

# Pregão Eletrônico: tempo aleatório (randômico) ou prorrogação automática? Qual a melhor (e possível) solução? Opinião legal.

Jair Eduardo Santana

VINTE PALAVRAS DESDE MAIO DE 2000!

Desde a Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000 até o dia atual, agora sob a forma da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, estamos diante do **pregão** que “poderá ser realizado por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica” (art. 2º, parágrafo único e § 1º do artigo 2º das normas mencionadas, respectivamente).

As vinte palavras<sup>1</sup> foram inicialmente regulamentadas pelo Decreto nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000. Desde então o **encerramento da etapa competitiva** é feito na base de um ingrediente que independe da vontade humana: o **tempo aleatório** (também denominado de **randômico**).<sup>2</sup>

O Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, ao substituir o Decreto nº 3.697/00, sobreveio para regulamentar o § 1º do artigo 2º da Lei nº 10.520/02.

No ponto que nos importa, a **estrutura** do encerramento da etapa competitiva permaneceu quase que a mesma<sup>3</sup> de outrora:

Art. 24. [...]

§ 6º A etapa de lances da sessão pública será encerrada por decisão do pregoeiro.

§ 7º O sistema eletrônico encaminhará aviso de fechamento iminente dos lances, após o que transcorrerá período de **tempo de até trinta minutos, aleatoriamente** determinado, findo o qual será automaticamente encerrada a recepção de lances. (destaques nossos).

Jair Eduardo Santana é mestre em Direito do Estado (Puc/SP)

Ou seja, a disputa pelo **menor melhor preço** no pregão eletrônico ocorre em sessão pública que – a bem da verdade – possui tecnicamente **três tempos** (SANTANA, 2009).<sup>4</sup>

iniciada a disputa (Tempo 1), os licitantes ofertam lances sucessivos. Não há, como no pregão presencial, observância à ordem decrescente de valores; há duas limitações quanto à formulação dos lances: (a) o lance deve ser **menor** do que o anteriormente ofertado pelo próprio fornecedor e, simultaneamente, (b) **diferente** de qualquer outro já registrado no sistema<sup>5</sup>. Nesse Tempo 1 o pregoeiro detém o domínio sobre a estipulação da duração do tempo de disputa que, no geral, não tem limitação (de ordem temporal; pode ter, conforme o caso, em relação a outros aspectos<sup>6</sup> envolvidos na disputa).

findo o Tempo 1, o pregoeiro deflagra o Tempo 2 (podemos chamar de **tempo de iminência**), cuja previsão legal se consubstancia no § 7º do artigo 24 do Decreto nº 5.450/02. O **aviso de iminência** é, portanto, ato do pregoeiro e, dessa forma, sujeito à escolha temporal que ele próprio venha a fazer diante das circunstâncias presentes;

após o **tempo de iminência**, o sistema eletrônico assume o comando para, aleatoriamente, em até 30 minutos (Tempo Aleatório ou Randômico – Tempo 3), encerrar a disputa (§ 7º, art. 24, do Decreto nº 5.450/02).

#### **DURAÇÃO DA DISPUTA: O QUE SE BUSCA, AFINAL?**

O que precisa ficar claro a todos, desde logo, ao se falar em **duração da disputa**, é que os **três tempos** citados são concatenados de modo a permitir aos **operadores e demais usuários** (pregoeiros e licitantes) a **realização de negócios** em ambiente que prestigia, de uma só vez, os interesses da Administração Pública e os dos particulares.

Ou seja, a depender principalmente do bom manejo da plataforma eletrônica de aquisições públicas, a Administração Pública poderá conduzir os ofertantes ao **esgotamento** das suas possibilidades e, assim, obter o resultado desejado. Aos fornecedores, em contrapartida, é possível que se embrenhem em disputa saudável até o limite de

suas forças, mostrando-se exauridos conforme seu prudente arbítrio.

Assim, não pode a Administração Pública pretender através da licitação – seja qual for a modalidade eleita – outra coisa que não a **melhor contratação**. Essa, como antecipamos, é aquela que apresenta **vantagem** segundo critérios objetivos previamente postos de modo a observar, de uma só vez, tanto os **interesses da Administração** (de um lado) quanto os **direitos dos Administrados** (de outra parte).

No caso do pregão (onde se adquire bens e serviços comuns), uma **regra normativa de ouro** descendente do contraste principiológico mencionado no item anterior está insculpida na busca pelo **menor melhor preço**, expressão que não me canso de repetir. Esse vetor é, portanto, a agulha magnética da bússola licitatória denominada de pregão.

Evidentemente que, ao se falar em **menor melhor preço**, pensa-se intuitivamente em objeto que ostente igualmente a **melhor qualidade**. Em nossa obra (2009, p. 83)<sup>7</sup> estamos sempre a valorar a **busca pela melhor proposta**, cientes de que essa deve também expressar a **maior vantagem** que, em suma, nada mais é do que a expressão do somatório do **preço** e da **qualidade** num contexto onde se considere todas as demais dimensões (extrínsecas e intrínsecas) do objeto pretendido pela Administração Pública.

A **disputa** serve, grosso modo, para obtenção da **melhor proposta**. E o seu **tempo de duração**, é óbvio, dali não pode se desvincular. É dizer, a **razão de ser** da disputa – com ou sem **tempo de prorrogação automática** – é mesmo propiciar, segundo as normas de regência, a condensação dos vetores que demarcam as aquisições públicas. Há, enfim, de homenagear os interesses contrapostos (poder público e particular) porque essa é mesmo a natureza de qualquer **policitação**.

A disputa acaba – costume dizer (2009) – **por exaustão** ou **esgotamento de ofertas**, seja pela simples decisão do licitante em não mais efetuar lances (como no pregão presencial) ou pela

impossibilidade de tempestivamente fazê-lo na hipótese do pregão eletrônico.

Registre-se que, no entanto, o **parar de dar lances** é decisão exclusiva do fornecedor e este, independentemente do **modo de encerramento da disputa eletrônica** (aleatória ou com prorrogação automática), está vinculado à **lisura** da oferta.

Sob tal prisma (2009, p. 172),

[...]o procedimento licitatório promove a participação dos cidadãos na dinâmica do poder político vez que permite ao particular chegar-se à gestão pública na condição de fornecedor. Dita possibilidade deriva da engenharia constitucional que elaborou modelo de Estado fundado na livre concorrência e no capitalismo, onde se afasta a atividade econômica das missões estatais.

Mas lembremos sempre que os **licitantes** possuem, antes de **direitos**, verdadeiros **deveres** cunhados a partir da Constituição Federal e certamente a **lealdade da oferta** encontra nicho fértil em nosso sistema de normas. Dizer, como dizem, às vezes, que o **tempo de duração da disputa** foi prejudicial aos negócios não é algo que se possa analisar e avaliar de maneira simplista.

#### **ALEATORIEDADE NO ENCERRAMENTO DA DISPUTA NO PREGÃO ELETRÔNICO: JOGO, SORTE OU VANTAJOSIDADE EFETIVA?**

O fato de se ter arquitetado uma mecânica para encerramento da disputa no pregão eletrônico fundada em sistema **aleatório** não é **fato simples**.

Aleatoriedade é palavra que denota **processo repetitivo cujo resultado depende de um conjunto de probabilidades, contingentes, circunstâncias fortuitas e incertas**.

Não se trata no caso do pregão eletrônico, em absoluto, de um outro possível sentido etimológico cunhado a partir da famosa frase *alea jacta est*<sup>8</sup> que se coloca atualmente a significar simplesmente que **a sorte está lançada referindo-se a jogos de azar**.

Raciocínio que considere a **arqueologia das palavras** (FOUCAULT, 1966) nos é extremamente útil para mostrar que – dentre os sentidos possíveis atuais – o **sistema aleatório** de encerramento da disputa **não indica** que o pregão eletrônico instaurou – no regime do Decreto 5.450/02 – um ambiente de cassino camuflado para realizar negócios entre o particular e o Poder Público.

É exatamente o inverso.

Não é difícil compreender que o **tempo aleatório** de que falo busca instaurar **segurança jurídica** a partir do instante em que suprime a vontade humana imediata do processo de decisão em torno da melhor oferta. O que não seria tolerável é a solução diversa que, não tenho dúvida, ofenderia toda a estrutura principiológica e normativa das licitações brasileiras, dada a vulnerabilidade intensa a que se sujeitaria a disputa instaurada em ambiente eletrônico.

O **terceiro tempo (ou aleatório)** catalisa ações já perpetradas de modo antecedente pelo pregoeiro noutros **tempos** (1 e 2) onde sempre se buscou – segundo as regras já faladas – obter a melhor proposta.

**Disparar** a iminência para ingressar no **randômico** é decisão humana que, reconstruída no tempo, deve permitir leitura que evidencie o atingimento de certas buscas (no sentido de concretude) nas etapas respectivas. Fica translúcida a ideia que sempre defendemos a propósito do **perfil do pregoeiro e seu papel na melhor contratação**: este deve possuir domínios e competências plurais para atingir o intento da Administração Pública.

Ou seja, por vias diversas estou a defender a sistemática de encerramento da disputa prevista no Decreto 5.450/02 e, por consequência, as plataformas de aquisições eletrônicas que a encampam (Comprasnet e Licitacoes-e, v.g.). E o faço, no momento, do ponto de vista formal (legal), mas sem deixar de lado aspectos técnicos que passam ao largo do conhecimento jurídico.

A Lei do Pregão, como vimos, delegou ao regulamento a tarefa de **instituir mecanismos e delinear comandos** que possam **dar fiel execução**

àquela norma. E o Decreto Federal invocado desincumbiu-se de sua missão ao seu modo. Se o caminho trilhado foi o melhor, isso lá é outra coisa que não nos cabe avaliar à falta de dados comprobatórios.

Mas não duvido de que se trate de uma **via possível** bem demarcada no rumo da busca segura pela melhor contratação.

### **O TEMPO ALEATÓRIO OU O DE PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA NO ENCERRAMENTO DA DISPUTA ESTÁ ERRADO? DEPENDE!**

Normalmente, quando lanço perguntas como as que encabeçam este escrito<sup>9</sup> costumo ouvir opiniões **excludentes**.

Seguramente porque parte-se de **um pressuposto**. Aí o vitando equívoco. É que há, no caso, **outras opções argumentativas** inteiramente válidas e admitidas pela ordem jurídica.

Explico-me. O pregão é uma modalidade de licitação definida em **lei nacional**<sup>10</sup> que demanda o exercício do poder regulamentar das autoridades administrativas incumbidas da sua aplicação. Os **decretos e atos normativos que lhes façam as vezes** (artigos 117, 118, 119 e 115, dentre outros, da Lei nº 8.666/93) são os **instrumentais** que permitem a **aplicação efetiva e fiel da lei**.

Ou seja, a questão substancial reside, em realidade, nem tanto em apressadamente responder se o **tempo aleatório** é ou não admissível, mas no **desvendar os caminhos possíveis** descortinados pelos decretos e atos normativos congêneres. Tal raciocínio envolve, é claro, conhecer tanto as estruturas **orgânicas** (funcionais) quanto as **espaciais** (federativas) na corporificação do Estado brasileiro.

Dito por outro modo, poderá ser conduzido a equívoco quem não passar o raciocínio pelo **domínio constitucional**. Ali, na Constituição Federal de 1988 é que reside a solução respeitante a **quem é que pode regulamentar o que, e de que modo**.

Nesse passo, o Decreto do Executivo Federal que regulamenta o pregão eletrônico (para o seu âmbito), entendeu por bem instituir mecanismo para aplicação **das 20 palavras** (para lhes dar efetividade), observando as estruturas postas no corpo do artigo 4º da Lei nº 10.520/02 que têm, no caso específico, especial relevância e incidência.

Relembremos, então, que o **encerramento randômico** (ou **aleatório**) foi a opção formalmente válida disponibilizada pelo Executivo Federal para cuidar do **esgotamento de ofertas** no pregão eletrônico.

Se outra esfera de governo ou poder eventualmente tiver solução diversa, desde que consentânea com as normas regentes, por certo que absolutamente nada impedirá a medida.

Restará, enfim, no caso supra, apenas a possibilidade de se comparar *performances* (resultados) porque cuidam de soluções viáveis do ponto de vista técnico e formal.

#### **E A MELHOR VANTAGEM? COMO ELA FICA EM NÃO HAVENDO PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA DO TEMPO DE DISPUTA?**

Na busca pela **melhor contratação**, a SABESP – Companhia de Saneamento Básico de São Paulo<sup>11</sup> tem interessantíssima solução para a disciplina do encerramento do tempo de disputa no pregão eletrônico.

A **prorrogação automática do prazo** ocorre a cada novo lance realizado a partir dos últimos cinco minutos e a plataforma eletrônica de aquisições (entenda-se **sistema informatizado**) automaticamente acresce cinco minutos ao tempo após cada novo lance.

Dita prorrogação ocorre de maneira sucessiva até que não mais sejam registrados lances.

Em termos práticos, o **esgotamento** ou **exaustão de ofertas** de que falo ganha consistência aparente porque minimiza-se (não se fala em extinguir) a possibilidade de **perda de bons negócios** em razão de eventual exiguidade de tempo para a formulação de lances.

Os **atos normativos** que disciplinam tal mecânica estão **conforme** o sistema normativo e podem ser conferidos no site da mencionada concessionária de serviços ([www.sabesp.com.br](http://www.sabesp.com.br)).

Mas notemos que **as duas soluções estão corretas** do ponto de vista formal

Tanto o **encerramento aleatório do tempo de disputa** quanto o **encerramento com prorrogação automática de prazo** são medidas albergadas pelo arcabouço jurídico.

Ambas, cada qual ao seu modo, prestigiam os vetores da licitação aos quais aqui já nos reportamos. Dentre eles, a **melhor contratação**, o **menor melhor preço**, a **celeridade**, o **julgamento objetivo**, a **segurança jurídica** e aqueles outros tantos valores que descabem arrolar nominalmente porque já conhecidos de todos.

Creio que ter ficado registrado que as duas soluções mencionadas **potencializam a disputa** em ambiente eletrônico, diferenciando-se muito pouco em sua verdadeira essência.

## ENFIM, QUAL A MELHOR (E POSSÍVEL) SOLUÇÃO PARA ENCERRAMENTO DA DISPUTA: TEMPO ALEATÓRIO OU PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA?

É o tipo de pergunta que **não tem uma só resposta**, como antevisto.

Um **modelo** (presumo **válido**) pode ser extremamente **eficaz** num determinado **núcleo orgânico-espacial** (Unidade Administrativa, em análise **rasa**) enquanto que **outro figurino** igualmente poderá sê-lo em lugar diverso.

Solução **excludente** não é possível no Brasil se estiver fundada tão somente no fator das preferências e opções extranormativas, porque a **legislação brasileira irradia-se** de núcleos diversos nas dimensões horizontal e vertical para alcançar uma quase infinita constelação de possibilidades hermenêuticas.

Creemos ser fundamental, na definição de um **dado modelo de disputa**, visualizar simultaneamente os valores, vetores, princípios e normas que incidem na espécie. De nada adiantará, por exemplo, prestigiar o **menor melhor preço** (valorizando-se excessivamente a **disputa**) à custa de **tornar vulnerável a segurança jurídica** ou a higidez do procedimento licitatório.

Estamos seguros de que atingir o **ponto de equilíbrio** entre os elementos acima mencionados é a suprema tarefa daqueles que se ocupam de materializar, no plano tecnológico, os comandos legais para o ambiente eletrônico possibilitando, acima de tudo, a efetivação dos interesses da Administração e o respeito aos direitos dos administrados.

Mas **não nos furtemos jamais** a debater acerca de fatores reais e circunstanciais que se incrustam em torno da **vantajosidade**, do **menor melhor preço** e de princípios afins, verificáveis casuisticamente num ou noutro ambiente computacional.

Essa **alteridade** é que tem propiciado a significativa potencialização na performance das aquisições públicas brasileira na última década.

## NOTAS

- 1 O texto integral é o seguinte: "Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica". Ele é o mesmo tanto na MP 2.026/00 quanto na Lei nº 10.520/02.
- 2 Art. 7º – (...) XIII – a etapa de lances da sessão pública, prevista em edital, será encerrada mediante aviso de fechamento iminente dos lances, emitido pelo sistema eletrônico aos licitantes, após o que transcorrerá período de tempo de até trinta minutos, aleatoriamente determinado também pelo sistema eletrônico, findo o qual será automaticamente encerrada a recepção de lances (MP 2.026/2000).
- 3 Havia no regime do Decreto nº 3.697/00 duas opções quanto ao encerramento dos lances, cabendo à Administração decidir sobre uma delas. Não vem ao caso comentá-las no momento.
- 4 Em nossa obra *Pregão presencial e eletrônico – sistema de registro de preços – manual de implantação, operacionalização e controle* não pormenorizamos detalhes técnicos existentes nos sistemas eletrônicos. Aqui, no entanto, algumas referências serão necessárias.
- 5 O Comprasnet tem uma peculiaridade relevante. A despeito de o texto normativo estabelecer expressamente que "não serão aceitos dois ou mais lances iguais, prevalecendo aquele que for recebido e registrado primeiro" (§ 4º, art. 24, do Decreto nº 5.450/02), ali ocorre o contrário. Lances iguais são registrados pelo sistema, porém ordenados segundo a ordem cronológica. Tal aspecto é objeto de estudo inédito de nossa autoria que não cabe ser alongado no presente momento.
- 6 Limitação do número de itens disputados simultaneamente, v.g.
- 7 Dentre outras passagens.
- 8 Expressão que pode ser traduzida por a sorte está lançada!! Teria sido uma frase (em latim) supostamente proferida pelo Imperador Júlio César (Caius Julius Caeser) ao tomar a decisão de cruzar com suas legiões o rio Rubicão, que delimitava a divisa entre a Gália Cisalpina (Gália ao sul dos Alpes, que hoje corresponde ao território do norte da Península Itálica) e o território da Itália. A dita travessia era proibida pelas leis romanas, mas o Imperador ordenou às suas tropas que cruzassem o Rubicão e marchassem contra Roma dando lance decisivo para a tomada do poder.
- 9 Tempo Aleatório (randômico) ou Prorrogação Automática no Pregão Eletrônico? Qual a melhor (e possível) solução?
- 10 Há quem confunda a lei nacional com a lei federal e, por vezes, se esqueça de que há um outro plexo de normas correlatas à dimensão espacial (territorial ou geográfica) na estrutura federativa brasileira.
- 11 Empresa de economia mista, de capital aberto, cujo principal acionista é o governo paulista.

## REFERÊNCIAS

SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão presencial e eletrônico: sistema de registro de preços: manual de implantação, operacionalização e controle*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Les mots et les choses: une archéologie des sciences humanaines*. Paris: Gallimard, 1966.