

**FACULDADE DE CIENCIA E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER
CURSO DE DIREITO**

MURILLO NOLASCO COELHO

PREGÃO, UMA DAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO

**RUBIATABA
2015**

**FACULDADE DE CIENCIA E EDUCACAO DE RUBIATABA – FACER
CURSO DE DIREITO**

MURILLO NOLASCO COELHO

PREGÃO, UMA DAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentada à banca examinadora da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – GO, com requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do Professor Especialista Rogério Gonçalves Lima.

RUBIATABA
2015

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER
CURSO DE DIREITO**

MURILLO NOLASCO COELHO

PREGAO, UMA DAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Projeto de pesquisa apresentado para obtenção de nota na disciplina de Monografia II do curso de Direito da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – FACER, como exigência parcial para a aprovação, sob a orientação do professor Especialista Rogério Gonçalves Lima.

De acordo e recomendado

Professor Especialista Rogério Gonçalves Lima.

RUBIATABA/GO

MURILLO NOLASCO COELHO

PREGÃO, UMA DAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à banca examinadora da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – GO, como requisito parcial para à obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do Professor Especialista Rogério Gonçalves Lima.

Aprovado em _____ de _____ do ano de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Professor e Orientador: Rogério Gonçalves Lima
Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba - GO

Professor Convidado
Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba - GO

Professor Convidado
Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba - GO

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a DEUS, pelo dom da vida, e também aos meus pais que sempre estiveram ao meu lado, me ajudando a enfrentar as dificuldades encontradas no caminho.

Dedico esse trabalho primeiramente a Deus, minha mãe Neide, meu pai Joair e meu irmão Guilherme, sem vocês nada disso seria possível. Essa vitória não é só minha, é nossa!

RESUMO

O objetivo deste trabalho foi analisar os aspectos legais e doutrinários referentes à licitação, em especial a modalidade pregão no âmbito da administração pública, obedecendo sempre o *caput* do Artigo 37 da Constituição Federal do Brasil de 1988, que versa sobre os princípios aplicáveis. Cumprindo os mecanismos desse processo, a redução dos gastos da administração pública vai sempre efetiva, atendendo os anseios do estado, o desenvolvimento da nação e o bem de todos.

Palavras-chave: Licitação. Princípios. Desenvolvimento.

ABSTRACT

The objective of this monographic study was to analyze the legal aspects and doctrinal concerning the bid, in particular the trading mode within the public administration, always obeying the caput of Article 37 of the Federal Constitution of Brazil in 1988, which deals with the applicable principles. Delivering the mechanisms of this process, reducing the government spending will always be effective, given the state's wishes, the development of the nation and the good of all.

Keywords: Bidding. Principles. Development .

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 11 |
| 2 LICITAÇÃO..... | 13 |
| 2.1 BREVE HISTÓRICOS..... | 13 |
| 2.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS..... | 13 |
| 2.2.1 Princípios da Moralidade e da Probidade..... | 14 |
| 2.2.2 Princípios da Impessoalidade..... | 14 |
| 2.2.3 Princípios da Legalidade..... | 15 |
| 2.2.4 Princípios da Igualdade..... | 15 |
| 2.2.5 Princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório..... | 16 |
| 2.2.6 Princípios do Julgamento Objetivo..... | 16 |
| 2.3 MODALIDADES..... | 17 |
| 2.3.1 Concorrência..... | 17 |
| 2.3.2 Tomada de Preços..... | 18 |
| 2.3.3 Convite..... | 18 |
| 2.3.4 Concurso..... | 19 |
| 2.3.5 Leilão..... | 19 |
| 2.3.6 Pregão..... | 19 |
| 3 PREGÃO..... | 21 |
| 3.1 NORMAS REGULAMENTADORAS..... | 21 |
| 3.2 PROCEDIMENTO..... | 23 |
| 3.3 PREGÃO NOS ENTES FEDERATIVOS..... | 24 |
| 3.4 QUALIFICAÇÕES DE BENS E SERVIÇOS COMUNS..... | 25 |
| 3.5 AUTORIDADE COMPETENTE..... | 26 |
| 3.6 PREGOEIRO..... | 27 |
| 3.7 LICITANTES..... | 28 |
| 3.8 PREGÃO ELETRÔNICO – GENERALIDADES..... | 28 |
| 3.9 FASE INTERNA..... | 30 |
| 3.9.1 Justificativa da Necessidade..... | 30 |
| 3.9.2 Termo de Referência..... | 30 |

| | |
|--|-----------|
| 3.9.3 Instrumento Convocatório (Edital)..... | 32 |
| 3.9.4 Definição das Exigências para Habilitação..... | 32 |
| 3.9.5 Definição dos Critérios de Aceitação das Propostas..... | 33 |
| 3.9.6 Definições das Sanções por Inadimplemento..... | 33 |
| 3.9.7 Definição das Cláusulas na Minuta do Contrato..... | 34 |
| 3.9.8 Aprovação do Edital..... | 34 |
| 3.10 FASE EXTERNA..... | 37 |
| 3.10.1 Convocação..... | 37 |
| 3.10.2 Credenciamento..... | 38 |
| 3.10.3 Sessão do Pregão..... | 39 |
| 3.10.3.1 Abertura da Sessão..... | 39 |
| 3.10.3.2 Coleta de Declaração de Habilitação..... | 40 |
| 3.10.3.3 Entrega de Envelopes Proposta e Habilitação..... | 40 |
| 3.10.3.4 Seleção dos Lançadores..... | 41 |
| 3.10.3.5 Fase de Lance – Julgamento e Classificação das Propostas..... | 41 |
| 3.10.3.6 Decisão Sobre a Aceitabilidade da Proposta..... | 42 |
| 3.10.3.7 Documentos e Julgamento da Habilitação..... | 42 |
| 3.10.4 Fase Recursal..... | 43 |
| 3.10.5 Adjudicação..... | 44 |
| 3.10.6 Ata do Pregão..... | 45 |
| 3.10.7 Homologação..... | 46 |
| 3.10.8 Convocação Para Assinar o Contrato..... | 46 |
| 4 CONCLUSÃO..... | 47 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 49 |

1 INTRODUÇÃO

O problema relativo às formas de licitações, mormente na modalidade pregão, e o que representa para a Administração no campo temático do Contrato Administrativo é de vultosa relevância, como um dos atualizados modelos jurídico estatal para controlar as atividades do administrador na supervisão dos recursos públicos, sendo instrumento fundamental para que o administrador procure almejar o que dita os princípios imperiosos na atividade administrativa, quais sejam os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No campo do Contrato Administrativo cogitar tal afirmação é não convencer quão nobre tal instituto para a Administração, a saber, que: o pregão é uma modalidade inovadora de licitação, de tal modo que não veio previsto na Lei 8.666/93 (Lei Geral de Licitações), sendo regulamentado numa Lei promulgada quase 10 (dez) anos após a publicação desta, previsto na Lei 10.520/2002, poderá ser tomado para a compra de bens e serviços comuns, independentemente de valor. Nesta modalidade, o valor do objeto não provoca o impedimento. Se a Administração Pública enquadrar os bens ou serviços no conceito de objeto comum ela poderá apor esta modalidade licitatória.

O objetivo geral é Abordar a importância do procedimento licitatório na modalidade pregão, seus aspectos no âmbito jurídico e seu objetivo social dentro da Administração Pública, e, demonstrar os mecanismos existentes para efetivo cumprimento dos fins almejados pela modalidade, com a efetiva redução dos gastos da administração pública de modo formal, porém ágil, atendendo não somente aos anseios diretos do estado, mas o desenvolvimento nacional e o bem de todos, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme preconiza o Art.4º da Constituição Federal de 1988.

Por sua vez, os objetivos específicos focam o estudo detalhado da Lei nº 10.520/2002 com suas principais etapas a serem seguidas pelo órgão licitante. Buscando as características básicas para a aplicabilidade do pregão. Definir o conceito de bens e serviços comuns para a efetivação da licitação na modalidade pregão. O papel da autoridade competente, pregoeiro e licitantes. Especificar as fases interna e externa do pregão, ressaltando todas as particularidades destas. Analisar de forma genérica sua eficácia e eficiência para a administração pública.

A especialização da atual pesquisa pairou-se pela avaliação teórica analítica a partir de material publicada em obras de direito administrativo, revistas especializadas e dada publicados via internet, inexistindo uma pesquisa de campo.

Para uma melhor concepção do tema, faz-se necessário um estudo da licitação como gênero e as modalidades como espécies sendo, obviamente, aprofundado o estudo quanto ao pregão.

O capítulo primeiro tem o propósito de estudar a licitação como gênero da modalidade pregão. Revelando algumas explicações consolidadas quanto o conceito de licitação, um breve histórico da legislação, os princípios gerais da licitação e uma breve passagem pelas modalidades de licitação, inclusive, a consulta: modalidade especial de licitação prevista na Lei 9.472/97 (ANATEL).

O segundo capítulo apresenta o pregão com espécie da licitação identificada no capítulo anterior, conceituando o que é o pregão, fazendo um estudo do procedimento adotado, em quais entes federativos pode ser usado, a definição legal e doutrinária de bens e serviços comuns, os atores participantes e algumas generalidades do pregão eletrônico.

O capítulo terceiro tem como objeto de estudo a fase interna do pregão, iniciando-se com o pedido, o termo de referência, a definição do edital, os critérios objetivos quanto à habilitação, aceitação das propostas, minuta de contrato e aprovação do instrumento convocatório.

O último capítulo, por fim, expressa a fase externa do pregão. Sendo inaugurado pela convocação dos interessados através de publicação do aviso, o credenciamento, a sessão pública, fase de lance, aceitabilidade da proposta mais vantajosa, julgamento dos documentos de habilitação, a fase recursal, a adjudicação e a homologação pela autoridade superior.

Em síntese, as principais peculiaridades do pregão serão abordadas no presente trabalho.

2 LICITAÇÃO

2.1 BREVE HISTÓRICOS

Franklin Delano (2009, p. 1) diz que, “através de relatos históricos, acredita-se que a Licitação surgiu na Europa Medieval, em razão da necessidade de aquisição de um determinado bem, ou execução de obra e/ou serviço, no qual a administração pública não dispunha de condições para sua obtenção”. O Estado apregoava o local, a data e horário para que todos interessados (particulares) se apresentassem com o objetivo de atender às necessidades apresentadas pelo Estado.

No Brasil, as leis sobre licitações sofreram e vem sofrendo com sucessivas alterações. Na maior parte a justificativa é de que as leis tornarão as aquisições mais ligeiras e eficazes, sem perder seu elemento, que é, em todos os casos, a aquisição de bens e serviços para atenderem às necessidades do Estado.

“A sistemática da licitação sofreu fundamental modificação no Direito brasileiro desde o seu incipiente no Código da Contabilidade Pública da União, de 1922, até o Dec.-lei 200/67, Lei 5.456/68, Lei 6.946/81 e Dec.- lei 2.300/86, ora revogados e substituídos pela Lei 8.666/93, de 21.6.93 (alterada pelas Leis 8.883, 8.6.94, 9.648, de 27.5.98, 10.973, de 2.12.2004, 11.079, de 30.12.2004, 11.107, de 6.4.2005, 11.196, de 21.11.2005, 11.445, de 5.1.2007, 11.481, de 31.5.2007, 11.484, de 31.5.2007, e 11.763, de 1.8.2008)”. (MEIRELLES, 2010, p. 280)

Lembrando que, além da Lei 8.666/93, temos: Lei 8.987, de 13.12.95 que disciplina as concessões e permissões de serviços e obras públicas; Lei 10.520, de 17.7.2002, sobre modalidade “pregão” para aquisição de bens e serviços comuns, regulamentada pelos Decretos 3.555/2000 e 5.450/2005; Lei 9.472/97 que regulamenta a Consulta: modalidade especial de licitações para a ANATEL; e Lei 11.079, de 30.12.2004 que disciplina sobre as parcerias público-privadas.

2.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

De acordo com Pietro (2014, p. 377), “a própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração. Ela é uma decorrência do princípio da **indisponibilidade do interesse público** e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do

contratante”. É relevante afirmar que a administração, por força deste princípio, escolherá aquele que oferecer a proposta mais vantajosa ao interesse público.

O Art. 3º da Lei 8.666/93 dispõe que:

“As licitações, qualquer que seja a modalidade, serão processadas e julgadas em estrita conformidade com os princípios 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”. (BRASIL, 2012)

Percebe-se pela leitura do texto, que os princípios mais específicos da licitação estão expressamente citados no Art. 3º, mas, como o próprio artigo revela (princípios correlatos), outros princípios também são aplicáveis a este instituto, principalmente os constitucionais.

2.2.1 Princípios da Moralidade e da Probidade

A Administração, além de observar o que a lei determina, deve organizar seus procedimentos na moral, visando sempre o melhor e o mais adequado ao interesse público.

São exigidos da Administração, além da conduta lícita, o conceito de honestidade e a maneira de processar. “O procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para Administração e licitantes, em comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte”, (MELLO, 2010, p. 535).

2.2.2 Princípios da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade se confunde com o próprio princípio da igualdade ou da isonomia. Significando, assim, que “tal princípio não é senão uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração”, (MELLO, 2010, p. 532). Por isso, a Administração Pública deve dar tratamento igualitário a todos, e o agente público devera atuar pelo interesse da coletividade, e não em interesse próprio, tendo como principal objetivo o interesse público.

O administrador quando for firmar um contrato com outrem, via de regra, devera fazer um procedimento administrativo prévio, chamado procedimento licitatório. Levando sempre

em conta a melhor proposta em relação ao interesse público. Deste modo, a licitação é uma regra do princípio da impessoalidade.

2.2.3 Princípios da Legalidade

“A Constituição consagra, no Art. 37, a ideia de que a Administração Pública está submetida, entre outros, ao princípio da legalidade, que abrange o postulado da supremacia da lei e o princípio da reserva legal”, (MENDES, 2008, p. 833).

O princípio da legalidade relata que a administração pública somente pode atuar nos limites previstos em lei, ou seja, o administrador somente pode fazer o que está determinado na lei. Já o particular pode fazer tudo que a lei não lhe proíbe. Para Carvalho (2010, p. 21), “a atividade administrativa que não estiver autorizada por lei, é ilícita”.

O controle popular do princípio em comento foi previsto em vários trechos da Lei 8.666/93:

- O Art. 41, § 1º, “considera qualquer cidadão parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidades na aplicação da lei”;
- O Art. 101, “qualquer pessoa poderá provocar o Ministério Público informando-lhe eventualidade na forma prevista”; e
- O Art. 113, § 1º, “estabelece que o controle das despesas decorrentes do contrato regidos pela Lei 8.666/93 será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma que especifica”.

2.2.4 Princípios da Igualdade

O princípio da igualdade veio pra assegurar uma igualdade de direitos a todos os que estão interessados a licitar, constituindo como uma base para a licitação.

O descumprimento do princípio em apreciação constitui uma fundamentação para a anulação de editais e julgamentos relacionados à licitação, pois se houver um favoritismo pela administração ou uma perseguição ao administrador, a Administração Pública está incidindo contra “o princípio imperativo da discriminação entre os participantes do certame, que através

de cláusulas que, no edital ou no convite, favoreçam uns em detrimento de outros” (MEIRELLES, 2010, p. 283).

2.2.5 Princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório

Este princípio equivale-se a lei entre as partes, é válido compara-lo com um contrato de adesão, onde a administração pública por meio do instrumento convocatório permite aos interessados, para que, querendo, adequem as normas do edital.

O Art. 41 da Lei Geral de Licitações relata a obrigação de obediência ao processo licitatório. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório aplica-se a todos que licita do mesmo modo que se aplica a Administração.

Vejamos o mencionado artigo, bem com os de número 43 e 44 da Constituição Federal:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada;

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

I - (...);

II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

As regras do certame devem sempre estar detalhadamente prevista no edital, para os interessados ficar aptos para tal”. (BRASIL, 2012)

2.2.6 Princípios do Julgamento Objetivo

O julgamento objetivo é aquele baseado na referencia preestabelecida, nos termos a serem julgados.

O edital estabeleceria o critério para o julgamento, com disposições perceptíveis e elementos objetivos (Lei 8.666/93, 40, VII). Sendo vedado qualquer fato sigiloso, secreto,

subjetivo ou reservado que possa suprir o princípio da isonomia entre os licitantes (Lei 8.666, 44, § 1º).

Desse modo, o princípio do julgamento objetivo busca “impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão Julgadora” (MELLO, 2010, p.536).

2.3 MODALIDADES

As modalidades são as formas para a realização da licitação, ou seja, são os ritos estabelecidos em lei para a realização da disputa entre os proponentes fornecedores que serão eleitos pela Administração. “Licitação, portanto, é o *gênero*, do qual as modalidades são espécies”, (MEIRELLES, 2010, p. 326). Assim como nas leis próprias ou no Código de Processo Civil, temos vários procedimentos (ordinário, sumário, especial), na forma de licitações, existem diversos ritos de procedimentos licitatórios. As modalidades de licitações são as formas que se desenvolve a sequência de atos para definir com quem a Administração vai celebrar o contrato, observando sempre o que determina o Art. 23 da Lei 8.666/93.

No Art. 22 da Lei Geral de Licitações prevê cinco modalidades de licitação, sendo: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Existe também a sexta modalidade que é o pregão, que está regulado na Lei 10.520. Vejamos quais as características de cada modalidade.

2.3.1 Concorrência

É a modalidade prevista na (Lei 8.666, 22, § 1º) para a contratação de objetos de maior vulto econômico para obras e serviços de engenharia, valores acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). Respeitando o prazo de intervalo, que é de 30 dias, do momento de sua publicação até o dia marcado para o recebimento das propostas (Lei 8.666, 21, § 2º, II, “a”). Podendo alcançar o prazo de 45 dias para os tipos de melhor técnica ou técnica e preço, ou ainda se o contrato contemplar empreitada integral (Art.21, § 2º, I, b”).

Além dos objetos de grande vulto, a concorrência é indispensável em alguns casos específicos, conforme art. 23 § 3º, sendo: no caso de licitação internacional, compra de bens imóveis, alienação de bens imóveis, concessões de direito real de uso.

2.3.2 Tomada de Preços

A tomada de preço (Art. 22, § 2º) é uma modalidade de licitação destinada à contratação de valor médio, para obras e serviços de engenharia, de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil) até o valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

Essa modalidade não é aberta a todos os interessados. Aqui só participa da licitação os interessados previamente cadastrados, administrativamente, até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas.

O edital prevê prazo normal de 15 dias para a apresentação da proposta, podendo acontecer no prazo de pelo menos 30 dias se o edital for decidido de acordo com “tipos” ou “técnica e preço” (Art. 21, § 2º, IIº).

2.3.3 Convite

No convite o objetivo é a contratação de valor mais baixo para obras e serviços de engenharia, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) Art. 23, I “a”. Já para as compras e serviços que não sejam de engenharia, o valor é de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) Art.23, II, “a”.

Não é aberto a todos os interessados, o convite é aquele utilizado para os interessados convidados em mínimo de três cadastrados, não podendo tomar parte também aqueles que não foram convidados, desde que cadastrados, e manifestarem o interesse em participar com antecedência de 24 horas da apresentação da proposta.

Nessa modalidade a convocação se faz por escrito, por meio de carta-convite, com antecedência de 5 dias úteis. Assim o instrumento recebe o nome de carta-convite e não de edital que são respectivamente iguais, mais recebeu outro nome na lei.

2.3.4 Concurso

Concurso enquanto modalidade de licitação não se confunde com concurso público para ingresso em cargos e funções públicas.

“O concurso é uma modalidade especial de licitação destinada à escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instrução de prêmio ou remuneração aos vencedores” (PIETRO, 2009, p. 385).

2.3.5 Leilão

Essa modalidade de licitação é para a venda de bens públicos móveis inservíveis, ou produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou então, alienação de bens imóveis previstas no Art. 19 da Lei Geral de Licitações.

Aos bens públicos que perdem a utilidade, o leilão é a forma de vendê-los. O leilão realizado pela administração pública é bem parecido com o leilão da iniciativa privada.

2.3.6 Pregão

Verificar-se-á em tema específico como objeto de esboço a ser avaliado de forma mais criteriosa e pormenorizada, as características do pregão. Mesmo assim, de igual modo às demais modalidades já citadas genericamente, tal instituto faz jus a comentários de forma *lato sensu*. Vejamos:

- O pregão é uma modalidade inovadora de licitação de tal modo não veio prevista na Lei 8.666/93, prevista na Lei 10.520/02 promulgada a quase 10 (dez) anos depois da publicação da Lei Geral de Licitações.

Diante desta, o pregão poderá ser adotado para a aquisição de bens e serviços comuns, independente de valor. No pregão, o valor do objeto não implica em impedimento.

A Lei 10.520 diz o que “se entende como bem ou um serviço comum, sendo aquele cujos padrões de desempenho de qualidade podem ser objetivamente definidos no edital, segundo as especificações do mercado (parágrafo único do Art. 1º)”.

A modalidade pregão é de uso facultativo, ou seja, não é obrigado em determinados dispositivos da Lei. Como o pregão não funciona em pretexto de valor, sempre que for aceitável, haverá outra modalidade de licitação em tese cabível.

É a administração que define se ela vai aproveitar o pregão ou a ulterior modalidade apropriada em função do valor do objeto. Entre o pregão e a outra modalidade licitatória há um juízo discricionário que o administrador pode fazer.

A Lei Geral de Licitações em seu Art. 22, §8º define sobre a vedação de criação de novas modalidades de licitação ou a combinação das modalidades já existentes. Uma leitura despercebida deste dispositivo pode levar a uma conclusão errada de que a Lei 8.666 previne a concepção de uma nova modalidade de licitação. Todavia, não é assim que se decifra essa norma, pois, se assim fosse, o pregão não existiria, haja vista que essa modalidade foi criada após dez anos da publicação da Lei Geral das Licitações. O fato é que empecilho ora citado não se aplica ao legislador. A Lei Federal não coíbe o próprio legislador federal de estabelecer outra modalidade licitatória. Não existe nenhum obstáculo para que a União discipline a matéria em outros diplomas normativos, como foi feito no caso da Lei nº 10.520/02. Isso é princípio geral do direito administrativo. Aquele que aplica a lei hoje, em tempo algum, não pode disciplinar a atuação do legislador de amanhã.

Esse artigo proibitivo de criação de novas modalidades de licitação é aplicável no âmbito da administração e não para o legislativo. Quem não pode criar novas modalidades de licitação nem combinar as modalidades já existentes, é a administração pública.

Ações ou decisões administrativas não podem instituir distintas modalidades de licitação, isso porque as modalidades estão previstas em lei, e a ação administrativa é atuação infra legal, ou seja, os atos que se fazem aquém do nível da lei não podem contradizer a mesma.

3 PREGÃO

De acordo com o dicionário, “pregão é o “ato de apregoar” ou então “o modo como os corretores de bolsa proclamam ofertas e propostas de negócios” (HOUAISS, 1995, p. 762).

O pregão é uma modalidade de licitação pública, podendo ser definido como uma forma administrativa, adjudicada por lei (Lei 10.520/02), por meio da qual a Administração protege a igualdade entre os licitantes, escolhe fornecedor ou prestador de serviço em sessão pública presencial ou virtual, possibilitando assim a estes reduzirem os valores das propostas por meio de lances sucessivos, a luz dos princípios da legalidade, economicidade, isonomia, dentre outros.

A doutrina majoritária designa o pregão como a sexta modalidade de licitação, somando-se com aquelas previstas na Lei nº 8.666/93, sendo: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

O pregão define-se como “a modalidade de licitação que se realiza presencial ou eletronicamente, na qual há disputa para se ofertar à Administração Pública o melhor preço entre os licitantes, verbalmente ou não, visando à contratação de bens e de serviços comuns”, (SANTANA, 2009, p. 35).

Existem algumas características próprias do pregão, distinguindo-se das demais modalidades, sendo: “limitações do uso a compras e serviços comuns; possibilidade de o licitante reduzir o valor da proposta durante a sessão; inversão das fases de julgamento da habitação e da proposta; e redução dos recursos a apenas um, que deve ser apresentado no final do certame”. (FERNANDES, 2009, p 409).

Por determinação da lei, o pregão tem seu uso limitado à contratação de bens e serviços comuns. A didática da lei elucida o que vem a ser a expressão “*bens e serviços comuns*”.

A Lei nº 10.520/02 diz que:

“Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”. (BRASIL, 2012)

3.1 NORMAS REGULAMENTADORAS

O Pregão foi instaurado em nosso ordenamento jurídico brasileiro pela Medida Provisória nº 2.026 de 04 de maio de 2000, reeditada dezoito vezes, sendo oito reedições com o nº 2.026, sete com o nº 2.108 e três com o nº 2.182, ate sua conversão em lei.

Limitado para a esfera da União, pois, esta não pode editar normas gerais sobre licitações e contratos por medida provisória, haja vista, a adequação ao dispositivo constitucional (Art. 62, CF/88), onde determina que tal medida só deve ser adotada em casos de relevante interesse nacional e urgência.

O Decreto nº 3.555, de 08 de agosto de 2000, foi instituído para regulamentar o pregão, ainda no tempo das mencionadas medidas provisórias.

Em 17 de julho de 2002, com a conversão da Medida Provisória nº 2.182 na Lei nº 10.520, o pregão foi promulgado como modalidade de licitação, abrangendo a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Não há hierarquia entre a Lei nº 8.666/93 e esta modalidade, pois, a competência legislativa do ente político não se restringe ao fato de já haver sido publicada norma geral sobre licitação, permitindo a este a edição de nova norma para conviver com a norma anterior, desde que não seja conflitante. Não há qualquer inconstitucionalidade na lei nº 10.520/02, nem mesmo estando em conflito com o Art. 22, § 8º da Lei nº 8.666/93, onde veda a criação de outras modalidades de licitações ou a combinação com as já existentes.

“Em sendo modalidade licitatória instituída por força do disposto no Art. 22, XXVII, c/c Art. 37, XXI, da Constituição Federal, rege-se tanto pelos princípios norteadores da atividade administrativa, quanto pelos regentes da licitação”, (SANTANA, 2009, p. 42).

Portanto restou consignada no texto da lei, a possibilidade de duas formas de pregão, o eletrônico e o presencial. O eletrônico dependeria de regulação, já o presencial regido pelo Decreto nº 3.555/00.

Foi então que veio o Decreto nº 3.697, que em sua época, regulamentava o paragrafo único do Art.2º da Medida Provisória nº 2.026-7/00, sendo revogada em 2005 pelo Decreto nº 5.450/05 que passou a regulamentar o pregão na forma eletrônica.

Desse modo temos hoje a Lei nº 10.520/02 que institui o pregão e os Decretos nºs 3.555/00 e 5.450/05, que cuidam, respectivamente, do pregão presencial e eletrônico, e, subsidiariamente, a Lei nº 8.666/93.

3.2 PROCEDIMENTO

Como já foi dito anteriormente, o pregão é *procedimento* licitatório na modalidade de licitação que pode ser realizado de forma presencial e eletrônica, para que se tenha uma disputa para se ofertar à Administração o menor preço entre os licitantes, tendo como objetivo a contratação de bens e serviços comuns. Assim como no Código de Processo Civil ou em leis próprias, temos vários procedimentos (ordinário, sumário, especial), no pregão, de mesmo modo, existe um rito de procedimento licitatório diferenciado das demais modalidades de licitação.

Neste ponto de estudo, devemos imaginar o procedimento como uma sucessão de atos administrativos, incluindo os atos dos licitantes que encadeados, integram o pregão, ou seja, uma série pré-ordenada de atos que devem obediência ao processo instituído por lei, servindo como garantia de legalidade ao administrado e como medida restritiva que dificulta a arbitrariedade do administrador.

Vejamos a regra subsidiária do art. 4º da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

“Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o Art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública”. (BRASIL, 2012)

O pregão é compreendido por duas fases, sendo uma interna definida como fase preparatória pelo Artigo 3º da Lei nº 10.520/02 e uma externa que se inicia com a publicação do aviso de edital de convocação (Art. 4º, Lei nº 10.520/02).

Duas são as peculiaridades que o pregão apresenta diversamente do que ocorrem nas outras modalidades de licitação. A primeira é que o pregão é utilizado em qualquer que seja o valor do bem ou serviço a ser adquirido, ou seja, o valor não é determinante para essa modalidade enquanto as demais modalidades são determináveis pelo valor. A segunda é a inversão nas fases de classificação das propostas e habilitação, discutindo primeiramente o preço para que depois de sanado, passe a fase de habilitação.

“A inversão no procedimento confere agilidade ao certame, pois a administração somente realiza a habilitação do licitante vencedor na oferta de lances. E este tem por imposição da Lei nº 10.520/02 o dever de, antes mesmo da oferta dos lances, declarar que preenche os requisitos de habilitação, e, se não o provar no momento

em que exigido, incorrerá em sanções, inclusive naquelas previstas no Art. 7º da mencionada lei”. (SANTANA, 2009, p. 45).

O pregão é “uma forma de leilão não para alienar, mas para adquirir bens e serviços comuns”, (MELLO, 2010).

3.3 PREGÃO NOS ENTES FEDERATIVOS

Com o advento da Lei nº 10.520/02 passou-se a serem questionados pelos demais entes federativos (estados e municípios) temas pertinentes à extensão e aplicabilidade dos regulamentos do Presidente da República (Decreto nºs 3.555/00 e 5.450/05). Mas, importante informar que os referidos decretos vigoram tão-somente no âmbito da competência da União.

A Lei nº 10.520/02 criou um espaço normativo específico para cuidar de uma modalidade diferenciada para as licitações numa modalidade especial.

Desse modo, um regulamento expedido por um determinado *núcleo político autônomo* não pode obrigar indistintamente todas as demais partes integrantes da federação.

Tal norma tem sua eficácia relativamente limitada, dependendo assim, de regulamentação específica, sendo espaços propositalmente deixados pelo legislador e que dependem de preenchimentos. No entanto, se um Estado ou Município possui regulamentos próprios para regulamentar por decreto, a efetiva concreção da lei, estará afastada por completo a incidência dos decretos supramencionados editados pelo Chefe do Poder Executivo Federal.

Desse modo, a compulsoriedade estabelecida pelo decreto nº 5.450/05 quanto à adoção do pregão eletrônico é relativa aplicando e devendo obediência apenas na esfera federal.

Portanto, a competência legislativa quando à matéria licitação (normas gerais) é privativa e tão-somente da União. Agora, atos regulamentares podem ser instituídos pelos chefes do Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal, bem como, pelos presidentes dos órgãos autônomos e das demais funções legislativas e judiciária.

Essa injunção de matriz legal esta prevista no §1º do Art. 2º da lei nº 10.520/02 e faculta a realização do pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

O Decreto nº 5.450/05 é um exemplo dessa regulamentação específica, visto que o mesmo é quem regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns no âmbito da União, submetendo inclusive, a este regime, além dos órgãos da administração pública federal direta, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, nos termos do parágrafo único do Art. 1º do supramencionado decreto.

Hoje, se feita uma pesquisa minuciosa, notar-se-á que grande parte dos entes federativos adere às normas do decreto nº 5.405/05 na realização do pregão eletrônico, mas nada os impedem de regulamentarem essa modalidade na forma eletrônica por decreto próprio.

3.4 QUALIFICAÇÕES DE BENS E SERVIÇOS COMUNS

O uso do pregão é restrito à contratação de bens e serviços comuns, os quais estão conceituados no parágrafo único do Art. 1º da Lei nº 10.520/02 com a seguinte didática:

“Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”. (BRASIL, 2012)

Desse modo, só para bens e serviços comuns, é facultado o uso do pregão, sendo que para os demais bens e serviços, *não comuns*, o uso deste procedimento licitatório, é taticamente vedado.

Como ressalta Santana (2009),

“quando às condições exigidas no significado legal, deve se ter a ideia que a “sexta modalidade licitatória” visa a obtenção de serviços comedidamente padronizados, que não peçam significativas exigências técnicas, nem complexas procuras no mercado, seja do objeto, seja do universo de fornecedores”.

Para Fernandes (2009, p. 414), o conceito normativo é:

“Genérico, abrangendo qualquer tipo de objeto seja manufaturado, ou industrializado, ou com funcionamento mecânico, elétrico, eletrônico, nacional, importado, de elevado preço, ou pronto ou sob encomenda. Também abrange qualquer tipo de serviço profissional, técnico ou especializado;

Dinâmico, pois depende de o mercado ser capaz de identificar *especificações usuais*;

Relativo, pois depende do conhecimento do mercado e grau de capacidade técnica de seus agentes para identificar o objeto”.

Verifica-se que o trivial desta modalidade de licitações é levar em conta o fim da norma ao invés de se perpetrar mera interpretação literal.

3.5 AUTORIDADE COMPETENTE

A autoridade superior, ou então, autoridade competente, participa de todo procedimento licitatório, desde a fase interna, até a fase contratual, tendo todo poder de decisão e de fiscalização, podendo em muitos casos, ser a autoridade máxima no contexto do pregão, isso, pois, a depender da unidade administrativa será identificada tal pessoa conforme divisão das alçadas decisórias e, muitas das atividades que ficam sob o domínio da autoridade superior podem ser delegadas a subordinados.

Podemos verificar as seguintes atribuições da autoridade competente à luz da Lei nº 10.520/02:

- Justificar a necessidade de contratação e definir o objeto do certame, às exigências da habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;¹
- Designar, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como, a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor;²
- Homologar a licitação, adjudicar e convocar o licitante vencedor para assinar o contrato no prazo definido no edital;³
- Examinar 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, no caso em que o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato.⁴

¹ Art. 3º, I, da Lei nº 10.520/02.

² Art. 3º, IV, da Lei nº 10.520/02.

³ Art. 4º, XXI, da Lei nº 10.520/02.

⁴ Art. 4º, XXII, da Lei nº 10.520/02.

3.6 PREGOEIRO

O pregoeiro é designado pela autoridade competente, que exerce controle sobre seus atos. Ele é o servidor responsável para coordenar, juntamente com a equipe de apoio, a sessão de julgamento até o momento da adjudicação ao licitante vencedor.

De acordo com Santana (2009),

“...para ser pregoeiro não basta ser funcionário público. Também não basta ostentar as qualificações particulares que são correspondentes ao ser cargo de origem. É preciso possuir o servidor, um acurado perfil que desponte ser ele portador de certas qualidades não apenas de ordem funcional”.

Além do perfil acima descrito, o pregoeiro deve ter rigor com horários, aparelhamento organizado, comportamento motivado, segredo, calma, domínio da legislação, entre outras atribuições inerentes à matéria, tais como a boa aparência e capacidade de liderar.

A administração ao nomear um pregoeiro deve dar condições para que o mesmo desenvolva o papel pertinente à sua atribuição. Deve ela promover a capacitação e aperfeiçoamento contínuo, haja vista que o pregoeiro assume uma responsabilidade unipessoal passando a suportar sozinho o ônus no exercício de irregularidades ou de ilícitos na condução do edital.

A lei nº 10.520/02 não traz previsão de remuneração do pregoeiro. No entanto, solidifica-se o entendimento doutrinário que ela é devida.

Fernandes (2009) justifica que:

“Tal remunerabilidade do pregoeiro se faz devido ao nível de complexibilidade das funções atribuídas e registra que o servidor designado a exercer tal tarefa expõe seu patrimônio pessoal, além da imagem da instituição, não devendo tal remuneração ser condicionado a decursa de prazo, mas sim, por sessão. Acrescenta-se o fato da necessidade das espécies remuneratórias provirem de lei”.

A fundamentação legal esta nos artigos 37 e 39 da Constituição Federal levando em consideração a natureza, o grau de responsabilidade e a complexabilidade dos cargos competentes de cada carreira.

Vejamos o que dispõe o art. 39 da Constituição Federal, *in verbi*:

“Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

§ 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

(...)”. (BRASIL, 2012)

É obvio que o pregoeiro não pode ser tratado como um cargo de carreiras, mas para Santana (2009),

“a leitura do dispositivo constitucional há de se acomodar nas atribuições exercidas por aquele servidor designado para desempenhar o papel de pregoeiro e acrescenta um comentário em homenagem ao princípio da isonomia, onde, por esta igualdade, tratam-se igualmente, os iguais e desigualmente, os desiguais”.

3.7 LICITANTES

Os licitantes são os interessados em contratarem com o órgão licitante. Uma vez que a Administração Pública da ciência de sua intenção de contratar bens ou serviços, os licitantes apresentam suas propostas.

Não basta para tanto, apenas querer licitar, é preciso apresentar alguns requisitos básicos como, idoneidade técnica, econômico-financeira, jurídica e fiscal.

Vejamos o que estipula o Art. 4º, XIII, da Lei 10.520/02, sobre o tema:

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

(...)

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira”. (BRASIL, 2012)

A administração deve fiel obediência ao procedimento estabelecido. Elaborar o edital de forma que o numero maior de interessados possa participar. Publicar seus atos. Receber as propostas e se classificadas, oportunizar a oferta de lances na fase de disputa. Receber as impugnações e efetuar esclarecimentos no prazo de lei. Processar e julgar os recursos interpostos. Vender os editais apenas pelo preço de custo.

Por outro lado, os licitantes devem preencher além dos requisitos transcritos do artigo supramencionado, alguns, a mais, quais sejam: prestarem informações verdadeiras. Formularem suas propostas levando em consideração os preços praticados no mercado. Comportar de modo idôneo, respeitando assim, a autoridade e demais licitantes. Credenciar-se para poder participar do pregão.

3.8 PREGÃO ELETRÔNICO – GENERALIDADES

O pregão eletrônico traz algumas peculiaridades em relação ao pregão presencial.

Na teoria, as características do pregão eletrônico são muito parecidas à sua versão presencial - alteram tão somente determinadas regras de competição.

Outra diferença é o local para realização dos pregões eletrônicos. Eles são realizados via Internet, por intermédio dos portais eletrônicos de compras dos governos, que são sites eletrônicos que desempenham sistemas de compras e que são certificados legitimamente para proporcionar sua estrutura para órgãos públicos. Confira a figura 1, a seguir.

Figura 1 – Quadro de relação dos endereços eletrônicos de algumas plataformas de compras em atividade no Brasil

| PLATAFORMAS | INSTITUIÇÃO |
|--|--|
| Comprasnet - www.comprasnet.gov.br | Governo Federal |
| Licitações-e - www.licitacoes-e.com.br | Banco do Brasil |
| BBMNet - www.bbmnet.com.br | BBM - Bolsa Brasileira de Mercadorias |
| CidadeCompras - www.cidadecompras.com.br | CNM - Confederação Nacional dos Municípios |
| CEF - www.cef.com.br/licitacoes | CEF - Caixa Econômica Federal |

Outra realidade importante da operação online é a negociação. Porque nos negócios presenciais, os lances são mais fáceis, ou pelo menos mais enérgicos - pois se percebe a reação das pessoas com quem está negociando, utilizando-se várias formas de comunicação (verbal e corporal). Pela internet, a universalidade de coisas e pessoas fica diferente, o diálogo é frio, além disso, afastado. A forma de comunicação é singular, ou seja, escrita.

Quanto ao sistema de comunicação, destaca:

- “Obrigatório o uso de recursos de criptografia e autenticação;

- Órgãos integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG devem utilizar o apoio tecnológico operacional da Secretaria de Logística e Tecnologia de Informação – SLTI;
- Os demais órgãos e entidades podem ter sistema próprio. Dentre os atualmente existentes, o melhor é o do Banco do Brasil S.A. que é fornecido sem ônus para usuários;
- A SLTI pode ceder o uso do seu sistema eletrônico a órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante celebração de termo de adesão;
- Compete à autoridade promotora da licitação indicar o provedor do sistema”. (FERNANDES, 2009, p. 441).

A ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) foi quem realizou os primeiros pregões eletrônicos no Brasil, no ano de 1998. De caráter experimental, mas com a prática e os efeitos positivos, a administração decidiu adotá-lo.

3.9 FASE INTERNA

A fase interna é a fase preparativa pela qual o pregão incide igualmente como as diferentes modalidades de licitação onde acontece no domínio interno do órgão ou ente responsável pela aquisição dos bens e serviços desejados. Sua abertura dar-se-á com a ação da autoridade competente, justificando-se a necessidade de contratação, definindo o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios para aceitação da proposta, as sanções por inadimplemento, as cláusulas do contrato (minuta de contrato) inclusive os prazos para o fornecimento (Art. 3º, I da Lei nº 10.520/02).

3.9.1 Justificativa da Necessidade

Toda licitação inicia-se com o pedido. De maneira que, com a necessidade manifestada pelo agente público, a Administração começa o procedimento com vistas à pretensa contratação.

Embora pareça evidente, tal justificativa ajuda no controle da administração às aquisições de bens ou serviços, pois, uma vez que o pedido e a justificativa estão formalizados há possibilidade de avaliar se a aquisição será de objetos dispensáveis, ultrapassados, incompatíveis com a finalidade ou até mesmo inúteis.

Com efeito, essa justificativa deve responder quatro perguntas: “a) por que precisa? b) qual o consumo previsto? c) que quantidade precisa? d) como vai utilizar?”, (FERNANDES, 2009, p. 450).

Destarte que para aquisição de montante pequeno, para reposição de estoques, de produtos de consumos rotineiros, não se faz necessária tal justificativa.

3.9.2 Termo de Referência

O termo de referência é muito importante para o deslinde final da licitação, máxime porque a Administração Pública ao evitar na fase interna as falhas, omissões, contradições, inconsistências e outros equívocos derivados da patologia congênita que possam vir repousar no instrumento convocatório estará deste modo, assegurando uma licitação com critérios objetivos e conseqüentemente alcançando seu objeto que é a contratação de bens ou serviços comuns.

Faz-se necessário transcrever por curiosidade um caso que ficou famoso na mídia em virtude da inobservância na constituição da licitação demonstrando a importância do termo de referência no pregão. Vejamos:

“Certa cidade sofria com aumento exacerbado da população de escorpiões. Sabedores de que as galinhas são predadoras dos escorpiões, realizou-se certame para a compra das aves. O edital exigia quantidade considerável daqueles animais. A surpresa não foi das mais agradáveis no instante em que o vencedor efetuou a entrega do objeto licitado: a empresa vencedora transportava as galinhas em caminhão frigorífico, porque o edital não esclarecia que as galinhas deviam ser estregues vivas. O *caso* ficou conhecido na mídia como sendo o *caso das galinhas assassinas*”. (SANTANA, 2009, p. 179)

Percebe-se então, que o sucesso de um pregão está ligado diretamente ao termo de referência, que por sua vez, refletirá na etapa externa da licitação e no contrato, pois, nele estarão contempladas todas as dimensões do objeto a ser contratado pela via do pregão presencial ou eletrônico.

A Lei nº 10.520/02 (Lei Geral do Pregão) não faz menção expressa ao termo de referência, no entanto, pela leitura do art. 3º, I, II e III fica evidente sua necessidade e indispensabilidade.

O que ficou evidente nos comandos já mencionados tomou forma do rótulo *termo de referência* nos artigos 8º, I a IV do Decreto nº 3.555/00 (para pregão presencial), e 9º I até VI do Decreto nº 5.450/05 (para pregão eletrônico).

Por ser um antecedente necessário, o termo de referência é também obrigatório. Não apenas a sua elaboração, mas também a sua aprovação pela autoridade competente.

Para conceituar o termo de referência, nos termos dos artigos 8º, II, do Decreto nº 3.555/00, e 9º, §2º, do Decreto nº 5.450/05, diga-se por oportuno que são unânimes nos exatos termos extraídos “o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração”.

No entanto a definição do dispositivo é apenas um seguimento funcional, ou seja, trata-se de determinar o simples custo da futura contratação na etapa interna. Porém para Santana (2009) “o termo de referência tem outras finalidades: demonstra a legalidade constitucional; permitindo que a elaboração da proposta se faça adequadamente, facilitando um julgamento correlativo pelo pregoeiro; viabiliza a execução do contrato; age como um controlador, pois, está limitado às diretrizes constitucionais”.

A definição do objeto deve ser de forma precisa, suficiente e clara. Uma das formas de superar os obstáculos é a indicação de marcas na definição do objeto. No entanto, esse critério deve ser tomado com muito cuidado para que não se incorra em vício insanável.

A Administração Pública deve lançar mão de todos expedientes legais para assegurar a proposta mais vantajosa. A indicação de marca é apenas um expediente que integra o extenso rol de possibilidades para a busca da melhor qualidade. A referência a alguma marca necessita ser escoltada de expressão do tipo “ou equivalente”, “ou similar” e “ou de melhor qualidade”.

3.9.3 Instrumento Convocatório (Edital)

A Lei nº 10.520/02 estabeleceu em seu art. 3º, I, a autoridade superior como competente para definir o edital. Todavia, na prática há divergência quanto ao entendimento, pois, existe ente federativo que atropela o Princípio da Segregação das Funções, concentrando atividades de execução e de controle em um mesmo agente (pregoeiro) e outros que o respeitam, definindo o objeto do certame ou delegando a outra pessoa que não o pregoeiro para fazê-lo.

Além disso, necessário se faz reconhecer que a interpretação das regras do edital acaba viciada, porque o agente encarregado de dirimir dúvidas, e analisar a impugnação, terá sempre em mente a interpretação que pretendeu dar ao texto que redigiu.

O instrumento convocatório deve ser capaz de transmitir as ideias que nele foram depositadas, devendo a definição do objeto ser precisa e clara. É transportar para o corpo do instrumento convocatório tão somente o cerne daquilo que se achará no termo de referência.

3.9.4 Definição das Exigências para Habilitação

No pregão, a Administração não necessita fazer todas as exigências que estão definidas na Lei nº 8.666/93. A definição das exigências mínimas para a habilitação é definida genericamente pelo legislador no que se refere aos limites máximos do terreno da discricionariedade. Desse modo, as exigências de habilitação variam de licitação para licitação, de objeto para objeto, segundo o prudente arbítrio do gestor público.

O nível de exigências deve guardar pertinência com o objeto.

“Para facilitar a compreensão, veja mais um exemplo extremo, qual seja, a impossibilidade de exigir índices contábeis para aquisição (com entrega imediata) de caixas de fósforos. E, de outro lado, esses mesmos índices não podem ser afastados acaso o objeto se refira à terceirização de mão de obra cujos serviços se prestam de modo contínuo”. (SANTANA, 2009, p. 209).

O fato é que o nível de exigências incidirá diretamente sobre o certame. Quanto maior for à exigência, menor o número de licitantes, podendo por vezes, ofender diretamente a competição ampla.

3.9.5 Definição dos Critérios de Aceitação das Propostas

O instrumento convocatório deve exigir prazo mínimo de validade das propostas. Os critérios para anuência da proposta no pregão presencial podem ser bastante distintos em relação à forma eletrônica, já que podem ser exigidas particularidades físicas do produto a serem averiguadas no ato. Enquanto que na forma eletrônica há barreiras na comprovação, pois se faz exclusivamente entre a comparação do determinado no edital e o descrito pelo licitante.

O edital deve exigir dos licitantes que, ou formularem suas propostas, descrevam a especificação unitária e global (quando o caso) dos valores propostos, especificando a marca do produto que ofertam e o prazo de validade da mesma.

Uma boa prática é buscar fazer o licitante recorrer ao seu próprio produto para oferecer a proposta. De tal modo, ao invés de sugerir o tamanho de um item, o edital põe a dimensão

mínima e na proposta obriga a inclusão da medida exata e ainda informe o prazo de garantia conferido pelo fabricante.

3.9.6 Definições das Sanções por Inadimplemento

Ainda na fase interna compete à Administração indicar quais as penalidades que o edital deve prever para os licitantes e futuros contratados.

O art. 7º da Lei nº 10.520/02 considera atos ilícitos e prevê como penalidade para os licitantes a suspensão dos direitos de licitar com a Administração Pública por até 5 anos, podendo o edital e o contrato prever multas e outras sanções para os ilícitos que cometerem.

Mas, Santana (2009) ousa ir mais além, pois para ele,

“as condutas descritas no art. 7º (salvo a declaração falsa de atendimento aos requisitos de habilitação) preceituam sanções aplicáveis apenas ao vencedor do certame ou ao contratado, deixando desse modo uma lacuna para os atos ilícitos cometidos no decorrer do certame e acrescenta como não se pode aplicar punição se não houver previsão antecedente para o ilícito e a relativa pena, é importante que o certame preveja de tal maneira que possíveis condutas reprováveis cometidas por licitantes no andamento da sessão, quanto às respectivas punições a serem cominadas aos infratores”.

3.9.7 Definição das Cláusulas na Minuta do Contrato

Na fase interna devem ser definidas as cláusulas do contrato, inclusive o prazo de fornecimento.

Por isto, deverá tal minuta trazer cláusulas que especifiquem:

- Obrigações, direitos e deveres do contratado e da Administração;
- A dotação orçamentária que proporcionará a compra;
- O prazo de duração do contrato;
- As etapas de fornecimento/execução se houver;
- A possibilidade de prorrogação, nos termos legais;
- Cláusulas de reajuste, se o contrato for de duração contínua ou de fornecimento parcelado;
- Cláusulas de atualização monetária;
- Além de outras que se façam necessárias no caso específico.

A definição deve levar em conta as regras do art. 55 da Lei nº 8.666/93, porque as normas do pregão se exaurem com o término do procedimento, vigorando plenamente na regulação dos contratos, as normas da Lei nº 8.666/93.

3.9.8 Aprovação do Edital

Após a elaboração do edital, o mesmo deve ser submetido ao órgão jurídico para aprovação, atribuindo, dessa forma, poder decisório ao órgão jurídico. Essa aplicação é subsidiária à Lei nº 8.666/93.

“Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

I – (...);

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação dispensam ou inexigibilidade;”. (BRASIL, 2012)

A assessoria jurídica tem a tarefa de examinar as minutas de edital, bem como, aprová-las previamente na etapa externa. Porém a Administração Pública não está obrigada a segui-la desde que tenha respaldo legal. Isso, pois, trata-se de um documento cujo caráter é de opinião técnica com o propósito de nortear o administrador público na escolha da melhor conduta.

O TCU – Tribunal de Contas da União ao decidir quanto à responsabilidade do órgão jurídico, em decisão proferida na data de 25 de Maio de 2011 afirmou ser o parecer jurídico não ser apenas ato opinativo:

- Contratação de serviços: 2 – Parecer jurídico em processo licitatório, exarado com fundamento no parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993, não constitui ato meramente opinativo e pode levar à responsabilização do emitente.

Ainda na tomada de contas da Secretaria Executiva do Ministério do Turismo - (MTur), relativa ao exercício de 2007, o TCU analisou a contratação, por inexigibilidade de licitação, do Centro de Excelência em Turismo da Universidade Federal de Brasília – (CET/UnB), para prestação de serviços de gestão de documentos. Inicialmente, por entender ausente justificativa circunstanciada para comprovar a inviabilidade de competição, bem como por faltar pesquisa de preços, em desacordo com os Arts. 25, caput, e 26, § único, inciso III, da Lei 8.666/1993, o Tribunal promoveu a audiência de diversos responsáveis pela aludida contratação direta, dentre eles, servidores da assessoria jurídica do órgão, que atuaram como pareceristas no processo. Ao cuidar da situação, o relator destacou a obrigatoriedade da

emissão de tais pareceres, por força de lei (parágrafo único do Art. 38 da Lei 8.666, de 1993), não cabendo ao consultor jurídico esquivar-se de tal responsabilidade, por não ser tal ato meramente opinativo. Para o relator,

“da leitura do parágrafo único do Art. 38 da Lei 8.666/1993 (examinar e aprovar), combinada com a do Art. 11 da Lei Complementar 73/1993 (examinar prévia e conclusivamente), depreende-se que, para prática dos atos nele especificados, o gestor depende de pronunciamento favorável da consultoria jurídica, revelando-se a aprovação verdadeiro ato administrativo. Sem ela, o ato ao qual adere é imperfeito”.

Dessa forma,

“ao examinar e aprovar (Art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93), ou de outra forma, ao examinar prévia e conclusivamente (Art. 11 da LC 73/93) os atos de licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal e solidária pelo que foi praticado, não se podendo falar em parecer apenas opinativo”.

Todavia, por considerar que a irregularidade percebida não seria suficiente para macular a gestão das responsáveis da área jurídica da instituição, o relator votou pela regularidade, com ressalvas, das contas de tais agentes, sem prejuízo de expedir determinações corretivas para as futuras licitações a serem promovidas pelo MTur. Ao acolher o voto do relator, o Tribunal ementou o entendimento de que

“a emissão de pareceres técnico-jurídicos, no exercício das atribuições de procurador federal, que impliquem a aprovação ou ratificação de termo de convênio e aditivos (Art. 38 da Lei 8.666/93), autoriza, em casos de expressa violação da lei, a responsabilização solidária do emissor, já que a manifestação do setor técnico fundamenta a decisão do administrador”.

Precedentes citados: Acórdãos nos 462/2003 e 147/2006, ambos do Plenário. Acórdão n.º 1337/2011-Plenário, TC-018.887/2008-1, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25 de Maio de 2011.

“O ato de aprovar a etapa, o procedimento na fase preparatória é prerrogativa inerente ao auxílio jurídico tornando-se tal peça em elemento obrigatório muito embora seja imposto por lei que a sua ausência não anule o certame.

I – Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377.

II. – O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, Art. 159; Lei 8.906/94, Art. 32.

III. – Mandado de Segurança deferido. (STF, Mandado de Segurança nº 24.073/DF, Plenário. Rel. Min. Carlos Velloso, 2003 *apud* EDUARDO, 2009, p. 221).

Pode-se notar que a opinião emitida pelo operador do Direito, quando servir para orientar o administrador na tomada de decisão é um ato opinativo sendo inviável a responsabilização solidária do parecerista com o administrador, no entanto, quando o ato decisório dependeu do parecer, sendo este obrigatório e indispensável para concretizar-se o ato vinculante, pode-se responsabilizar o parecerista em solidariedade com o administrador, ou seja, a responsabilização do assessor sempre dependerá da análise do caso concreto.

3.10 FASE EXTERNA

A fase externa do pregão é inaugurada com a convocação de todos os interessados através de aviso no correspondente *Diário Oficial* ou no caso se este não houver em jornal de circulação local e também em jornal de grande circulação conforme o vulto da licitação. Após a publicação do aviso o órgão licitante deve estar pronto para receber as provocações de interessados na disputa.

3.10.1 Convocação

Segundo as regras da Lei nº 10.520/2002 a convocação dos interessados no pregão se faz pela publicação do aviso.

Nos moldes que ocorrem na licitação convencional não se publica o edital, mas apenas o aviso de que a licitação está aberta aos interessados, concretizando assim o princípio da isonomia.

De acordo com o inciso II da supramencionada lei, do aviso deve constar:

- Definição do objeto da licitação;
- Indicação do local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida à íntegra do edital.

Mas, para que a licitação tenha uma eficácia plena, deve se indicar desde logo o gênero do objeto para que possa despertar o empenho do ramo de atividade comercial dos plausíveis fornecedores ou prestadores de serviços.

A publicação do aviso indica, logo, o percurso e as formas para que o licitante obtenha os dados complementares a fim de participar da licitação.

Para que os licitantes possam elaborar as propostas e preparar os documentos da habilitação a Lei nº 10.520/2002 definiu em seu art. 4º, V, que o prazo entre a publicação do aviso e a data fixada para a apresentação das propostas, não será inferior a 8 (oito) dias úteis.

Para Santana (2009), “a não observação do prazo estabelecido pela lei acarretará, conseqüentemente, na restrição ao tão homenageado princípio pela norma do pregão, qual seja, o *princípio da competitividade*”.

3.10.2 Credenciamento

O credenciamento é medida imperativa, pois na modalidade pregão, o representante do licitante exercita, ao longo da sessão, uma cadeia de atos em nome dele. Ou seja, só alguém credenciado, com poderes concedidos pelo licitante, é quem pode oferecer lances, interpor recursos e praticar demais atos, assumindo assim, obrigações em nome do licitante.

Evidentemente que, se o representante legal da empresa, de acordo com o contrato social ou atos constitutivos dela, encontrar-se presente na assentada, basta juntar reprodução do estatuto ou do contrato social.

O licitante não está obrigado a credenciar representante, no entanto, se este não credenciar um representante abdica-se de fazer lances e de recorrer dos atos do pregoeiro. Isso, pois, é que em tais circunstâncias, havendo qualquer outro licitante presente com representante credenciado, poderá apresentar lance e tornar-se vencedor do certame, até por diferença mínima. Outra consequência gira em torno do recurso, pois o mesmo é também direito do licitante e pode ele abdicar-se do direito simplesmente deixando de credenciar um agente seu com esse propósito específico.

Na forma eletrônica, o credenciamento é restrito aos licitantes que fizeram o cadastramento em sistema específico.

Deve-se ficar bem claro que a falta de credenciamento não impede o licitante de participar da licitação. O licitante não é inabilitado ou desclassificado pela falta de credenciamento. A consequência é que o licitante não poderá se manifestar no curso da sessão do pregão; logo, deixará de praticar uma série de atos que lhe seriam permitidos se estivesse credenciado o que impõe a ele um risco de prejuízo.

A interpretação literal da norma conduz a conclusão da facultatividade do ato de credenciar-se.

“Art. 4º

....

VI - no dia, hora e local designados, será realizada sessão pública para recebimento das propostas, devendo o interessado, ou seu representante, identificar-se e, se for o caso, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame; (grifo nosso)”.

No que pese a forma do credenciamento, pode se verificar algumas regras gerais extraídas do Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406/2002:

- A primeira regra é que a validade da declaração de vontade de constituir um representante ou credenciado não depende de forma especial, *in verbis*: Lei nº 10.406/2002, Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir;
- A segunda, é que nas declarações de vontade, deve-se atender mais a intenção do outorgante nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem, *in verbis*: Lei nº 10.406/2002, Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Em relação à forma, pode-se abreviar como para validade a simples procuração, lembrando que não necessitam de credenciamento o próprio sócio-gerente, administrador eleito ou proprietário.

3.10.3 Sessão do Pregão

A sessão pública do pregão se inicia na data, no local e horário previstos no instrumento convocatório.

Antes da seção devem o pregoeiro e equipe de apoio realizarem prévia reunião, visando definir a organização dos trabalhos, rever rotinas e verificar a existência de recursos humanos

e materiais para a realização do certame, embora em muitos entes federados, principalmente nos municípios, a sessão seja realizado apenas pelo assessor jurídico, pregoeiro e a autoridade realizadora do certame.

3.10.3.1 Abertura da Sessão

A sessão do pregão normalmente não se inicia no horário assinalado no edital. A maioria dos editais estabelecem o horário para o início da sessão, olvidando que o procedimento do credenciamento deve ser prévio no início da sessão.

Após o credenciamento o pregoeiro normalmente segue um roteiro prático para melhor conduzir o procedimento.

Acontece que na abertura da sessão podem ser verificadas algumas situações especiais, tais como: a) não comparece licitante; b) ocorra fato superveniente imprevisto, que prejudique o desenvolvimento dos trabalhos. Situações em que o pregoeiro decide se adia ou não ou não a abertura ou a continuidade da sessão.

3.10.3.2 Coleta de Declaração de Habilitação

A Lei nº 10.520/2002 em seu Art. 4º, VII exige que os licitantes apresentem uma declaração de que preenchem os requisitos exigidos para a habilitação. Isso ocorre devido à formalização do comprometimento com a regularidade do certame, pois o licitante não é um negociante comum quando participa da negociação com um órgão público.

Geralmente o edital prevê modelo da declaração a ser preenchida pelo licitante, inclusive, é sempre conveniente que a equipe de apoio disponibilize também alguns formulários nos modelos previstos no edital para superar os comuns esquecimentos, evidentemente, podendo firmá-los, aqueles que possuam poder para tanto sob pena a tipificação de crime.

3.10.3.3 Entrega de Envelopes Proposta e Habilitação

Após a entrega da declaração os licitantes deverão entregar os envelopes de proposta e de habilitação. Após verificar que os envelopes estão lacrados, o pregoeiro abre os envelopes contendo as propostas e faz a leitura dos envelopes com o preço ofertado de cada participante assegurando o perfeito acompanhamento por todos os presentes preservando também os lacres, selos, inscrições e rubricas.

É nessa etapa que será realizada a classificação das propostas cujos licitantes poderão participar da etapa de apresentação de lances verbais posteriormente.

Desse modo, o pregoeiro anunciará a proposta por escrito de menor preço e em seguida, aquelas cujos preços se situem dentro do intervalo de 10% acima da primeira (Lei nº 10.520/2002, art. 4º, VIII).

Não existindo pelo menos três propostas de preços nas condições definidas no parágrafo precedente o pregoeiro considerará as três melhores, quaisquer que sejam os valores oferecidos.

3.10.3.4 Seleção dos Lançadores

Após a definição dos licitantes que ofereceram as propostas de acordo com as condições do edital, é chegada à ocasião de decidir quem pode participar da etapa dos lances.

Nesta etapa podem participar aqueles que estiverem no intervalo de valores superiores em até 10% (dez por cento) do menor valor, contudo, não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições acima definidas, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos (Lei nº 10.520/2002, art. 4º, IX).

3.10.3.5 Fase de Lance – Julgamento e Classificação das Propostas

Selecionados os licitantes que terão direito a fazer lance, o pregoeiro convoca o licitante que ofereceu o maior valor para o item, para que ofereça seu lance, procedendo do mesmo modo com os demais licitantes e repetindo o procedimento até que nenhum tenha lances a oferecer.

Exaurida a apresentação de lances verbais, o pregoeiro passa a avaliação da proposta de menor valor. Como a modalidade pregão pressagia a aplicação tão apenas da licitação de tipo menor preço, que determina como vitorioso o licitante que ofereça a proposta mais lucrativa para a Administração Pública.

Atingida a classificação das propostas, a de menor valor será então analisada em relação a sua aceitabilidade. Esta análise, faz-se necessária a averiguação da compatibilidade da proposta com o preço estimado pelo órgão na elaboração do Edital (termo de referência). Podendo o pregoeiro, ainda, negociar abertamente com o licitante, tendo em vista a obtenção de reduções adicionais do preço.

3.10.3.6 Decisão Sobre a Aceitabilidade da Proposta

Finda a fase de lances, incumbirá ao pregoeiro verificar a oferta classificada em primeiro lugar e decidir motivadamente sobre a aceitabilidade ou não da oferta. Não existe uma obrigação de aceitar proposta cujo valor esteja excessivo em relação à avaliação de preço antecipadamente preparado pela Administração (termo de referência), já que, é nesse momento que o pregoeiro poderá verificar se a proposta é condizente com o preço praticado no mercado.

Pode ocorrer que os licitantes na fase de lances, na expectativa de não perder o futuro contrato, apresentem preços inexequíveis, reduzindo o preço muito abaixo do limite mínimo permissível pelo mercado. Nestes casos, o pregoeiro pode, inclusive, interromper a etapa dos lances e solicitar que o licitante comprove a viabilidade da sua oferta, podendo, ainda, determinar a demonstração de existência de contrato similar ou então, a apresentação de uma planilha de custos.

3.10.3.7 Documentos e Julgamento da Habilitação

Depois de encerrada a etapa de competição entre propostas de preço e, definida que a melhor proposta é aceitável, o pregoeiro registrará a decisão em ata e procederá à abertura do envelope contendo a documentação de habilitação. Será analisada exclusivamente a documentação do vencedor da fase competitiva entre preços.

O exame constará de verificação da documentação para saber se o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira, podendo os licitantes deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios (Lei nº 10.520/2002, art. 4º, XIII e XIV).

Sendo considerado habilitado, o licitante será declarado vencedor, concluindo-se a fase de avaliação da proposta e da habilitação, começando-se a etapa recursal.

3.10.4 Fase Recursal

A fase recursal no pregão é diferenciada da licitação convencional.

De acordo com o Art. 4º, inciso XVIII, da Lei nº 10.520/02, a etapa recursal, na modalidade pregão, é uma, noutro falar, todas as discordâncias dos licitantes precisam ser pugnadas em um exclusivo momento.

Define a Lei nº 10.520/2002 que:

“Art. 4º (...)

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;”. (BRASIL, 2012)

Pede-se notar que o recurso no pregão tem momento próprio ficando sujeito à decadência o licitante que não o interpor imediatamente.

O momento em que for *declarado o vencedor* é seguido pela *imediata manifestação*. Esse é o prazo para a apresentação do recurso. Não há outro previsto na Lei nº 10.520/2002.

Em geral quando declarado o vencedor do pregão, o pregoeiro questiona os presentes se têm interesse em recorrer.

Vale lembrar os pressupostos objetivos e subjetivos para a interposição do recurso.

Para Santana (2009), “os pressupostos objetivos condensam-se: a existência de norma prevendo o recurso; a tempestividade (aspecto temporal); e o cumprimento de determinadas formalidades previstas nas normas de regência”.

Para ele, outros grupos de pressupostos recursais pertencem aos chamados *pressupostos subjetivos*. Sendo eles: a legitimidade para o recurso; e o interesse.

Para melhor entendimento, vale transcrever o excerto, *in verbis*.

A *legitimidade* tem a ver com a *pertinência subjetiva* para o recurso. A lei conferiu a faculdade recursal ao *licitante*. Não o fez e relação ao Ministério Público e nem tampouco a *qualquer um do povo*. Membro do *controle interno* ou de Corte de Contas, servidores em geral, enfim, a ninguém que não o licitante foi conferido o *poder de deflagrar o recurso*. Se *qualquer do povo* pretende a revisão de um *ato praticado* no procedimento, assiste-lhe o *direito a representação*, mas não lhe confere a lei o *direito ao recurso*. É a sistemática constitucional.

“O *interesse* liga-se à *necessidade de uma nova decisão* (ou redecisão) que venha a colocar o recorrente em situação mais proveitosa. Isso é o que caracteriza e valida juridicamente o recurso”, (SANTANA, 2009, p. 351).

Com o advento da Lei nº 10.520/2002, o efeito do recuso no pregão ficou sem disciplinamento, carecendo de entendimento doutrinário no sentido de atribuir efeito suspensivo e devolutivo ao pregão.

Fernandes (2009), “fundamenta que essa atribuição se dá no fato de não haver utilidade em se dar seguimento ao ato cujo exame de mérito pode alterar a sua substância, devendo ser observado, excepcionalmente, quanto há nítido intuito protelatório”.

Os pretextos do recuso precisam guardar rigorosa concordância com a motivação oferecida na sessão, e oferecida no prazo de três dias.

As conta-razões vêm acrescer a fundamentação e o acerto da decisão, visando favorecer a decisão adotada e confirmar o seu acerto.

A decisão a propósito do recurso é tecnicamente repartida entre a capacidade de retratação e o da reversibilidade dos atos pelo superior.

Acolhendo o recurso, o pregoeiro estará exercendo o chamado juízo de retratação, decidindo manter o seu ato deve fundamentá-lo e só depois encaminhar a autoridade superior.

3.10.5 Adjudicação

A Adjudicação é a formalização administrativa que versa sobre a atribuição do objeto do certame ao licitante vencedor.

A competência para adjudicar pode ser feita pelo pregoeiro ou pela autoridade superior, a depender da situação de cada caso. Nos termos do art. 4º, XX, da Lei nº 10.520/2002, o pregoeiro adjudicará o objeto do edital ao vencedor quando não existir recurso. Já o inciso XXI, por sua ocasião, prescreve que existindo recurso, caberá à autoridade superior fazer a adjudicação, depois de decididos os recursos.

Diz-nos Santana (2009, p. 387) com propriedade que não há obrigatoriedade de contratação e ressalta que:

“Após a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor, este adquire tão somente uma expectativa à contratação, não podendo ser preterido. Não há qualquer direito subjetivo do licitante vencedor ser contratado pela Administração Pública... Todavia, o direito do vencedor limita-se à adjudicação, e não ao contrato imediato, tendo em vista que, mesmo após a adjudicação, é lícito a Administração *revogar* ou *anular* a licitação”.

Outro ponto importante acerca da adjudicação é a vinculação dos demais licitantes a Administração promotora da licitação. Pois, em decorrência do art. 4º, XXIII, da Lei nº 10.520/2002, os demais licitantes classificados poderão ser convocados pelo pregoeiro enquanto não for assinado o contrato com o licitante vencedor.

3.10.6 Ata do Pregão

Para registrar os fatos que tenham relevância à sessão é lavrada um ata. Cada parte envolvida tem o direito de documentar as ocorrências da sessão pública e como documento público que é deve estar acessível a todos os presentes.

A norma subsidiária pertinente a tal instrumento é a lei nº 8.666/93, que em um de seus dispositivos prescreve, *in verbis*:

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

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial

competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;”. (BRASIL, 2012)

3.10.7 Homologação

A homologação é o ato praticado pela autoridade superior e que serve também de controle da legalidade do procedimento licitatório.

Para Santana (2009), “a homologação tem o sentido de *confirmação, aprovação e ratificação* de todos os atos praticados por seus subalternos hierárquicos e que, a partir da homologação, a autoridade superior poderá ser responsabilizada pelas ilegalidades constatadas no certame”.

A Lei nº 10.520/2002 faz menção quanto à homologação, em seu art. 4º, XXII, somente à autoridade competente, ou seja, a homologação é competência exclusiva da autoridade que nomeia o pregoeiro.

3.10.8 Convocação Para Assinar o Contrato

Por fim homologado o pregão, o órgão licitante fará a convocação do licitante vencedor, para que este compareça para firmar o ajuste no prazo estabelecido no edital.

Na prática o licitante comparece, assina o contrato e executa o ajuste. Porém, podem nesse momento ocorrer diferentes situações.

Fernandes (2009) “preceitua as seguintes situações: o licitante comparece, mas está em situação irregular; o licitante não comparece; e o licitante pode liberar-se da proposta diante de fato superveniente relevante”.

Em cada caso, o órgão licitante poderá tomar as providências cabíveis para convocação do próximo licitante sem prejuízos de apuração para aplicação das sanções pertinentes, quando for o caso.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho resultou da pesquisa científica versando sobre Direito Público, especificamente, a análise da Lei nº 10.520/2002, que regulamenta o procedimento licitatório na modalidade pregão e, subsidiariamente, a Lei nº 8.666/93, assim como, a utilização de excertos doutrinários e jurisprudenciais a fim de demonstrar a importância do procedimento licitatório para a Administração Pública, em especial o pregão, como uma forma de controlar as atividades do Administrador na gerência dos recursos públicos, sendo instrumento fundamental para que o administrador busque almejar o que dita os princípios imperiosos na atividade administrativa, quais sejam os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Na produção e execução do projeto de pesquisa, as pretensas hipóteses caminhavam rumo ao estudo do pregão como um procedimento administrativo obrigatório, menos complexo e formal, mas, ao passo que, ao materializar o trabalho de conclusão de curso, aprofundando nos objetivos gerais e específicos, comprovou-se o contrário, uma vez que, ficou demonstrado a faculdade de sua utilização, bem como a sequência de atos complexos e formais a serem seguidos.

A base teórica pautou-se na leitura de leis, jurisprudências, doutrinas de direito administrativo e obras direcionadas especificamente ao estudo da modalidade pregão, dando base a presente pesquisa em seus principais objetivos, mas, para tanto, a comparação entre ambas às fontes de exame foram imprescindíveis.

A metodologia abordada, ainda que de forma genérica, foi analisar e comparar o pregão com as demais modalidades de licitação. Para tanto, abordou-se a licitação como gênero e as modalidades como espécies. Assim, percebem-se as diferenças entre um procedimento e outro, ficando evidente o aprofundamento no tema específico, mas, o resultado ficou evidenciado pela eficácia, eficiência e efetividade do pregão sobre as demais modalidades.

Há de ser mencionado que, as dificuldades são inerentes a qualquer ramo de estudo, no entanto, na pesquisa em tela, as bibliografias procedimentalistas (manual) dificulta a comparação entre as mesmas, ou seja, não existindo, assim, uma sequente simétrica entre os livros, além de não haver um debate teórico entre os autores.

Num primeiro momento, foi necessário tratar a licitação como gênero. Para isso, o estudo da gênese e evolução histórica da licitação, tratando os principais princípios administrativos e o estudo das modalidades existentes.

Em seguida, foi abordado o tema pregão com suas generalidades e especificidades, fazendo-se necessário o estudo das normas regulamentadoras, procedimento, os atores em desenvolvimento, não deixando de abordar o pregoeiro, licitantes.

Num terceiro momento, aprofundando, ainda mais, a fase interna foi o foco de estudo, nela, discorreu sobre a justificativa da necessidade da aquisição, a elaboração do termo de referência, constituição do instrumento convocatório, definições mínimas das exigências para habilitação e aceitação das propostas conforme o interesse público, sanções e cláusulas do futuro contrato e aprovação do edital.

Por último para finalizar a pesquisa, a fase externa mereceu atenção. Ponderou nesta fase a convocação, a forma de credenciamento, a sessão do pregão, seleção das propostas, fase dos lances e aceitabilidades da proposta, fase recursal, adjudicação, ata da sessão e homologação.

As consequências geradas pelos resultados alcançados foi uma nova concepção sobre o pregão. A saber, que, o mesmo auxilia todos os entes federativos não funcionando em razão do valor e sempre é utilizado para a aquisição de bens e serviços comuns.

Devido à tempestividade a ser observado, quanto à entrega do presente trabalho, requisito objetivo para a validação do mesmo, não foi possível aprofundar detalhadamente em todos os tópicos abordados, carecendo assim, de um tempo maior para pesquisa. Lembrando, que, para dar continuidade ao estudo do pregão faz se necessário a realização de uma pesquisa de campo.

Por fim, por se tratar de pesquisa científica na área de ciências humanas aplicadas, o conteúdo estudado é inesgotável, chegando-se a uma conclusão parcial, passível de futuras modificações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/1994.** - 35. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

_____. Lei N. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1993/lei-8666-21-junho-1993-322221-norma-actualizada-pl.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Lei N. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 14 fev. 1995. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-8987-13-fevereiro-1995-349810-norma-actualizada-pl.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Lei N. 10.520, de 17 de julho de 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 a aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 18 jul. 2002. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10520-17-julho-2002-472321-retificacao-14504-pl.html>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Lei N. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 17 jul. 1997. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1997/lei-9472-16-julho-1997-367735-norma-pl.html>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Lei N. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2004/lei-11079-30-dezembro-2004-535279-norma-pl.html>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, J. U. J. **Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEIRELLES, H. L. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão Presencial e Eletrônico, Sistema de Registro de Preços: manual de implantação, operacionalização e controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DECLARAÇÃO DE CORREÇÃO GRAMATICAL DE MONOGRAFIA

Declaro para os devidos fins, que procedi à correção gramatical da monografia feita pelo formando **MURILLO NOLASCO COELHO**, intitulada “**PREGÃO, UMA DAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO**”, a ser apresentada ao Núcleo de Trabalho do Curso da FACER, como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Curso realizado na FACER, em Rubiataba-Go.

Por ser verdade, firmo o presente.

Itapuranga – GO, 01 de Agosto de 2015.

Prof.^a Adriane Coelho Proença
RG: 1584934 SSP/GO

