

LICITAÇÃO - NEGOCIAÇÃO – BOA PRÁTICA – CASOS.

Por Carlos Athayde Valadares Viegas

Mestre em Direito – FUMEC/MG; Especialista em Administração Pública (FJP/MG); Bacharel em Direito – FP/BH; Técnico Judiciário do TRT-3ª; Assessor da Diretoria-Geral (1999-2006); Diretor de Pessoal (2007-2008); Diretor de Coordenação Administrativa (2011-2014); Secretário de Material e Logística (2015-atual); Professor da Academia de Polícia Militar do Estado de Minas Gerais.

Por Paulo Sérgio Barbosa Carvalho

Mestre em Administração pela Faculdade de Ciências Empresariais da Universidade FUMEC - Fundação Mineira de Educação e Cultura (Área de Concentração em Gestão Estratégica de Organizações); Pós-Graduado em: Administração do Comércio Exterior pela Faculdade de Ciências Gerenciais da UNA/CEPEDERH/MG; Direito de Empresa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Direito de Empresa pela Universidade Gama Filho/RJ e Centro de Atualização em Direito – CAD/MG; Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas/MG; Licitações e Contratos Administrativos pelo Centro Universitário UMA/MG; Administração Pública com ênfase em Gestão Pública pela Fundação João Pinheiro/MG; Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG; Analista Judiciário do TRT da 3ª Região (out./2006); Assistente de Desembargador (dez./06-ago./12); Assessor Jurídico de Licitações e Contratos da Diretoria-Geral (set./12-mar./15); Assessor de Desembargador (abr.-dez./15); Diretor-Geral (biênio 2018/2019); Professor de Pós-graduação do CEDIN desde 2016 (FA/MG).

A Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, foi sancionada com o propósito de regulamentar o artigo 37, inciso XXI da Constituição da Federal de 1988, ao instituir normas para licitações e contratos da Administração Pública (art. 1º)2, ressalvadas as hipóteses nela previstas (art. 2º)3.

Segundo o professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁴ pode-se conceituar licitação como sendo:

[...] o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

Portanto, a licitação consiste no procedimento administrativo formal (art. 4º, parágrafo único, Lei Federal nº 8.666/1993)⁵, em que a Administração Pública convoca, mediante condições estabelecidas no instrumento convocatório (edital ou convite, a depender da modalidade

¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998).

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.

² Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

³ Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

⁴ **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 534.

⁵ Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.

licitatória adotada), interessados em oferecer propostas de preços para o fornecimento de bens, prestação de serviços ou execução de obras.

O procedimento licitatório, conforme ensina o citado autor⁶, possui os seguintes objetivos:

[...] visa a alcançar um triplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto), assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares e concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

É o que se depreende da leitura do art. 3º da Lei Geral de Licitações:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

O procedimento licitatório possui duas fases autônomas e sequenciais: uma interna e outra externa. Na fase interna realizam-se os atos preparatórios relacionados à necessidade e conveniência da realização da contratação pública (aquisição de bens, de obras ou de serviços). Assim, a Administração Pública define: a modalidade [(concorrência, tomada de preços, convite)⁷ ou pregão⁸ (presencial⁹ ou eletrônico¹⁰)], o tipo de licitação (menor preço, melhor técnica, técnica e preço)¹¹, detalha o seu objeto (especificações técnicas, quantitativos etc.) e estabelece as bases e condições do futuro contrato e os requisitos a serem atendidos pelos licitantes. Nessa fase preparatória, elabora-se o projeto básico (modalidades da Lei nº 8.666/1993)¹² ou termo de referência (modalidade pregão)¹³, instrumentos esses de suma

⁶ Ob. cit., p. 534.

⁷ Art. 22. São modalidades de licitação: I - concorrência; II - tomada de preços; III - convite; IV - concurso; V - leilão.

⁸ Decreto nº 3.555, de 08/08/2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.

⁹ Lei nº 10.520, de 17/07/2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

¹⁰ Decreto nº 5.450, de 31/05/2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

¹¹ Art. 45. [...].

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: (Redação dada pela Lei nº 8.883/1994).

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. (Incluído pela Lei nº 8.883/1994).

¹² IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;

b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;

c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

importância, porquanto trazem em seu objeto os elementos essenciais que balizarão a realização do procedimento licitatório e da futura execução contratual. Quanto ao termo de referência, Jair Eduardo Santana e Tatiana Camarão¹⁴ afirmam que, além de permitir a avaliação do custo, ele possui as seguintes funções:

demonstrar, pelo seu conteúdo, se as necessidades administrativas (instrumentalmente falando) estão sendo atendidas a contento debaixo do regramento constitucional (e principiológico) que lhes é peculiar;

permite que a elaboração da proposta se faça adequadamente, bem assim o seu correlato julgamento pelo pregoeiro;

viabiliza a execução do ajuste, porque a demanda motriz deste está enraizada naquele, do qual não pode se distanciar;

nem se diga que o Termo de Referência – ao dimensionar o objeto (em sua especificação ou definição) – não cumpriu papel destacado. Ao transitar por tal domínio, o Termo de Referência obrigatoriamente sofre toda a sorte de limitações postas pela ordem jurídica a partir de diretrizes constitucionais.

Concluídos os atos preparatórios, dá-se início à fase externa da licitação com a publicação do respectivo ato convocatório (concorrência, tomada de preços e pregão, por meio do Edital; convite, por meio da carta-convite endereçada às pessoas selecionadas pela Administração), desdobrando-se em duas etapas fundamentais: (i) a análise das condições de habilitação dos licitantes; e (ii) análise das propostas comerciais daqueles habilitados. Estas ocorrem nas modalidades previstas na Lei nº 8.666/1993 (art. 43)¹⁵, invertendo-se, todavia, na modalidade pregão (presencial ou eletrônico)¹⁶. Assim, ultimada a fase externa com a homologação e adjudicação do objeto licitado para as modalidades da Lei Geral (art. 43, VI)¹⁷ e, quanto ao Pregão, a adjudicação do objeto ao licitante vencedor pelo pregoeiro (que deverá enviar o processo licitatório devidamente instruído à autoridade superior para proceder à homologação do certame (art. 4º, XX e XXI, Lei nº 10.520/2002; art. 11, IX, XI e 27, Decreto nº 5450/2005),

e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

¹³ Decreto nº 3.555/2000 - Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras: [...]

II – o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato; [...]

Decreto nº 5.450/2005 – Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte: [...]

§ 2º O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.

¹⁴ **Termo de Referência: o impacto da especificação do objeto e do termo de referência na eficácia das licitações e contratos.** 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 44-45.

¹⁵ Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação; [...]

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos; [...]

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital; [...]

¹⁶ Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: [...]

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório; [...]

XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

¹⁷ VI – deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

passa-se à etapa seguinte de celebração do respectivo contrato administrativo com o adjudicatário para início de sua execução (art. 27, § 1º, Decreto nº 5.450/2005).

Considerando que nos dias atuais grande parte das licitações são processadas na modalidade pregão e na forma eletrônica, seguindo as orientações traçadas pelo Tribunal de Contas da União¹⁸, faz-se necessário tecer algumas considerações quanto à etapa de julgamento das propostas de preços, na seleção daquela mais vantajosa para atender aos interesses da Administração Pública. Isto porque a Lei que instituiu a modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns dispôs em seu artigo 4º que, após examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade (inciso XI). E caso a oferta não seja aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor (inciso XVI). Nessas situações, consignou que:

XVII - nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor;

[...] (grifo nosso)

O Decreto nº 3.555/2000, que regulamentou o pregão na modalidade presencial, determinou o dever do pregoeiro em negociar diretamente o valor da oferta com o licitante titular da proposta classificada em primeiro lugar¹⁹. No mesmo sentido o Decreto nº 5.450/2005, que regulamentou o pregão na forma eletrônica²⁰. Daí porque o Tribunal de Contas da União vem decidindo de forma reiterada a necessidade de se adotar como boa prática a negociação do preço ofertado e classificado em primeiro lugar pelo pregoeiro, de modo a atingir o objetivo da seleção mais vantajosa para a Administração. Confirmam-se os seguintes julgados a respeito da egrégia Corte de Contas:

[...]

3 - ACHADOS DE AUDITORIA

[...]

3.9 - Ausência de encaminhamento de contraproposta do pregoeiro à licitante que apresentou o lance mais vantajoso

3.9.1 - Tipificação do achado:

Classificação - outras irregularidades

Tipo - Improriedades no processo licitatório

3.9.2 - Situação encontrada:

¹⁸ Acórdão nº 767/2010 - Plenário - Rel. Min. José Jorge; Acórdão nº 2.301/2013 - Plenário - Rel. Min. Ana Arraes.

¹⁹ Art. 11. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

XVI - nas situações previstas nos incisos XI, XII e XV, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor; [...]

²⁰ Art. 24. Classificadas as propostas, o pregoeiro dará início à fase competitiva, quando então os licitantes poderão encaminhar lances exclusivamente por meio do sistema eletrônico.

[...]

§ 8º Após o encerramento da etapa de lances da sessão pública, o pregoeiro poderá encaminhar, pelo sistema eletrônico, contraproposta ao licitante que tenha apresentado lance mais vantajoso, para que seja obtida melhor proposta, observado o critério de julgamento, não se admitindo negociar condições diferentes daquelas previstas no edital.

§ 9º A negociação será realizada por meio do sistema, podendo ser acompanhada pelos demais licitantes. [...] (grifos nosso)

Nos pregões eletrônicos promovidos pelo CLA, embora haja expressa previsão nos editais, de encaminhamento de contraproposta diretamente à licitante que tenha apresentado o lance mais vantajoso, visando a obtenção de melhor proposta para a Administração, verificou-se que os pregoeiros do órgão sequer tentam manter negociação de preço mais vantajoso junto às licitantes.

(...)

3.9.7 - Esclarecimentos dos responsáveis:

O § 8º do art. 24 do Decreto nº 5.450/2005 estabelece que "o pregoeiro poderá encaminhar, pelo sistema eletrônico, contraproposta ao licitante que tenha apresentado lance mais vantajoso", assim como está definido nos editais de licitação elaborados pelo Centro. O pregoeiro, após o encerramento da fase de lances, verifica se o valor proposto pela empresa está abaixo do valor estimado pela Administração e, discricionariamente, encaminha a contraproposta, e, obrigatoriamente, encaminha a contraproposta, caso o valor esteja acima do estimado.

Em todos os pregões eletrônicos citados, o valor final proposto pelas empresas estava abaixo do estimado pela Administração.

(...)

Para os próximos certames, serão observadas as orientações para evitar a reincidência dessa falha. (folhas 327/465 do Volume 1)

3.9.8 - Conclusão da equipe:

Embora o art. 24, § 8º, do Decreto nº 5.450/2005 estabeleça que o pregoeiro poderá encaminhar contraproposta ao licitante que tenha oferecido o lance mais vantajoso, entende-se que a ausência de negociação impede à Administração a obtenção de melhor proposta de preços, objetivo norteador da licitação, inclusive nos casos em que o valor proposto pela licitante esteja abaixo do valor orçado pela Administração.

Deste modo, considera-se salutar tal prática, mesmo nos casos em que o valor da proposta seja inferior ao valor orçado, cabendo, ante a inexistência de obrigatoriedade legal ou regulamentar, recomendação ao CLA, a fim de que, nos pregões eletrônicos que vier a promover, independentemente do valor proposto, estabeleça efetiva negociação junto à licitante que tenha oferecido o lance mais vantajoso, visando a obtenção de melhor proposta de preços para a Administração.

[...]

5 - ENCAMINHAMENTO

Ante todo o exposto, somos pelo encaminhamento dos autos ao Gabinete do Exmo. Sr. Ministro-Relator Valmir Campelo, com a(s) seguinte(s) proposta(s):

Proposta da equipe

[...]

II) Em futuras licitações e contratações, passe a observar o entendimento do TCU em relação aos seguintes temas:

[...]

Recomendação a Órgão/Entidade: CENTRO DE LANÇAMENTO DE ALCÂNTARA: Recomendar que, nos pregões eletrônicos que vier a promover, mesmo nos casos em que o valor da proposta seja inferior ao valor orçado, estabeleça efetiva negociação junto à licitante que

tenha oferecido o lance mais vantajoso, visando a obtenção de melhor proposta de preços para a Administração.

[...]

11. O primeiro grupo é composto por ocorrências que ensejam a formulação de determinações corretivas e preventivas ao Centro Espacial de Alcântara e ao Grupamento de Apoio do Rio de Janeiro:

[...]

e) ausência de encaminhamento de contraproposta do pregoeiro à licitante que apresentou o lance mais vantajoso;

[...]

9.4. recomendar ao Centro de Lançamento de Alcântara que, nos pregões eletrônicos que vier a promover, mesmo nos casos em que o valor da proposta seja inferior ao valor orçado, estabeleça efetiva negociação junto à licitante que tenha oferecido o lance mais vantajoso, visando a obtenção de melhor proposta de preços para a Administração;

[...]21

[...]

d) ausência de tentativa de negociação para reduzir o preço final, conforme previsão contida no art. 24, § 8º, do Decreto nº 5.450/2005.

32. No que concerne à ausência de tentativa de negociação para reduzir o preço final, conforme previsão contida no art. 24, § 8º, do Decreto nº 5.450/2005, creio ser razoável que tal medida seja adotada como prática no âmbito dos pregões eletrônicos. Apesar de o mencionado normativo estabelecer que o pregoeiro “poderá” encaminhar contraproposta, me parece se tratar do legítimo caso do poder-dever da Administração. Ou seja, uma vez concedida a prerrogativa legal para adoção de determinado ato, deve a administração adotá-lo, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, até porque tal medida em nada prejudica o procedimento licitatório, apenas ensejando a possibilidade de uma contratação por valor ainda mais interessante para o Poder Público.

33. Nada obstante, em que pese a inexistência de negociação no caso concreto, creio que tal ocorrência não tem o condão de tornar impertinente o valor da proposta vencedora, mesmo porque ela se encontrava abaixo do preço referencial, sendo suficiente, a meu ver, que seja dada ciência à entidade acerca do dever de negociação.

[...]

9.3. cientificar a Universidade Federal de Juiz de Fora que:

9.3.1. constitui poder-dever da Administração a tentativa de negociação para reduzir o preço final, conforme previsto no art. 24, § 8º, do Decreto nº 5.450/2005, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa;

[...]22 (grifo do original)

[...]

Ausência de negociação com a licitante vencedora

²¹ Acórdão nº 3.037/2009 – Plenário - Rel. Min. José Múcio Monteiro.

²² Acórdão nº 694/2014 – Plenário - Rel. Min. Valmir Campelo.

Análise precedente (peça 18)

57. Questionada sobre a realização, por meio do sistema, de negociação com a licitante vencedora a fim de obter melhor proposta, nos termos do art. 24, §§ 8º e 9º, do Decreto 5.450/2005, a Funasa respondeu não ter procedido à negociação (peça 17, p. 16-17).

58. Conforme a análise prévia, a não realização da negociação indicaria que o gestor não teria adotado todas as medidas a seu alcance para o atendimento do interesse público, nesse caso, a obtenção de preços mais vantajosos.

Manifestação da Funasa (peças 32, p. 15-17)

59. A entidade defende que, de acordo com os dispositivos legais mencionados, não existe obrigatoriedade de que a pregoeira realize negociação com a licitante que ofereceu menor preço, desde que esse preço esteja abaixo do valor estimado para a contratação.

60. A Fundação argumenta que, mesmo que a medida houvesse sido adotada, a negociação não teria obtido êxito, já que a empresa, ao participar da fase de lances, teve a oportunidade de ofertar preços inferiores aos de empresas melhores classificadas e não o teria feito, por ter chegado ao seu limite, acredita.

Manifestação da Cast Informática S.A. (peças 30, p. 3)

61. A manifestação da empresa não trouxe acréscimos à da Funasa, quanto ao item.

Análise

62. O entendimento esposado pela Funasa não se compatibiliza com o que tem sido defendido pelo Tribunal, conforme decisão recente sobre a matéria.

63. No pregão, constitui poder-dever da Administração a tentativa de negociação para reduzir o preço final, conforme previsto no art. 24, § 8º, do Decreto 5.450/2005, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa. A respeito, leia-se o Informativo 190/2014 publicado pelo TCU, com texto sobre o Acórdão 694/2014-Plenário:

‘Ainda na Representação oferecida contra o pregão da UFJF, fora constatada a ‘ausência de tentativa de negociação para reduzir o preço final, conforme previsão contida no art. 24, § 8º, do Decreto nº 5.450/2005’. O relator ponderou que apesar ‘de o mencionado normativo estabelecer que o pregoeiro ‘poderá’ encaminhar contraproposta, me parece se tratar do legítimo caso do poder-dever da Administração’. Em outros termos, defendeu que ‘uma vez concedida a prerrogativa legal para adoção de determinado ato, deve a administração adotá-lo, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, até porque tal medida em nada prejudica o procedimento licitatório, apenas ensejando a possibilidade de uma contratação por valor ainda mais interessante para o Poder Público’. No caso concreto, embora tenha sido dispensada a etapa de negociação, o relator considerou que a ocorrência não tornava impertinente o valor arrematado, tendo em vista que ele encontrava-se em patamar inferior ao preço de referência da licitação. O Tribunal, então, seguindo o entendimento do relator, decidiu por que fosse dada ciência à universidade sobre o dever de negociação.’

64. O fato de o valor da oferta ter sido inferior à estimativa da licitação não afasta o dever de negociação. Nesse sentido, também, o Acórdão 3.037/2009-Plenário.

65. Dessa forma, confirmada a falha, torna-se necessário que dele se dê ciência à entidade, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrências semelhantes.

[...]

CONCLUSÃO

[...]

102. Confirmou-se, também, que não houve negociação de preços com a licitante vencedora, conforme preceituado no art. 24, §§ 8º e 9º, do Decreto 5.450/2005 (itens 57-65).

[...]

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

106. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

[...]

106.4. dar ciência à Fundação Nacional de Saúde sobre as seguintes impropriedades, relativas ao pregão eletrônico 2/2015, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrências semelhantes:

[...]

c) não realização, por meio do sistema, de negociação com a licitante vencedora a fim de obter melhor proposta, em afronta ao art. 24, §§ 8º e 9º, do Decreto 5.450/2005;

[...]

VOTO

[...]

16. Questionada sobre a realização de negociação com a licitante vencedora a fim de obter melhor proposta, nos termos do art. 24, §§ 8º e 9º, do Decreto 5.450/2005, a Funasa respondeu não ter procedido à negociação. Ocorre que, no pregão, constitui poder-dever da Administração a tentativa de negociação para reduzir o preço final, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, mesmo que eventualmente o valor da oferta tenha sido inferior à estimativa da licitação. Nesse sentido, os Acórdãos 3.037/2009 e 694/2014, ambos do Plenário.

[...]

9. Acórdão:

[...]

9.3. com base no art. 7º da Resolução-TCU 259/2014, dar ciência à Fundação Nacional de Saúde sobre as seguintes impropriedades, relativas ao pregão eletrônico 2/2015, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrências semelhantes:

[...]

9.3.3. não realização, por meio do sistema, de negociação com a licitante vencedora a fim de obter melhor proposta, em afronta ao art. 24, §§ 8º e 9º, do Decreto 5.450/2005, e à jurisprudência do TCU, conforme Acórdãos 3.037/2009 e 694/2014, ambos do Plenário;

[...]23 (negrito e grifos do original)

[...]

3.3.6. Identificaram-se outros indícios de irregularidade no Pregão Eletrônico 9/2014, quais sejam: (i) no dever legal de aplicar sanções a licitantes que deixaram de entregar documentação

²³ Acórdão nº 2.637/2015 – Plenário - Rel. Min. Bruno Dantas.

dentro do prazo de validade de suas propostas, contrariando o art. 7º da Lei 10.520/2002; (ii) na ausência de negociação de valor de proposta no certame, em desacordo com o art. 24, § 8º, do Decreto 5.450/2005.

[...]

d) dar ciência à Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério da Justiça, com fundamento no art. 7º da Resolução – TCU 265/2014, sobre a ausência de negociação com o licitante vencedor, visando obter melhor proposta de preços, identificada no Pregão Eletrônico 9/2014, dado que essa providência deve ser tomada mesmo em situação na qual o valor da proposta seja inferior ao valor orçado pelo órgão licitante, considerando o princípio da indisponibilidade do interesse público, e o disposto no art. 24, § 8º, do Decreto 5.450/2005, com a interpretação dada pelo TCU mediante os Acórdãos 3.037/2009 e 694/2014, ambos do Plenário, com vistas à adoção de controles internos que mitiguem a possibilidade de ocorrência de outras situações semelhantes;

[...]

Ademais, a impropriedade consistente na ausência de negociação do preço ofertado pela licitante vencedora contraria o princípio da indisponibilidade do interesse público e a jurisprudência do TCU, devendo ser extirpada das licitações futuras do Ministério da Justiça.

[...] (grifo nosso)

Por outro lado, apesar de a Lei Geral de Licitações não trazer no seu bojo a obrigação de a comissão processante negociar o preço da proposta vencedora, o Tribunal de Contas da União²⁴ já externou o seu entendimento no sentido de que é também dever dela negociá-lo, conforme se infere do seguinte julgado:

[...]

21. A corroborar o acima exposto, julgo oportuno frisar ainda que a realização de negociação no âmbito de uma concorrência, sob a ótica da legalidade estrita, não encontra supedâneo na Lei de Licitações e Contratos. Tal prerrogativa administrativa encontra-se explicitada tão somente na Lei do Pregão e no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), nos termos que se seguem.

Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002):

Art. 4º (...)

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;

XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

XV - verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor;

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

²⁴ Acórdão nº 1.401/2014 – 2ª Câmara - Rel. Min. José Jorge.

XVII - nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor; (grifei)

RDC (Decreto Federal nº 7.581/2011, que regulamenta a Lei nº 12.462/2011):

Art. 43. Após o encerramento da fase de apresentação de propostas, a comissão de licitação classificará as propostas por ordem decrescente de vantajosidade.

§ 1º Quando a proposta do primeiro classificado estiver acima do orçamento estimado, a comissão de licitação poderá negociar com o licitante condições mais vantajosas.

§ 2º A negociação de que trata o § 1º poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação, quando o primeiro colocado, após a negociação, for desclassificado por sua proposta permanecer superior ao orçamento estimado. (grifei)

22. Não obstante concluir, tal qual a unidade técnica, que cabe sim negociação – na busca da proposta mais vantajosa para a Administração Pública – no âmbito de todas as modalidades licitatórias, aí se inserindo, por óbvio as previstas na Lei nº 8.666/93, não se me afigura desarrazoado que os integrantes da comissão de licitação tenham concluído pela impossibilidade de se negociar condições mais vantajosas com licitantes no âmbito de uma concorrência.

[...]

Vê-se, portanto, que em qualquer modalidade de licitação adotada pela Administração Pública, constitui-se poder-dever tanto da comissão processante quanto do pregoeiro negociar o valor da proposta comercial ofertada pela empresa vencedora do certame, na busca de condições mais vantajosas.

Aliás, esta boa prática de se negociar o valor da proposta vencedora e de contrato foi adotada no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, a partir do exercício de setembro de 2012, quando assumimos a Assessoria de Licitações e Contratos da Diretoria-Geral, em decorrência de experiência de quase dezoito anos de trabalho na advocacia empresarial. E a adoção de tal prática, apesar de resistências internas, resultou em ganhos significativos para o Tribunal, conforme passaremos a descrever alguns casos a seguir.

Mas, antes de enumerá-los, cabe esclarecer o que seja "negociação" na sua concepção jurídica. De Plácido e Silva a descreve assim:

[...]. Do latim negotiatio, de negotiari (comerciar, fazer comércio, traficar), é comumente empregado para designar a discussão ou estudos feitos acerca de um negócio ou de um contrato, preliminarmente, para que, por eles, se chegue a um acordo e se tenha concluído ou fechado o negócio ou o contrato.

A negociação, assim, significa o entendimento preliminar, de que possa resultar o contrato ou de que possa resultar o negócio, que não se considera acabado ou concluído, enquanto as partes não se ajustam nas condições ou cláusulas, em que se possa realizar, e não firmam, em definitivo, seu consentimento.

[...]25

Também cabe ressaltar qual é o entendimento jurídico que se tem por "negociata", porquanto esta constitui de um ajuste escuso, voltado para obtenção de vantagens ilícitas (financeiras, patrimoniais ou outras) em favor das pessoas (físicas ou jurídicas) envolvidas no negócio fraudulento, em detrimento dos interesses públicos. A propósito, cita-se a conceituação do citado autor:

²⁵ **Vocabulário Jurídico**. 10ª ed., vol. III e IV, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 238.

[...]. Derivado de negócio, é geralmente empregado para designar a operação duvidosa ou a transação, em que há lucros ilícitos. Negócios inconfessáveis.

Não se refere, simplesmente, às operações comerciais. Qualquer operação, em que haja fraude ou conluio e seja promovida no intuito de dar ganhos indevidos às pessoas, que dela participam, ou influem para sua efetivação, assim se qualifica.²⁶

Daí porque, quando da realização de negociação de preços e demais condições contratuais com o futuro contratado, é importante o agente público adotar medidas preventivas (compliance), no sentido de atender aos princípios basilares da Administração, tais como: economicidade, moralidade, publicidade, probidade e transparência. Vejamos agora alguns casos de negociação ocorridos no Tribunal.

1º Caso: Fase Externa da Licitação - Julgamento da Proposta - Negociação do preço ofertado.

No ano de 2013, o TRT da 3ª Região iniciou os trabalhos internos para contratação de empresa jurídica de direito privado que operasse plano de assistência à saúde, devidamente registrada e ativa na Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANSS), para prestação do serviço de assistência médica, hospitalar e ambulatorial, exames complementares e serviços auxiliares de diagnóstico e terapias, internações clínicas, cirúrgicas, obstétricas, dependência química e psiquiátricas, inclusive aquelas de maior complexidade, incluindo quimioterápicos oral, endovenosa e intratecal para tratamento de neoplasias, radioterapia IMRT e tridimensional, internações em Unidade de Terapia Intensiva/Centro de Terapia Intensiva adulto, infantil e neonatal, utilização de leitos especiais e transporte aeromédico, aos beneficiários regularmente inscritos no Plano de Assistência à Saúde do Tribunal, por meio de licitação pública, na modalidade pregão, na forma eletrônica.

Entre as diversas questões de alta relevância que surgiram no decorrer da elaboração do respectivo termo de referência, uma chamou a atenção e provocou divergências de entendimento entre as unidades administrativas do Tribunal. Ela dizia respeito a se incluir (ou não) na cláusula de julgamento das propostas, da regra prevista no artigo 22, inciso IV da Lei nº 8.212/1991, que previa o recolhimento da contribuição previdenciária de 4,5%, a cargo do tomador dos serviços, sobre o valor dos serviços prestados por intermédio de cooperativas de trabalho. Após várias reuniões a respeito, a Assessoria Jurídica de Licitações decidiu que ela deveria constar do termo de referência, até porque importaria no critério de objetivo de julgamento, caso houvesse a participação de cooperativas de trabalho médico no certame. Isto porque, caso essa viesse a apresentar a proposta de menor preço, este deveria ser acrescido do citado percentual, de modo a verificar a se, de fato, era a de menor valor. Dessarte, o termo de referência consignou a seguinte cláusula:

[...]

7.4 Se o licitante for cooperativa de trabalho médico, para fins de julgamento da proposta, será acrescido o percentual de 15% (quinze por cento), conforme detalhado nos subitens 7.4.1 a 7.4.3, a título de contribuição previdenciária que constitui obrigação da Administração Contratante (art. 22, IV, Lei nº 8.212/91, com a redação introduzida pela Lei nº 9.876/99 c/c art. 15, I, Lei nº 8.212/91 e art. 219 da IN SRFB nº 971/2009).

[...]

7.4.3 Sobre o Preço Global Anual, citado no item 9.1.4, será acrescido do percentual de 4,5% (quatro vírgula cinco por cento), resultado de 15% (quinze por cento) – percentual de INSS - sobre 30% (trinta por cento), que é o percentual mínimo estimado na legislação vigente.

[...]27 (grifos do original)

²⁶ Ob. citado.

Assim, fora publicado o Edital do Pregão Eletrônico nº 07/2013, o qual previa a seguinte cláusula (vide nota 26):

9 – JULGAMENTO DA PROPOSTA

9.1 – Para julgamento da proposta será considerada vencedora aquela que, estando de acordo com as especificações e condições exigidas neste Edital, ofertar o MENOR PREÇO GLOBAL ANUAL, apurado conforme o item 9 e a planilha de preços constantes do Termo de Referência (Anexo II).

9.2 - Sobre o preço global anual da proposta apresentada por cooperativa de trabalho médico, será acrescido o percentual de 4,5% (quatro vírgula cinco por cento), a título de contribuição previdenciária que constitui obrigação da Administração Contratante (item 7.4 e seguintes do Termo de Referência - Anexo II).

- O percentual acima é o resultado de 15% (quinze por cento) - percentual de INSS - sobre 30% (trinta por cento), que é o percentual mínimo fixado na legislação vigente.

9.2 (sic) - Declarada encerrada a etapa competitiva e ordenadas as propostas, o pregoeiro examinará a aceitabilidade da primeira classificada, quanto ao objeto e valor, decidindo motivadamente a respeito.

[...] (grifos e negrito do original)

No decorrer do certame, apenas uma empresa ofertou proposta de preço, que após negociação (eletrônica) pela pregoeira, resultou no importe global anual de R\$29.177.869,80 (vinte e nove milhões, cento e setenta e sete mil, oitocentos e sessenta e nove reais e oitenta centavos). Assim, solicitado o envio da documentação de habilitação, constatou-se que se tratava de cooperativa de trabalho médico, razão pela qual a questão foi submetida à Assessoria Jurídica, que sugeriu o sobrestamento do certame e a convocação da empresa para início de negociação presencial com a administração do Tribunal, acompanhada da referida Assessoria e do Núcleo de Controle Interno. E qual foi o entendimento da Assessoria Jurídica: ora, em se tratando de apenas uma empresa que apresentou proposta de preço no certame, cuja natureza jurídica era de cooperativa de trabalho médico, e caso houvesse outra empresa que tivesse ofertado preço igual àquele ofertado por ela, o valor deveria ser reduzido à razão de 4,5%, equivalente à incidência da contribuição patronal que iria ser devido sobre a prestação de serviços mensais pela empresa ao Tribunal. De início houve divergências, porquanto a administração entendia, a princípio, que a empresa não minoraria o valor de sua proposta, posto que era a única licitante, bem assim poderia haver risco de não contratação, com prejuízos para os beneficiários dos planos de saúde. Não obstante, houve o consenso no sentido de negociar presencialmente. Assim, seguiram-se três reuniões de negociação intensas no espaço de um mês com os representantes das partes, sendo que na última, a empresa aquiesceu em reduzir o preço de sua proposta em 4,5%, bem assim se comprometeu a apresentar nova proposta eletrônica. Cabe ressaltar que todas as reuniões foram formalizadas em atas, datadas, assinadas por todos os presentes e colacionadas aos autos do processo licitatório. Dessa feita, a empresa apresentou nova proposta no valor global anual de R\$27.865.075,22 (vinte e sete milhões, oitocentos e sessenta e cinco mil, setenta e cinco reais e vinte e dois centavos)²⁸, razão pela qual foi ela declarada vencedora e arrematante do certame, o qual foi homologado pela autoridade superior, que lhe adjudicou o respectivo contrato (nº 13SR023). Também cabe ressaltar que o citado contrato foi celebrado pelo prazo de cinco anos, o que importou em economia significativa para o erário, considerada as prorrogações do ajuste (R\$1.312.794,58 x 5 = R\$6.563.972,90), uma vez que, sobre esse valor reduzido iria incidir os eventuais pedidos de reajustes e de revisões.

²⁷ Edital do Pregão Eletrônico nº 07/2013, Anexo II. Disponível em:

<http://www.trt3.jus.br/download/dsmp/licitacoes/2013/pe_07_2013_edital_modificado.pdf>.

²⁸ Termo de Adjudicação disponível em:

<http://www.trt3.jus.br/download/dsmp/licitacoes/2013/documentos/pe_07_2013_adj.pdf>.

Por fim, cabe lembrar que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da contribuição patronal incidente sobre a prestação de serviços por cooperativas de trabalho prevista no inciso IV do artigo 22 da Lei nº 8.212/1991, por meio do acórdão preferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 595.838-SP, o que veio a desonerar o Tribunal, que deixou de recolher dita contribuição, consoante Solução de Consulta nº 152 – COSIT e DISIT/SRRFo8 nº 8089, exaradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. A propósito, confira-se artigo do autor publicado na Revista JML Licitações e Contratos, Ano XI / nº 42, Jan / Mar 2017, págs. 28/36.

2º Caso: Fase Externa da Licitação - Julgamento da Proposta - Negociação do preço ofertado.

No final do ano de 2014, o TRT da 3ª Região publicou o Edital do Pregão Eletrônico nº 42/201429, para registro de preços, tendo por objeto a contratação de solução integrada de colaboração e comunicação corporativa baseada em nuvem, incluindo suporte técnico, instalação, configuração, integração e treinamento, a ser prestada por uma única empresa, composto por quatro itens, conforme quantidades, especificações técnicas e preços referenciais máximos descritos no termo de referência (Anexo II ao Edital), a saber:

Item	Descrição	Unidade	Valor Unitário R\$	Quantidade Registrada	Valor Total R\$
1	Solução integrada de colaboração e comunicação corporativa baseada em nuvem, compreendendo: <ul style="list-style-type: none"> • correio eletrônico (webmail); • comunicação instantânea (chat); • videoconferência por envio de vídeo ponto a ponto; • armazenamento e compartilhamento de arquivos. 	Usuário/mês	5,62	7.200	485.568,00
2	Serviços de instalação, configuração e integração dos sistemas da solução ofertada.	Serviço	1.336,68	01	1.336,68
3	Serviços de instalação, configuração e integração dos sistemas da solução ofertada.	Caixa Postal	25,96	6.000	155.760,00
4	Treinamento.	Turma	2.848,84	02	5.697,68
TOTAL					648.362,36

²⁹ Edital disponível em: <http://www.trt3.jus.br/download/dsmp/licitacoes/2014/editais/pe_42_2014_edital.pdf>.

Diversas empresas participaram do certame, tendo sido classificada a proposta que ofertou o menor preço global:

Item	Valor Unitário R\$	Preço Unitário Ofertado R\$	Variação %
1	5,62	11,25	100,18
2	1.336,68	1.300,00	(2,74%)
3	25,96	45,20	74,11
4	2.848,84	2.750,00	(3,47)

Todavia, a pregoeira constatou que os preços ofertados para os “1” e “3”, se encontram superior àqueles estimados pela Administração, pelo que iniciou a negociação eletrônica, obtendo parcial êxito, consoante se infere do quadro abaixo:

Item	Valor Unitário R\$	Preço Unitário Ofertado R\$	Variação %
1	5,62	8,00	42,35
2	1.336,68	1.300,00	(2,74%)
3	25,96	33,66	29,66
4	2.848,84	2.750,00	(3,47)

Sendo assim, ela submeteu a questão à unidade técnica requisitante que, por sua vez, solicitou à Assessoria Jurídica de Licitações e Contratos da Diretoria-Geral pronunciamento sobre a questão. A aludida Assessoria solicitou sobrestamento do certame à pregoeira com solicitação de designação de reunião presencial entre os representantes da empresa cuja proposta fora classificada em primeiro lugar e a administração do Tribunal, auxiliada pela Assessoria Jurídica. Dessa feita, realizou-se reunião entre as partes que, após discussões bilaterais, a empresa apresentou novos valores unitários para os itens “1” e “3”. Contudo, ainda assim os preços dos citados itens continuavam superiores àqueles referenciados pelo Tribunal, apesar da significativa redução de valores.

Assim, considerando os novos preços negociados acima, houve a interrupção da reunião, com permanência dos representantes da empresa no Tribunal, tendo a equipe técnica responsável solicitado a avaliação da possibilidade de se contratar o objeto. Porém o entendimento da Assessoria Jurídica foi no sentido de se tentar a renegociação com a empresa, porquanto os preços dos citados itens se encontravam superiores aos previstos no Edital, situação que não demandaria a classificação da proposta respectiva, em razão dos seguintes entendimentos: (i) limitação imposta pelo edital quanto ao preço máximo referencial; (ii) fundamentação fática e jurídica não convincente, capaz de justificar a adjudicação do objeto à empresa. Ato contínuo, a Assessoria solicitou parecer jurídico à empresa de consultoria especializada em licitações e contratos administrativos, com quem mantinha contrato de assessoria e assinatura de periódicos, no sentido de verificar a possibilidade de reformulação da pesquisa de preços que estimou o preço máximo da licitação, posto que um preço orçado se encontrava fora de mercado, à época, em razão da mudança de exercício (2015). Dessarte, os servidores da unidade técnica demandante voltaram a se reunir com a empresa, juntamente com a pregoeira e Assessoria Jurídica, dando início à renegociação dos preços dos itens “1” e “3”. Após exaustivos debates e discussões, a empresa apresentou sua última proposta em reduzir os valores unitários

para os citados itens (a reunião já durava quase dez horas – início às 9:00 h e término às 19:00 h), a saber:

Item	Valor Unitário R\$	Preço Unitário Ofertado R\$	Variação %
1	5,62	7,00	24,56%
2	1.336,68	1.300,00	(2,74%)
3	25,96	29,00	11,71
4	2.848,84	2.750,00	(3,47)

Terminada a reunião, lavrada a ata contendo todos os fatos ocorridos na sessão presencial, os autos do processo licitatório foram enviados à unidade técnica demandante para análise da derradeira proposta comercial da empresa, nova pesquisa de preços para sua aferição aos preços de mercado, bem assim para elaboração de parecer técnico apto a subsidiar a decisão de aceitação (ou não) da proposta. O referido parecer ressaltou que:

[...]

Após as exaustivas negociações, foram ofertados os preços de R\$7,00 (sete reais)/mês para o item “1” e R\$29,00 (vinte e nove reais) para o item “3”, os quais são justificáveis para firmar a contratação, sugerindo-se que se dê prosseguimento ao processo licitatório para que se efetive a adjudicação e a homologação, de acordo com a fundamentação a seguir apresentada:

Os preços negociados na reunião de 15/01/2015 se encontram inferiores a todos os contratos pesquisados.

Com a finalidade de comprovar a vantajosidade econômica da contratação, foram consultados diversos órgãos que contrataram soluções semelhantes. Todos os contratos, anexos, apresentaram preços superiores aos negociados para o PE-42/2014. Os contratos cuja planilha se apresenta, demonstram a vantajosidade:

Órgão	Contrato	Assinatura	Vigência	Preço anual item “1”	Preço mensal item “1”
SEBRAE-RS	CT 536/0-2012	27/11/2012	26/11/2015	R\$215,70	R\$17,97
TCE-PE	TC 056/2013	26/08/2013	25/08/2015	R\$140,42	R\$11,70
CEPE	018/2013	02/07/2013	01/07/2015	R\$156,58	R\$13,05
MP-PGJ-MA	110/2013	30/10/2013	30/10/2015	R\$88,00	R\$7,33
TRT3	-	-	-	R\$84,00	R\$7,00

Em relação ao item “3”, migração de caixas postais, preferiu-se não realizar uma avaliação comparativa, uma vez que as migrações têm peculiaridades específicas tais como, solução previamente instalada no contratante, produto ofertado e ferramentas utilizadas pela contratada para realizar a migração. Informa-se, ainda, que nas pesquisas não foram encontradas situações de migração semelhantes às propostas para este Tribunal. Ressalta-se, ainda, que a migração em cada uma das tecnologias existentes, GOOGLE, IBM, MICROSOFT, depende de atividades próprias relacionadas ao produto de cada fabricante.

Custo necessários para uma nova licitação.

É notório que a realização de uma licitação exige recursos de diversas categorias, v. g., humanos, técnicos, tecnológicos, organizacionais, temporais, financeiros que não podem ser desprezados e que influem nos custos da instituição. Desta forma, não há dúvida da existência de vantagens em se dar continuidade ao processo de contratação do Pregão 42/2014.

Uma nova licitação não garantirá que os preços serão abaixo dos praticados.

As evidências apresentadas, relativamente às contratações de objetos semelhantes, demonstram que os preços negociados se situam em patamares inferiores aos praticados no mercado. Ressalta-se, também, que não há qualquer garantia de obtenção de melhores preços, em caso de abertura de um novo processo licitatório, se mantiverem as mesmas exigências presentes no atual edital do Pregão 42/2014.

Entendimento do conceito de preço máximo.

A discrepância, ainda, presente entre os preços negociados e os fixados no edital é de 24,56%, para o item “1” e de 11,71% para o item “3”. Importa salientar que esta diferença se originou quando se decidiu adotar, nos estudos para a elaboração do Termo de Referência, como parâmetro para o cálculo do preço unitário, os valores praticados no contrato do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Posteriormente verificou-se, inclusive, com o representante do fabricante MICROSOFT, que os preços contratados por aquele tribunal não correspondiam à realidade do mercado, razão pela qual resultou o desequilíbrio em tela. Tanto é assim, que nas pesquisas realizadas, constatou-se que o menor preço situou-se em patamar de aproximadamente 185% (R\$7,33) acima do preço praticado no TRT10 (R\$2,57), ressaltando-se que se tratam de produtos/serviços referentes à mesma tecnologia (MICROSOFT).

A fixação do preço máximo no Edital não restringiu a competitividade.

Faz-se necessário esclarecer que todas as empresas fabricantes do software de solução colaborativa de correio eletrônico, que atendiam aos requisitos do edital (GOOGLE, IBM, MICROSOFT) participaram do certame, por intermédio de seus “parceiros”. Desta forma, se pode concluir que não houve comprometimento ou ofensa ao princípio da isonomia e à competitividade. Entende-se assim, que não há motivação para se proceder à anulação do certame sob o ponto de vista do prejuízo da competitividade, uma vez que, mesmo tendo o edital fixado o preço máximo, todos os fabricantes de produtos que atendiam aos requisitos técnicos participam do Pregão.

Desta forma, observando a considerável redução de preços provocada pela negociação junto a licitante arrematante, bem assim, os preços se situarem compatíveis com os praticados em órgãos da administração direta e entidades da administração indireta, nesta data, solicita-se a V. Sa. considerar as justificativas para a continuidade do procedimento licitatório e posterior contratação.

[...] (negritos do original)

Coligido aos autos do certame o parecer técnico emitido pela unidade especializada demandante do Tribunal, o feito foi enviado à pregoeira que acatou os seus termos e ultimou os atos procedimentais de declaração da proposta comercial da empresa vencedora, indicação da

empresa arrematante e adjudicação dos objetos licitados, sendo posteriormente o procedimento encaminhado à Assessoria Jurídica de Licitações para emissão de parecer que subsidiaria a decisão da autoridade superior para sua homologação. O aludido parecer jurídico traz no seu bojo o relato dos fatos ocorridos no decorrer do procedimento licitatório, pelo que se pede vênha para transcrever parte de suas razões, que traduz a necessidade da negociação presencial após esgotadas as tentativas via eletrônica:

[...]

Observa-se do instrumento convocatório que a adjudicação do objeto se dará pela oferta de menor preço global (f. 232), consignando, ainda, que as propostas serão desclassificadas pelas seguintes razões (f. 233):

[...]

Como se vê, mesmo após negociação com a licitante, os valores propostos para os itens 1 e 3 do objeto superaram os respectivos preços máximos estimados pela Administração quando da abertura do certame (f. 254-v).

[...]

Destarte, em que pesem as justificativas expendidas pela unidade técnica demandante (DSCI/DSST – f. 318/324), esta Assessoria entende, data venia, que não caberia, naquele momento, analisar eventual adjudicação do objeto por valor superior ao limite máximo definido pela Administração, porquanto não esgotadas as tentativas de se obter uma proposta mais vantajosa e, sobretudo, porque o fato de ter sido fixado preço máximo impediria a contratação por valor superior ao estabelecido pela Administração no procedimento licitatório, caso não fosse revisto e atualizado, a princípio, de acordo com os entendimentos vistos acima.

Não obstante, esta Assessoria contatou a unidade técnica e a Sra. Diretora da DSLC (também Pregoeira no caso em tela) para deliberação acerca da matéria, chegando-se à conclusão de que o recomendável seria convocar a empresa licitante vencedora para negociação presencial dos preços ofertados para os itens 01 e 03, na tentativa de reduzi-los e aproximá-los dos valores máximos referenciais estipulados no certame. Com isso, seria possível aproveitar os atos até então realizados, evitando-se a deflagração de novo certame com o intuito de contratar o mesmo objeto, o que, a toda evidência, representaria franco prejuízo ao interesse público, consoante entendimento do C. Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 694/2014 – Plenário). Ato contínuo, decidiu-se diligenciar no sentido de verificar os valores praticados no mercado e, por conseguinte, rever os valores máximos fixados para fins de contratação (Acórdão nº 6.456/2011 do TCU – 1ª Câmara).

Com efeito, a realização de um certame envolve gastos significativos (pessoal, material, tempo etc.) e o seu eventual fracasso resultaria em prejuízos para a Administração que, além de perder com os custos do procedimento fracassado, ainda teria que arcar com os custos para promover nova licitação, não se olvidando a possibilidade de contratação por valor superior nesta segunda tentativa (vez que, certamente, ter-se-ia que alterar as bases do valor referencial da contratação futura, de modo a buscar um resultado positivo).

Pois bem.

Foi diante deste dilema que se viu a Administração na hipótese aqui retratada: retroagir para declarar fracassado o procedimento licitatório ou avançar em busca de uma proposta comercial mais vantajosa (de modo a viabilizar a adjudicação do objeto à empresa licitante “X”, ainda que por valor total um pouco superior ao máximo estimado no certame, mas inferior ao preço real de mercado, conforme apurado na nova pesquisa de preços).

E, considerando os princípios da razoabilidade, da celeridade, da economicidade e da eficiência que devem nortear os atos administrativos, concluíram as unidades envolvidas que o

recomendável seria avançar. Com este intuito, foi realizada reunião com a empresa “X”, a fim de que esta apresentasse nova proposta comercial, mais vantajosa para a Administração, de modo a preservar o interesse público e a evitar os prejuízos advindos da ausência dos serviços.

[...]

Cabe ressaltar, também, que esta Assessoria formulou consulta junto à empresa “Z” quanto à possibilidade de adjudicação do objeto licitado a empresa que apresenta proposta comercial com valor superior ao preço máximo estimado no certame. Em resposta, foram contempladas três alternativas possíveis (f. 340/343): (1ª) em havendo vício na apuração do valor máximo da contratação, o certame deveria ser anulado; (2ª) caso o valor máximo estipulado para contratação estivesse correto e a proposta comercial vencedora fosse superior, deveria ser desclassificada e, por conseguinte, convocadas as demais propostas, até a declaração do fracasso do certame; e (3ª) caso se constatasse que o valor referencial máximo para a contratação não representasse o real valor de mercado, deveria ser atualizado e assim analisado o preço comercial proposto pela empresa vencedora do certame. [...]

Contudo, se não houve vício de planejamento e, mesmo assim, as propostas apresentadas na licitação estavam com preços significativamente acima daqueles apurados originalmente pela Administração, cogita-se da manutenção do certame com adjudicação do objeto ao licitante de menor preço. Para tanto, a Administração deve demonstrar que, em razão de fatos supervenientes à etapa de estimativa de valores, não houve tempo hábil para constatar o descompasso entre o preço máximo e aqueles efetivamente praticados no mercado atual. A adoção de tal postura encontra respaldo no Acórdão nº 6.456/2011 – Primeira Câmara do TCU e, por engendrar solução excepcional, requer ampla e exaustiva justificativa por parte da Administração. [...]

Assim, considerando o parecer técnico da unidade requisitante, o parecer da Sra. Pregoeira (no sentido de se adjudicar o objeto licitado) e a resposta apresentada pela empresa “Z”, a empresa vencedora (“X”) foi convocada, como dito, a se reunir com a Administração deste Regional para negociação do valor de sua proposta comercial (relativamente aos itens 01 e 03, que se mostravam com preços acima dos valores máximos referenciais e estavam em processo de revisão).

Dessa feita, no dia 15/01/2015, na Sala de Reuniões da Diretoria-Geral deste Tribunal, foi realizada reunião que contou com a presença de servidores deste Órgão e de representantes da empresa “X” e “X1”, conforme Ata de Reunião coligida às 348/353. E, após debate sobre os preços apresentados para os itens 01 (R\$8,00/mês) e 03 (R\$33,66) do objeto licitado (valor total de R\$899.960,00), a empresa ofertou os seguintes valores, respectivamente: R\$7,80/mês e R\$30,00, totalizando o importe anual de R\$860.720,00 (oitocentos e sessenta mil, setecentos e vinte reais). Contudo, os novos valores ofertados foram rechaçados pelo Regional, que solicitou redução dos preços à empresa “X”. Feito isso e após ampla discussão, a empresa solicitou prazo para rever sua planilha de custos e gastos, bem assim o aval da empresa “X1”. Somente ao final da tarde do aludido dia, foi apresentada, verbalmente, a proposta derradeira para os referidos itens, a saber: R\$7,00/mês e R\$29,00, o que resultou na minoração do valor global da contratação para R\$785.600,00 (setecentos e oitenta e cinco mil e seiscentos reais). A empresa “X” se comprometeu à enviar a nova proposta comercial ao Tribunal, o que ocorreu no dia 16/01/2015 (f. 354), consignando os seguintes valores (cópia: f. 355/356; original: 357/359):

Item	Descrição	Unidade	Quantidade Registrada	Preço Unitário (R\$)	Preço Total (R\$ - ano)
01	Solução integrada de colaboração e comunicação baseada em nuvem [...]	Usuário/Mês	7.200	7,00	604.800,00
02	Serviços de instalação, configuração e integração dos sistemas [...]	Serviço	01	1.300,00	1.300,00
03	Serviço de migração do conteúdo de caixas postais [...]	Caixa Postal	6.000	29,00	174.000,00
04	Treinamento	Turma	02	2.750,00	5.500,00
TOTAL				R\$765.600,00	

Importante ressaltar que, no decorrer da citada reunião, foi indagado ao digno representante da empresa “X1” (nacional) se o preço ofertado para o item 01 era o menor preço praticado no mercado, ao que respondeu positivamente.

E consoante dito acima, a unidade técnica promoveu a revisão dos preços para os itens 01 e 03 licitados, por meio de novas diligências junto ao mercado, em especial o público, na tentativa de se apurar os valores praticados para os serviços propostos, ressaltando-se que os preços máximos referenciais adotados para os mencionados itens considerou aqueles contratados pelo TRT da 10ª Região no ano de 2013 (R\$2,57 e 20,40), o que sem dúvida alguma os reduziu significativamente a patamares inferiores aos preços de mercado. Aliás, chegou-se à conclusão de que tais preços deveriam ter sido desprezados, a exemplo dos preços orçados junto ao mercado privado, porquanto não representavam mais aqueles praticados no mercado, justificando-se, assim, apenas a adoção dos preços registrados pelo TRT da 4ª Região (PE - SRP nº 51/2012), que contou com a coparticipação de 19 (dezenove) Regionais. Frisa-se que o referido instrumento convocatório fixara os preços máximos para os itens 01 e 03, respectivamente, nos seguintes valores: R\$9,16/mês e R\$33,00; em agosto de 2012 (f. 372/v). E os preços registrados para tais itens foram de R\$7,87/mês e R\$31,20 (f. 72-v). Também cabe ressaltar que 08 (oito) Regionais efetivamente contrataram os serviços licitados, a demonstrar que, de fato, os preços de mercado para os itens em tela eram diversos e superiores àqueles fixados como máximos por este Regional. Assim, desprezando-se os valores registrados pelo TRT da 10ª Região para os itens 01 e 03, tem-se que os preços reais (de mercado) encontrados seriam os preços registrados pelo TRT da 4ª Região e demais Regionais participantes daquele certame, não obstante ambas as Atas de Registro de Preços já estarem vencidas. Acrescenta-se que o princípio da isonomia foi observado, posto que as demais licitantes, quando da sessão pública do pregão eletrônico em tela, permaneceram inertes e não buscaram minorar os preços globais ofertados. Apenas a empresa declarada vencedora (“X”) aceitou reduzir, inicialmente, os preços, conforme se depreende da respectiva Ata (f. 348/353).

Cabe ponderar, ainda, que a conjuntura política e econômica em que se encontrava o país, quando do início do processo licitatório em tela (segundo semestre de 2014), era diversa daquela em que se processaram os certames do TRT da 4ª e 10ª Regiões, a saber: eleição presidencial, de governadores, de senadores, de deputados federais e estaduais (atípica, em razão dos diversos cenários que se verificou); recessão técnica; alta inflacionária; alta da moeda norte-americana (dólar) etc. E, em razão da mudança de panorama conjuntural, a reunião realizada se mostrou altamente produtiva para a Administração, porquanto resultou em minoração dos valores ofertados para os itens 01 e 03 licitados (mais significativos na composição do preço global), os quais, inclusive, ficaram abaixo dos patamares fixados e registrados pelo TRT da 4ª Região.

A nova pesquisa de preços realizada pela unidade requisitante apurou os seguintes preços praticados (f. 367/368):

Os preços negociados na reunião de 15/01/2015 se encontram inferiores a todos os contratos pesquisados.

Com a finalidade de comprovar a vantajosidade econômica da contratação, foram consultados diversos órgãos que contrataram soluções semelhantes. Todos os contratos, anexos, apresentaram preços superiores aos negociados para o PE-42/2014. Os contratos cuja planilha se apresenta, demonstram vantajosidade:

[...]

Dessa forma, observando a considerável redução dos preços provocada pela negociação junto à licitante arrematante, bem assim, os preços se situarem compatíveis com os praticados em órgãos da administração direta e entidades da Administração indireta, nesta data, solicita-se a V. Sª considerar as justificativas para a continuidade do procedimento licitatório e posterior contratação.

Em nova manifestação, assim ponderou a i. Pregoeira (f. 363/364 – grifamos):

No que tange ao presente processo, cumpre informar que:

(i) no dia 12/12/14 ocorreram sessões de abertura das propostas e de lances, início às 13h31min e encerrada às 14horas09min, como consta no relatório da disputa, f. 328/329;

(ii) durante a referida sessão foram postadas diversas mensagens da Pregoeira solicitando a redução dos preços ofertados, uma vez que estes superavam a estimativa feita pelo Tribunal, também registradas no documento indicado no item anterior;

(iii) como pode ser constatado no relatório da disputa, no transcurso da sessão, foram ofertados 23 lances pelos licitantes;

(iv) apesar disso o preço de arrematação encontrava-se superior ao preço máximo fixado para a contratação;

(v) foram feitas diversas tentativas de negociação para redução do preço de arrematação, inclusive com a interveniência das demandantes da contratação (DSCI/DSST);

(vi) em resposta a este esforço, Integro reduziu o preço inicialmente proposto, de acordo com o documento de f. 277/279;

(v) diante do parecer favorável da área técnica, f. 318/324, a Pregoeira declarou “X” como vencedora do certame, com o objetivo de provocar uma manifestação dos demais licitantes, já que neste momento é aberto o prazo recursal, e, assim, submeter o assunto, de forma oportuna, à apreciação da Administração do Tribunal, uma vez que o preço negociado, apesar de significativa redução, permaneceu acima do estimado;

(vi) declarado o vencedor, não houve manifestação da intenção de recorrer dos demais licitantes, o que demonstra aceitação do valor da proposta e das condições de habilitação por parte destes.

Assim, os autos foram submetidos à apreciação superior, como consta no documento de f. 336/337-verso.

Ao apreciar os autos a Assessoria da Diretoria-Geral, devido a diversas decisões do TCU contrárias à adjudicação do objeto por preço acima da estimativa e do máximo fixado em edital, propôs a realização de nova reunião, [...] objetivando a redução dos preços anteriormente negociados. Que teve como resultado, [...] nova redução dos preços ofertados, formalizado por meio da proposta de f. 352/353. [...]

Acrescenta-se que, cabe ao administrador público, na aplicação do direito ao fato concreto, analisar o processo sob a ótica dos princípios informativos da licitação e sopesar quais “in casu”, assumem maior peso.

Certamente, ressaltam-se como os mais relevantes para fundamentar a decisão da Pregoeira os princípios da razoabilidade, da economicidade, da efetividade e da finalidade.

Assim, a Pregoeira submete à apreciação superior o presente processo, para manifestação quanto à aceitação do valor final negociado, com a consequente homologação do processo, adjudicação do objeto ao licitante “X” e assinatura das duas vias da Ata de Registro de Preços, com os valores negociados.

[...]

Dessarte, os autos foram enviados à autoridade superior do Tribunal que proferiu decisão adjudicando os objetos licitados à empresa “X” e homologando o procedimento licitatório, culminando com a assinatura da Ata de Registro de Preços e respectivo contrato (nº 15SR005).

3º Caso: Fase de Contratação - Ata de Registro de Preços - Negociação - Bonificação (Bens Móveis Permanentes).

No exercício de 2014, o Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (órgão gerenciador) publicou o Edital de Pregão Eletrônico nº 43/201430, tendo por objeto o registro de preços para aquisição futura de bens móveis permanentes - cadeiras de diversos tipos. O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região participou do citado certame (órgão participante). Cabe frisar, de passagem, que a adoção desse modelo de compra compartilhada³¹ enseja ganhos efetivos para Administração Pública: racionalização do processo licitatório, economia de escala (redução de preço), observância do princípio da eficiência e da sustentabilidade. Pois bem, em meados do exercício de 2015, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) descentralizou verba orçamentária específica para modernização da primeira instância do TRT da 3ª Região. Após estudos prévios de sua Secretaria de Material e Logística, houve a proposição para aquisição dos bens móveis permanentes (cadeiras), objeto do PE nº 43/14, cuja fundamentação abaixo transcrita detalha a motivação da contratação:

[...]

A Secretaria de Material e Logística do TRT-3ª tem como meta para os anos de 2015/2016 modernização de todo o mobiliário do TRT-3ª Região, exceto aquelas unidades mobiliadas após

³⁰ Edital disponível em:

<<http://www.trtes.jus.br/sic/sicdoc/ContentViewer.aspx?id=380&sq=263786161&fmt=1&ppt=>>.

³¹ “É a aquisição conjunta de bens e serviços que geram menos impacto ambiental, mais justiça social e eficiência econômica, com ganho de escala, realizada por organizações públicas de diferentes setores ou entre unidades de uma mesma organização pública, visando fomentar a produção e o consumo sustentável no país”. Disponível em:

<http://forumreitores.ifsc.edu.br/files/2014/10/04_Compra-compartilhada_Renato-Cader.pdf>. Acesso em: 21/12/2015.

o ano de 2012, objetivando principalmente a sua adequação às normas de proteção à saúde, para prevenir e combater doenças ocupacionais e afastar os riscos à saúde dos magistrados, servidores e usuários desta especializada.

Esta preocupação com a saúde do corpo funcional funda-se em relatório da SASO que, em recente trabalho realizado com 1319 servidores, apontou que 54% destes reclamam de dores

osteomoleculares, o que é considerado por aquela unidade técnica como um indicador de problemas ergonômicos no TRT (anexo).

Outro fator a ser considerado nessa seara é a indicação negativa, obtida mediante o relatório Qualidade de Vida no Trabalho e Fontes de Bem-estar e Mal Estar no Trabalho do TRT-MG: O que pensam os trabalhadores, da lavra da consultoria Ergopublic, empresa especializada em avaliação de ambientes corporativos.

Este relatório, que foi fruto de uma extensa pesquisa junto aos

magistrados e servidores do TRT, visava identificar fatores que são considerados prejudiciais à qualidade de vida no trabalho. Nele os entrevistados quando indagados sobre a adequação dos equipamentos colocados à disposição nos respectivos locais de trabalho atribuíram a segunda pior nota da entrevista para o mobiliário existente nos locais de trabalho (anexo).

Além da já externada preocupação com a saúde dos magistrados e servidores, a modernização pretendida visa a renovação do parque mobiliário em razão da avançada idade do mesmo. Este fator vem comprometendo a sua manutenção, uma vez que a maioria dos equipamentos atualmente em uso já se encontram fora do período de garantia do fabricante. Essa ausência de garantia impõe ao TRT a troca de móveis que poderiam ser consertados, ou a manutenção do bem a custos menos vantajosos para a administração.

Vale destacar que este projeto encontra-se alinhado com o Planejamento Estratégico do TRT-3^a, especialmente no plano de Infraestrutura e Conhecimento o qual se insere nas metas: Garantir infraestrutura adequada; Assegurar um ambiente saudável e seguro; Buscar excelência na gestão do orçamento (anexo).

Nesta primeira etapa a troca se restringirá às cadeiras e alcançará prioritariamente a área judiciária, em especial as Varas do Trabalho e os Gabinetes de Desembargadores que possuem o mobiliário mais antigo, ou seja, instalados anteriormente ao ano de 2010. Esta etapa obedece ao disposto na Resolução 194/2014 do CNJ, que institui a Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição, uma vez que alcançará 120 unidades de primeira instância (Varas do Trabalho e Foros), bem como auxiliará na implementação da Meta n. 2 do CNJ, “Julgar processos mais antigos no 1º e 2º graus”, pois mobiliará outras 43 unidades de segundo grau (Gabinetes e Secretarias de Turmas).

Espera-se com essa ação que a mesma contribua para aperfeiçoar a qualidade, celeridade, eficácia e efetividade dos serviços da área judiciária do TRT-3^a provendo uma infraestrutura apropriada ao funcionamento da jurisdição.

Inicialmente, em razão das limitações orçamentárias existentes, pretendia-se executar o projeto em mais etapas (três anos), contudo, contando com a diligência da Diretoria Financeira do TRT, obteve-se junto ao CSJT a descentralização de verbas destinadas a modernização de unidades de primeira instância, e isso, combinado com a dotação orçamentária própria para o ano, permitiu a antecipação das etapas. Para o próximo ano restarão ser trocadas as cadeiras das unidades administrativas e das Varas do Trabalho de Belo Horizonte, bem como a adoção de estações de trabalho ergonômicas onde ainda se utilizam mesas nas diversas localidades do Estado.

Vale ressaltar que o Tribunal possui 6981 (seis mil, novecentas e oitenta e uma) cadeiras fora do prazo de garantia, com uma parcela significativa deste total destinadas das décadas de 1980 e 1990, que estão, inclusive, no fim de sua vida útil (anexo). Cabe lembrar, também, que quase a

totalidade das cadeiras que ainda estariam no prazo de garantia não podem com ela contar, pois a fabricante destas faliu (Giroflex). Logo, ainda que a cadeira esteja no prazo de garantia a mesma não poderá ser exercida. Apenas um pequeno número de cadeiras, objeto do último empenho realizado, está com garantia vigente.

Depois de concluído todo o projeto, que, como já foi dito, realizará a troca do restante do equipamento (estações de trabalho, armários e mesas), todo este estará com garantia regular, permitindo que tal serviço seja consumido em caso de necessidade, além de facilitar a Administração no planejamento de futuras trocas para manter o parque mobiliário do TRT sempre atualizado.

Para permitir a aquisição de cadeiras pretendidas conta-se com o quantitativo já registrado pelo TRT no Pregão Eletrônico nº 43/2014, realizado em co-participação com o Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, Ata de Registro de Preços 01/2015, que possui validade até 09/11/2015, sendo que este comporta parte da presente requisição, uma vez que ainda não esgotou o limite máximo registrado e o preço registrado apresenta-se vantajoso para a Administração, conforme pesquisa de mercado efetuada e demonstrada no mapa comparativo em anexo.

Contudo, o quantitativo registrado na ata acima referida não permite a implementação de todo o projeto, sendo necessário a

complementação do quantitativo mediante a utilização de outro

registro de preço, visto que uma nova licitação demandaria um tempo que impossibilitaria a utilização da verba destinada pelo CSJT.

Assim, o quantitativo faltante, poderá ser completado por meio de adesão à ata de registro de preços da Universidade Federal de Grande Dourados, cujos preços registrados estão de acordo com os praticados no mercado e que o fornecedor é o mesmo que fornece atualmente para este Regional, atendendo, em consequência, a todos os requisitos previstos no edital do PE nº 43/2014.

[...]

Com efeito, antes da formalização da citada proposição, a unidade demandante, auxiliada pela Diretoria de Orçamento e Finanças (ex-assessor jurídico de licitações e contratos), diante das experiências anteriores de negociações exitosas com fornecedores e prestadores de serviços, solicitou reunião presencial com o representante legal da empresa detentora da Ata de Registro de Preços nº 01/2015 (Proposta Comercial³²), no sentido de negociar algumas condições para a aquisição. Assim, em dia e hora marcados, as partes reuniram na unidade requisitante e acordaram novas e vantajosas condições para a Administração, mediante celebração de Ata de Reunião, cujo conteúdo foi citado na referida proposição:

[...]

A fim de viabilizar o projeto, foi realizada uma reunião com o representante da empresa fornecedora e houve uma negociação sobre os valores já registrados em ata, locais de entrega e prazo de garantia. Nesta foi possível baixar o preço praticado na Ata da Universidade Federal de Grande Dourados, obter uma bonificação de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) em móveis, a serem adquiridos a critério do TRT, além de uma mesa de reunião para a Diretoria Geral com 16 cadeiras e dois sofás em couro para dois gabinetes que não os possuem.

Também ficou acordado que as cadeiras destinadas ao interior serão diretamente entregues nas VT's e foros, o que vai gerar economia ao Regional em logística e que a garantia de todos os itens fornecidos, cadeiras ou móveis, será estendida de 5 para 7,5 (sete anos e seis meses) de garantia

³² Proposta Comercial disponível em:

<http://www.trtes.jus.br/sic/sicdoc/ContentViewer.aspx?id=380&sq=774347247&fmt=1&prt=>>.

sem custo adicional para o TRT, tudo a ser aditado ao contrato original conforme previsto em Ata (anexo).

[...]

Dessa forma, foram celebrados dois contratos com a empresa fornecedora dos bens móveis: o primeiro (nº 15FR028)³³ tendo por objeto a Ata de Registro de Preços nº 01/15, oriunda do PE nº 43/2014; o segundo (nº 15FR029) ³⁴ oriundo da Ata de Registro de Preços decorrente do PE nº 26/2014. As partes celebraram, ainda, o Primeiro Termo Aditivo (nº 15TA147) ³⁵ ao Contrato nº 15FR028, cujo objeto era o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento)³⁶ dos bens móveis adquiridos, de modo a esgotar o seu quantitativo legalmente permitido, viabilizar a adesão à Ata de Registro de Preços originária do Pregão Eletrônico nº 26/2014³⁷, realizado pela Universidade Federal de Grande Dourados/MS e, por fim, atender integralmente a demanda do TRT da 3ª Região.

Vê-se, assim, que a negociação transparente, gerou ganhos efetivos para a Administração Pública (TRT 3ª), porquanto, além de propiciar a aquisição integral de bens móveis permanentes (cadeiras) para suprir a demanda de suas atividades finalísticas (primeira instância), em condições mais vantajosas (aumento de 50% do tempo de garantia dos bens e entrega nas unidades situadas no interior do Estado), resultou em ganho de outros bens móveis permanentes para unidades administrativas do Tribunal, a título de bonificação. E mais, por consequência, ensejou a redução de preços registrados do mesmo fornecedor em Ata oriunda de processo licitatório (PE nº 26/2014) realizada por outro órgão (Universidade Federal de Grande Dourados), com benefício direto desse e de eventuais adesões.

4º Caso: Fase Externa da Licitação - Contratação Direta - Curso Externo - Negociação da proposta ofertada.

É de conhecimento geral que os órgãos públicos contratam diretamente, por inexigibilidade de licitação, a realização de cursos abertos visando a capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de seus servidores, consoante a disposição contida no artigo 25, inciso II combinado com o artigo 13, inciso VI da Lei nº 8.666/1993³⁸, na esteira de entendimento pacificado pelo Tribunal de Contas da União³⁹. Assim, as empresas que ofertam tais cursos, enviam diariamente para os órgãos públicos a programação detalhada (apresentação, objetivos, público alvo, vantagens do curso, palestrante, temas, local, datas, horários, material incluso etc.), bem assim a proposta comercial contendo os preços (investimento) e ofertas para participação. Por exemplo: para quatro participantes pagantes, a quinta inscrição é cortesia, além de um desconto no preço por inscrito. No caso do TRT da 3ª Região, quando da contratação direta para realização de determinado curso no mês de dezembro de 2015, por empresa especializada em consultoria e eventos, dois servidores solicitaram a participação, a princípio, cuja proposta foi

³³ Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/apex/f?p=161:85:0::NO::>>.

³⁴ Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/apex/f?p=161:85:0::NO::>>.

³⁵ Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/apex/f?p=161:85:0::NO::>>.

³⁶ Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

³⁷ Edital disponível em: < <http://portal.ufgd.edu.br/divisao/licitacao/pregao>>.

³⁸ Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

[...]

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

[...]

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; [...]

³⁹ Acórdão nº 439/1998 - Plenário - Rel. Min. Adhemar Paladini Ghisi; Acórdão nº 1.915/2003 - Plenário - Rel. Min. Adylson Motta.

nos seguintes termos: Plano Convencional: R\$3.380,00 (três mil, trezentos e oitenta reais) por participante; Plano Corporativo Convencional: a cada quatro inscrições do mesmo órgão e vinculadas à mesma fonte pagadora, seria concedida a cortesia para uma quinta inscrição. Caso os dois servidores realizassem o curso pretendido, o valor total da contratação direta importaria o valor de R\$6.760,00 (seis mil, setecentos e oitenta reais). No decorrer do processo de contratação direta, houve o interesse de mais um servidor em participar do evento, o que majoraria o valor para a ordem de R\$10.140,00 (dez mil, cento e quarenta reais), sem direito a uma cortesia. Todavia, o responsável pela contratação entrou em contato com a empresa e iniciou a negociação do valor, ao argumento de que o órgão: (i) apresentava com restrição orçamentária no exercício (fato público), e caso não houvesse uma redução no preço, a participação dos servidores ficaria comprometida; (ii) o órgão participava rotineiramente dos cursos promovidos pela empresa; (iii) o custo fixo para realização do evento já estaria incorrido pela empresa; assim, a participação de três servidores pagantes, com desconto no valor e uma cortesia melhora a performance do curso, bem assim proporcionaria um maior efetivo e participação. A atendente responsável junto ao Tribunal ficou sensibilizada e levou o caso a sua supervisora para deliberação, vez que não detinha autonomia para tanto. E a resposta foi positiva e seguida de nova proposta comercial, nos seguintes termos: 26% de desconto para três participantes pagantes mais uma cortesia, sendo: valor individual de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) por participante pagante; valor total de R\$7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), para três participantes pagantes e uma cortesia; valor total de desconto: R\$2.640,00 (dois mil, seiscentos e quarenta reais).

Portanto, o exercício da prática de negociação é de suma importância, pois, além de reduzir os custos para a Administração, em tempos de recursos escassos, maximizando a execução orçamentária do órgão, propiciou a capacitação de mais dois servidores (um a custo reduzido e outro sem custo), em sintonia com o planejamento estratégico do órgão e das normas editadas pelo Conselho Nacional de Justiça (Resoluções nºs. 92/2012 e 156/2015). Pode-se acrescentar, ainda, outros benefícios (diretos e indiretos): (i) disseminação do conhecimento aprendido pelos servidores participantes nas suas unidades administrativas; (ii) uniformização dos entendimentos sobre as matérias no órgão, evitando-se retrabalho (gasto de tempo, de material, de força humana etc.); (iii) motivação pessoal e profissional, com ganhos imensuráveis para o órgão; (iv) aprimoramento dos serviços pelas áreas respectivas (princípio da eficiência).

5º Caso: Fase de Execução do Contrato - Prorrogação - Negociação do Preço e Cláusulas Contratuais.

Em março de 2012, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região celebrou com a Empresa de Correios e Telégrafos (ECT), por meio de dispensa de licitação (art. 24, VIII, Lei nº 8.666/1993), o contrato nº 12SR002, tendo por objeto a prestação de serviços de gerenciamento do Almoxarifado e controle de logística de materiais permanentes e de consumo armazenados, e os serviços de Logística Integrada de recebimento, armazenagem e a distribuição de materiais, para atendimento às Unidades do Tribunal. O prazo de vigência inicial foi de doze meses, prorrogáveis por até sessenta meses (art. 57, II, Lei nº 8.666/1993)⁴⁰. O preço fixo mensal foi acordado em R\$226.975,00 (duzentos e vinte e seis mil, novecentos e setenta e cinco reais), reajustável pela variação do índice do IPC-A/IBGE, o qual contemplava as seguintes condições: (a) armazenagem de material correspondentes a 640 posições paletes (área = 1,00mx1,20mx1,3m); (b) valor excedente por posição paleta de R\$65,19 (sessenta e cinco reais e dezenove centavos); (c) distribuição de 22.000Kg (vinte e dois mil quilogramas) por mês de

⁴⁰ Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

[...]

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; [...]

material, não cumulativos para os meses subsequentes; (d) valor por quilo excedente no importe de R\$2,64 (dois reais e sessenta e quatro centavos).

Antes do término da vigência do ajuste, as partes iniciaram as tratativas para negociação de preços e de posições paletes. Todavia, a empresa contratada se mostrou relutante, sempre ao argumento de que era estatal e os serviços monopólio, o que seria imutável, sendo os assuntos centralizados na matriz situada na Capital Federal. No decorrer do exercício de 2013, quando da realização da auditoria pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), este ressaltou a necessidade de negociação das condições contratuais com a empresa estatal, fato que deu respaldo ao gestor do contrato para reiniciar as negociações. Assim, entre o final de 2013 e início de 2014, foram realizadas sucessivas reuniões entre os representantes das partes, na sede do Tribunal e transcritas em atas para instrução do processo de contratação. Todavia, sem êxito, pelo que foi celebrado o Primeiro Termo Aditivo ao ajuste (nº 13TA017), em março de 2013, que se limitou a prorrogar por mais doze meses a vigência do contrato e reajustar os preços pelo índice ajustado. Em março de 2014, após avanços nas negociações, ficou ajustado por meio do Segundo Termo Aditivo (nº 14TA033) que: (a) o reajuste dos preços pelo índice contratual seria provisório até ulterior aprovação da nova proposta comercial pelas partes; (b) a contratada deveria apresentar referida proposta, contendo melhorias quanto ao índice de reajuste de preços, no valor fixo e nas cobranças de franquias; (c) a empresa deveria apresentar planilha analítica de custos para análise do contratante. Estas premissas continuaram por ocasião da celebração do Terceiro Termo Aditivo (nº 15TA029), em março de 2015, posto que as partes não lograram êxito em estabelecer as novas bases negociais. Contudo, as negociações avançaram no decorrer do ano, quando então foi celebrado o Quarto Termo Aditivo ao ajuste (nº 15TA095), em agosto de 2015, majorando a posição paletes de 640 para 740, sem alteração do preço fixo reajustado. Tal negociação importou em ganhos para o Tribunal, porquanto, além de aumentar a área de armazenamento de materiais, melhorando todo o processo de planejamento de aquisições⁴¹, importou em redução de gastos com pagamento de franquias excedentes, os quais oneravam a disponibilidade orçamentária da unidade gestora e do Tribunal, recursos esses que ficaram liberados para outras atividades finalísticas do órgão.

⁴¹SANTANA, Jair Eduardo. **Planejamento nas Licitações e Contratações Governamentais. Estratégias para Suprimentos Públicos**. Curitiba: Editora Negócios Públicos, 2015.