PREGÃO: NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO

PEDRO BARRETO VASCONCELLOS

1. Conceito Básico de Licitação; 1.1. Modalidades de Licitação; 2. Pregão como nova modalidade de licitação; 2.1. Temores de uma Medida Provisória; 2.2. Lei da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; 2.3. Caráter Optativo; 2.4. Finalidade; 3. Distinção entre Leilão e Pregão; 4. Possibilidade do uso pela Administração Indireta; 5. Possibilidade de aplicação pelos Estados e Municípios; 6. Procedimento do Pregão; 6.1. Modos de Realização; 6.2. Fases do Pregão; 6.2.1. Fase Preparatória; 6.2.1.1. O Pregoeiro; 6.2.2. Fase Licitatória; 6.2.2.1. Abertura dos envelopes-proposta; 6.1.2.2. Fase da apresentação de lances; 6.3. Verificação dos Documentos de Habilitação; 7. Recursos; 7.1. O Controle no âmbito Administrativo; 7.2. Controle Judicial; 8. Adjudicação e Homologação; 9. Convocação para assinatura do contrato; 10. Sanções aplicáveis; 11. Conclusão; 12. Bibliografia.

1. Conceito Básico de Licitação

Licitação, como se sabe, é o procedimento administrativo mediante o qual a administração pública relaciona, por meio de habilitação de proponentes e julgamento objetivo das propostas, candidatos que ofereçam propostas dentre as quais deverá ser acolhida a mais vantajosa para o contrato de seu interesse.

A finalidade precípua da licitação é evitar que os interesses particulares do administrador interfiram na escolha dos contratantes, prejudicando o erário.¹

¹ De fato, a relação da proposta mais vantajosa poderia advir de livre negociação no mercado. O principal benefício da licitação é, isto sim, impedir que o administrador realize contratações guiado pelo seu interesse privado, e não pelo interesse público. Neste sentido, a lição de José dos Santos Carvalho Filho, *Direito Administrativo*, cit., p. 169: “Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores

O artigo 37, XXI, da Constituição deu abrigo a tal procedimento administrativo, estabelecendo, como regra geral, a necessidade de licitação para contratações celebradas com a Administração Pública direta e indireta, deixando ao legislador ordinário a tarefa de enumerar as exceções a esta norma, bem como as condições da contratação.

“Art. 37. (...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

A Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, veio, consoante sua própria ementa, regulamentar o artigo 37, XXI, da Constituição.²

1.1. Modalidades de Licitação

O artigo 22 da lei 8.666 elenca cinco modalidades de licitação: Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso e Leilão.

Cada modalidade diferencia-se uma das outras por sua estruturação procedimental, seguindo um procedimento ordenado segundo certos princípios e finalidades, na busca de adequar, da melhor maneira possível, a disputa ao objeto a ser contratado.

Outro diferenciador das modalidades está atrelada ao valor estimado do objeto licitado, como dispõe o artigo 23 da Lei 8.666, estabelecendo limites por modalidades, baseados no valor estimado da contratação.

Vistas sob o ângulo doutrinário, podemos classificar essas cinco modalidades de licitação em dois grupos distintos: as *Comuns* e as *Especiais*. As comuns seriam aquelas que estão abrangidas nos incisos I a III do artigo 22, enquanto os incisos IV e V deste mesmo artigo recairiam na modalidade especial de licitação.

Essa distinção deriva que as modalidades do concurso e do leilão são destinadas a fins específicos, ao revés que a concorrência, a tomada de preços e o convite são

públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos. A licitação veio contornar esses riscos.”

² “Quanto ao objeto, a ementa explicita que a Lei 8.666/93 vem atender à previsão do art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988 (...) É a lei que deve assegurar a igualdade, disciplinar as cláusulas, fixar as exigências e ressaltar as exceções referidas no art. 37, XXI, do Texto Fundamental.” (Jessé Torres Pereira Júnior, *Comentários à Nova Lei das Licitações Públicas*, Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 9.).

reguladas de maneira ampla, possibilitando à Administração Pública estabelecer exigências e requisitos complementares para a contratação.

2. *Pregão como nova modalidade de licitação*

O artigo 22 da Lei 8.666 é exaustivo, ou seja, é proibida a adoção de outras modalidades de licitação que não estejam previstas na lei de licitações.

Contudo, com o advento da Medida Provisória nº 2026, de 4 de maio de 2000, e posterior regulamentação, através do Decreto 3.555, de 8 de agosto de 2000, modificado pelo Decreto 3.693, de 20 de dezembro de 2000, foi instituída uma nova modalidade de licitação para a contratação de bens e serviços pela Administração Pública Federal: o Pregão.

Essa Medida Provisória é uma tentativa do Governo Federal de compor as pressões e inúmeras reivindicações para propiciar maior rapidez e reduzir os custos operacionais com o procedimento licitatório, bem como sair das entranhas burocráticas das etapas de licitação. O maior benefício desta desburocratização será a redução dos valores médios das aquisições de bens e serviços feita pela Administração.

2.1. *Temores de uma Medida Provisória*

O artigo 62 da Constituição autoriza o Presidente da República a “adotar medidas provisórias, com força de lei”. Comentando este dispositivo, ensina José Cretella Jr.:

*“A medida provisória tem força de lei. É lei durante sua vigência, tendo, ainda, eficácia por trinta dias ou para sempre, se aprovada; se rejeitada, a força de lei, a eficácia, é perdida, retroativamente.”*³ (grifo nosso).

Não queremos neste ponto reprovar a inovação de uma nova modalidade de licitação, que sem dúvida irá trazer mais agilidade, rapidez e economia à Administração Pública. O ponto que expomos é a insistência do Poder Executivo em valer-se do instrumento da medida provisória, desencadeando um processo que conduz a resultados duvidosos e incertos.

Medidas Provisórias, como a experiência vem ensinando, não são convertidas em lei, pelo menos em um curto espaço de tempo. A necessidade da renovação mensal é uma tentação para ajustes, modificações e ampliações das inovações. Por esta razão, até que se promova a conversão da MP 2026 em texto legislativo, a nova modalidade de licitação intitulada Pregão viverá na fronteira entre a novidade e a

3 J. Cretella Jr., *Comentários à Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, 2ª ed., p. 2743.

precariedade, causando insegurança ao seu regime jurídico e correndo riscos de alterações substanciais no corpo do seu texto, que, se feitas de maneira imprudente, poderão acarretar sérios prejuízos ao pregão.

2.2. *Lei da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL*

Sem dúvida o pregão foi inspirado no modelo que vem sendo utilizado pela ANATEL, previsto em seu regulamento de contratações⁴. A experiência tem tido resultados satisfatórios, proporcionando a redução do preço médio dos bens licitados em cerca de 20% (vinte por cento) e a diminuição para cerca de 20 (vinte) dias do prazo necessário para a aquisição dos bens, contra uma média de até três meses, quando a ANATEL se valeu dos modelos da Lei 8.666⁵.

Apesar de baseado tanto na Lei Geral de Telecomunicações, como na Resolução nº 005/98 da ANATEL, tal não significa que o pregão estabelecido na MP 2026 possa valer-se dos dois diplomas como “fonte normativa”, para fins de preenchimento de eventuais lacunas, ou solução de falhas na legislação própria.

No silêncio e omissão da legislação adequada, o aplicador do pregão deverá recorrer à Lei 8.666, que permanece como fonte normativa das matérias que disciplinam as licitações. Neste sentido, chamamos a atenção para um dos últimos artigos da atual MP 2026, *in verbis*:

“Art. 9. Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.”

Portanto, estabelecida uma relação de subsidiariedade, o instituto do pregão sempre estará sujeito à Lei 8.666, principalmente nas omissões e lacunas impossíveis de serem preenchidas apenas com a redação da medida provisória ou do seu regulamento. Em muitos casos inclusive, as disposições da Lei Geral de Licitações deverão ser aplicadas diretamente, como os dispositivos referentes a habilitação.

2.3. *Caráter Optativo*

Constado que o pregão é uma nova modalidade de licitação, apesar de não estar arrolado no artigo 22 da Lei 8.666, logo surge a pergunta: Será que a utilização dessa modalidade passa a ser obrigatória? Entendemos que não.

A opção pelo pregão é facultativa. Encontramos essa faculdade na própria redação da MP 2026, que, em seu artigo inicial, dispõe que “para aquisição de bens

⁴ Resolução ANATEL nº 005/98, editada com base nos artigos 54 e seguintes da Lei nº 9.472, de 16 de julho 1997 (Lei Geral de Telecomunicações).

⁵ Conforme matéria publicada no jornal *Gazeta Mercantil*, de 15 de maio de 2000, p. A-8.

e serviços comuns a União *poderá* adotar o pregão”, afastando, assim o seu uso obrigatório (grifamos).

Portanto, a utilização, ou não, do pregão, em detrimento do uso de outra modalidade disposta na Lei de Licitação, em especial no que diz respeito à concorrência, tomada de preços e convite, ficará a cargo do agente, se assim julgar ser esse o meio mais apropriado e conveniente para o interesse da Administração.

2.4. Finalidade

Assim como as outras modalidades de licitação, o pregão busca obter a melhor proposta à Administração. Aquela considerada a mais vantajosa para o ente administrativo que está interessado em contratar com terceiros.

O fundamento principiológico do pregão será o princípio da isonomia, ou seja, através do pregão a Administração irá dar oportunidade a todos aqueles que estiverem interessados em contratar com a Administração Pública.

Fica fácil de enxergar esse princípio através da estrutura procedimental única do pregão, bem como na sua forma de elaboração das propostas e o universo de seus participantes. Inclusive, sob esse enfoque, o pregão se mostra uma modalidade de licitação peculiar em relação às dispostas na Lei 8.666.

De plano, vislumbramos uma de suas peculiaridades: a inversão das fases de habilitação e julgamento. A autoridade competente primeiro analisa a aceitabilidade da proposta, e somente em momento posterior irá promover a habilitação do concorrente. Mas a esse tema voltaremos adiante. Outra particularidade refere-se a renovação de lances por todos ou alguns licitantes, até que se chegue à proposta mais vantajosa⁶. Destaque-se a possibilidade de participação de qualquer pessoa na licitação, o que preza pelo princípio basilar do pregão que é o da igualdade e ainda a sumariiedade dos requisitos de habilitação.

Além desse princípio primordial, o pregão encontra-se sujeito a todos os outros princípios a serem obedecidos pela administração. É o que dispõe o artigo 4º do Decreto 3.555, conforme se segue:

“Art. 4º A licitação na modalidade de pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objetiva das propostas”.

6 Conforme artigo 2º da MP 2026-6, de 26 de outubro de 2000: “(...) em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de proposta e lances em sessão pública”.

3. Distinção entre Leilão e Pregão

Não há como confundir o instituto do pregão com o do leilão, ainda que até haja muitas semelhanças entre os dois: ambos se peculiarizam pela concentração, em uma única oportunidade, de inúmeros atos destinados à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, e as propostas são formuladas verbalmente, ficando os proponentes vinculados a sua proposta até que outra, mais vantajosa, seja formulada. Podemos até confundir uma palavra com outra, como se fossem sinônimos, mas principalmente agora, com o advento da MP 2026, as semelhanças cessam por aqui.

“Aquisição” e “Alienação”. São essas as palavras-chave da distinção entre o pregão e o leilão. É a própria legislação que impõe a diferença maior. Enquanto o pregão é o meio para *aquisição* de bens e serviços comuns⁷, o leilão é o procedimento licitatório indicado para *alienar* bens pelo melhor preço⁸.

Não obstante essa distinção, poderíamos entrar no âmbito do objeto que está sendo licitado. O leilão aplica-se somente para aqueles bens móveis e imóveis, dentro dos limites estabelecidos na Lei 8.666. Já o pregão, para bens e serviços a serem adquiridos⁹ e contratados.

4. Possibilidade do uso pela Administração Indireta

Um dos pontos mais discutidos acerca do pregão é quanto a possibilidade de uso deste instrumento pela Administração Indireta.

O vocábulo utilizado na MP 2026 é “União”, em detrimento da usual expressão “Administração Pública Federal”, que seria melhor empregada ao texto, evitando dessa maneira discussões quanto à abrangência do pregão¹⁰.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, o termo “União” pode ter diversos significados. Em princípio equivale ao Poder Executivo, mas há momentos em que se significa por: (i) Síntese dos Poderes, na área federal (artigo 2º); (ii) Pessoa jurídico-política, capaz de contrair obrigações e adquirir direitos (artigos 20

7 Art. 1º da MP 2026-6, de 26 de outubro de 2000: “Para aquisição de bens e serviços comuns, a União poderá adotar licitação na modalidade de pregão (...)”.

8 Neste sentido, o artigo 22, §5º da Lei 8.666: “Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração, ou ainda de produtos legalmente apreendidos e penhorados, ou ainda para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferece maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação”.

9 Aqueles definidos através do artigo 3º, §2º do anexo I do Decreto 3.555, de 8 de agosto de 2000, que reza que bens e serviços comuns são “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser concisa e objetivamente definidos no objeto do edital”. Enquanto o anexo II dispõe de uma extensa lista de classificação destes bens e serviços comuns.

10 Mais uma vez fica nossa crítica que, mesmo com a boa vontade a medida provisória do pregão, não é função do Poder Executivo redigir leis. Esta função cabe ao Poder Legislativo, evitando na maioria das vezes, instrumentos legais com tantas dúvidas e incertezas como esta.

e 21); (iii) Órgão Legislador Federal, (artigos 48 e 49), na qual compete a União – aqui representado pelo Congresso Nacional e com a sanção do Presidente da República – legislar em matéria de sua competência, ou ainda (iv) Administração Pública Federal (*caput* do artigo 37).

Uma vez conhecido alguns dos inúmeros significados jurídicos do termo “União”, cabe saber qual é sua aplicação na MP 2026.

Parece-nos que o desejo do legislador da Medida Provisória é o de equiparar a “União” à “Administração Pública Federal”, tendo portanto um caráter genérico, que abrangeria desta maneira, tanto a Administração Pública Direta como a Indireta.

Com efeito, é o que se entende pela leitura do Decreto 3.555, que regulamentou o pregão, dispondo no seu artigo 1º, parágrafo único, ordena:

“Art. 1º (...)

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime deste Decreto, além dos órgãos da Administração Federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.” (grifo nosso)

Ora, se todas esses órgãos e entidades estão submetidos ao decreto e ao regime do regulamento do pregão¹¹, pode-se concluir que a MP 2026 permite o uso do pregão para procedimentos licitatórios da Administração Pública Indireta.

5. Possibilidade de aplicação pelos Estados e Municípios

Por enquanto, em nenhuma de suas edições¹² a MP 2026 incluiu os Estados e Municípios como entes capazes de utilizar o pregão como nova modalidade de licitação.

Já se tem notícia que o Governo Federal, mais especificamente o Poder Executivo, vem sofrendo pressões, interna e externa, para estabelecer o pregão como modalidade utilizável por Estados e Municípios. O motivo mais forte para isso é em relação o âmbito da aplicação do pregão, o que é extremamente questionável, recaindo, inclusive, na inconstitucionalidade do artigo 1º da MP 2026.

Explica-se. Em primeiro lugar, não se pode admitir que a União use de sua competência privativa para constituir normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, para aplicação restritiva à própria órbita federal. Para o jurista Marçal Justen Filho¹³, “isso importa uma espécie de discriminação entre os diversos entes federais. Essa alternativa é incompatível com o Princípio da Federação, do

¹¹ O anexo I do Decreto 3.555, repete o texto do parágrafo único, do art. 1º, apenas trocando a palavra “decreto” por “regulamento”.

¹² Ao finalizarmos este trabalho estávamos na 6ª edição.

¹³ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 7 edição, 2000, p. 676.

qual deriva o postulado do tratamento uniforme interfederativo. Essa determinação consta no art. 19, inc. III, da CF/88”.

Em segundo lugar, uma medida provisória que institui uma nova modalidade de licitação no regime jurídico nacional não pode sobrepor-se de maneira alguma à Lei 8.666, que é Lei Federal, e constituir-se numa norma especial, ao invés de norma geral, que seria mais correto. A MP 2026 criou, como já destacado, uma nova modalidade de licitação, e como tal está sujeitas à norma geral (art. 22 da Lei 8.666), aplicável a todos os entes da federação.

Portanto, ainda que a MP 2026 somente se refira à União em seu artigo 1, pode-se admitir que seus dispositivos também alcancem Estados e Municípios. Existe inclusive a possibilidade de reputar-se inconstitucional o dispositivo do art. 1º e admitir que o pregão não somente deve ser adotado pela União, como também alcançar Estados e Municípios.

Segundo nos transmitiu pessoalmente, Caio Tácito não adere à tese de inconstitucionalidade, entendendo que a iniciativa da modalidade do pregão, exclusivamente no âmbito da União, não se caracteriza como norma geral sobre licitação, tendo antes o caráter de norma específica que se fundamenta em interesse peculiar aos serviços federais que visa a regular, de início caracterizados na Lei Geral de Telecomunicações. Não é de se presumir possam os Estados e Municípios atender à especificidade do modelo e ao rito processual estabelecido que não serão necessariamente compatíveis e exigíveis com muito aos seus serviços próprios.

6. *Procedimento do Pregão*

6.1. *Modos de Realização*

O artigo 2º da MP 2026 estabelece dois modos distintos de realização do pregão. O primeiro, enunciado no seu *caput*, é o modo tradicional, ou seja, teremos num primeiro momento propostas escritas e somente após essa fases verbais (lances), onde serão renovadas as propostas para a aquisição dos bens ou serviços comuns licitados.

O parágrafo único do mesmo artigo dispõe sobre o segundo modo, através do uso da informática.

No mundo contemporâneo o computador já é uma necessidade em todas as empresas, escritórios e repartições pública. A Internet – rede mundial de informações – tornou-se uma realidade. Atraído pela velocidade e facilidades que ela proporciona, o empresário, o advogado, o legislador, enfim, todos os profissionais cada vez mais agregam os computadores ao seu dia-a-dia. Pesquisas jurisprudenciais, bancos de informações, e até mesmo livros digitais já estão disponíveis na rede. Neste rastro vai o pregão, buscando proporcionar licitações com o maior numero de participantes possível e de maneira mais econômica e benéfica para a Administração.

O exemplo clássico do uso da informática para os negócios é a bolsa de valores, principalmente a já chamada “nova economia”¹⁴, onde se negocia lotes de ações através da Internet, de maneira virtual, oferecendo, portanto, oportunidade aqueles que tenham acesso à Internet de oferecer lances, vender, comprar, e participar efetivamente dessa nova economia em qualquer parte do mundo.

Adequando-se a essa realidade, a MP 2026 prevê a constituição do “pregão eletrônico”, utilizando a Internet para beneficiar-se das infinitas possibilidades que ela oferece e, com isso, tornar mais ampla possível a divulgação da licitação. Não há, porém, até o momento regulamento específico para o pregão eletrônico¹⁵.

6.2. Fases do Pregão

O pregão é realizado em duas partes. A primeira que é a fase preparatória, seguida da fase licitatória.

Conforme os ensinamentos do professor Diogenes Gasparini¹⁶,

“Numa licitação tradicional nós temos duas fases: uma antes da publicação do edital que é chamada “fase interna” ou “primeira fase”, e uma fase depois da publicação do edital que é chamada de “segunda fase” ou “fase externa”. Poderíamos fazer aqui a mesma comparação: fase de preparação ou fase preparatória corresponderia à primeira fase, ou fase interna, da licitação tradicional. A fase licitatória do pregão seria a mesma segunda fase, ou fase de licitação, propriamente dita, da licitação tradicional”.

14 São empresas que negociam suas ações e títulos através do índice NASDAQ. Geralmente são empresas voltadas para o ramo da tecnologia e comunicações, como empresas telefônicas e principalmente as “pontocom”.

15 Em notícia vinculada através do site Telecomonline (www.telecomonline.com.br), publicada em 25.10.2000, por André Silveira, o Governo Federal espera realizar ao menos uma experiência do “pregão eletrônico” até o final deste ano. O governo, através do Ministério do Planejamento, já está em procedimento para formar uma parceria que irá formar o provedor de compras. Porém, além de finalizarem esta parceria, ainda fica dependendo da publicação do decreto com a regulamentação do processo do “pregão eletrônico”.

O secretário de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Sr. Solon Lemos Pinto espera que com a implantação do “pregão eletrônico” a competição ficará mais acirrada e, consequentemente, haverá uma redução dos preços. As vantagens porém não são apenas para Administração Pública, os fornecedores reduziram seus custos, tendo condições melhores para participar da licitação e podendo oferecer melhores propostas ao governo.

Nas palavras de Lemos Pinto, outra vantagem será a agilidade com que se darão os licitações. Hoje o Governo Federal já tem cadastrado 120 mil fornecedores em seu sistema de dados. Com as informações extraídas deste banco de informações, os processos de licitação serão mais simplificados e desburocratizados, uma vez que as informações necessárias dos possíveis contratados já estarão disponíveis, diminuído drasticamente possíveis entraves jurídicos e demais pendências, que tanto atrasam os processos de contratação do governo.

16 BLC – Boletim de Licitações e Contratos, nº 7, de julho de 2000, p.369.

6.2.1. Fase Preparatória

Fase preliminar do procedimento do pregão, a fase preparatória, como seu próprio nome indica, irá preparar a licitação que está por vir. Fundamentada no artigo 3º da MP 2026 e artigo 8º do Decreto 3.555, segue a mesma linha traçada para as modalidades de licitação da Lei 8.666. O objetivo é a realização de um conjunto de atos e informações, que servirão de justificativa da Administração Pública para a realização da licitação.

A fase origina-se quando o agente público mostra disposição em contratar e apresenta o requerimento¹⁷ para contratação à autoridade competente¹⁸. Medidas preliminares surgirão neste momento. Definir o objeto do pregão, de forma precisa e clara, prestar informações sobre a necessidade e os motivos da licitação, determinar as exigências para habilitação e designar o pregoeiro, são algumas das tarefas básicas para a autoridade na fase inicial.

Objeto e motivo para aquisição de bens e serviços comuns não são uma novidade. Apenas devemos ressaltar que diante desta nova modalidade o objeto deve estar descrito de forma muito clara e precisa. Isso porque, como as etapas do procedimento são invertidas, havendo primeiro a proposta e depois a habilitação do proponente vencedor, é fundamental para os interessados uma clara definição do objeto licitado, evitando futuras dificuldades para a Administração.

Uma vez definido o objeto e justificada a aquisição do bem ou serviço, deve a autoridade informar as exigências quanto à habilitação dos proponentes. É um ponto interessante e novo dessa nova modalidade, pois ao contrário das inúmeras exigências estabelecidas na Lei 8.666, no pregão a autoridade estabelecerá como requisitos aos fornecedores e prestadores de serviços para participar do certame, apenas algumas exigências mínimas dispostas na MP 2026 e seu regulamento.

É compreensível fixação de requisitos não tão extensos como os exigidos no artigo 27 e seguintes da Lei 8.666. Como a modalidade do pregão se destina-se apenas a aquisição de bens e serviços comuns, geralmente disponíveis no mercado, não será necessária uma investigação tão austera por parte da Administração em relação aos fornecedores. Até mesmo quanto à qualidade comum dos objetos não se exige uma especialidade do fornecedor.

Pela redação do artigo 3º, inciso I da MP 2026 e do artigo 7º do Decreto 3.555, fica clara a intenção de deixar a critério da autoridade competente estabelecer as exigências de habilitação. Caberá a ela definir os requisitos mínimos para a capacitação técnica, regularidade jurídica, fiscal, qualificação técnica, econômico-finan-

17 Se for o caso, ele requer a dispensa ou a inexigibilidade da licitação para a aquisição do bem ou serviço comum.

18 Conforme o artigo 7º do regulamento do pregão autoridade competente é aquela “designada de acordo com as atribuições previstas no regimento ou estatuto do órgão ou da entidade” que pretende realizar a licitação. Nas palavras de Diogenes Gasparini, será “a autoridade que tem necessidade do bem: é o chefe da seção, é o chefe do departamento, é o secretário; vai variar de organização para organização” (ob. Cit, p.370).

ceira, enfim, o que for necessário para participação no pregão, embora sem muita complexidade, que poderia acarretar os indesejáveis entraves litigiosos.

Dentre as exigências (e vedações) contidas na MP 2026, algumas trazem novidade e merecem destaque e elogios.

Primeiro, quanto à regularidade fiscal, que abrangeria tão somente a Fazenda Nacional, a Seguridade Social — INSS e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço — FGTS¹⁹. Com isso, a questão da regularidade ficaria restrita ao âmbito da órbita federal que promove a licitação.

Contudo a simplificação quanto aos documentos fiscais, e outros necessários à habilitação, tem sua eficácia restringida pelo artigo 13 do Decreto 3.555, que por uma incongruência e infelicidade de redação, exige, exclusivamente, a documentação prevista na legislação geral para a Administração, ou seja, aquela da Lei 8.666, que inclui os documentos de regularidade perante os Estados e Municípios. Ora, se a intenção da MP 2026 era simplificar os documentos para habilitação, até mesmo pela natureza simples do pregão, voltada apenas à aquisição e bens de serviços comuns, a exigência do citado artigo 13 é incoerente, pois afasta a possibilidade da Administração abrir mão de algumas exigências feitas pela Lei 8.666, visando dar maior agilidade e simplicidade ao pregão.

A segunda novidade se encontra no artigo 5º, inciso I, da MP 2026 c/c artigo 15, inciso I do Decreto 3.555, que excluíram a possibilidade de exigência da garantia de proposta. Há muito já se discute a inconstitucionalidade dessa exigência na Lei 8.666²⁰. Neste sentido, precioso o ensinamento de Marcos Juruena V. Souto²¹:

“A possibilidade de ser exigida garantia como fator de habilitação, além de caracterizar retrocesso, sem amparo constitucional, nada prova. Acaba por haver distinção entre os que podem pagar seguro e os que não podem. A caução ou a fiança não provam que ninguém é capaz (aliás, sequer podem garantir o cumprimento do contrato, mas tão-somente penalidades)”.

Portanto, enquanto perdurar a medida provisória dispondo sobre o pregão, está proibida a exigência de garantia, evitando, assim, atentado ao princípio da competitividade, e permitindo que empresas que até então não se sujeitavam ao oferecimento de garantia possam participar do certame.

19 Conforme artigo 4º, inciso XIII, da MP 2026-6: “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 (...)”

20 O inciso III do artigo 31 da Lei Geral de Licitações elenca, como documento passível de ser solicitado para demonstração de efetiva qualificação econômico-financeira numa licitação, garantia nas mesmas modalidades previstas no *caput* e §1º do artigo 56 da mesma lei, limitando-a a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

21 Marcos Juruena V. Souto, *apud*, Sidney Bittencourt, *Pregão passo a passo – Uma nova modalidade de licitação*, Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2000, p.47.

Outra boa vedação trazida pela legislação do pregão relaciona-se à não obrigatoriedade de compra do edital para participação na licitação²². Basta dizer que essa vedação já tem efeito direto na redução de custos dos participantes, que consequentemente irá refletir nas propostas. Cabe destacar que com esta regra não será mais possível identificar o universo dos participantes na licitação, já que, uma vez que os interessados podem deixar de comprar o edital, não haverá como precisar o número de licitantes. Essa possibilidade é extremamente importante e em benefício da Administração, uma vez que, por ser uma modalidade de menor preço, um dos fatores primordiais de um proponente na elaboração da sua proposta é saber quem serão seus competidores. Sendo imprevisível aos licitantes esse conhecimento, todos os proponentes deverão formular suas propostas com mais cuidado, revertendo-se em vantagem em favor da Administração.

Autoridade em questão tem ainda função de definir os critérios de aceitabilidade da proposta no pregão, que em regra é a de menor preço, mas que pode estar condicionada a um mínimo de qualidade, prazo de entrega, condições de fornecimento, etc.. Pode-se inclusive restringir a aceitabilidade no que se refere ao preço, ou seja, estabelecer que só aceitará propostas até um limite máximo do preço determinado (por exemplo: aceita propostas que excedam em até 15% o preço estipulado, ou então, 5% abaixo do preço estabelecido, de forma a criar um preço básico para a licitação). Pode ainda decidir sobre quem será designado pregoeiro, bem como sobre as sanções pelo não cumprimento das regras estabelecidas e as cláusulas do futuro contrato.

Esse conjunto de atos acima mencionados, deverá por isso, formar um único processo. Apesar da MP 2026 mencionar “autos do procedimento” o termo mais correto seria “autos do processo”. O que nós leva ao pregão é um processo administrativo, instaurado no momento da requisição e preenchido com os demais elementos inerentes ao pregão, como definições técnicas do objeto contratado, previsões de recursos orçamentários, projetos, plantas, se necessário, tudo para facilitar a descrição do objeto pretendido. No processo também deve constar o ato que designou o pregoeiro, figura da maior importância como destacado a seguir.

6.2.1.1. *O Pregoeiro*

Diferente das modalidades de licitação previstas na Lei 8.666, como concorrência, tomada de preços ou convite, para as quais é formada uma Comissão de Licitação, no pregão a autoridade competente designará um servidor da administração pública que terá o título de pregoeiro. A esse será dada a função de conduzir os procedimentos formais da licitação. A ele serão imputados os atos administrativos, para formalizar decisões e responder por elas. Porém, não se pode imaginar que o certame contará

²² A Lei 8.666 já havia estabelecido no art. 32, §5º a vedação a esta exigência. Entretanto, na prática, observamos que a Administração não costuma obedecer este dispositivo, inclusive impondo a compra do edital como um dos requisitos a participação na licitação.

apenas com o pregoeiro. Será ele assessorado por uma equipe de apoio, também composta por servidores. Fornecer subsídios e informações relevantes, agilizar o procedimento, e verificar documentos, serão algumas das tarefas desses assessores, desafogando a sobrecarga do pregoeiro, e dando maior agilidade e velocidade ao pregão.

Quem poderá exercer a função de pregoeiro? Já destacamos que será um servidor, afastando portanto a possibilidade de designação de pessoa estranha à Administração Pública. Mas poderá ser qualquer servidor público? Nos termos da MP 2026 e do Decreto 3.555, será indicado pregoeiro aquele dentre os servidores do órgão ou da entidade promotora da licitação. A lei, todavia, não menciona se o servidor deve ser celetista, estatutário, comissionário ou efetivo, tratando o servidor, de forma genérica. Desta forma, para se tornar um pregoeiro basta pertencer ao quadro da Administração Pública, ser da entidade ou órgão que promove a licitação e, o mais importante, ser designado pela autoridade competente.

No que tange a equipe de apoio, “deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo da Administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento”²³.

A designação deve ser ato formal, através de ato administrativo, produzido pela autoridade competente. Deve ficar claro que a designação não significará um novo cargo para o servidor. “Designação” não se confunde com “Nomeação”. pois a este último é que geralmente liga-se ao cargo. O servidor indicado pregoeiro é somente alguém que exercerá certa função que não está dentro do rol de suas obrigações normais. É um *plus* que a autoridade competente irá atribuir às funções do servidor, sem nenhuma vantagem ou benefício adicional.

Sendo meramente colaboração do servidor resta a dúvida se ele pode declinar ao convite de desempenhar o papel de pregoeiro. Não nos parece que ele tenha esta oportunidade. Como servidor, ele deve obedecer às obrigações determinadas pela autoridade competente, ficando sob pena de arcar com as consequências da sua desobediência. Contudo, seria prudente da parte da autoridade tomar o devido cuidado na sua escolha. Não se deve simplesmente comunicar o fato a seu subordinado, e sim que esse tome ciência formal da indicação. Além disso, para um melhor andamento do pregão, é recomendável que a escolha recaia em alguém que, tenha capacidade e disposição a exercer a função. Isso porque o despreparo de um pregoeiro pode afetar negativamente a licitação, prejudicando não só os participantes, como também o erário.

Como figura que substitui a Comissão de Licitação²⁴, foi atribuída ao pregoeiro toda a competência para condução do certame que implica numa enorme responsa-

²³ Artigo 3º, §1º da MP 2026.

²⁴ “As peculiaridades do pregão impedem afirmar que a competência do pregoeiro é idêntica à das comissões de licitação. Não se trata de uma espécie de “comissão unipessoal”. A competência do pregoeiro é mais ampla do que a de uma comissão de licitação, justamente porque o procedimento do pregão é distinto e mais complexo. Há diferenças no tocante especialmente à fase de lances, o que exige uma atuação incentivadora do pregoeiro”. Marçal Justen Filho. ob. Cit., p. 688.

bilidade. Dentre suas funções, algumas estão estabelecidas no artigo 9º do Decreto 3.555, que atribui ao pregoeiro (i) o credenciamento dos interessados; (ii) o recebimento dos envelopes das propostas de preços e da documentação de habilitação; (iii) a abertura dos envelopes das propostas de preços, o seu exame e a classificação dos proponentes; (iv) a condução dos procedimentos relativos aos lances e à escolha da proposta ou do lance de menor preço; (v) a adjudicação da proposta de menor preço; (vi) a elaboração de ata; (vii) a condução dos trabalhos da equipe de apoio; (viii) o recebimento, o exame e a decisão sobre recursos; e (ix) o encaminhamento do processo devidamente instruído, após a adjudicação, à autoridade superior, visando a homologação e a contratação.

Com tamanha responsabilidade e devido a dinamicidade do pregão, ao pregoeiro também é investido o poder de polícia durante a licitação. Eventuais imprevistos poderão ocorrer, principalmente na sessão onde serão dados os lances para a proposta. Isso exige uma solução rápida e eficiente para que não atrapalhe ou impeça o bom transcorrer dos trabalhos.

Investe assim o pregoeiro em poderes de exigir o silêncio durante o curso da sessão, advertir participantes que estejam praticando condutas atentadoras ao bom andamento dos trabalhos, e inclusive retirar quem estiver perturbando o certame, com finalidade de dar e manter a ordem da licitação.

Dependendo da situação, o pregoeiro tem até mesmo poder de desclassificar o proponente que estiver perturbando o procedimento licitatório, se o ato por este praticado for de extrema gravidade. Não é admissível a desclassificação do participante por uma questão irrelevante e banal. Deve sempre ser observado o princípio da proporcionalidade. Mas que conduta pode ser tão repugnante a ensejar a desclassificação de um proponente? São casos de prática de atos tipificados como crime, não somente aqueles descritos no Código Penal, como por exemplo agressão física, como também os tipificados no artigo 93 da Lei 8.666, como “impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório”, o que pode levar a pena de seis meses a dois anos, e multa. Tais atos, podem acarretar não somente a desclassificação, mas também a prisão em flagrante dos proponentes.

6.2.2. Fase Licitatória

Superada a fase preparatória do pregão, vejamos os procedimentos para sua realização propriamente dita.

O primeiro ato desta segunda fase é o da publicação do aviso, que irá desencadear todo o procedimento licitatório. O aviso, como induz seu próprio nome dará destaque a alguns elementos do pregão. “Definição precisa, suficiente e clara do objeto, bem como a indicação dos locais, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital, e o local onde será realizada a sessão pública do pregão”, são exigências essenciais à fase externa do pregão²⁵. Em suma, o aviso será um resumo da licitação para ciência dos possíveis interessados em participar do pregão.

A forma de publicação de aviso depende dos limites de valores estimados para o pregão. O regulamento definiu bem esta questão, estabelecendo que (i) para bens e serviços de valores estimados em até R\$160.000,00, deverá haver publicação no Diário Oficial da União; (ii) para bens e serviços de valores estimados acima de R\$ 160.000,01 até R\$ 650.000,00, publicação no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação local. Por fim, (iii) para aqueles bens e serviços de valores estimados superiores a R\$ 650.000,01, é necessário o aviso no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação regional ou nacional. Além destas publicações, que são obrigatórias, o legislador ainda prevê a divulgação facultativa por meio eletrônico, ou seja, através da Internet. Essa é mais uma tendência da nova cultura virtual, que pode se tornar obrigatória no futuro.

Além do publicado, o aviso deve estar à disposição do público na repartição que está promovendo o pregão. Da mesma forma, o edital, elaborado durante a fase interna da licitação, também deve estar à disposição para quem o queira consultar ou adquirir.

O edital é a “lei” na licitação. Através dele é que os participantes saberão as exigências e requisitos que deverão preencher. Por isso, ele deve ser claro e não causar dúvidas. Seu conteúdo deve ser adequado ao procedimento do certame e ter o objeto bem definido, assim como discorrer acerca das normas disciplinadoras do procedimento. Em suma, a autoridade responsável pela licitação deverá “colocar no papel” todas as medidas preliminares que devem ser tomadas na fase antecedente a esta²⁶.

Publicado o aviso e estando disponível o edital está oficialmente aberta a licitação. O prazo para a apresentação da proposta deve estar previsto pelo edital, porém não podendo ser inferior a oito dias úteis, contados a partir da publicação do aviso. Não está mencionado na MP 2026, nem no seu regulamento como será feito o cômputo desses dias. Para tanto, recorremos subsidiariamente à Lei 8.666, que estabelece no seu artigo 110 que deverá ser adotada as regras de prazo do direito processual. Assim, conta-se do dia seguinte da publicação, e termina no dia do vencimento, não podendo o prazo se iniciar, nem terminar, em dia não útil.

Em seguida tudo está pronto para o início do procedimento do pregão, no dia, hora e local designado pelo edital, através da realização de uma sessão pública para o recebimento das propostas e respectivos documentos de habilitação, que irá desenvolver-se de maneira concentrada.

Verifica-se então, a grande inovação do pregão. No procedimento de entrega das propostas há uma inversão das fases de habilitação dos concorrentes e julgamento de suas propostas. No pregão, somente serão verificados os documentos de habilitação da proposta classificada como vencedora (mesmo que provisoriamente, já que ainda restará a análise dos documentos de habilitação).

25 Art.11, inciso I do Decreto 3.555.

26 Essas medidas estão comentadas no item 6.2.1.

Apesar de somente ser analisada posteriormente, o envelope que contém a documentação de habilitação deve ser entregue juntamente com envelope da proposta.

Aberta a sessão, os documentos serão recebidos pelo pregoeiro através dos interessados ou seus representantes legais²⁷. É condição imperiosa que o licitante se identifique ao pregoeiro, ou seus auxiliares, comprovando ter poderes necessários para praticar os atos inerente ao procedimento. O pregoeiro somente deverá receber os envelopes depois de verificada a documentação que prove a capacidade do interessado.

Em seus comentários à MP 2026, Marçal Justen Filho até admite a possibilidade de dispensa da presença de um representante do licitante, ocorrendo somente a entrega dos envelopes.

“Seria possível dispensar a presença de um representante do particular. Já se afirmou, em evento acerca do tema, que a mera entrega dos envelopes, sem participação pessoal do licitante, equivaleria à recusa em produzir lances inferiores ao da proposta, sem que isso acarretasse outros efeitos jurídicos além da perda da possibilidade de formular lance inferior. Admitida essa interpretação, até poderia sagrar-se vencedor o licitante ausente, desde que nenhum interessado formulasse lance mais reduzido”.²⁸

É louvável essa interpretação, até mesmo porque quanto maior o número de participantes em uma licitação, maior a possibilidade da Administração obter uma melhor proposta. Porém não podemos crer que os licitantes queiram deixar de participar das sessões públicas, ou estarem representados, deixando de lado o direito de oferecer nova proposta e até mesmo de fiscalizar os trabalhos realizados durante o procedimento do pregão.

Como “juiz” do procedimento, em algumas hipóteses pode o pregoeiro recusar o recebimento dos envelopes, mas para isto a “falta” do licitante no que tange a requisitos formais deve ser grave. Ausência de envelopes separados para os documentos de habilitação e proposta, envelopes devassáveis, ausência de comprovação da titularidade de poderes para representação, são algumas hipóteses que se admite para recusa por parte do pregoeiro. Inclusive, não cabe somente a ele este direito de fiscalizar. Os licitantes, percebendo algum defeito, poderão se dirigir ao pregoeiro, pedindo para que se recuse a aceitar a proposta apresentada de forma irregular.

27 Na prática, os próprios editais já anexam um modelo de procuração contendo os poderes necessários para participação na licitação, evitando assim problemas que poderiam atrasar o andamento do certame.

28 Marçal Justen Filho, ob. cit., p. 695.

6.2.2.1. *Abertura dos envelopes-proposta*

Procede-se então a abertura das propostas. Convém ressaltar que as propostas que estão sendo abertas neste momento, para verificação dos requisitos estabelecidos no instrumento convocatório, não são definitivas. A sistemática do pregão, que é única diante da Lei 8.666, conjuga propostas escritas e lances orais.

Em razão dos lances orais, a proposta pode ser renovada até que se tenha um vencedor. Isso significa que a proposta escrita é uma espécie de “pré-qualificação” para que o licitante participe da etapa subsequente.

Uma vez com as propostas em mãos, o pregoeiro, com a ajuda da sua equipe de apoio irá verificar se a proposta está em conformidade com o exigido no edital. Embora o ideal seja o edital solicitar uma proposta sem muitos detalhes e formalidades, nada impede que se exija requisitos formais e/ou materiais para sua apresentação. Planilhas, orçamentos, formas de pagamento são requisitos que devem ser evitados, ficando exclusivamente a apresentação do preço como requisito para a aceitação da proposta.

Outro fator observado é quanto o prazo de validade das propostas. Na legislação esse prazo é de 60 (sessenta) dias²⁹, mas pode o edital estipular outro prazo. A questão tem contornos maiores no pregão, uma vez que esta modalidade comporta o aproveitamento de propostas na hipótese de desclassificação ou inadimplemento do adjudicatário. Portanto, apesar de não se dar maior atenção a esse requisito nas outras modalidades de licitação, no pregão o cuidado deve ser redobrado. Para evitar maiores problemas, a Administração é recomendável estabelecer-se no edital prazo mais longo que 60 (sessenta) dias.

Em seguida, o pregoeiro deve identificar as propostas classificadas e desclassificadas, informando os motivos da desclassificações. Verifica-se aqui um ponto falho da MP 2026, que também não foi abordado pelo seu regulamento.

O legislador – no caso o poder executivo – se não dispôs acerca da possibilidade legal de recurso neste instante. Não identificou qual seria o recurso cabível para aqueles cujas propostas foram desclassificadas. A possibilidade de recurso posterior, após a declaração do vencedor, estabelecida no artigo 4º, inciso XVIII da MP 2026 e no artigo 11, inciso XVII do Decreto 3.555, não teria sentido, uma vez que o licitante que teve sua proposta recusada estaria impedido de oferecer lances e acabaria com seu direito precluso.

A única solução que vislumbramos para este problema é a recorrer ao modelo da Lei 8.666. Após o pregoeiro decidir sobre a classificação e desclassificação das propostas, se algum dos participantes quisesse recorrer da decisão, haveria um prazo recursal (sugerimos três dias, em concordância com o preconizado no inciso XVIII da MP). Por obvio também seria possível aos interessados recorrerem à via judicial, usando do direito de petição, um dos preceito previstos na Constituição Federal. Essas porém não são as melhores soluções, uma vez que o pregão tem por base atos

²⁹ Artigo 6º da MP 2026-6 de 26 de outubro de 2000: “O prazo de validade das propostas será de sessenta dias, se outro não estiver fixado no edital.”

concentrados para agilizar e imprimir rapidez nas aquisições de bens e serviços comuns. Neste aspecto, ainda existe muita coisa para ser aprimorada e esperamos que quando transformada a MP 2026 em lei, nela esteja prevista essa situação delicada.

Para facilitar os trabalhos deverá ser elaborada uma lista com as propostas oferecidas. Com base na proposta de menor valor, serão classificadas para a etapa seguinte, além da menor proposta, todas as que tiveram seu valor de preço até 10% (dez por cento) superior àquela preliminarmente vencedora. “Preliminar” porque a todos os que estiverem dentro do limite dos 10% (dez por cento) será dado a oportunidade em participarem da etapa do oferecimento de lances para renovarem suas propostas de preço.

Pode-se até questionar o porque na determinação da lei em circunscrever a permissão de lances somente entre aqueles que ofereceram até 10% (dez por cento) superior ao menor preço, como faz Aírton Rocha da Nobrega³⁰:

“Aqui outra impropriedade: por que afastar do certame os demais licitantes que tenham cotado preço acima de 10%? E por que exatamente este percentual escolhido? É necessário considerar que as variações de mercado podem ser verificadas em percentual maior, sem que isso represente impossibilidade de redução.”

Até admite-se este entendimento, inclusive por que este dispositivo poderia reduzir o número de participantes na etapa dos lances, o que acarretaria numa menor concorrência entre os participantes em oferecer o menor preço para à Administração. Mas é mais lógica a concepção de Marçal Justen Filho³¹, de qual somos partidários:

“Se todos os licitantes fossem admitidos a participar da segunda etapa, haveria um desincentivo à formulação de propostas mais elevadas. Assim, o interessado acabaria propondo valores maiores e aguardaria pelo desenlace da segunda etapa. Em última análise, tornar-se-ia a etapa de propostas quase inútil: prestar-se-ia apenas à exclusão das propostas irregulares. Ao se restringir a possibilidade de acesso à segunda etapa apenas aos sujeitos cujas propostas forem próximas ao menor valor ofertado, incentiva-se a todos a buscarem o menor valor possível.”

Podemos inclusive afirmar que foi esta a vontade do legislador quando, no inciso IX, do artigo 4º da MP 2026 e no artigo 11, inciso VII do regulamento, para incentivar ainda mais a competitividade entre os participantes, na busca da melhor proposta para à Administração, tornou obrigatória a participação de no mínimo três interessados na fase dos lances, mesmo que para isso seja necessário abrir uma exceção e ignorar os 10% (dez por cento) estipulados nos incisos anteriores. Sendo assim, se não

30 Artigo “Licitação na modalidade pregão”, Revista L&C nº23, 05/2000, Ed. Consulex, p. 9.

31 Ob. cit., p. 703.

houver pelo menos três propostas nas condições acima estipuladas, o pregoeiro tem o dever de classificar as melhores propostas subsequentes, até o máximo de três, para que seus autores participem dos lances verbais, quaisquer que sejam os preços oferecidos nas propostas escritas.

6.1.2.2. Fase da apresentação de lances

Conhecidos e divulgados os classificados dar-se-á início à fase da renovação das propostas através dos lances dos proponentes que continuam na disputa. A MP 2026 não tratou do procedimento que deverá ser aplicado nesta etapa. Já o regulamento dispôs muito pouco. Ficará assim à cargo do pregoeiro de estabelecer e organizar como se procederá os lances.

Os incisos VIII e IX, do artigo 11 do Decreto 3.555 tratam sobre o início dos trabalhos para oferta dos lances. Os lances verbais deverão ser formulados pelos proponentes de forma sucessiva, em valores distintos e decrescentes³². O pregoeiro convidará individualmente os licitantes classificados para, de forma sequencial, apresentarem seus lances verbais. O primeiro a ter oportunidade de renovar sua proposta será o autor da proposta de maior preço, seguido dos demais, em ordem decrescente.

A formulação de lances não é obrigatória. É simplesmente uma faculdade do licitante que foi classificado para esta fase. Contudo, o regulamento determina que a desistência da apresentação de lance verbal implicará na exclusão do licitante do certame. Conclui-se por esta faculdade quando o regulamento define que caso não se realizem lances verbais, a proposta escrita que apresentou o menor preço será declarada vencedora.

Havendo disputa entre os participantes, observar-se-á a mesma sistemática do leilão, embora nesse a Administração busque o maior preço. No pregão a disputa somente se encerrará quando houver um menor preço que não venha a ser superado. Então, aquele que ofereceu o menor preço será declarado vencedor.

Para evitar que seja posta em dúvida alguns fatos ocorridos no transcorrer dos lances, a solenidade deve ser pública, podendo qualquer cidadão estar presente para verificar a disputa verbal entre os concorrentes classificados. Além disto, em razão do evento ser de extrema relevância e todo ele ser oral, imprimindo velocidade ao certame, é recomendável a gravação dessa etapa de lances. Desde que a gravação não importe em perturbação dos trabalhos, não há porque proibir tal procedimento, tanto por parte da Administração, para prevenir eventuais aborrecimentos, como para os participantes da licitação. A gravação é somente mais um modo de se garantir a lisura da licitação.

Finalizada a etapa dos lances, caberá ao pregoeiro novamente decidir motivadamente a respeito da aceitabilidade da proposta vencedora. Após examinar nova-

³² Não se admite empate, e portanto inadmissível que seja ofertado lance de valor idêntico ao formulado anteriormente.

mente se todos os atos praticados até aquele momento são válidos. Em seguida teremos uma segunda lista preliminar de classificação (a primeira é a lista anterior de classificação das propostas escritas), contendo o registro de todos os lances ofertados. É muito importante a veracidade dos lances nessa lista já que ainda existe a hipótese da desclassificação da proposta vencedora, em virtude de irregularidades a documentação de habilitação, até então ainda não examinada.³³

6.3. *Verificação dos Documentos de Habilitação*

Dada a inversão das fases de julgamento de proposta e habilitação, somente agora é que serão verificados os documentos comprobatórios da habilitação do licitante vencedor da fase de propostas e lances.

Sem dúvida esta é uma das vantagens, para a Administração, pois para ela basta verificar os documentos de habilitação do vencedor. Não é necessário, nem haveria razão da Administração verificar todos os envelopes e documentos de habilitação dos demais licitantes.

Para maior publicidade na verificação dos documentos de habilitação do concorrente vencedor, seu exame é facultada a todos os interessados. Por ser exigida uma documentação muito mais simplificada em relação a complexa documentação solicitada pela Lei 8.666, acreditamos que não haverá necessidade de nenhuma diligência especial para verificar a autenticidade dos documentos exigidos. Assim, o julgamento da habilitação é imediata.

Admite-se até, para maior agilidade do julgamento da licitação, que os inscritos no Sistema de Cadastro de Fornecedores da União — SICAF³⁴ apresentem apenas os documentos exigidos no edital que não estão disponíveis ou aqueles que precisam ser atualizados no SICAF. O regulamento garantiu também que outros sistemas de cadastro da Administração possam ser usados para verificação da habilitação do proponente vencedor.

Desta verificação da habilitação podemos extrair duas situações possíveis. Se preenchidos todos os requisitos documentais exigidos no edital e na legislação pertinente, o pregoeiro deverá declarar o licitante vencedor do certame. De outra forma, se não preenchidos as exigências, sendo insuficientes ou defeituosos os documentos apresentados, o pregoeiro então declarará o licitante inabilitado. Tanto para a habilitação, como para a inabilitação, o pregoeiro deverá expor os motivos que o levaram àquela decisão.

Na possibilidade do licitante desatender às exigências de habilitação³⁵, o que implicará na sua desclassificação, o pregoeiro examinará a oferta subsequente, ve-

33 Para lisura desta lista, muito contribuiria a gravação da fase dos lances, ajudando à Administração e os concorrentes quanto a certeza dos lances oferecidos durante o procedimento.

34 Estabelecido através da Instrução Normativa nº 5/95 do antigo MARE.

35 Tanto a redação da MP 2026, pelo artigo 4, inciso XVI, quanto a do Decreto 3.555, através do artigo 11, inciso XV, trazem um defeito do ponto de vista técnico-jurídico. Ocorre que eles

rificando todas aquelas formalidades até agora expostas (aceitabilidade da proposta, abertura do envelope de habilitação, verificação dos presentes dos documentos de habilitação, etc.), na ordem de classificação estabelecida preliminarmente, e assim sucessivamente, até a apuração de uma proposta que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor e a ele adjudicado o objeto do certame.

Sendo então um licitante habilitado, será ele declarado pelo pregoeiro o vencedor da licitação. Finalmente teremos então uma classificação definitiva, mas ainda não final, pois ainda sujeita de interposição de recursos.

7. Recursos

7.1. O Controle no âmbito Administrativo

Surge neste momento a fase recursal. Pela regra peculiar do pregão, o momento oportuno para interpor o recurso é após a declaração do vencedor da licitação, ou seja, ao final do procedimento. Essa é mais uma busca incessante do pregão em simplificar o procedimento de licitação. Assim, aquele inconformado com ato do pregoeiro, ou de seus auxiliares, deverá aguardar o resultado da licitação, para aí então, interpor sua impugnação, que poderá ser verbal, reduzida a termo, na ata do certame pela administração, ou então escrita, que deverá ser juntada ao processo de licitação. Deve-se ter em mente que, em função da concentração do momento oportuno para recorrer, entende-se que neste instante pode-se impugnar qualquer ato ocorrido durante todo o procedimento do pregão e não só o referente a definição do vencedor.

Afirma Marçal Justen Filho³⁶ que “isso não significa impedir a interposição de recurso. Nem autoriza a Administração a negar ao particular os direitos de ampla defesa ou ao contraditório. Equivale, tão-somente, à concentração do cabimento do recurso numa etapa terminal do procedimento.”

Por razão da singularidade do momento de recorrer, o pregoeiro deve indagar se algum dos presentes, interessados naquela licitação, pretende interpor recurso. É importante que esta atuação do pregoeiro se faça clara, pois aquele que não apresentar sua manifestação imediata e motivada (não é necessário que o interessado exponha integralmente suas razões, mas da mesma forma não serão admitidas impugnações genéricas) terá seu direito a recorrer, na esfera administrativa, decaído. Isso significa a perda da possibilidade de recorrer. Se esta oportunidade não for concedida o procedimento revestirá de vício, admitindo-se recurso posterior.

estabelecem que “se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará a oferta subsequente(...)”. Ora, o momento de aceitabilidade da proposta já foi procedimento em fase anterior, pois somente passar-se-á ao exame da documentação de habilitação se a proposta foi aceita. As ofertas defeituosas já foram previamente a esta fase desclassificadas, sendo assim a redação destes incisos defeituosos.

³⁶ Ob. cit., p.710.

Será concedido então um prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso. Os demais licitantes ficam desde então intimados a 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. Para os dois casos – recurso e contra-razões – o prazo será computado conforme as regras da Lei 8.666, pelas quais nenhum prazo se inicia ou termina em dia não útil.

As etapas seguintes ao processamento dos recursos não são previstos pela legislação do pregão. Logo aplicam-se as disposições supletivas da Lei 8.666. Assim, decorrido o prazo para manifestação dos interessados, o pregoeiro deverá reconhecer a procedência e revisar o ato impugnado, ou indeferir o recurso. Será então encaminhado à autoridade superior competente, para que este aplique ao caso decisão final. Entendemos, pelo silêncio da lei, que tanto o pregoeiro, quanto a autoridade superior deverão ter os mesmos 3 (três) dias concedidos aos proponentes. Faz-se necessária a figura da autoridade superior para que seja atendido o princípio constitucional do duplo-grau de jurisdição, bem como a dissociação entre a autoridade que praticou o ato recorrido e aquele que examina o recurso.

Indeferido o recurso e não havendo mais possibilidades de recursos, pelo menos na esfera administrativa, haverá de adjudicar o vencedor da licitação, ao que isso voltaremos logo mais. Porém, acolhido o recurso, algumas dificuldades poderão surgir.

A MP 2026 e o seu regulamento buscaram dar um tratamento diferencial ao regime dos recursos, quando estabeleceram que o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento. Isso deriva da concentração do momento em que deve ser interposto o recurso – apenas na fase terminal do procedimento —, e foi o meio encontrado para salvar o certame, pois em geral, o provimento do recurso envolve o comprometimento de todos os atos praticados.

Até este instante já foram praticados diferentes e sucessivos atos pela Administração e pelos participantes da licitação. Cabe então a autoridade que julgar favorável o recurso analisar da possível invalidação de um ou outro ato, permanecendo válido outros ocorridos. Porém, nem sempre será possível invalidar somente alguns atos, não afetando outros.

Assim, teremos três ordens diferentes: Uma primeira em que o recurso implica apenas em pequenas irregularidades que são facilmente supríveis. Essa hipótese não implicará na invalidade do ato impugnado, mesmo que para correção do defeito indicado seja necessário algum tipo de diligência por parte da Administração ou do particular. Outra questão é relativa a defeitos insupríveis, mas que não impliquem na impossibilidade de aproveitamento do certame. Essa alternativa é quando envolve a desclassificação do até então vencedor da licitação, mas que no recurso foi verificado defeito insuperável. Visualizamos essa possibilidade quando da nulidade de atos ocorridos já na fase dos lances ou da habilitação. Nessa hipótese nada impede que se aproveite as propostas pré-classificadas em ordem sucessiva. Por isso afirmamos atrás da importância da confecção de listas preliminares de classificação, aproveitando-se as propostas. Por último, a possibilidade mais drástica, mas que facilmente pode ser verificada. São os recursos providos que impliquem em vícios insanáveis, mas que afetem todo o procedimento da licitação, não podendo-se apro-

veitar qualquer ato do certame. É a verdadeira invalidação da licitação. São quando estão envolvidas questões referentes a nulidade de atos preliminares, como edital, publicidade, aviso, recebimento ou julgamento das propostas.

Para evitar situações como essas, deve o pregoeiro sempre estar atento às questões de irregularidade levantadas pelos interessados durante o transcorrer do procedimento da licitação. Não se pode descartar a idéia de impugnação a qualquer tempo promovida. Ao contrário, muitas vezes é uma forma de colaboração entre a Administração e os licitantes, para evitar que aquele procedimento, já na fase recursal, torne-se inválido. Aconselha-se que o pregoeiro ouça sempre as manifestações de discordância, pois terá a oportunidade de sanar o suposto vício naquele momento, evitando aborrecimento posteriores.

7.2. Controle Judicial

Não obstante todo o procedimento recursal na esfera administrativa, ainda há a possibilidade como já realçado, se valerem da via judicial para recorrer das decisões e atos referentes ao pregão. A não interposição do recurso ou seu indeferimento no âmbito administrativo nada interfere no direito constitucional de acesso ao judiciário por atos praticados pela Administração. Assim, nada impede que atos julgados válidos e perfeitos pela Administração possam passar pelo exame do judiciário e serem julgados como inválidos e imperfeitos.

8. Adjudicação e Homologação

Regra geral, a adjudicação não é diferente das demais licitações. Contudo, cabe destacar as peculiaridades inerentes à essa nova modalidade.

A primeira delas se refere à competência para adjudicar o licitante vencedor. A propósito, reportaremos a dois incisos do artigo 4º da MP 2026-6:

“Art. 4 (...)

XX — a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor;

XXI — decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor” (Grifo nosso)

Quando da inexistência de recurso, a adjudicação deverá ser promovida pelo pregoeiro, ao passo que havendo recurso, e proferida as decisões, a adjudicação passa às mãos da autoridade competente (entenda-se como autoridade superior, aquela que decidiu do recurso). Existem então duas autoridades distintas para a adjudicação do licitante vencedor. Tal importa em mais uma tentativa de agilizar o processo, uma vez que, não havendo recursos, não haveria razão do pregoeiro remeter os autos da licitação para autoridade superior apenas para a adjudicação.

Por outro lado, admitido ou não o recurso, porque deveria a autoridade que examinou, devolver os autos ao pregoeiro somente para fins de adjudicação? Essa sistemática é assim viável, desburocratizado o procedimento de adjudicação.

A segunda peculiaridade refere-se à eficácia da adjudicação perante terceiros. A adjudicação é ato que libera os demais concorrentes de qualquer expectativa de contratação com a Administração. Porém no pregão essa regra não procede, diferentemente das outras modalidades de licitação. Isso porque, caso o licitante adjudicatário, quando convocado regularmente a assinar o contrato nos termos estabelecidos pelo edital, se negue em honrar sua proposta, a Administração então poderá convocar os demais classificados, em ordem crescente de proposta, para que cumpra suas ofertas. Em outras palavras, os demais licitantes continuam vinculados a suas propostas, respeitado o prazo de validade destas, sem necessidade de observar as condições da proposta vencedora como exige a Lei 8.666.

Por último, uma peculiaridade que não envolve somente a adjudicação, mas também a homologação. Houve no pregão uma inversão destes dois atos em relação a Lei 8.666, o que todavia é irrelevante, como veremos a seguir.

A homologação cabe à autoridade competente, aquele que detém poderes para representar a entidade promotora da licitação. Deverá a autoridade apreciar todo o procedimento promovendo a anulação ou revogação, se verificada nulidades absolutas ou inconveniência no resultado, ou então, concordando com todo o ocorrido, homologue seu resultado.

Portanto, mesmo que no pregão seja feita previamente a adjudicação, esta somente produzirá efeito quando homologado o resultado. Em suma "a adjudicação terá validade e eficácia jurídicas em virtude da homologação produzida pela autoridade superior."³⁷

9. Convocação para assinatura do contrato

Ato seguinte à homologação, o licitante adjudicado será convocado para celebrar a assinatura do contrato, ou instrumento equivalente, no prazo estipulado no edital.

É condição para celebração do contrato que o licitante vencedor mantenha as mesmas condições de habilitação. Na possibilidade do adjudicado não apresentar situação regular, no ato da assinatura do contrato, será convocado outro licitante, observada a ordem de classificação, para celebrar o contrato, e assim sucessivamente.

Havendo a recusa do adjudicatário em celebrar o contrato, à solução ditada pela legislação do pregão é muito interessante e diferente da disposta na Lei 8.666. A Lei de Licitações estipula no artigo 64, §2 que na recusa do licitante vencedor em assinar o contrato, o segundo classificado será convocado para contratação nos exatos termos da proposta classificada como vencedora. Dispositivo inútil já que o segundo classificado não é obrigado a executar a proposta de outrem. O pregão primou por outra solução, mais coerente e prática. Admitida a hipótese de recusa, será convocado

³⁷ Marçal Justen Filho, ob. cit., p. 715.

o segundo classificado, mas que poderá executar o que foi proposto nas condições de sua proposta, e não a do primeiro classificado. Caso o segundo também recuse, convoca-se o terceiro e assim por diante.

Cabe ainda destacar que pela Lei 8.666, o segundo classificado pode recusar a contratação nas condições da proposta vencedora, se o primeiro colocado não celebrar o contrato, sem que seja penalizado. Já no pregão, em decorrência da natureza obrigatória de vinculação a sua proposta até o final do prazo de validade, caso haja recusa do licitante na celebração do contrato, todos eles estarão incursos nas sanções cabíveis, independente da ordem de classificação.

10. Sanções aplicáveis

A propósito, assim dispõe o artigo 7 da MP 2026:

“Quem deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União e, se for o caso, será descredenciado no SICAF, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.”

Vê-se que a pena administrativa prevê o impedimento do faltoso em contratar com a União, afastando a possibilidade do agente público eleger discricionariamente as hipóteses de pena elencadas na Lei 8.666. Cabe ainda ao agente público julgar a necessidade de possível descredenciamento no SICAF por 5 (cinco) anos. Também não está afastada a possibilidade de outras sanções administrativas que estejam previstas no edital, no contrato e em outras cominações legais (como a aplicação subsidiária da Lei 8.666, através das punições previstas no artigo 81 e seguintes).

Face este rol de penas, é necessária uma cuidadosa interpretação por parte do agente administrativo da falta cometida pelo licitante. Não é admissível à Administração extrapolar o princípio da proporcionalidade entre o ato faltoso e sua sanção. Somente se tolera imposições de penalidades para atuações reprováveis.

Portanto, face a um único artigo que dispõe integralmente das penas aplicáveis, misturando situações de maior gravidade com outras menos graves, cabe a autoridade o cuidado na hora de penalizar. É o caso por exemplo de uma propositada falsificação de documento, ato muito mais grave que uma singela não apresentação de documentos, que pode inclusive ser fruto de divergência de interpretação quanto a obrigatoriedade de sua exposição que nem seria passível de punição.

11. Conclusão

O pregão é sem dúvida um avanço no instituto das licitações. Vimos ao longo do trabalho que a principal intenção desta nova modalidade é dinamizar, agilizar e

desburocratizar o processo de aquisição de bens e serviços comuns pela Administração Pública. A idéia, extraída do semelhante e vencedor modelo de pregão adotado pelo regulamento da ANATEL, é passível de alguns ajustes, principalmente em relação ao âmbito de sua aplicabilidade, que está restrito a esfera Federal.

Todavia, em que pese o grande numero de medidas provisórias sendo mensalmente reeditadas, esperamos que os devidos ajustes ao procedimento do pregão serão procedidos pelo Poder Legislativo, ao apreciar a lei que definitivamente aprovar essa nova modalidade de licitação.

Bibliografia

- BITTENCOURT, Sidney. *Pregão passo a passo – Uma nova modalidade de licitação*, Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2000.
- CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, 2ª ed.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, 2ª ed.
- GASPARINI, Diogenes. *Pregão*, BLC – Boletim de Licitações e Contratos, Editora NDJ, julho/2000.
- JUSTEM FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 7ª ed., 2000.
- ROCHA DA NOBREGA, Airton. *Licitação na modalidade pregão*, artigo na Revista L&C, nº 23, Ed. Consulex, maio de 2000.
- TORRES PEREIRA JÚNIOR, Jessé. *Comentários à Nova Lei das Licitações Públicas*, Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- Jornal Gazeta Mercantil, de 15 de maio de 2000.
- Site Telecomonline (www.telecomonline.com.br)
- Medida Provisória 2026-6 de 26 de outubro de 2000
- Decreto 3.555, de 8 de agosto de 2000
- Resolução ANATEL nº 005/98