

TRATADO DE
DIREITO ADMINISTRATIVO

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
COORDENAÇÃO

6



LICITAÇÃO E
CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS



IRENE PATRÍCIA NOHARA
JACINTHO ARRUDA CÂMARA

 THOMSON REUTERS
ProView™
INCLUI VERSÃO
ELETRÔNICA DO LIVRO

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

Identifica Marçal Justen Filho⁹ um erro na lei, pois em vez de bens penhorados, na verdade irão a leilão os bens empenhados (objeto de contrato de penhor), e não penhorados, pois estes últimos obedecem à procedimento próprio estabelecido no Código de Processo Civil. Hasta pública é um leilão, mas não se confunde com a presente modalidade de licitação, uma vez que aquela é alienação feita no âmbito de um processo de execução.

Todo bem leiloadado será previamente avaliado pela Administração para fixação do preço mínimo de arrematação. Os bens arrematados serão pagos à vista ou no percentual estabelecido no edital, não inferior a 5% e, após a assinatura da respectiva ata lavrada no local do leilão, imediatamente entregues ao arrematante, o qual se obrigará ao pagamento do restante no prazo estipulado no edital de convocação, sob pena de perder em favor da Administração o valor já recolhido.

6. PREGÃO

6.1 Vantagens

O pregão é considerado como a mais nova modalidade de licitação. Ele revolucionou o procedimento de licitação, pois acrescentou ao certame inúmeras vantagens, tais como: simplificação, celeridade, redução de gastos, ampliação da competitividade e, sobretudo, do acesso às licitações.

É chamado de “leilão às avessas”, pois enquanto no leilão a Administração Pública aliena bens a quem oferecer o maior lance, tido como mais vantajoso, em dada sessão pública, no pregão a Administração adquire bens de quem ofereça menor lance, ou seja, a quem se dispôr a vender ou prestar serviços a preços mais baixos.

Conforme visto no histórico das licitações, curiosamente, os primeiros rudimentos históricos de procedimentos licitatórios apontam para o sistema chamado, na Idade Média, de “vela e pregão”, em que os participantes do certame ofereciam lances até que a vela acesa no início da sessão se apagasse, sagrando-se vencedor aquele que ofertasse o último lance de menor preço.

No Brasil, foi visto que o pregão foi mencionado pelas Ordenações Filipinas, sendo previsto no século XIX como um sistema de “arrematação”, mas a tendência ao longo da disciplina legal do século XX foi no sentido de maior ênfase ao formalismo das propostas lacradas, o que conseqüentemente provocou uma retração da oralidade que caracterizava os lances de viva voz.

Na transição do século XX para o XXI, conforme será visto, houve, no Brasil, o restabelecimento do sistema de pregão, mas com características diferenciadas. Além

9. JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 360.

do pregão presencial, houve a criação do sistema de pregão eletrônico, que acrescentou ao procedimento recursos de tecnologia.

O uso de tecnologia da informação nas licitações gera modernização do procedimento licitatório, pois se vai “do papel à internet”, sendo que tal movimento também provoca a democratização do certame, que se torna acessível a um número maior de interessados.

O procedimento do pregão é mais célere e simplificado por causa da inversão de fases, que é uma tendência de transformação nas licitações, pois a competição é realizada para depois se analisar a documentação do licitante vencedor. Há, portanto, a inversão de fases de habilitação e classificação, sendo esta realizada antes e aquela se volta à análise da documentação do concorrente mais bem classificado.

Também o uso de tecnologia provoca maior celeridade. Segundo dados levantados pelo Ministério do Planejamento,¹⁰ enquanto o tempo médio de uma concorrência é de 120 dias; de uma tomada de preços, 90 dias; e de um convite, 22 dias, o pregão eletrônico leva em média 17 dias da publicação do edital ao resultado final, o que garante redução de gastos do Poder Público com a realização de licitações.

Expõe José dos Santos Carvalho Filho¹¹ que as maiores reclamações oriundas dos órgãos administrativos não tinham como alvo contratos de grande vultura e de maior complexidade, mas sim aqueles que deveriam ser de rápida conclusão e que eram prejudicados pela excessiva burocracia do procedimento regular da Lei Geral de Licitações.

6.2 Definição e características

Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, independentemente de limitação quanto ao valor estimado para contratação, realizada na forma presencial ou eletrônica, com inversão de fases e disputa feita por propostas e, posteriormente, lances de menor preço oferecidos em sessão pública.

A forma presencial do pregão contempla oralidade no procedimento, pois a etapa dos lances é toda realizada verbalmente em sessão pública. Diferentemente das propostas, que são apresentadas em documentos escritos, os lances são sucessivos e progressivamente decrescentes, até que se chegue no lance de menor valor.

Tal procedimento aplica-se, *mutatis mutandis*, também no pregão eletrônico, conforme será visto, em que a proposta é encaminhada ao endereço eletrônico com a descrição do objeto ofertado e o preço e, em etapa posterior, durante a sessão que ocorre no espaço virtual, os lances sucessivos e decrescentes vão sendo oferecidos e

10. Pesquisa comprova benefícios do pregão. Disponível em: [<http://licitacao.uol.com.br/notdescricao.asp?cod=1827>]. Acesso em: 12.03.2012.

11. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 300.

registrados, por digitação e comando do pregoeiro e sua equipe de apoio no sistema eletrônico, que imediatamente informa tanto o recebimento como registra o valor consignado.

São características do pregão: ausência de limitação quanto ao valor; recair sobre bens e serviços comuns; inversão de fases; possibilidades de negociação do valor pelo pregoeiro; tipo de licitação de menor preço; ausência de garantia da proposta e oportunidade única para: impugnação do edital e recurso administrativo.

Enquanto a concorrência, a tomada de preços e o convite são modalidades de licitação que se relacionam, respectivamente, com contratações de valores alto, médio e baixo, o pregão tanto pode recair sobre aquisição de bens de valores baixos, como, por exemplo, água mineral, até veículos automotores, desde que se enquadrem no conceito de bens e serviços comuns, pois não há limitação quanto ao valor.

Assim, o critério é qualitativo, ou seja, deve se trata de bens e serviços comuns, de acordo com a definição contida no parágrafo único do art. 1.º da Lei do Pregão, são “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam se objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

A definição legal não é muito esclarecedora, por isso a doutrina procura definir critérios mais claros para a compreensão do objeto do pregão. Conforme a clara Lúcia Valle Figueiredo,¹² bens e serviços comuns não significam bens ou serviços ausentes de sofisticação, mas objetos ou serviços razoavelmente padronizados, uma vez que o pregão versa sobre a proposta de preço mais baixo e prescinde de ponderações acerca da qualificação do produto ou da empresa prestadora do serviço.

Como pregão não deve demandar investigações profundas sobre a idoneidade dos interessados, além do requisito da padronização, enfatiza Marçal Justen Filho que bens e serviços comuns são também os que se encontram disponíveis, a qualquer tempo, em mercados próprios.

Segundo Justen Filho,¹³ há mercado próprio quando existem estruturas empresariais próprias de fornecimento de produtos ou prestação de serviços, mesmo que só o Estado adquira o produto, como, por exemplo, no caso de merenda escolar que não é direcionada a consumidores privados, mas tem mercado próprio de fornecedores do governo.

O produto ou serviço deve ser apresentado sem tanta inovação ou modificação, relacionando-se com atividade empresarial habitual, onde haja, portanto, um universo de fornecedores capazes de satisfazer plenamente às necessidades da Administração.

Segundo o Acórdão 2.471/2008, do Plenário do Tribunal de Contas:

12. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 472.

13. JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 26-27.

“Devido à padronização existente no mercado, os bens e serviços de tecnologia da informação geralmente atendem a protocolos, métodos e técnicas preestabelecidos e conhecidos e a padrões de desempenho e qualidade que podem ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado. Logo, via de regra, esses bens e serviços devem ser considerados comuns para fins de utilização da modalidade pregão (Lei 10.520/2002, art. 1.º). Bens e serviços de TI cuja natureza seja predominantemente intelectual não podem ser licitados por meio de pregão. Tal natureza é típica daqueles serviços em que a arte e a racionalidade humanas são essenciais para sua execução satisfatória. Não se trata, pois, de tarefas que possam ser executadas mecanicamente ou segundo protocolos, métodos e técnicas preestabelecidos e conhecidos.”¹⁴

Bem e serviço comum é conceito jurídico indeterminado ou vago, cuja estrutura de interpretação, além da zona de indeterminação, aponta também para a possibilidade de casos concretos que recaiam sobre as zonas de certeza positiva e negativa.

Por exemplo, é certeza positiva que material de consumo e papel de impressão são bens comuns, por outro lado, um equipamento único, construído sob medida, para fins específicos da Administração Pública recai em zona de certeza negativa, isto é, não pode ser categorizado com bem comum, se não houver um universo de fornecedores capaz de disputar o certame.

O Anexo II do Dec. 3.555, atualmente revogado pelo Dec. 7.174/2010, trazia um rol de bens e serviços que eram à época considerados, em regra, comuns, envolvendo: (a) como bens comuns: água mineral; combustível e lubrificante; gás; gênero alimentício; material de expediente; material hospitalar, médico e de laboratório; medicamentos, drogas e insumos farmacêuticos; material de limpeza e conservação; oxigênio; uniforme; mobiliário; equipamentos em geral, exceto bens de informática; utensílios de uso geral, exceto bens de informática; veículos automotivos em geral; microcomputador de mesa ou portátil (notebook), monitor de vídeo e impressora; (b) como serviços comuns: de apoio administrativo; de apoio à atividade de informática: digitação, manutenção; assinaturas: jornal, periódico, revista, televisão via satélite, televisão a cabo; de assistência: hospitalar, médica, odontológica; ascensorista; auxiliar de escritório; copeiro; garçom; jardineiro; mensageiro; motorista; secretária; telefonista; de confecção de uniformes; de copeiragem; de eventos; de filmagem; de fotografia; de gás natural; de gás liquefeito de petróleo; de petróleo; gráficos; de hotelaria; de jardinagem; de lavanderia; de limpeza e conservação; de locação de bens móveis; de manutenção de bens imóveis; de manutenção de bens móveis; de microfilmagem; de reprografia; de seguro saúde; de degravação; de tradução; de telecomunicações

14. Ressalte-se que atualmente a contratação de bens e serviços de informática e automação estão regulamentados no âmbito federal pelo Dec. 7.174, de 12.05.2010, que determina no art. 9.º, § 1.º, que a licitação do menor preço será exclusiva para aquisição de bens e serviços de informática e automação considerados comuns e deverá ser realizada na modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica.

de dados; de telecomunicações de imagem; de telecomunicações de voz; de telefonia fixa de telefonia móvel; de transporte; de vale-refeição; de vigilância e segurança ostensiva; de fornecimento de energia elétrica; de apoio marítimo; de aperfeiçoamento, capacitação e treinamento; e de serviços topográficos.

Não se tratava de um rol taxativo. Aliás, à época de sua vigência já alertava Marçal Justen Filho¹⁵ que nem todos os bens e serviços que constavam do rol eram sempre comuns. No exemplo fornecido pelo autor: serviço de vigilância de instalações que manuseiam minerais nucleares não será comum, sendo até passível de contratação direta, por inexigibilidade, se houver fornecedor único.

Também o serviço de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, que estava no rol do decreto revogado, devia ser compatibilizado com a hipótese do art. 13, VI, da Lei 8.666/1993, ou seja, se o objeto for singular, dará ensejo à contratação direta, por inexigibilidade, com base no art. 25, II, da Lei de Licitações; todavia, se o objeto for comum e for viável a competição, então, cabe licitação na modalidade pregão.

Portanto, antes mesmo da revogação, considerava-se que o só fato de constar na lista não significava que o serviço ou o produto se submetessem automaticamente ao pregão.

Não dá, portanto, para desclassificar um bem ou serviço comum a partir de uma análise genérica da atividade, exceto nas hipóteses legais expressas em que o decreto afasta a aplicação do pregão, que serão expostas na sequência. Devem ser averiguadas as características específicas de prestação do serviço e a padronização do mercado de fornecedores. Muito provavelmente este foi o motivo que guiou a revogação da tabela do anexo II.

Existem, portanto, atividades que são discutidas nos Tribunais de Contas, a exemplo da assessoria de comunicação, conforme se constata do teor do seguinte acórdão:

“O relator entendeu não existir, no caso em análise, a irregularidade apontada. Verificou haver no edital a definição precisa do objeto, com especificações, exigências e quantitativos objetivamente delimitados, com o que estariam ‘atendidos os requisitos necessários ao enquadramento, como comuns, dos serviços específicos a serem prestados, nos termos da Lei 10.520/2002 e do Dec. 5.450/2005, não havendo reparos a fazer, no caso concreto, quanto à escolha da modalidade pregão para a contratação em exame’. Não obstante, ressaltou que ‘não há entendimento firmado no Tribunal sobre a obrigatoriedade e a adequação do uso da modalidade pregão na contratação de serviços de assessoria de comunicação. Fatores como a qualidade dos serviços e a capacidade de atendimento a necessidades específicas do contratante precisam ser cuidadosamente sopesados, como forma de assegurar que a empresa contratada atenda satisfatoriamente as demandas das entidades governamentais’. O Tribunal, então, ao endossar proposta do relator, julgou a representação improcedente. Acór-

15. JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 26-27.

ção 395/2013-Plenário, TC 044.347/2012-0, relator Ministro José Múcio Monteiro, 6.3.2013.”

O art. 6.º do Dec. 5.450/2005 estabelece que a licitação na modalidade pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.

O serviço de engenharia é excluído, pois nele não dá para negociar o preço com o fornecedor sem comprometimento da viabilidade da proposta. As locações imobiliárias não se enquadram no pregão eletrônico, pois se a Administração irá locar, terá de adotar o maior lance, se deseja ser locatária, o objeto é infungível, ou seja, com características peculiares próprias, sendo até hipótese de licitação dispensável, conforme o inc. X do art. 24 da Lei de Licitações. Já as alienações em geral para ser vantajosas devem procurar obter propostas de maior lance, sendo, portanto, incompatível com o objetivo do pregão que é a consecução do menor preço.

Outra característica importante aponta para o fato de que o pregão é realizado com inversão de fases, o que lhe imprime maior celeridade, conforme visto. A inversão de fases foi defendida por Marçal Justen Filho quando da discussão da Lei Geral de Licitações promovida pelo Ministério da Reforma Administrativa, em 1997, que inspirou a edição da medida provisória que criou a modalidade no Brasil.

No pregão, conforme será descrito, a classificação ocorre antes da habilitação, sendo apenas analisada a documentação do licitante que oferecer o melhor lance para a Administração Pública. Se o licitante mais bem classificado não for habilitado, a Administração analisará a documentação do classificado em segundo lugar e assim sucessivamente.

O pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para obter o melhor preço, desde que a contraproposta obedeça às condições fixadas no edital.

Não há exigência de garantia da proposta no pregão, conforme vedação presente no art. 5.º, I, da Lei do Pregão. Há, por fim, uma oportunidade única tanto de impugnação do edital, como de imposição de recurso administrativo, quando os licitantes não concordarem com a declaração do vencedor.

6.3 Disciplina legal

O pregão foi criado no Brasil pela MedProv 2.016, de 04.05.2000, apenas para o âmbito federal. Criticou-se a abrangência da referida medida provisória, pois ela não era compatível com o conteúdo presente no art. 22, XXVII, da CF, que enuncia a competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades.

Tal inconstitucionalidade foi corrigida quando da conversão da reedição da medida provisória mencionada (na realidade, conjunto de Medidas Provisórias: 2.016, 2018 e 2.182), na Lei 10.520, de 17.07.2002, houve a ampliação expressa dessa modalidade também para os Estados, Distrito Federal e Municípios.

Atualmente, considera-se a Lei do Pregão (Lei 10.520/2002) uma lei de aplicação nacional, sendo, no entanto, possível que os entes federativos façam adaptações específicas para atender as suas necessidades, desde que obedeçam aos preceitos gerais da lei.

Posteriormente, a União editou o Dec. 5.450, de 31.05.2005, que regulamentou, para o âmbito federal, o pregão eletrônico mencionado no § 1.º do art. 2.º da Lei do Pregão. Note-se que a Lei Geral de Licitações e Contratos é de aplicação subsidiária ao pregão, conforme se verifica no conteúdo do art. 9.º da Lei 10.520/2002.

Ao pregão se aplica, de acordo com o art. 5.º do Dec. 5.450/2005, os princípios básicos de legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como os princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade.

O parágrafo único do mencionado artigo explicita, no entanto, que as normas disciplinadoras da licitação serão interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não sejam comprometidos o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

6.4 Formas

O pregão admite duas formas: presencial e eletrônico. Enquanto a realização de pregões presenciais ocorre em número limitado, uma vez que eles demandam espaço na repartição, é possível a realização de diversos pregões eletrônicos simultaneamente.

O art. 4.º do Dec. 5.450/2005 dá prioridade à forma eletrônica, conforme se verifica de seu conteúdo: “nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica”.

O § 1.º do mencionado artigo acrescenta ainda que: “o pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente”.

Existe discussão sobre a efetiva obrigatoriedade de adoção do pregão, tendo em vista a disparidade de redação entre a Lei do Pregão, em cujo art. 1.º determina que “para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade pregão, que será regida por essa lei”, em relação à exigência de obrigatoriedade por parte do decreto regulamentar.

Conforme visto, o pregão foi proveniente da conversão de medida provisória pelo Congresso Nacional em lei ordinária. Certo seria considerá-lo de utilização facultativa, por haver discricionariedade conferida propositadamente pela lei. Não pode um decreto estabelecer obrigações a mais, a pretexto de regulamentar dada lei.

O decreto regulamentar (executivo) é considerado no sistema brasileiro ato normativo infralegal, o que significa que não pode determinar condutas que sejam

contra ou *ultra legem*. Em suma, não se admite, tendo em vista o princípio da legalidade, que os decretos criem, a pretexto de regulamentar leis, obrigações a mais, sob pena de sofrerem controle pelo excesso.

Apesar desta ressalva, deve-se advertir que discricionariedade não significa arbítrio. Discricionariedade representa a prerrogativa¹⁶ que tem a Administração de optar dentre duas ou mais soluções por aquela que, segundo critérios de conveniência e oportunidade, melhor atenda ao interesse público no caso concreto.

Não se trata de um poder autônomo, porque a discricionariedade implica liberdade de atuação dentro da lei ou da moldura normativa, que abrange regras e princípios, fornecida pelo ordenamento jurídico. A Administração, ao praticar um ato discricionário deve respeitar os limites da lei em que se fundamenta.

Logo, ao escolher a forma do pregão presencial, para os que defendem a facultatividade, tal qual prevista na Lei 10.520/2002, a escolha deve ser guiada pelo fato de que tal forma melhor atende ao interesse público no caso concreto.

Outrossim, nem sempre se poderá dizer ser propriamente “inviável” a adoção do pregão eletrônico, pois pode ser escolhida a forma presencial simplesmente porque é mais conveniente do que a eletrônica para o atingimento dos interesses públicos que se quer proteger.

Em exemplo fornecido por cartilha elaborada pelo Sebrae, em conjunto com a Confederação Nacional de Municípios,¹⁷ identifica-se que a utilização do pregão presencial é medida eficiente para aquisição de produtos e serviços que tenham relação direta com a característica produtiva regional ou com baixo valor agregado; já o pregão eletrônico seria mais recomendável para produtos com alto valor agregado ou baixa quantidade de fornecedores locais.

Nesta perspectiva, se a escolha pondera o desenvolvimento da produção local, não é recomendável a utilização indiscriminada da modalidade do pregão eletrônico, que é mais impessoal e possui âmbito de abrangência pulverizado. Ainda mais diante do fato de que nem todos os pequenos fornecedores locais estão “incluídos digitalmente” e capacitados para participar de pregões eletrônicos.

Logo, a orientação da obrigatoriedade do pregão eletrônico prevista no decreto federal não é apta, em determinados contextos, a promover o objetivo licitatório de promoção do desenvolvimento nacional sustentável por meio da licitação, por isso nos manifestamos favoravelmente ao sentido de facultatividade enunciado no art. 1.º da Lei do Pregão, deixando-se ao gestor eleger a forma mais adequada à satisfação dos interesses públicos.

16. Sobre os fundamentos prático e jurídico da discricionariedade, ver. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 70.

17. ZANIN, Luiz Maurício Junqueira; BARRETO, Cláudio Pereira. *Cartilha do comprador: as compras públicas alavancando o desenvolvimento*. Brasília: CNM-Sebrae, 2006. p. 13.

Acrescenta, ainda, José dos Santos Carvalho Filho¹⁸ que o pregão presencial é mais adequado quando houver necessidade de exibição de produtos ou de análise mais detalhada de planilhas de composição de custos, tarefa usualmente de grande complexidade.

Faculta também a Lei, conforme dispõe o art. 2.º, § 2.º, nos termos de regulamentos próprios editados por cada ente federativo, a participação de bolsas de mercadorias no apoio técnico e operacional aos órgãos ou entidades promotores da modalidade de pregão, utilizando-se de recursos de tecnologia da informação; sendo as bolsas organizadas sob a forma de sociedades civis sem fins lucrativos com a participação plural de corretoras que operem sistemas eletrônicos unificados de pregões.

6.5 Pregoeiro e equipe de apoio

O pregoeiro e sua equipe de apoio são os condutores do pregão.¹⁹ Eles realizam o trabalho que normalmente é feito pela Comissão de Licitação em outras modalidades, ou seja, recebem as propostas e os lances, analisam a aceitabilidade, fazem a classificação, habilitação e adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

Ressalte-se que enquanto nas comissões de licitação todos os integrantes são solidariamente responsáveis por seus atos na condução do certame; no pregão, como o pregoeiro tem um papel protagonista, sendo responsável pelos julgamentos e deliberações, a responsabilidade maior recai sobre ele, não obstante a presença da equipe de apoio.

O pregoeiro integra o quadro de servidores, sendo designado pela autoridade competente. A equipe de apoio do pregoeiro deve ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego na Administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do certame. Ademais, determina a lei que no âmbito do Ministério da Defesa, as funções de pregoeiro e de membro da equipe de apoio poderão ser desempenhadas por militares de diversos postos ou patentes.

O Dec. 3.555/2000 veicula, no seu anexo, o regulamento da licitação na modalidade pregão. Segundo o art. 9.º de tal regulamento, as atribuições do pregoeiro incluem: (1) credenciamento dos interessados; (2) recebimento dos envelopes das propostas de preços e da documentação de habilitação; (3) abertura dos envelopes das propostas de preços, o seu exame e a classificação dos proponentes; (4) condução dos procedimentos relativos aos lances e à escolha da proposta ou do lance de menor preço; (5) adjudicação da proposta de menor preço; (6) elaboração da ata; (7) condução

18. Op. cit., p. 303, passagem na qual menciona a análise de: NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 4. ed. Curitiba: Zênite, 2006. p. 281.

19. Também do registro de preços, quando feito por pregão, bem como do leilão.

dos trabalhos da equipe de apoio; (8) recebimento, exame e decisão sobre recursos; e (9) encaminhamento do processo devidamente instruído, após a adjudicação, à autoridade superior, visando a homologação e a contratação.

Se o pregão adotar a forma eletrônica, há atribuições específicas que serão expostas no respectivo processo.

O pregoeiro pode ser designado para a função durante o período de um ano, admitindo-se reconduções, ou para licitação específica. Exige o decreto do pregão eletrônico que o servidor reúna qualificação profissional e perfil adequados, aferidos pela autoridade competente.

Exige-se do pregoeiro competências e habilidades próprias para a condução da licitação, que transcendem a mera exigência de conhecimento das regras jurídicas da licitação. Ele deve, portanto, deter não apenas os conhecimentos da legislação, mas também habilidades que lhe permitam realizar o procedimento, garantindo que seja efetiva a competição que se dá na etapa dos lances verbais.

O pregoeiro deve desenvolver também a habilidade de negociar, que envolve capacidade de argumentação, flexibilidade, extroversão e condições de lidar com pressão na busca por resultados mais satisfatórios aos interesses públicos. Por conseguinte, deve ser nomeado servidor que tenha preparação específica para o desempenho da função de leiloeiro, sendo tal capacitação ofertada pela Administração Pública.

6.6 Procedimento presencial

O pregão presencial contempla duas fases: uma preparatória ou interna e outra externa.

Na fase preparatória ou interna há a justificativa da autoridade, que especificará nos autos do processo: a definição do objeto, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias; as exigências de habilitação; os critérios de aceitação das propostas; as sanções por inadimplemento e as demais cláusulas do contrato, inclusive com fixação de prazos para fornecimento, de acordo com o art. 3.º, I, da Lei 10.520/2002. Na sequência, deve haver a designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio.

A fase externa, por sua vez, inicia-se com a convocação dos interessados, realizada por meio da publicação de aviso em *Diário Oficial*, jornal de grande circulação ou por meios eletrônicos. O edital fixará prazo não inferior a oito dias úteis, contados da publicação do aviso, para os interessados prepararem suas propostas.

No dia, hora e local designados é realizada a sessão pública, na qual, após sua abertura, ocorre o recebimento das propostas em envelopes: referentes ao objeto e ao preço, separadamente da documentação de habilitação, devendo o interessado ou seu representante legal proceder ao respectivo credenciamento, comprovando, se for o caso, possuir os necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame.

Após a abertura dos envelopes contendo as propostas de preços, verifica-se a correspondência das propostas com requisitos estabelecidos no instrumento convocatório e o autor da proposta de valor mais baixo e todos os que se enquadrem em até 10% a mais deste valor poderão fazer lances verbais e sucessivos (de valor decrescente), até a proclamação do vencedor.

Não havendo o mínimo de três ofertantes nessas condições, o pregoeiro classificará as melhores propostas subsequentes, até o máximo de três, para que seus autores participem dos lances verbais, independentemente do preço ofertado na proposta escrita.

Em seguida, inicia-se a etapa de apresentação de lances verbais entre os proponentes, que deverão, conforme dito, ser formulados sucessivamente e em valores decrescentes. O pregoeiro conduzirá a apresentação dos lances. Para tanto, convidará individualmente os licitantes classificados a apresentarem um valor menor, iniciando com o autor da proposta classificada no maior preço.

A desistência em apresentar lance maior, quando houver convocação pelo pregoeiro, implicará em exclusão do licitante da etapa de lances verbais e na manutenção do último preço ofertado pelo licitante para efeito de ordenação das propostas. Caso não haja nenhum lance verbal concretizado, será verificada a conformidade entre a proposta escrita de menor preço e o valor estimado para a contratação.

Após a declaração de encerramento da etapa competitiva e a ordenação das propostas, o pregoeiro manifestar-se-á acerca da aceitabilidade da proposta mais bem classificada, dentro das exigências fixadas no edital, e promoverá a habilitação com abertura do envelope de documentos do licitante que ofereceu a proposta de menor preço.

Caso sejam preenchidos os requisitos de habilitação – que são: situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende exigências editalícias concernentes à habilitação jurídica e qualificações técnicas e econômico-financeiras, sendo dispensada a apresentação de documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento (Sicaf), assegurando ao já cadastrado o direito de apresentar a documentação atualizada e regularizada na própria sessão –, será declarado vencedor, sendo-lhe adjudicado o objeto do certame.

Se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes, pela ordem de classificação, podendo negociar diretamente com o proponente para que seja obtido menor preço. A negociação tanto pode acontecer com o proponente do melhor preço, como com os demais proponentes, se o primeiro não preencher os requisitos de habilitação.

O recurso no pregão ocorre em manifestação imediata à declaração do vencedor, sendo concedidos então três dias para a apresentação das razões de recurso. A falta

de manifestação imediata e motivada da intenção de recorrer implica decadência do direito de recurso e adjudicação do objeto ao licitante vencedor.

Tal regra está presente no art. 4.º, XVIII, da Lei 10.520/2002, nos termos do qual: “Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentação das razões de recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos”.

O inc.XVII do art. 11 do Anexo ao Dec. 3.555/2000, dispõe da seguinte forma a mesma regra: “a manifestação da intenção de interpor recurso será feita no final da sessão, com registo em ata da síntese das suas razões, podendo os interessados juntar memoriais no prazo de três dias úteis”.

O recurso contra a decisão do pregoeiro não terá efeito suspensivo, sendo que o seu acolhimento importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento. Trata-se de expressão do princípio da economia processual.

Decididos os recursos e constatada a regularidade dos atos procedimentais, a autoridade competente homologará a adjudicação para determinar a contratação, conforme regra enunciada no inc. XX do art. 11 do Anexo ao mencionado decreto. O prazo de validade das propostas é de 60 dias, mesmo no pregão eletrônico, salvo previsão diferente no edital.

Ficará impedido de licitar e contratar com os entes federativos e será descredenciado do sistema de cadastramento de fornecedores pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo de outras sanções previstas no edital ou decorrentes de inexecução contratual, quem, convocado dentro do prazo de validade da proposta: (1) não celebrar contrato; (2) deixar de entregar documentação exigida; (3) apresentar documentação falsa; (4) ensejar o retardamento da execução do objeto; (5) não mantiver a proposta; (6) falhar ou fraudar na execução do contrato; (7) comportar-se de modo inidôneo; ou (8) cometer fraude fiscal.

6.7 Procedimento eletrônico

O pregão eletrônico é efetivado por sistema que viabilize a comunicação pela internet, à distância e em sessão pública. Trata-se de assunto regulamentado, em âmbito federal, pelo Dec. 5.450/2005.

É promovido por órgão ou entidade com uso de sistema eletrônico, dotado de recursos de criptografia e de autenticação que garantam condições de segurança em todas as etapas do certame, cedido mediante termo de adesão.

Antes da realização do procedimento, há o credenciamento, perante o provedor do sistema eletrônico, de acordo com o caput do art. 3.º do Decreto: da autoridade competente do órgão que realizará a licitação; do pregoeiro e sua equipe de apoio; e dos licitantes.

O credenciamento engloba o fornecimento de chave de identificação e de senha, pessoal e intransferível, para que se participe de qualquer pregão na forma eletrônica. Cumpre advertir que o fornecedor descredenciado pelo sistema de cadastramento terá automaticamente sua chave e senha suspensas.

O credenciamento junto ao provedor do sistema implica responsabilidade legal do licitante e a presunção de possuir capacidade técnica para realização de transações inerentes ao pregão na forma eletrônica, sendo de sua responsabilidade qualquer transação efetuada diretamente ou por representante seu.

São atribuições da autoridade competente: (1) designar e solicitar, junto ao provedor, o credenciamento do pregoeiro e da sua equipe de apoio; (2) indicar o provedor do sistema; (3) determinar a abertura do processo de licitação; (4) decidir os recursos contra atos do pregoeiro quando este mantiver sua decisão; (5) adjudicar o objeto da licitação, quando houver recurso; (6) homologar o resultado da licitação; e (7) celebrar o contrato.

Na fase preparatória do pregão eletrônico, ocorre o termo de referência do órgão requisitante, com a indicação do objeto, que deve ser aprovado pela autoridade competente. É elaborado o edital e designado o pregoeiro e sua equipe de apoio.

As designações do pregoeiro e da equipe de apoio devem recair em servidores do órgão ou entidade promotora da licitação ou, no âmbito federal, em funcionários integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SISG).

A equipe de apoio segue a regra genérica prevista também para o pregão presencial, ou seja, é integrada por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego na Administração, pertencentes, preferencialmente, ao quadro permanente do órgão ou ente promotor da licitação.

São atribuições do pregoeiro: (1) coordenar o processo licitatório; (2) receber, examinar e decidir, em 24 horas, impugnações e consultas ao edital, apoiado pelo setor responsável pela sua elaboração; (3) conduzir a sessão pública na internet; (4) verificar a conformidade da proposta com o edital; (5) dirigir as etapas de lance; (6) verificar e julgar a habilitação; (7) receber, examinar e decidir recursos, encaminhando-os à autoridade competente quando mantiver a decisão; (8) indicar o vencedor; (9) adjudicar o objeto, quando não houver recurso; (10) conduzir trabalhos da equipe de apoio; e (11) encaminhar o processo à autoridade competente para homologação.

O prazo para impugnação do edital é de até dois dias úteis antes da data de abertura da sessão. Em caso de acolhimento da impugnação pelo pregoeiro, deve ser definida nova data para realização do certame. O pregoeiro também tem atribuição de responder consultas ou pedidos de esclarecimentos postados no endereço eletrônico no prazo de até três dias antes da abertura da sessão.

A abertura da sessão é feita pelo pregoeiro, com sua chave e senha, no horário de Brasília, previsto para a realização do certame. Ele verifica se as propostas estão em

conformidade com o edital e registra, fundamentadamente, no sistema as propostas que são desclassificadas.

O sistema eletrônico possui programa que ordena as propostas classificadas para que se inicie a etapa dos lances. Trata-se de fase competitiva, na qual os licitantes podem encaminhar lances inferiores ao último ofertado e registrado no sistema eletrônico, em tempo real, sendo vedada a identificação dos licitantes.

O pregão eletrônico contempla, ainda, o chamado tempo randômico, que representa um mecanismo do sistema que avisa o encerramento iminente da etapa dos lances num período que normalmente se estende por até 30 minutos, conforme determina o art. 24, § 7.º, do Dec. 5.450/2005.

O fechamento ocorre aleatoriamente para que os licitantes adiantem os lances, sob pena de ser dada a qualquer momento por encerrada a recepção dos lances do sistema.

Após o encerramento da etapa dos lances da sessão pública, o pregoeiro pode ainda encaminhar, desde que seja pelo sistema, contraproposta ao licitante que tenha apresentado lance mais vantajoso, de acordo com a regra presente no art. 24, § 8.º, do Dec. 5.450/2005. A negociação será realizada por meio do sistema, podendo ser acompanhada pelos demais licitantes. Não se admite que a negociação se dê em condições diferentes das previstas no edital.

Daí pra frente o procedimento segue as mesmas regras do pregão presencial, sendo idênticos os prazos de recurso (manifestação imediata, sendo então concedidos três dias para apresentação das razões) e de contratação (com prazo de validade das propostas em 60 dias), bem como as sanções pelo descumprimento das regras.

Para que haja controle do cumprimento do procedimento, os arquivos e registros digitais devem permanecer à disposição para auditorias internas e externas e a ata da sessão será disponibilizada pela internet, para acesso livre, após o seu encerramento.

7. BIBLIOGRAFIA

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- ENAP. *Legislação aplicada à logística de suprimentos: Lei 8.666/1993, pregão e registro de preços*. Brasília: Enap, 2014. Módulo 8.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão*. São Paulo: Dialética, 2005.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. 4. ed. Curitiba: Zênite, 2006.

ZANIN, Luíz Maurício Junqueira; BARRETO, Cláudio Pereira. *Cartilha do comprador: as compras públicas alavancando o desenvolvimento*. Brasília: CNM-Sebrae, 2006.