



Victor Amorim: As empresas estatais e a modalidade pregão

A Lei 13.303/2016 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o regime jurídico licitatório e contratual das empresas estatais.

Dentre as inovações promovidas, observou-se a unificação, em um mesmo diploma normativo, dos regramentos referentes aos procedimentos licitatórios. Nesse contexto, foi estabelecido no artigo 32, IV, da Lei 13.303/2016 que, para a aquisição de bens e serviços comuns, preferencialmente será adotada a "modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002".

Ao preconizar ser "preferencial" a adoção do pregão, a Lei 13.303/2016 impõe às estatais o ônus de, inicialmente, analisar o adequado enquadramento do objeto a ser contratado como bem ou serviço "comum"^[1]. Em caso positivo, a não utilização do pregão deve ser precedida de justificativa plausível^[2], seja de ordem técnica, operacional ou, ainda, mercadológica^[3].

Contudo, sendo cabível a modalidade pregão, emergem duas possibilidades^[4]: devem prevalecer, de modo absoluto, as disposições da Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) em detrimento às particularidades da Lei 13.303/2016? Ou, então, é possível empreender uma relação de complementaridade sistêmica entre a Lei 10.520/2002 e a Lei das Estatais?

Como será abordado a seguir, não se está diante de uma antinomia entre as lei 10.520/2002 e 13.303/2016, porquanto não há conflito de normas que venha a demandar os tradicionais critérios de resolução (hierárquico, cronológico e especialidade)^[5]. Ou seja, não há que se falar em antinomia propriamente dita que imponha ao intérprete a utilização dos mencionados critérios de resolução simplesmente pelo fato de que a Lei das Estatais não exclui a incidência da Lei do Pregão.

Ademais, a própria Lei 13.303/2016 (artigo 32, IV) impõe a observância da Lei 10.520/2002, de modo que tal aplicabilidade deve se dar de forma sistêmica e coordenada dos comandos normativos^[6] de modo a vislumbrar um rito procedimental do pregão nas estatais coerente com a finalidade e os objetivos preconizados no artigo 37, XXI e no artigo 173, parágrafo 1º, III da Constituição da República.

Com esteio em tais premissas hermenêuticas, entendemos que não há *incompatibilidade estrutural* entre as leis em questão, existindo, a bem da verdade, vertentes complementares entre os dispositivos que conduzem à otimização procedimental em busca da efetividade e vantajosidade da contratação.

Tal relação de complementariedade é evidenciada a partir das seguintes "composições procedimentais" entre a estrutura lógica da Lei 10.520/2002 e os aspectos — digamos — "acessórios" existentes na Lei 13.303/2016. Vejamos:

Em relação ao critério de julgamento, não obstante estar estabelecido no artigo 4º, X, da Lei do Pregão o "menor preço" como critério a ser utilizado para julgamento das propostas, por meio de uma interpretação sistêmica e em detrimento da literalidade da norma, entende-se pela possibilidade de adoção de critérios subsidiários, como o "maior desconto", porquanto conduziram à mesma finalidade: obtenção do melhor preço. Em tal seara, a despeito de admitido tal critério para os órgãos e entidades da



administração pública direta, autárquica e fundacional, a Lei 13.303/2016, em seu artigo 54, II, consagra a possibilidade de utilização do “maior desconto” como critério de julgamento das propostas, o que, sem sombra de dúvida, poderia ser aplicado nos pregões conduzidos por estatais.

Quanto ao prazo mínimo de divulgação dos editais, a Lei do Pregão estipula um interstício mínimo de oito dias úteis, enquanto que, a Lei das Estatais, "quando adotado como critério de julgamento o menor preço ou o maior desconto", fixa o prazo de cinco dias úteis para aquisição de bens (artigo 39, I, "a") e de 15 dias úteis para serviços (artigo 39, II, "a"). Nesses casos, a fim de se evitar prejuízo à competitividade e antecedência da leitura e compreensão dos editais e à adequada preparação das propostas por parte dos licitantes, defendemos a unificação do prazo mínimo de oito dias para aquisição de "bens comuns" quando adotada a modalidade pregão pelas estatais, mantido o prazo mais favorável de quinze dias quando se tratar de "serviços comuns".

Ainda quanto ao prazo, é preciso compatibilizar a previsão do período de antecedência para protocolo de impugnação, uma vez que, enquanto no pregão é estabelecido um prazo de até dois dias úteis antes da data fixada para a abertura do certame, na Lei 13.303/2016 há a previsão genérica de até cinco dias úteis (artigo 87, parágrafo 1º). Nesse sentir, nos parece mais consentâneo com a lógica colaborativa entre mercado e administração e a própria observância do substancial direito de petição de fundo constitucional (que justifica, inclusive, a própria impugnação), a unificação do prazo de até dois dias úteis para a impugnação dos editais da modalidade pregão nas estatais^[7], talvez se admitindo a extensão para cinco dias úteis quando se tratar de “serviços comuns”, cujo prazo de divulgação mínimo é de 15 dias.

No tocante aos critérios de aceitabilidade da proposta, é preciso consignar que a Lei das Estatais, em seu artigo 56, IV, c/c artigo 57, parágrafos 1º e 3º, adotou o "preço máximo" como regra, de modo que será imperiosa a desclassificação de propostas que "se encontrem acima do orçamento estimado para a contratação" quando realizado o pregão.

Já quanto à divulgação do valor estimado e do orçamento, reputamos por compatível com a modalidade pregão nas estatais, quando adotado o critério do "menor preço", a previsão expressa no artigo 34 da Lei 13.303/2016 no sentido da possibilidade de diferimento da publicidade de tais informações apenas a partir do momento de encerramento da fase de lances.

No tocante aos critérios para aferição de suposta inexecuibilidade das propostas no pregão, na esteira do que consta do enunciado na Súmula 262 do TCU, vislumbra-se a relevância de se aplicar as disposições do artigo 56, incisos III e V e parágrafos 2º e 3º, da Lei das Estatais. Tais dispositivos não só estabelecem o dever de realização de "diligências para aferir a exequibilidade das propostas" — o que inclui a garantia da oportunidade para que as licitantes demonstrem a viabilidade econômica de suas ofertas —, como também a obrigatoriedade de fazer constar dos editais os "critérios de aceitabilidade de preços que considerem o preço global, os quantitativos e os preços unitários".

Quanto aos recursos, dada a realidade prática observada em todas as esferas da administração pública, defende-se a plena aplicabilidade do parágrafo 3º do artigo 110 da Lei das Estatais, que confere efeito suspensivo automático aos recursos "até sua decisão final". Ora, a despeito da previsão contida no inciso XVIII do artigo 11 do Decreto Federal 3.555/2000, de fato não há sentido operacional em não se conferir



efeito suspensivo aos recursos na modalidade pregão, vez que a adjudicação do objeto ao licitante vencedor e a homologação do certame estão condicionadas ao julgamento dos pleitos recursais (artigo 4º, XXI, da Lei 10.520/2002).

Ainda na seara dos recursos, com esteio nas mesmas premissas anteriormente expostas acerca da impugnação e mantida a lógica da "fase recursal única" (artigo 59, *caput*, da Lei 13.303/2016) e da necessidade de expressa manifestação da intenção de recurso (artigo 4º, XVIII, da Lei 10.520/2002), defendemos que, acolhida a intenção de recurso pelo pregoeiro[8], o prazo para a apresentação das razões e contrarrazões recursais será de cinco dias úteis, em conformidade com o parágrafo 1º do artigo 59 da Lei das Estatais.

Outra repercussão relevante da Lei 13.303/2016 que, a nosso ver, é plenamente compatível com a sistemática da Lei do Pregão por uma questão de opção legislativa é a previsão contida no parágrafo 2º do artigo 75, segundo a qual, nas situações em que outro licitante é convocado pela ordem de classificação (exclusão do então melhor colocado em razão de desclassificação ou inabilitação ou quando há recusa em assinatura do contrato), a aceitação das propostas dos licitantes remanescentes, convocados na ordem de classificação, somente será possível "nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados".

Em matéria de sancionamento, entendemos pela aplicabilidade do artigo 7º da Lei 10.520/2002 diante da prática das referidas condutas infracionais no âmbito dos procedimentos licitatórios, na modalidade pregão, realizados pelas estatais. A despeito da Lei 13.303/2016 dedicar uma seção específica com a temática "sanções administrativas" (Seção III do Capítulo II), é de se observar que as penalidades previstas no artigo 83 abrangem tão somente as condutas perpetradas no curso da execução contratual, não contemplando, pois, as atividades antijurídicas praticadas no bojo da licitação propriamente dita. Diante de tal lacuna e face a inexistência de conflito ou incoerência sistêmica, advoga-se a possibilidade de aplicação da penalidade de "impedimento de licitar e contratar" por até cinco anos nos pregões conduzidos por estatais[9] quando o licitante "deixar de entregar documentação exigida para o certame", "apresentar documentação falsa", "não mantiver a proposta" ou "comportar-se de modo inidôneo".

Correlato ao tema das sanções, a Lei das Estatais, em seu artigo 38, viabiliza a aplicação de uma importante ferramenta de análise para o pregoeiro quanto às condições de participação no certame, porquanto promove, normativamente, a desconsideração da personalidade jurídica, possibilidade essa já admitida pela jurisprudência do STJ[10] e TCU[11], não podendo ser olvidadas as dificuldades práticas da medida em face da inexistência de previsão legal expressa e, ainda, o ônus argumentativo procedimental necessário para tanto.

Expostas, de forma exemplificativa, as disposições normativas sistematicamente harmoniosas entre a Lei 10.520/2002 e a Lei 13.303/2016, ressaltamos, por fim, o relevante papel do poder de edição dos "regulamentos internos de licitações e contratos" por parte de cada empresa estatal (artigo 41 da Lei das Estatais), por meio do qual serão, efetivamente, realizadas as ponderações e complementariedades sistemáticas relativas ao "rito do pregão" de acordo com a estrutura e as peculiaridades estruturais da entidade[12].

[1] Nesse sentido: GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das Estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016*



. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 103.

[2] Nesse sentido, vide item 2 do artigo 32 do Regulamento de Licitações e Contratos da Eletrobras: "A modalidade pregão pode deixar de ser utilizada, por decisão discricionária do gestor da unidade de licitações, devidamente motivada, desde que identifique a inexistência de vantagens em adotá-la em detrimento aos procedimentos licitatórios próprios previstos na Lei nº 13.303/2016".

[3] Nesse sentido, no âmbito do Acórdão 2.853/2016-Plenário, foi pontuado pelo TCU: "[No presente caso] verificou-se na Concorrência Emgea 01/2016 [Empresa Gestora de Ativos] a escolha indevida da modalidade concorrência, do tipo técnica e preço, uma vez que não restou demonstrada a impossibilidade da especificação de critérios técnico-operacionais que viessem a estabelecer a capacidade mínima razoável de atendimento condizente com os padrões de qualidade, rendimento e produtividade dos serviços que se desejava contratar, sendo a jurisprudência do TCU remansosa quanto à obrigatoriedade de utilização da modalidade pregão, de preferência na forma eletrônica, para a contratação de bens e serviços comuns, bem como diante do disposto no art. 32, inciso IV, da Lei 13.303/2016".

[4] Com maior aprofundamento acerca das correntes interpretativas do tema, vide o seminal artigo "Aplica-se o pregão nas licitações das estatais, pela lei nº 13.303/2016?", elaborado por Ronny Charles Lopes de Torrs e Adriana Edileuza de Sousa (disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56266/aplica-se-o-pregao-nas-licitacoes-das-estatais-pela-lei-n-13-303-2016>>).

[5] Acerca das antinomias nos sistemas jurídicos, vide: NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução: Elza Maria Gasparoto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 321-364.

[6] Trata-se do chamado "dever de coerência" do ordenamento jurídico que deve nortear o intérprete, bem problematizado pelo jusfilósofo italiano Norberto Bobbio em sua clássica obra *Teoria do Ordenamento Jurídico* (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução: Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2014, p. 108-111).

[7] Note-se que tal solução foi adotada no item 2 do artigo 39 no Regulamento de Licitações e Contratos da Eletrobras: "Na hipótese de edital para a aquisição de bens, cujo prazo de publicidade do edital é de 5 (cinco) dias úteis, conforme alínea "a" do inciso I do Artigo 39 da Lei n. 13.303/2016, para viabilizar o pedido de esclarecimento e a impugnação, o prazo do item anterior é reduzido para 2 (dois) dias úteis antes da data fixada para a ocorrência do certame, devendo o gestor da unidade de licitações responder à impugnação, motivadamente, em até 1 (um) dia útil".

[8] Sobre o tema da admissibilidade da intenção de recurso no pregão, vide artigo de nossa autoria: AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Recursos administrativos na modalidade pregão: aspectos práticos acerca da atuação do pregoeiro. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4855, 16 out. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48111>>.

[9] A aplicação do artigo 7º da Lei 10.520/2002, quando adotada a modalidade pregão, foi a solução vislumbrada pela Caixa Econômica Federal no art. 96 de seu Regulamento de Licitações e Contratos: "Quando for adotada a modalidade Pregão, as condutas relacionadas nos incisos do artigo anterior poderão ensejar a aplicação de penalidade de impedimento de licitar e contratar com a União, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, após regular processo administrativo, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais". No mesmo sentido, é a previsão contida no artigo 115 do Regulamento de Licitações e Contratos da DATAPREV.

[10] Nesse sentido, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 15.166/BA.

[11] Nesse sentido, acórdãos 495/2013, 2.460/2013 e 1.831/2014, todos do Plenário.

[12] Destaca-se, nesse sentido, os itens 3 e 4 do artigo 32, o item 5 do artigo 38 e o item 7 do artigo 39



do Regulamento de Licitações e Contratos da Eletrobras.

Date Created

05/12/2018