

# A licitação eletrônica e a prevenção da corrupção

Luiz Fernando Bandeira

## Sumário

1. Os meios eletrônicos aplicados às compras governamentais. 2. A experiência dos Estados Unidos da América. 3. As iniciativas europeias. 4. A experiência brasileira. 5. Propostas para o sistema de pregão eletrônico.

### *1. Os meios eletrônicos aplicados às compras governamentais*

#### *1.1. O e-Procurement do ponto de vista das empresas*

A doutrina de administração empresarial norte-americana criou a expressão *e-Procurement* (compras por meio eletrônico) para designar uma nova onda, surgida nos anos 90, de sistemas automatizados de compra de produtos.

Os sistemas de *e-Procurement* se caracterizam por um trato totalmente ou quase totalmente informatizado das entradas de mercadorias, seu consumo e as emissões de novos pedidos de fornecimento, sempre de maneira integrada com o fornecedor, por meio de um sistema eletrônico e com mínima intervenção humana.

Uma empresa adaptada ao *e-Procurement*, por exemplo, registraria as vendas de produtos em sua loja, diminuindo a quantidade de seu estoque que, ao atingir o nível mínimo, dispararia uma ordem de compra imediata ao fornecedor para que a quantidade armazenada da mercadoria voltasse ao patamar ideal, impedindo que ocorressem fal-

Luiz Fernando Bandeira é Consultor Legislativo do Senado Federal, advogado e professor universitário. Mestre e Bacharel em Direito pela UFPE, é atualmente doutorando pela Universidad de Salamanca, na Espanha.

tas. Isso tanto poderia ser aplicado em empresas do comércio, em relação aos produtos disponíveis para venda, como também para empresas de todo gênero, especialmente com materiais destinados ao consumo interno das funções administrativas, com ligação à atividade-meio ou à atividade-fim do negócio.

O crescimento do *e-Procurement* a princípio não foi como esperado, não apenas em virtude de seus elevados custos de implantação, mas também por um medo natural de entregar às máquinas o controle das compras da empresa.

Havia uma necessidade de estabelecer parcerias com os fornecedores, não somente para que instalassem sistemas compatíveis, mas também para dividir os altos custos da instalação das conexões telefônicas dedicadas à operação desse sistema. Além disso, a falta de uma experiência anterior de sucesso de outras empresas fez com que muitos dos empresários adiassem seus planos (BEDELL, 2002, p. 155-156).

Com o advento da *Internet*, essa situação sofreu mudanças radicais. Primeiro, porque foi criado um padrão de comunicação uniforme por meio eletrônico, que facilitou muito a criação de aplicações compatíveis entre si. Segundo, porque não era mais necessário ter uma linha dedicada ligando a empresa a cada fornecedor, pois, uma vez conectada à *Internet*, a empresa tem como se comunicar com todos os fornecedores que igualmente possuem conexão à mesma rede. Terceiro, porque os custos, embora ainda altos, reduziram-se significativamente. Quarto, em razão das experiências de grandes empresas, como o Banco da Irlanda, 3M, Microsoft e IBM, que alcançaram economias em seus custos administrativos com o manuseio de pedidos de compra, respectivamente, da ordem de 30%, 70%, 90% e até mesmo 97%, segundo anunciado (Cf. HEYWOOD, 2002, p. 104-105), através da utilização de mecanismos de *e-Procurement*. Considerando que essas são empresas de alto nível tecnológico, as consultorias em-

presariais, como KPMG e Goldman Sachs, calculam que para as empresas em geral a economia poderia ser entre 15% e 30%. Também os níveis de estoque poderiam ser reduzidos entre 25% e 50% dos valores necessários para o funcionamento das empresas sem *e-Procurement*, em virtude de ser menor o tempo necessário para a reposição das mercadorias (Cf. HEYWOOD, 2002, p. 64).

A redução dos custos administrativos deriva-se da simplificação e agilização dos procedimentos. Em um pedido de compra tradicional, um funcionário que tenha uma necessidade qualquer vai preencher um formulário de requisição, geralmente indicando: quem é, a que unidade da empresa pertence, do que necessita, em que quantidade, para quando o necessita e eventualmente uma estimativa aproximada de seu custo. Dependendo da distribuição do poder para autorizar gastos, o funcionário irá assinar a requisição ou enviá-la para a pessoa com tais poderes. Uma vez assinada, a requisição seria processada pelo departamento de compras para ter seguimento. Esse processo manual quase sempre toma dias ou semanas para completar-se, dependendo da estrutura e agilidade da empresa, enquanto o formulário de requisição passeia entre as mesas de um e outro gerente.

A capacidade dos sistemas de *e-Procurement* para automaticamente identificar as necessidades, consolidando-as e enviando-as para as pessoas responsáveis instantaneamente, ou mesmo diretamente para o fornecedor, pode permitir terminar o procedimento em minutos, reduzindo o tempo gasto e os custos administrativos envolvidos, além de permitir reduzir o nível dos estoques, com evidentes vantagens financeiras e patrimoniais.

### 1.2. O *e-Procurement* aplicado à Administração Pública

Evidentemente o nível de automação a que podem chegar as empresas privadas nem sempre é possível à Administração Pública. Isso advém especialmente das li-

mitações estatais para escolher seus fornecedores e de sua vinculação muito mais estrita ao orçamento.

Mas nada impede que os mecanismos eletrônicos sejam utilizados para agilizar muitos dos procedimentos públicos de compra. Como se verá adiante, muitas vantagens podem ser obtidas com a publicação dos editais de convocação em páginas *web* na *Internet*, mediante a centralização dos procedimentos de compra e a descentralização das solicitações internas. Igualmente, os meios eletrônicos de compra podem ajudar a Administração Pública a ter um maior controle sobre os preços pagos por cada tipo de produto, segmentado por suas divisões regionais ou unidades. Ainda, um melhor emprego da tecnologia pode ajudar na elaboração de orçamentos mais precisos e adequados, assim como evitar a falta de produtos essenciais à prestação de um serviço público de qualidade.

Não queremos aqui deixar transparecer a impressão de que nos afastamos de nosso tema, que é a discussão de como a licitação eletrônica pode servir como instrumento de prevenção à corrupção, mas compreendemos que é essencial uma introdução ao perfil geral do *e-Procurement*.

A automação diminui bastante os espaços para a prática de atos corruptos em licitações, seja porque limita a discricionariedade no procedimento, seja porque aumenta a publicidade dos editais de convocação, seja ainda porque torna mais evidentes os desvios de preço e de quantidades.

Com um sistema *on-line* pela *Internet* e aberto a toda a população com os dados das compras governamentais, todos saem ganhando: o fornecedor de bens e serviços à Administração Pública, porque pode identificar, por área ou período do ano, por exemplo, a demanda de seus clientes e assim planejar-se para prestar um serviço melhor e por menor preço, inclusive aumentando de uma escala regional para outra, possivelmente nacional, seu âmbito de atuação; o administrador público, que pode ter facil-

mente uma comparação da situação no restante do país e assim medir seu próprio desempenho e o de seus subordinados; o promotor ou auditor dos Tribunais de Contas, que podem mais facilmente identificar situações estranhas de aumentos inexplicáveis de quantidades ou preços e assim destinar melhor sua atenção aos casos com maior probabilidade de possuir vícios; por fim, o cidadão, que, além de poder também controlar o funcionamento da máquina pública, certamente será beneficiado com um Estado mais eficiente no momento em que todos esses elementos forem favorecidos.

Especialmente com o controle da corrupção, todos saem ganhando, além do Estado, evidentemente, que contratará melhor e a menor custo, sobrando-lhe recursos para realizar ainda maiores investimentos e assim gerar mais emprego e renda.

## 2. A experiência dos Estados Unidos da América

Os Estados Unidos foram pioneiros na implementação do *e-Procurement* para a Administração Pública, fazendo uso da maior autonomia administrativa que sua cultura jurídica lhes permite.

No entanto, a criação de um programa de computador com erros e pouco eficiente para controlar o sistema, num momento em que as empresas ainda não tinham a estrutura corporativa para transações *on-line*, causou o fracasso da tentativa que recebeu o nome de FACNET (*Federal Acquisition Computer Network*). A credibilidade dos usuários na FACNET foi prejudicada por seu mau funcionamento no envio e recebimento de transações, com experiências comuns de atrasos, perdas e duplicidade de registros. Em muitos casos, propostas enviadas tempestivamente só eram recebidas depois do prazo e não raro chegavam com até duas semanas de atraso em relação ao seu envio (DAVIES, 2000, p. 639). Poucos fornecedores se cadastraram para atuar na FACNET, especialmente os pequenos e médios, para quem os lu-

culos com pouco volume não justificavam os custos de implantação e adaptação ao sistema. Como consequência disso, as agências e demais órgãos governamentais frequentemente tinham que cancelar suas solicitações eletrônicas e voltar a realizá-las pelo método tradicional, em virtude da ausência de recebimento de resposta pelos fornecedores (DAVIES, 2000, p. 642).

Claro, isso foi muito antes do surgimento e consagração da *Internet* como meio viável e confiável de transação eletrônica. Desde aí, algumas iniciativas interessantes foram tomadas, porém abandonando o projeto de um sistema federal centralizado e passando a desenvolver diversos módulos para cada agência, que somente agora estão passando por uma tentativa de reintegração, com o objetivo de fazer com que os diversos sistemas comuniquem-se uns com os outros, reduzir os custos com manutenção de diversas bases de dados distintas e solucionar problemas de incompatibilidades e inconsistências internas.

### 3. As iniciativas européias

A Comissão Européia já tomou diversos passos na direção de ampliar ou mesmo estabelecer, em alguns casos, um sistema eletrônico de compras governamentais, não apenas visando a uma maior eficiência das Administrações Públicas, mas também para tentar quebrar as barreiras nacionais entre os diversos países que a compõem, que não são poucas, especialmente quando se fala em compras governamentais. Seus objetivos estão expressos em comunicações da Comissão (UNIÃO EUROPÉIA, 2004a; 2004b), em que se previa que, já no ano de 2003, uns 25% das compras públicas seriam realizadas por meio eletrônico.

Um dos primeiros passos foi criar o *Common Procurement Vocabulary - CPV* (Vocabulário Comum de Contratos Públicos)<sup>1</sup>, que consiste em descrições padronizadas de bens e serviços por referências a mais de 8.300 códigos de nove dígitos, cuja utilização está

sendo bastante encorajada<sup>2</sup> na divulgação do objeto das licitações. Esse é um passo essencial para possibilitar o intercâmbio de informações em uma área com tantas línguas oficiais como a Comunidade Européia<sup>3</sup>.

Na prática, o CPV funciona vinculado ao objeto do edital convocatório, associando-o a uma relação padronizada de bens e serviços. Se, por exemplo, um empresário da Dinamarca que produz filmes de finalidades educativas ou de formação quisesse obter contratos dentro da União Européia não teria que conhecer todas as possíveis variações idiomáticas de seu produto para buscar por editais de licitação, mas tão-somente precisaria buscar pelo seu código no CPV (92111100-3) e teria todas as ofertas publicadas à sua disposição. Apenas para que se tenha idéia do nível de detalhes a que chega o CPV, o cidadão tcheco que tenha uma empresa de extração de pedras ou simplesmente revenda seixos polidos poderá buscar pelo código 14212120-7. Da mesma forma, o pecuarista francês que quiser vender fígado de ave de capoeira poderá buscar pelo código 15112300-9, mas que não deve se confundir com a pasta de fígado de ganso (o famoso *pâté de foie gras*), que possui outro código: 15112310-2.

Nossa intenção aqui é meramente ilustrar a variedade e ao mesmo tempo especificidade a que pode chegar o CPV. Ele possui a sua tabela com o vocabulário principal, com os já referidos mais de 8.300 códigos, e um vocabulário suplementar, que pode eventualmente ser utilizado para completar as descrições do vocabulário principal e que é composto por uma letra e quatro dígitos. Por exemplo, o edital de licitação para produção de um filme educativo para crianças, que interessaria ao nosso personagem dinamarquês, receberia o código 92111100-3 E002-7.

O CPV encontra-se vinculado ao SIMAP (*Système d'Information pour les Marchés Publics*), que dispõe de todas as convocatórias para compras governamentais cujo valor exija divulgação ampliada na *Internet* e apresen-

ta alguns bons resultados, ainda que sejam frequentes problemas na publicação de informações sobre licitações em virtude de imprecisões e má inserção de dados no sistema pelos funcionários encarregados em cada um dos órgãos públicos dos diversos países (Cf. DAVES, 2000, p. 637).

Como comenta González-Varas (2003, p. 155-160)<sup>4</sup>, a nova Diretiva da Comissão Européia sobre compras governamentais<sup>5</sup> estimula a adoção de meios eletrônicos de licitação pelos países membros. Inclusive, para estimular essa prática, diminui o prazo de publicação de convocatórias de 12 para 5 dias quando enviadas por meio eletrônico e ainda diminui outros cinco dias ao longo do procedimento quando o poder adjudicador permitir o acesso por meio eletrônico à íntegra do texto do edital de convocação e à documentação complementar. Também os artigos 39, 40, 42.1 e 42.3 fazem expressa referência à possibilidade de recebimento do edital de licitação por meio eletrônico, bem como, para parte das empresas licitantes, abrem a possibilidade do envio de propostas por meio eletrônico.

No entanto, vale ressaltar que, até a presente data, ainda não existe, no plano nacional dos Estados-Membros, o leilão regressivo nos moldes do pregão eletrônico brasileiro, embora isso deva ser implementado com rapidez, uma vez que acaba de ser incluída sua previsão no art. 54<sup>o</sup> da Diretiva 2004/18/CE aprovada no fim de março do ano passado.

#### 4. A experiência brasileira

##### 4.1. Um panorama da situação anterior

No procedimento licitatório brasileiro tradicional (e aqui nos referimos exclusivamente ao contemplado na Lei 8.666/93), as licitações, independentemente de sua espécie, têm sempre uma etapa anterior, na qual são entregues os envelopes com os documentos que comprovam a situação jurídico-econômica da empresa (etapa de habilita-

ção/qualificação), e uma posterior, na qual se entregam os envelopes com as propostas de preço. Por vezes, ainda existe uma etapa intermediária, de natureza técnica, apenas aplicada às licitações que envolvam “serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos”<sup>6</sup>, salvo na hipótese do §4<sup>o</sup> do art. 45 da Lei 8.666/93.

A lógica é que somente sigam para a etapa seguinte os licitantes que sejam qualificados na anterior, de maneira que os que não superem as exigências de qualificação jurídica, econômica e técnica não terão suas propostas de preço avaliadas.

O que frequentemente ocorre é que, na prática licitatória brasileira, os licitantes desqualificados por algum motivo material (falta de cumprimento de algum requisito) ou formal (omissão em apresentar algum documento essencial ou apresentá-lo de maneira diversa da exigida) buscam o Judiciário por meio de procedimentos cautelares ou mesmo do mandado de segurança para ver garantido seu direito a participar da licitação. Receosos de permitir alguma ofensa ao direito do licitante, os juízes brasileiros, com frequência maior que a desejável, suspendem provisoriamente, até uma decisão final, o processo licitatório.

Assim, frequentemente as licitações ficam suspensas por meses, até que o Judiciário decida se o licitante tinha ou não o direito de continuar no processo e então determine o seguimento do procedimento administrativo. Não raro se percebe que, mesmo que o licitante inicialmente desqualificado seja reintegrado ao embate licitatório pelo Judiciário, não possuía proposta de preço com condições de vencer o certame. Ou seja, todo o procedimento foi atrasado por uma manobra absolutamente inútil.

Claro, é necessário manter a possibilidade de recorrer ao Judiciário (até mesmo

em decorrência do inciso XXXV do art. 5<sup>o</sup> da CF/88), especialmente porque as etapas de qualificação jurídica, econômica e técnica são as mais propensas a permitir julgamentos corruptos por parte dos funcionários que compõem as comissões de licitação<sup>7</sup>. Uma das questões mais discutidas nos recursos judiciais contra desqualificações (ou inabilitações<sup>8</sup>) é a possibilidade de que, em licitações, seja feita tal ou qual exigência, uma vez que elas estão reguladas na lei brasileira de maneira bastante restritiva. Salvo quando se trata da licitação de um objeto muito específico, exigências estranhas em editais de licitação costumam ser acrescentadas para dirigir o contrato para um determinado licitante. E em parte é justamente por esse motivo que os juízes suspendem com relativa facilidade os processos licitatórios.

No entanto, isso causa um problema enorme para a Administração Pública, que acaba por ver-se sem material ou sem a prestação dos serviços de que necessita para continuar funcionando. Ocorre que, em virtude dos atrasos causados pelas suspensões, surge uma situação de urgência que autoriza o administrador público a contratar por meio de dispensa de licitação (JUSTEN FILHO, 2002, p. 242-243), com base no art. 24, IV, da Lei 8.666/93. Ou seja, em virtude de tanto se discutir quem tem o direito de contratar com a Administração Pública, acaba-se por permitir a ela que decida discricionariamente com quem irá contratar, sem nem mesmo tomar conhecimento das propostas de preço dos concorrentes da licitação em curso<sup>9</sup>. É possível que, dessa maneira, esteja-se substituindo, conforme definição já preconizada neste trabalho, uma eventual corrupção de funcionário público por uma corrupção de agente político.

Por tudo isso se mostrava necessário buscar um sistema que, garantindo os direitos dos licitantes, prevenisse a corrupção e dotasse de maior agilidade as contratações governamentais.

#### 4.2. O pregão eletrônico e suas vantagens

Recentemente, uma experiência criativa trouxe resultados muito bons às licitações brasileiras. Inicialmente criada pela Medida Provisória 2.026/00, depois convertida na Lei 10.520/02 e regulamentada pelo Decreto 3.555/00 (que foi editado anteriormente à lei, a fim de regulamentar a Medida Provisória), a modalidade de licitação denominada *pregão eletrônico* causou uma verdadeira revolução no mecanismo de compra estatal. Consiste em um sistema eletrônico de publicação de editais de convocação numa página *web* central ([www.comprasnet.gov.br](http://www.comprasnet.gov.br)), por meio do qual os licitantes podem cadastrar-se, enviar suas propostas de preço iniciais e, ao final, participar de um leilão de lances com valores regressivos buscando um preço mínimo.

A utilização desse sistema já apresenta resultados notórios, entre eles especialmente a redução de 25% nos valores pagos pela aquisição dos principais bens e serviços objeto das compras governamentais, assim como uma redução em mais de 50% do tempo necessário para selecionar o contratado (Cf. CLIC-RBS, 2004; CARVALHO, 2002, p. A12; LEDO, 2002, p. 13).

Não é difícil imaginar o motivo de tais reduções. No sistema tradicional, por exemplo, as compras de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) podem ser realizadas pela modalidade de licitação “convite”<sup>10</sup>. Costumava ser o método mais comum para compras de material de expediente ou mesmo contratos de obras de pequeno porte. Nessa modalidade, a Comissão de Licitação deve enviar convites para ao menos três empresas, no intuito de que tomem parte no procedimento. O sistema é uma larga porta aberta à corrupção, em virtude de possibilitar que se dirijam esses convites às empresas que pagam subornos ou que têm relações pessoais com os funcionários. Por vezes, chega-se a criar uma empresa “fantasma” apenas para participar de determinada licitação e atingir o número mínimo de participantes. Evi-

dentemente, esse sistema não garante para a Administração Pública o menor preço.

Com o pregão eletrônico, os editais passaram a ser publicados na *Internet* e assim se obteve uma publicidade muito maior, não apenas na região da entidade licitante, mas em todo país ou mesmo no exterior. Ampliada dessa maneira a possibilidade de competição, resultou muito mais difícil beneficiar um ou outro licitante, virtualmente impossibilitando a restrição do conhecimento do edital tão-somente aos participantes de esquemas corruptos.

Mas as vantagens não pararam por aí. Como já havíamos dito, o sistema tradicional tinha mais de uma fase. Imagine-se que cada uma dessas fases requeria a presença física de um representante da empresa, ainda que fosse apenas para entregar um ou mais envelopes com documentos e a proposta de preço e assinar a ata da sessão de sua abertura.

Ocorria que para empresas situadas em pontos geograficamente distantes da sede da licitação não valia a pena participar dos processos cujos contratos não fossem de grande valor, pois a mera possibilidade do lucro com pequenas contratações não compensava pagar o custo de passagens aéreas, acrescido de diárias e outras despesas, para enviar um representante às várias sessões do processo licitatório.

Com o pregão eletrônico esse problema foi solucionado, uma vez que a participação pode dar-se de qualquer ponto do mundo conectado à *Internet*. Assim, a busca por melhores preços poderá ser mais eficiente, bem como a manipulação dos participantes torna-se praticamente impossível.

O sistema de pregão eletrônico também impede que haja “corrupção privada” entre os licitantes, ou seja, que um faça uma oferta para que o outro não participe ou se retire da disputa de preços. Isso foi bastante comum no pregão presencial, que surgiu como uma etapa intermediária para o pregão eletrônico. Os licitantes faziam acordos e paravam de fazer lances, mantendo os preços

altos e dividindo os lucros, com prejuízo para a Administração Pública<sup>11</sup>.

O pregão eletrônico anulou esse risco não apenas em virtude da eventual distância geográfica entre os licitantes, mas especialmente porque, durante a sessão de ofertas de preço, os licitantes não sabem com quem estão competindo, mas tão-somente o preço mais baixo que já foi oferecido para cada um dos itens em disputa. Isso tornar-se-á mais claro quando esmiuçarmos o procedimento mais adiante.

A transparência também resultou ampliada, pois todas as fases, desde a publicação da convocatória, passando pela sessão de ofertas, pela publicação do resultado, etc., estão disponíveis na *Internet* em tempo real, bem como depois da adjudicação e mesmo da celebração do contrato. A ata é gerada automaticamente, com todos os dados referentes ao pregão, inclusive as mensagens trocadas entre pregoeiro e licitantes, tudo recebendo certificação digital. Ainda relacionada à transparência, a comparação dos preços pelos quais a Administração Pública, por meio de seus diversos órgãos, está comprando os mesmos bens se fez possível, ainda que essa informação não esteja ainda compilada para fácil visualização, instrumento que julgamos essencial para uma eficiente gestão dos contratos governamentais.

O direito de petição dos licitantes também restou mais garantido, uma vez que agora a polêmica quanto às redações das atas está suprimida. Discussões sobre se algum protesto ou manifestação vai ou não entrar na ata não mais existirão, uma vez que, como já dito, todas as mensagens trocadas estão automaticamente incluídas na ata gerada ao final do procedimento.

A possibilidade de redução de custos se acentua em virtude de aqui ser possível ao licitante diminuir sua proposta original de preço. Antes, elaborar os preços era um jogo de probabilidades. Tentava-se prever quem iria participar do procedimento licitatório e assim se fazia uma previsão do preço máxi-

mo que seria possível propor. Daí que uma surpresa no momento da abertura dos envelopes com as propostas de preço poderia retirar da competição um licitante que tivesse feito uma má previsão, ainda que lhe fosse possível oferecer um preço mais baixo, em virtude do procedimento não lhe permitir elaborar uma nova proposta.

Com o advento do pregão eletrônico, depois de publicitadas as propostas originais (que já são apresentadas por meio eletrônico), é possível baixar os preços na fase de lances, até o limite em que não surjam ofertas mais baixas, o que sempre resulta em economia para a Administração.

Alguém poderia dizer que agora o licitante pode sempre começar com o preço mais alto, mantendo-o no caso de não haver, por alguma casualidade, outros competidores. No entanto, isso não obriga a Administração a contratar com o licitante solitário, especialmente porque o pregoeiro tem o poder de recusar propostas que sejam consideradas demasiadamente altas<sup>12</sup>.

Além disso, conforme adiante veremos com mais detalhes, no caso em que um licitante ofereça um preço excessivamente alto e surjam outros licitantes com propostas inferiores, provavelmente incidirá o limite de 10% sobre o menor preço oferecido, excluindo-se automaticamente da disputa na etapa de lances aqueles fornecedores que estiverem fora dessa “margem de tolerância”, salvo se não for preenchido o número mínimo de três licitantes para essa fase. A cláusula de barreira existe justamente para obrigar os licitantes a desde o princípio formularem propostas baixas.

Um outro elemento importante no regimento do pregão eletrônico é a exigência de que, anteriormente à realização do pregão, o valor estimado do contrato seja depositado em conta-corrente específica do Banco do Brasil, a ser levantado pelo vencedor da licitação tão logo execute o contrato. Essa condição afasta o medo do licitante de não receber o pagamento pelo bem ou serviço fornecido e em consequência faz com que

ele exclua essa variável de risco da sua composição de custos.

Por fim, o problema da fase de qualificação, já referido antes, foi bastante diminuído. Agora a qualificação é prévia e genérica, ou seja, não faz mais parte do procedimento licitatório. Uma vez cadastrado no *Compras-Net*, o licitante está automaticamente apto a participar de qualquer licitação pública no âmbito federal. Apenas será verificada, como medida assecuratória da confiabilidade dos registros eletrônicos, a documentação do licitante vencedor do pregão. De toda maneira, os documentos que podem ser solicitados são previamente conhecidos de forma taxativa<sup>13</sup>, o que impede que um órgão determinado ou sua Comissão de Licitação tentem criar requisitos atípicos ou extravagantes para favorecer um ou outro licitante.

Por outro lado, para que isso fosse possível, comprometeu-se em parte um êxito maior do pregão eletrônico. Como o sistema ainda não prevê em sua sistemática qualquer discussão quanto à qualificação técnica do produto, inclusive quanto à sua qualidade intrínseca, limitou-se a possibilidade de utilização do pregão eletrônico às licitações cujos objetos fossem “bens ou serviços comuns”. A definição legal para tais bens ou serviços comuns fixa-os como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”<sup>14</sup>. O decreto que regulamentou a aplicação do pregão eletrônico nos trouxe uma definição ligeiramente modificada: “Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser *concisa e objetivamente* definidos no *objeto do* edital, *imperfeita conformidade com* as especificações usuais *praticadas* no mercado, *de acordo com o disposto no Anexo II*”<sup>15</sup>.

O Anexo II citado no texto do decreto simplesmente arrola vários bens e serviços considerados “comuns”, porém sem limitar essa classificação àqueles, ou seja, sem pretender ser um rol taxativo. Ainda assim, é

uma definição bastante problemática, que merece uma análise mais cuidadosa.

#### 4.2.1. A definição de “bem ou serviço comum”

Alega-se haver sido necessário limitar a aplicação do pregão eletrônico aos bens e serviços “comuns” para poder realizar o cadastro prévio e genérico dos fornecedores, bem como padronizar a documentação a ser exigida do licitante vencedor. Embora não concordemos com a limitação, parece-nos importante a distinção entre o que se caracteriza ou não como comum, até mesmo porque é assim que dita o texto normativo. A idéia do sistema é estabelecer determinados produtos que qualquer um possa fornecer, sem a necessidade de ater-se a maiores detalhes subjetivos do licitante contratado. Ora, se tratamos de adquirir um bem que é facilmente encontrado no mercado, verdadeira *commodity*, qualquer dos fornecedores qualificados naquele segmento comercial deve ser capaz de vender o bem independentemente de suas qualificações técnicas particulares.

Por exemplo, uma resma de papel formato A4 poderá ser fornecida por qualquer empresa do segmento de papelaria, assim como o combustível para os carros da Vigilância Sanitária ou da fiscalização da Secretaria da Fazenda, *v.g.*, poderá ser vendido por qualquer posto de combustíveis. De forma que basta à papelaria e ao posto de gasolina cumprirem os requisitos legais para contratar com o Estado e estarão habilitados para qualquer licitação que vise à aquisição de papel ou combustível no Brasil. Isso porque se pressupõe que para a compra desses bens ou serviços não há que discutir nenhuma qualidade intrínseca do produto.

Claro que há, por exemplo, gasolina de diferentes procedências e com diferentes padrões de qualidade. Mas haverá sempre um produto *standard*, padrão, ou seja, absolutamente convencional, que atenderá aos requisitos mínimos de qualidade. Se existem postos vendendo gasolina com quali-

dade inferior a essa, será um problema a ser controlado pela agência especializada. No entanto, uma vez que tenha o produto legalmente à venda, fato de que fará prova quando de sua qualificação, o posto estará habilitado para vender ao Estado.

É possível que determinados setores do Estado necessitem de uma gasolina melhor, por exemplo, com algum aditivo para os motores turbo da Polícia Rodoviária Federal. Mas nesse caso, obviamente, deixará de ser um bem ou serviço comum e sua licitação não poderá dar-se por meio do pregão eletrônico no Brasil.

Isso decorre da lógica do procedimento. Seu enfoque é o preço, pois parte de um pressuposto de igualdade do produto entre os licitantes. Não cabe nenhum juízo de valor sobre a qualidade do produto, mas simplesmente analisar o cumprimento das especificações contidas no edital.

Nas situações em que o domínio das técnicas para a elaboração do produto ou serviço de que o Estado necessita não está disseminado, ou seja, quando o objeto tenha que ser produzido sob encomenda ou adequado às configurações de um caso concreto, então será necessário um procedimento de qualificação técnica, utilizando-se de uma das modalidades licitatórias tradicionais<sup>16</sup>.

Infelizmente, a distinção nem sempre é clara, ao menos se utilizamos o conceito legal, que definitivamente não foi muito feliz. Um dos principais autores na área de direito licitatório brasileiro da atualidade, Marçal Justen Filho (2001, p. 19), entende que o conceito de bem ou serviço comum passa pela noção de fungibilidade, ou seja, a característica de ser permutável por outro similar, sem preocupação com a essência, que também estará contida no produto similar. Todo bem comum seria fungível, ainda que a qualidade de ser comum não se esgote na fungibilidade. O citado professor elege a padronização para chegar à natureza do que é “comum”.

Ainda que estejamos de acordo com a reputada opinião, compreendemos que tam-

bém é necessária uma disseminação no mercado, uma facilidade em obter o bem ou serviço. Para que um bem seja fungível, basta que haja outro que possa substituí-lo. Para que seja comum, deverá também existir facilmente no mercado, com características padronizadas.

Levando o raciocínio ao extremo com o fim de torná-lo mais claro, podemos dizer que uma escultura de Rodin é um tanto quanto fungível, pois de cada modelo existem alguns tantos originais e a substituição de um por outro não produziria maiores problemas, ou talvez nem sequer fosse percebida. Mas de nenhuma maneira se pode dizer que tais esculturas sejam comuns ou que estejam disponíveis no mercado.

Com essa noção nos parece mais fácil trabalhar o conceito para enfrentar os problemas eventuais da prática licitatória dos órgãos públicos. A relação contida no Anexo II do Decreto 3.555/00, modificada pelo Decreto 3.784/01, ainda que meramente ilustrativa, serve para exemplificar bem alguns dos bens e serviços mais licitados pela Administração Pública através do pregão eletrônico.

#### 4.2.2. O procedimento do pregão eletrônico

Uma vez que já deixamos claro a que hipótese se aplica o pregão eletrônico, faz-se necessário baixar aos detalhes do seu procedimento.

A primeira etapa é a publicação no sítio *web* do edital de convocação, acompanhada, necessariamente, de aviso no Diário Oficial ou em jornal de grande circulação<sup>17</sup>. Nele deverá constar, entre outras coisas, a descrição objetiva dos bens ou serviços de que a Administração necessita, bem como suas quantidades e outros elementos relevantes para a valoração do preço<sup>18</sup>.

Os licitantes interessados que já sejam cadastrados<sup>19</sup> como fornecedores deverão então enviar suas propostas diretamente na página da *Internet* específica para esse fim, preenchendo campos de um formulário virtual em que especificarão a marca do produto (se aplicável) e o preço inicial<sup>20</sup>. A

marca não poderá ser utilizada como fator de decisão de quem será agraciado com o contrato, mas simplesmente para possibilitar a verificação no ato de entrega do produto. Os licitantes que ainda não sejam cadastrados terão que fazê-lo no prazo entre a publicação do edital e a data programada para que ocorra o pregão.

Na data e hora designadas, o pregoeiro, um funcionário público especialmente treinado para essa função, que poderá ou não ser vinculado ao próprio órgão proponente da licitação, irá iniciar a sessão de pregão eletrônico, à qual todos os licitantes deverão acudir por meio de acesso virtual ao sistema, pela *Internet*, com seu nome de usuário e senha. As propostas que foram inicialmente apresentadas serão simultaneamente divulgadas, por item ou grupo de itens, conforme disponha o edital. Far-se-á então uma seleção preliminar, admitindo na fase seguinte, a dos lances regressivos, apenas os licitantes cujas propostas iniciais tenham sido iguais ou inferiores à da menor acrescida de 10% (dez por cento). Ou seja, se a menor proposta para a aquisição de determinado bem for de 100 reais, somente admitir-se-ão na fase de lances aqueles licitantes que ofereceram inicialmente seus bens até o limite de 110 reais, excluindo-se automaticamente todos os demais.

Apenas na hipótese de que não haja mais que três licitantes na margem de 10% sobre a menor proposta admitir-se-ão os seguintes, partindo da proposta mais baixa, até completar um número total de três licitantes para a fase seguinte.

Esse método tem a finalidade de fazer com que os licitantes desde logo façam suas melhores ofertas, evitando assim o prolongamento desnecessário da sessão de lances, assim como diminui o risco de que, na hipótese de surgir apenas um licitante, ele se beneficie dessa situação e decida não baixar sua proposta, na tentativa de pressionar de alguma forma o órgão que esteja necessitando bastante do fornecimento. Dessa maneira, os licitantes que optarem por oferecer

preços mais altos saberão que correm o risco de ser sumariamente eliminados. Além disso, ainda que tenham a sorte de se encontrarem sozinhos em algum pregão específico, o pregoeiro poderá sempre recusar as ofertas cujos valores não lhes pareçam razoáveis e encerrar o pregão sem consagrar um vencedor.

Então, selecionados os licitantes que vão à etapa seguinte, começará a oferta de valores regressiva, ou seja, diminuindo os valores oferecidos, o que será feito simplesmente digitando o novo valor da proposta, assim como, quando se tratar de um grupo de bens ou serviços em licitação, o número do item e sua nova oferta de preço. Uma oferta que seja igual ou superior a alguma já oferecida será desde logo rechaçada e o edital poderá estabelecer um valor mínimo para diminuir da proposta mais baixa, ou seja, uma diferença mínima para realizar um novo lance, a fim de evitar que os licitantes se ponham a reduzir em centavos suas propostas.

Durante o procedimento, os licitantes não sabem quem são os outros que participam na disputa, de maneira que é praticamente impossível fazer acordos paralelos, inclusive porque em virtude de não haver mais barreiras geográficas para a participação, os licitantes podem estar localizados em diferentes partes do país ou do mundo<sup>21</sup>. Tudo o que sabem os licitantes resume-se ao último preço que foi oferecido para cada item do pregão.

Atingindo um ponto a partir do qual ninguém realize novas propostas mais baixas que as já existentes, o pregoeiro encerrará o pregão para cada um dos itens que já hajam chegado ao preço mínimo. Na hipótese em que os licitantes permaneçam baixando pequenos valores de seus preços (especialmente quando o edital não estabelece um mínimo para baixar entre um preço e outro), como centavos em compras de milhões, o pregoeiro avisará que será ativado o término aleatório do pregão, ou seja, haverá um comando para que o computador a qualquer tempo em um intervalo entre dez minutos e

meia hora termine o pregão, atribuindo o contrato ao licitante que no momento tinha a proposta mais baixa.

O pregoeiro não pode terminar imediatamente o procedimento por vontade própria sem que isso fique gravado na ata do pregão, de maneira que não tem o controle sobre o momento exato em que a sessão será encerrada, não podendo assim favorecer nenhum licitante.

Esse será mais um incentivo a que os licitantes cheguem logo ao seu preço mínimo, para que não acabem perdendo o pregão por um erro de estratégia, ainda que no momento do encerramento aleatório seja relativamente comum que os licitantes já estejam próximos ao seu valor mínimo, realizando lances mínimos apenas na tentativa de saírem vitoriosos com o término aleatório da sessão. O encerramento aleatório da sessão não traz nenhum prejuízo ao erário, uma vez que as propostas chegam a esse nível praticamente equivalentes, não constituindo fator relevante uma eventual redução de centavos que poderia ainda ser realizada por um ou outro licitante caso houvesse alguns segundos a mais para a sessão.

Ao concluir a sessão do pregão, o pregoeiro perguntará aos licitantes se desejam interpor algum recurso e, caso queiram, eles deverão de imediato expressar sua intenção, dizendo sinteticamente contra que pretendem insurgir-se, devendo ainda no prazo decadencial de 48 horas entregar por escrito as razões de seu recurso. Depois da manifestação sobre a intenção de interpor recursos, o pregoeiro publicará imediatamente a ata do pregão (que é automaticamente gerada pelo computador, com inclusive a hora em que cada oferta ou mensagem foi enviada), deixando-a disponível para consulta pública via *Internet*.

### *5. Propostas para o sistema de pregão eletrônico*

Da maneira como está regulamentado, o pregão eletrônico já é bastante eficiente para

prevenir a corrupção dos funcionários públicos. Sem embargo, necessita de alguns ajustes para que possa ser eficaz também contra a corrupção dos agentes políticos ou autoridades hierarquicamente mais altas.

Isso ocorre porque, como já explicamos em outras oportunidades (BANDEIRA, 2004, p. 38-51), existe uma diferença fundamental na maneira como são praticados os dois tipos de corrupção. As altas autoridades, mais freqüentemente, irão dirigir os contratos públicos por meio de processos de dispensa de licitação, especialmente em virtude de uma alegada urgência ou notória especialização<sup>22</sup>.

No sistema tradicional de licitação, que na média levava de 2 a 3 meses entre a decisão administrativa de iniciar o processo e a assinatura do contrato, era de certa maneira compreensível a alegação de urgência (por vezes até intercorrente, ou seja, ocorrida durante o processo de licitação), uma vez que um prazo tão longo poderia facilmente comprometer a qualidade da Administração. Porém, com a modalidade de pregão eletrônico, o tempo médio baixou para 10 a 20 dias, podendo baixar ainda mais com alguns ajustes nos prazos.

Parece-nos que com essa média temporal para a celebração dos contratos já não mais se apresenta aceitável o elevado índice de procedimentos de dispensa de licitação em virtude de urgência na aquisição. Salvo em circunstâncias imprevisíveis, um mínimo controle dos estoques pode fazer com que a Administração anteveja com 15 dias suas carências e inicie os trâmites necessários para evitar uma situação de urgência.

Ainda assim, é possível imaginar situações em que o controle adequado não tenha sido feito e seja necessário solucionar o problema de uma forma adequada. Imaginamos que é possível regulamentar tais situações excepcionais, de maneira a permitir que seja realizado um pregão eletrônico com prazos curtos em caráter extraordinário, ainda que algumas garantias do rito ordinário sejam

flexibilizadas. Poder-se-ia, em caso de comprovada urgência, imaginar um rito que permitisse a conclusão de todo o processo de seleção em 48 horas, reduzindo-se o prazo entre a publicação do edital na *Internet* e a realização do pregão para 24 horas, determinando-se a notificação dos interessados através do envio de correio eletrônico (*e-mail*) certificado a todos os fornecedores cadastrados para o tipo de bens ou serviços em questão, estabelecendo-se apenas uma instância recursal, etc.

É inevitável que aqui voltemos ao constante debate sobre os conflitos e ponderações entre valores na licitação. Abre-se mão de garantias procedimentais para buscar uma maior eficiência. Entretanto, esse suposto sistema que aqui se propõe constitui um avanço considerável se comparado à realidade atualmente existente, de absoluta discricionariedade por parte do administrador público, que pode dirigir como queira o contrato, adjudicando-o sem qualquer procedimento de competição ao simplesmente alegar urgência.

Entendemos que a utilização do regime atual de dispensa por urgência deve permanecer possível, para aquelas contratações que necessitam ser concretizadas em menos de 48 horas, sob pena de grave prejuízo para a ordem ou o patrimônio público. Evidentemente, tais contratos deverão ser submetidos a rígidos controles de preços e, se provocada, a autoridade judicial deverá averiguar com rigidez a necessidade de fazer-se tal contratação em menos de 48 horas. De toda forma, será bem mais fácil para o juiz avaliar o cabimento da dispensa de licitação nessas circunstâncias, com um referencial objetivo, que simplesmente apreciar a hipótese de tratar-se de uma contratação “urgente”.

Sem dúvidas que a utilização dessa modalidade de pregão com prazos excepcionalmente curtos não poderia se tornar um hábito, inclusive para não incentivar as Administrações irresponsáveis. Nesse sentido, podem ser estabelecidas diversas mo-

dalidades de controle, a primeira das quais seria estatística. Uma vez que os pregões sejam todos feitos por meio da página *web* central do *ComprasNet*, é possível saber quantas vezes cada órgão utilizou o procedimento extraordinário e quanto isso representa se contraposto ao total de licitações realizadas e ao valor total dessas contratações.

Igualmente, é perfeitamente possível, por um simples cruzamento da base de dados, saber o valor médio pago em cada licitação por determinado produto, seja em âmbito nacional, regional ou local, e assim identificar se eventualmente a utilização da modalidade extraordinária trouxe ou não dano ao erário.

Claro que para fazer essa comparação seria essencial uma codificação geral dos produtos e serviços, para o que se podem utilizar os códigos já existentes para outras finalidades (como a classificação do Imposto sobre Produtos Industrializados, com acréscimos) ou mesmo uma codificação criada especialmente para essa finalidade, como o Vocabulário Comum de Compras (CPV), da Comunidade Européia.

Tanto no caso da comparação estatística de volume de contratação por procedimentos extraordinários (estatística quanto aos meios) quanto no caso da comparação dos custos finais (estatística quanto aos resultados) podem ser impostas sanções aos gestores ou a órgãos administrativos como um todo.

Esse controle deve ser duplo, pois, se apenas faz-se um controle quanto aos resultados, nada impede que se favoreça uma determinada empresa que tenha ligações com os funcionários públicos encarregados das licitações, ainda que os preços praticados sejam os mesmos do mercado. Claro, porque nem sempre a vantagem de uma transação comercial está no preço, mas em sua quantidade e frequência. Igualmente, um controle apenas com relação aos meios pode fazer com que numa única manobra licitatória ilegal se favoreça exageradamente uma determinada empresa, agraciando-lhe com

um contrato superfaturado. Resulta daí a necessidade de saber o quanto se pratica a modalidade excepcional de licitação e, nas oportunidades em que é praticada, quais são os seus resultados. Com esses dados em mãos, é possível buscar a aplicação de sanções contra os administradores públicos que abusarem do sistema.

As sanções poderiam ser das mais diferentes espécies, desde a suspensão da atuação na área de licitações<sup>23</sup> (que inclusive pode ser tomada como medida preventiva durante o procedimento de investigação), passando por outras sanções de natureza administrativa, como suspensão sem remuneração<sup>24</sup> ou demissão, até as de natureza política ou penal, como a suspensão do direito de ocupar ou candidatar-se a cargo público, até o próprio cerceamento de liberdade. Independentemente de qual seja o tipo e tamanho da medida legislativa adotada, é sempre necessário ter em mente que a penalidade não deve se dirigir apenas ao funcionário de baixo nível hierárquico, mas também ao chefe que haja autorizado o procedimento extraordinário ou a contratação sem licitação<sup>25</sup>.

Dessa maneira, estar-se-ia muito mais próximo de lograr o fechamento de uma das mais largas portas para a corrupção em licitações. Seguirão ocorrendo casos cujo procedimento de licitação não resolverá todos os problemas. Licitações do tipo “melhor técnica” serão difíceis de serem controladas quanto à manipulação da valoração das exigências e seu impacto na avaliação final da proposta. Ainda que se amplie o pregão para objetos além dos “comuns”, sua contribuição dar-se-á tão-somente quanto à etapa dos preços, que, nesse tipo de licitação, não raro participam com apenas 10% da avaliação final.

Sem embargo, é necessário convir que, no momento em que 80% do volume das compras forem realizadas pelo procedimento eletrônico, será em grande parte facilitado o trabalho dos auditores e fiscais dos diferentes órgãos de controle, que poderão localizar e concentrar seus esforços nos ou-

tros 20%, mais suscetíveis à ocorrência da corrupção.

### Notas

<sup>1</sup> A versão oficial em português pode ser encontrada na página *web* do SIMAP, em <http://www.simap.eu.int/EN/pub/docs/webannexes/AnnexI-ComReg-PT.xls>. Acesso em: 15 jan. 2004.

<sup>2</sup> A primeira sugestão para seu uso estava contida na Recomendação 96/527/CE. Sua última versão foi publicada no Regulamento (CE) nº 2195/2002 e atualmente sua publicação é requerida em alguns casos, como o previsto no item 1.a do art. 35<sup>a</sup> da Diretiva 2004/18/CE.

<sup>3</sup> González-Varas (2003, p. 174) dá o testemunho de que o CPV se converteu num mecanismo essencial de busca de oportunidades de licitação, até mesmo porque os editais na íntegra só têm que ser publicados em uma das línguas oficiais da EU, o que fará com que sempre seja a língua do país promotor da licitação. Pelo CPV, determinado objeto licitado seria sempre acompanhado pelo mesmo número, em qualquer língua.

<sup>4</sup> À época da publicação da obra, a Diretiva 2004/18/CE ainda estava em discussão.

<sup>5</sup> Atualmente, as compras governamentais, no âmbito da União Européia, são reguladas principalmente por quatro Diretivas: as licitações em geral são reguladas pela recém-aprovada diretiva 2004/18; os recursos administrativos são tratados na 89/665 e os chamados “setores excluídos” (água, energia, transportes, telecomunicações, etc.) são regulados pelas Diretivas 2004/17 e 92/13.

<sup>6</sup> Trata-se de excerto do *caput* do art. 46 da Lei 8.666/93, que regula as licitações do tipo “melhor técnica” e “técnica e preço”.

<sup>7</sup> Ressaltando-se que, no Brasil, segundo o art. 51 da Lei 8.666/93, as comissões de licitação são compostas por pelo menos três funcionários públicos, dos quais no mínimo dois deverão fazer parte da instituição pública responsável por conduzir o processo licitatório.

<sup>8</sup> Tecnicamente, há uma diferença entre inabilitação e desqualificação. A primeira tem a ver com a habilitação jurídica, ou seja, com a comprovação de que o licitante é uma pessoa jurídica regularmente constituída e que está devidamente representada, que não apresenta pendências junto à Receita ou à Seguridade Social, etc. A desqualificação relaciona-se com a capacidade econômica (não ter contra si processo de falência, ter liquidez e os balanços em dia, etc.) ou técnica (contar com profissionais habilitados, ter experiência anterior no fornecimento dos produtos ou prestação dos serviços, etc.). Por sua vez, fala-se em desclassificação quan-

do a empresa, após habilitada e qualificada, não preenche os requisitos finais da proposta de preço a fim de ser uma possível contratante. Em preenchendo tais requisitos, será julgada “classificada” em uma determinada posição e eventualmente poderá ter-lhe adjudicado o contrato caso por algum motivo aquelas que a precedem na ordem de classificação resem impedidas ou incidam em inexecução contratual.

<sup>9</sup> O art. 24 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos arrola as hipóteses nas quais é dispensável a realização de processo licitatório. Uma delas é justamente a de “urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares” (inc. IV). Por isso, pode-se dizer que as suspensões de licitações realizadas para permitir a discussão judicial sobre quem tem direito de passar para a etapa seguinte e ter apreciada sua proposta de preço acabam por causar um atraso no cronograma da contratação que permite ao administrador alegar urgência e, consequentemente, selecionar livremente com quem contratará.

<sup>10</sup> Conforme art. 23, I, a, da Lei 8.666/93.

<sup>11</sup> Essa e outras informações contidas nesta seção não foram colhidas em fontes escritas de rigor científico, mas foram todas coletadas da experiência do autor em sua atuação profissional com licitações, seja como funcionário público, seja como responsável pelo lidando com o setor de vendas ao governo de empresas privadas, seja como advogado especializado nesta matéria. Nesse caso específico, relatam-se diversas ocasiões em que os licitantes, chegando ao local onde seria realizado o pregão antes da hora marcada, abordavam seus concorrentes e negociavam a saída de cada um deles em variados itens, de forma a dividir o “produto” sem ter que baixar excessivamente o preço.

<sup>12</sup> Art. 11, incisos XII e XIII do Decreto 3.555/00.

<sup>13</sup> Art. 13 do Decreto 3.555/00.

<sup>14</sup> Art. 1<sup>o</sup>, §1<sup>o</sup>, da Lei 10.520/02: “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.”

<sup>15</sup> Art. 3<sup>o</sup>, §2<sup>o</sup>, do Decreto 3.555/00.

<sup>16</sup> Acreditamos que esse possa ser um ponto a ser alterado numa eventual revisão legislativa da matéria. Retomaremos essa discussão em trabalhos futuros, por questões de limitação de espaço.

<sup>17</sup> Art. 11, I, do Decreto 3.555/00, c/c art. 7<sup>o</sup> do Decreto 3.697/00.

<sup>18</sup> Art. 4<sup>o</sup>, II e III, da Lei 10.520/02, c/c Art. 11, II, do Decreto 3.555/00 e art. 7<sup>o</sup> do Decreto 3.697/00.

<sup>19</sup> Art. 3<sup>o</sup> do Decreto 3.697/00.

<sup>20</sup> Art. 7º, incisos III a VI, do Decreto 3.697/00.

<sup>21</sup> Não é necessário que a licitação seja da modalidade “concorrência internacional” para que permita aos estrangeiros participarem. Na verdade, o que permite a modalidade internacional de excepcional é, basicamente, a possibilidade de cotar preço em moeda estrangeira. Sobre a matéria, verificar Bittencourt (2002, p. 61 et seq.).

<sup>22</sup> Sinteticamente, a doutrina especializada reputa como “grande corrupção” aquela praticada em geral pelas altas autoridades públicas, que tende a dar-se pelo preenchimento inadequado dos conceitos jurídicos indeterminados ligados às diversas formas de evitar a licitação, seja a fim de justificar sua dispensa ou sua inexigibilidade. A “pequena corrupção”, por sua vez, é mais focada no descumprimento de regras procedimentais, deixando de realizar atos que contribuam com a publicidade ou isonomia do processo licitatório. A pequena corrupção, portanto, é o descumprimento frontal de normas ligadas ao processamento da licitação e oferece àquele que a pratica um maior risco de ter sua conduta detectada (ROSE-ACKERMAN, 1978, p. 67-84).

<sup>23</sup> Esse tipo de sanção existe em quase todos os ordenamentos licitatórios e especificamente no Brasil encontra-se regulado no art. 87, III e IV, da Lei 8.666/93.

<sup>24</sup> Essa hipótese não encontra guarida no ordenamento brasileiro.

<sup>25</sup> É essencial que façamos aqui uma importante ressalva: entendemos que o chefe do órgão deve responder pelas irregularidades praticadas nos processos licitatórios sempre que, e apenas quando, participe ativamente na emissão de algum juízo discricionário ou na concretização de algum conceito jurídico indeterminado. Não é possível que se siga adotando uma postura muito em voga no Brasil, que é jogar nas costas do superior hierárquico do órgão o peso de todos os atos de seus subordinados. A responsabilidade há de ser diluída na medida da autonomia administrativa de cada funcionário. O que ocorre hoje é um abuso que não raro impele pessoas capacitadas e sem maiores interesses políticos a não aceitarem cargos-chave na Administração para não serem obrigadas a depois custearem advogados ao longo de anos, às suas próprias expensas, para provarem ao Judiciário que não têm responsabilidade pelos erros que seus subordinados cometeram.

### Bibliografia

BANDEIRA, Luiz Fernando. *Novos mecanismos de prevenção à corrupção em licitações públicas*. 2004. Dis-

sertação (Mestrado)-Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, 2004.

BEDELL, Denise. Como evitar as dores de cabeça do e-procurement. *HSM Management*, Barueri, v. 6, n. 35, nov./dez. 2002.

BITTENCOURT, Sidney. *Estudos sobre licitações internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002.

CARVALHO, Antônio Carlos Passos de. O Estado pode comprar bem, barato e com transparência. *Valor Econômico*, São Paulo, 16 out. 2002.

CLIC-RBS (Agência de notícias). Pregão eletrônico trará economia de 20% para o Estado. *Bolnet, Business OnLine*, Porto Alegre. Disponível em: [http://www.licitacao.net/noticias\\_mostra.asp?p\\_cd\\_notc=293](http://www.licitacao.net/noticias_mostra.asp?p_cd_notc=293). Acesso em: 15 jan. 2004.

DAVIES, Ariel. Electronic public procurement initiatives within the community. *European Law Review*, Southampton, v. 25, n. 6, dez. 2000.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El contrato administrativo*. Madrid: Civitas, 2003.

HEYWOOD, J. Bryan; BARTON, Michael; HEYWOOD, Carolina. *e-Procurement: managing successful e-procurement implementation*. United Kingdom: Pearson Education Limited, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. *O pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2001.

LEDO, Rodrigo. Contas públicas: economia de até 25%. *Correio Braziliense*, Brasília, 25 mar. 2002.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: a study in political economy*. New York: New York Academic Press, 1978.

SIMAP. Vocabulário comum para compras governamentais. *Simap*, [S. l.]. Disponível em: <<http://www.simap.eu.int/EN/pub/docs/webannexes/AnnexI-ComReg-PT.xls>>. Acesso em: 15 jan. 2004.

UNIÃO EUROPÉIA – Comissão Européia. Public procurement in the European Union: exploring the way forward. *BT Group*, [S. l.]. Disponível em: <<http://www.btplc.com/pda/Corporateinformation/Regulatory/RegulatoryInformation/Europeancommissiondocuments/Public/response.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2004a.

\_\_\_\_\_. Los contratos públicos en la Unión Europea: comunicación. *Europa – O portal da União Européia*, [S. l.]. Disponível em: <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l22007.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2004b.