a isonomia ou igualdade significa equilibrar as relações dentro dos mesmos parâmetros, excluindo atos que causem injustiça e desigualdade real. Observa-se, aliás, que é vedado aos gestores públicos prever, como visto, qualquer condição ou cláusula que ocasione preferências que maculem o caráter isonômico do procedimento.

A Administração, desta forma, não deve utilizar da exigência de certificados de qualidade fornecidos por órgãos técnicos, como por exemplo: ISO, Inmetro ou ABNT, para fins de habilitação do licitante.

Note-se, que a exigência de certificados de garantia de produtos e serviços não é, na verdade, o caminho para se buscar a proposta mais vantajosa para a administração, pois restringe a participação de milhares de empresas que possuem qualidade em seus produtos e serviços, mas que por óbices burocráticos não possuem os referidos certificados.

Segundo observação de Jessé Torres Pereira Júnior:

com efeito, os bens objeto da licitação são de uso corrente no mercado, podendo ser fornecidos por um semi-número de empresas do ramo. Na peculiar linguagem do setor, são produtos de prateleira. Exigir que somente possam participar da disputa empresas portadoras do certificado ISSO 9001 – padrão de excelência organizacional e fabril – não significa apurar a qualidade do produto, mas, apenas, impedir que se apresentem ao prélio empresas de menor porte, nem por isso necessariamente desqualificadas, tecnicamente, para fornecê-lo⁸.

⁸ PEREIRA JÚNIOR. 2003, p. 351

Portanto, o administrador público, na busca pela qualidade almejada deve utilizar-se de outros meios que não atentem contra o princípio concorrencial da licitação. Se licitação é competição, logo se não há competição, não há que se falar em licitação.

4. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE EXIGENCIA DE AMOSTRAS E LAUDOS TÉCNICOS – O EQUILÍBRIO ENTRE O PRINCÍPIO DA CELERIDADE E O DA EFICIENCIA

O art. 1º da Lei 10.520/02 estabelece que: “para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

Embora a previsão expressa do conceito de bens e serviços comuns esteja atrelada aos bens e serviços que possam ter sua qualidade definida apenas por especificações constantes nos instrumentos convocatórios, na prática, a disposição, geralmente, não é eficaz. Ainda que o edital preveja detalhadamente as especificações do objeto, seja ela serviço ou compra, os produtos ofertados pelos licitantes que se enquadram nas especificações possuem uma gama de variedade referente à qualidade, desde as melhores até as que realmente não sirvam para os próprios fins para os quais foram criados. As deficiências verificadas pela contratação apenas pelo menor preço acabam por não garantir a celeridade almejada, vez que tem por prejudicada a eficiência da contratação, motivos de perdas constantes para a entidade licitante.

A descrição do objeto como requerida pela lei não basta, pois a constatação da qualidade do produto só é possível no momento da entrega dos mesmos ou, ainda, apenas com seu uso. Esse posterior momento se distancia do procedimento inicial do pregão o que torna a ação tardia na tentativa de retificar o processo de compra.

O procedimento instituído pela modalidade pregão condiciona as empresas interessadas a procurarem itens de qualidade inferior que possuam preços mais competitivos, sob pena de não conseguir quase nunca fechar contratos com a administração. Apenas as empresas que possuam menores preços são reais candidatas a serem as vencedoras, desprezando-se a verificação da

qualidade dos bens e serviços, pois os que possuam boa qualidade têm preço mais alto do que produtos de categoria inferior e, na concorrência direta que a modalidade pregão exige, este aspecto faz toda a diferença.

A Lei 10.520/02 prioriza o preço, e a sua regulamentação não atende, na prática, à adequada compra de produtos ou contratação de serviços com qualidade, não satisfazendo a pós-contratação de modo eficiente.

Visando a retratação deste quadro administrativo, buscam-se soluções que, no contexto, acordam com o interesse público. Neste sentido, será traçado o raciocínio sobre o princípio da igualdade no procedimento licitatório, sobretudo na modalidade pregão. É cediço por todos que há grande diferença em relação à aplicação da igualdade no direito brasileiro. Assim, Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca:

o princípio da igualdade não proíbe de modo absoluto as diferenciações de tratamento. Veda apenas aquelas diferenciações arbitrárias, as discriminações. Na verdade, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça. Assim, o princípio da igualdade no fundo comanda que só façam distinções com critérios objetivos e racionais adequados ao fim visado pela diferenciação⁹.

O princípio da igualdade está diretamente relacionado com a possibilidade de concorrência. Essa garantia veda critérios diferenciadores que venham a usurpar esta competitividade, motivo diverso daquele que busca a Justiça. Nesse ponto, deve-se entender que a própria lei 8.666/93 em seu artigo 3º, § 1º considera como sendo vedado o estabelecimento de circunstâncias impertinentes ou irrelevantes, então, a contrário *sensu*, entende-se possível a averiguação desta redação como permissiva em relação a circunstâncias que protejam o interesse público.

É interessante mencionar que, se não há separação entre os produtos de qualidade que atendam aos objetivos do ente e os que não possuem a mínima garantia de mercado, estará, na verdade, havendo desigualdade entre os concorrentes, visto estarem partes desiguais disputando nas mesmas condições.

⁹ FERREIRA FILHO. 2008, p. 283

É nesta perspectiva, de que na modalidade pregão a qualidade dos objetos contratados não devem ser alijados de seu procedimento, que se nota a oportunidade de apresentação de amostras e laudos técnicos no decorrer do procedimento da modalidade pregão.

A condicionante não retira a característica do tipo menor preço, obrigatório pela lei 10.520/02. Nesta conformidade, igualando-se os concorrentes pela qualidade requerida, estará primando-se, também, pelo princípio da igualdade, pois a partir de então, a contratação será efetivada dentre aquelas que se encontrem em nível de fornecer os bens com qualidade para o ente público, desprezando-se, apenas aqueles que não possuem condições para a comercialização, seja para o Estado ou mesmo para particulares.

No pregão, a exigência de amostras e laudos deve ser verificada considerando-se as características dessa modalidade: celeridade e oralidade, como forma de não macular o procedimento. De fato, há a nítida preocupação com a descaracterização da celeridade do procedimento da modalidade pregão. Sendo exigido em momento inadequado restará por prejudicado todo o procedimento. Neste sentido coaduna-se que o melhor momento para a análise das amostras e laudos é no momento da assinatura do contrato, primando-se assim, pela continuidade dos princípios do procedimento.

Nesse sentido são os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

se for o caso de apresentação de amostras, afigura-se evidente o descabimento de impor-se a exigência em relação a todos os licitantes. A única alternativa será determinar que o licitante cuja oferta sagra-se vencedor deverá apresentar amostras antes da assinatura do contrato. Ou seja, os licitantes terão conhecimento de que, se saírem vencedores do certame, terão de encaminhar imediatamente a amostra do objeto ofertado¹⁰.

O momento da contratação como o escolhido pela Administração para apresentação de amostras e laudos garante a ampla competitividade do certame, propiciando a real seleção da proposta mais vantajosa, visando-se o princípio da economicidade.

Ademais estes pressupostos serão solicitados pelo pregoeiro como condição de verificar se o objeto a ser entregue ou o serviço a ser executado está de acordo com o solicitado no edital. Importante destacar que, atendendo aos ditames do princípio da legalidade e vinculação ao

¹⁰ JUSTEN FILHO, 2005, p.117.

instrumento convocatório, as regras referentes às amostras e laudos deverão estar descritas no edital.

Não há razões para se deixar de aplicar esta opção técnica, visto que a averiguação não necessita de conhecimentos especiais, mas apenas de uma análise simples para se constatar que, por exemplo, as canetas escrevem, o pano de chão enxuga ou se o detergente realmente elimina a gordura.

Uma vez entregue pelo licitante vencedor, as amostras e laudos deverão permanecer com a Administração para comparação com o material ou serviço a ser entregue pela licitante vencedora. Na realidade, se o objeto não condisser com a amostra ou laudo, deverá ser rejeitado, devolvido à contratada, que se não o substituir em prazo previamente estipulado, serão aplicadas as penalidades do art. 7º da Lei 10.520/02:

quem, convocado dentro do prazo de validade de 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.

Com as amostras, evitar-se-ão futuras divergências no momento da entrega. Demonstradas a qualidade, sem gastos excepcionais, a Administração efetivará a contratação sem prejuízo algum.

A exigência de amostras e laudos concede à Administração a garantia de contratação com efetividade, ou seja, atendendo às reais especificações do edital. Ao contrário, exigir certificados atentam contra a concorrência, fato que ensejaria inconstitucionalidade da aplicação deste procedimento.

A propósito, veja-se que, no caso de aplicação das exigências, os procedimentos da atual lei 10.520/02 não serão modificados, será apenas interpretado de forma permissiva com relação à exigência de laudos e amostras para fins de participação em pregões, qualificando os bens e serviços comuns. Necessário esclarecer que este enquadramento não se confundirá ou mesmo afetará as demais modalidades previstas na lei 8.666/93 por ser aquelas protegidas pela

possibilidade de adoção de outras formas de julgamento que não seja, como é no pregão, apenas a de menor preço.

CONCLUSÃO

Após a análise das questões pertinentes ao atual estágio do pregão e suas implicações práticas, pode-se concluir que o procedimento previsto pela Lei 10.520/02 revela pontos preocupantes que comprometem a eficiência do Poder Público. O pregão é uma modalidade licitatória destinada à contratação de “objetos simples e comuns, destituídos de peculiaridades e de variações qualitativas.” A maior vulnerabilidade da modalidade PREGÃO (comum, presencial ou eletrônico) reside na sua tendência à inaptidão para avaliar a qualidade de objetos. Portanto, é necessário adotar, por ocasião da elaboração do edital, parâmetros de qualidade mínima, precisos e adequados, de modo a dispor de critérios objetivos para identificar objetos imprestáveis. A opção pela adoção de amostras e laudos técnicos é a opção que atende às expectativas do Órgão Público licitante e que não ofende ao princípio concorrencial visto se tratar de procedimento que igualará os licitantes, mantendo a isonomia entre aqueles aptos a contratarem com qualidade com a Administração.

A exigência de amostras e laudos, nestes termos, reveste-se de licitude na medida em que tem por objetivo verificar se o produto ou serviço ofertado efetivamente atende às exigências do instrumento convocatório, o edital. De todo o modo, com o fim de se preservar a característica da celeridade, aspecto definidor do procedimento pregão, o momento adequado será o responsável por tornar viável a exigência. Assim, no pregão, ainda que existam divergências doutrinárias e jurisprudenciais, conclui-se que em face do princípio da celeridade e economicidade e da preservação do interesse público, a amostra ou laudo técnico deverá ser exigida apenas do licitante que for provisoriamente declarado vencedor.

Os editais, com o fim de garantir os aspectos propostos e atendendo ao princípio da legalidade e vinculação ao instrumento convocatório, deverão trazer disposições que envolvem uma avaliação da qualidade mínima do objeto, bem como sobre a exigência de amostras e laudos com o compromisso de comprovação da qualidade dos produtos e serviços descritos na proposta. Pode-se afirmar que a previsão da obrigação no edital não afrontará as leis que regem os

procedimentos licitatórios, visto que a interpretação será favorável ao interesse público e por não encontrar óbice legal para a exigência.

Conclui-se, portanto, que na modalidade pregão a exigência de amostras e laudos é o caminho que se procurava para conciliar um procedimento célere não deixando de lado a questão da qualidade. Deverão, contudo, os gestores, atentarem pelo momento adequado para a apresentação, sendo que resta por evidente ser no momento da adjudicação ao vencedor, preservando-se a característica do pregão: a celeridade.

Com este trabalho, verificou-se a exigência constitucional de todas as contratações públicas serem precedidas de licitação pública. Foi definida a regulamentação destes procedimentos através da lei 8.666/93, a sua posterior deteriorização pela ação do tempo e da forma de tratamento das atividades públicas. A inauguração de uma nova fase para a contratação de bens e serviços comuns através da edição da Lei 10.520/02, primando-se pela celeridade almejada pela Administração gerencial. Constituiu-se a problemática desta festejada modalidade com os aspectos da garantia dos produtos e serviços adquiridos. Verificou-se que o princípio da eficiência não estava sendo realmente respeitado. Analisou-se a possibilidade de se exigir certificados de garantia para fins de participação na modalidade pregão, rejeitando-o pelo cerceamento de concorrência por ele estabelecido. E, por fim, discorreu-se sobre a alternativa de utilizar da análise de laudos técnicos e amostras como sendo o remédio que curaria o problema da falta de qualidade dos objetos da modalidade pregão.

A procura por economia aos cofres públicos buscando-se sempre o menor preço sem critérios preestabelecidos coloca em jogo a idéia de diminuição dos gastos e de desperdício do dinheiro público. Vale dizer, é uma maneira de tornar o uso do dinheiro público menos útil, deixando de atender às necessidades da administração e dos cidadãos. É o tiro que sai pela culatra, nos dizeres populares. Haverá, sem dúvida, a melhor relação custo-benefício ao empregar os recursos públicos em produtos e serviços que realmente atendam às necessidades públicas. A utilização dos recursos para aquisições de materiais com qualidade não resultará em serviços ou produtos de baixa qualidade, que transformam as contratações públicas em desperdício público. Assegurar a contratação de propostas de qualidade e receber prestações adequadas é o maior desafio no âmbito do Pregão, a fim de ampliar a segurança da Administração Pública quanto à inidoneidade do licitante para executar a prestação contratual.

Com base nos problemas apontados, é iminente a necessidade de se interpretar a legislação da modalidade Pregão como permissiva à utilização destas exigências prévias, especialmente no que tange o equilíbrio entre a celeridade e a eficiência quanto à análise da qualidade dos objetos contratados, para que as deficiências apontadas possam ser rapidamente sanadas, evitando-se assim prejuízos maiores para a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009.

BORGES, Alice Gonzáles. **Inovações nas licitações e seus aspetos constitucionais**. In Revista Diálogo Jurídico nº. 3, vol. 1, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, jun. 2001, p. 4.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 out. 2012.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Licitações**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 20 out. 2012.

BRASIL Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. **Pregão**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em 20 out. 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 34 ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 283).

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. Ver. e atual., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 227.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **A qualidade dos bens contratados por meio da modalidade pregão**. Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC nº. 174, ano 15, ago. 2008, Curitiba, Zênite.

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

PINTO, Henrique Motta e ROSILHO, André Janiácomo. **Mudanças nas licitações: a inversão de fases e o saneamento de falhas no STF**. Disponível em <[HTTP://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=13](http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=13)>. Acesso em 14 10 2012.