

Leitura obrigatória 1ª aula do Curso Online sobre PREGÃO PRESENCIAL

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS ESSENCIAIS SOBRE LICITAÇÃO, LEGISLAÇÃO E PREGÃO PRESENCIAL

1.1. LICITAÇÃO E LEGISLAÇÃO

Licitação é “o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato”¹.

Isso significa que, diferentemente dos particulares (que possuem ampla liberdade para adquirir bens e contratar serviços com quem quiserem, da forma que quiserem e do modo que julgarem conveniente), os órgãos ou entidades públicas possuem o dever de realizar este procedimento denominado “licitação” quando necessitarem adquirir bens ou contratar serviços uma vez que os recursos utilizados para tais aquisições/contratações são públicos – ou seja, dinheiro de todos nós.

A obrigatoriedade de realizar licitação está prevista na Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, inc. XXI. Referido dispositivo determina que:

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.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011,p.356.

Assim, com exceção dos casos de contratação direta sem licitação (a que se refere o dispositivo acima quando menciona “ressalvados os casos especificados na legislação”, quais sejam, as hipóteses de licitação dispensada – art. 17, incisos I e II da Lei 8.666/93 – licitação dispensável ou dispensa de licitação – art. 24 da Lei 8.666/93 – e licitação inexigível – art. 25 da Lei 8.666/93) a regra é sempre a realização de licitação pelo Poder Público.

1.2 O CONCEITO DE NORMAS GERAIS PARA FINS DE LICITAÇÃO

Antes de iniciarmos o tema relativo ao Pregão, é necessária uma breve introdução a respeito do funcionamento da legislação sobre licitações, para que o leitor possua subsídios e sensibilidade para saber quais legislações terão aplicabilidade em suas licitações e quais não possuem aplicação automática – podendo, inclusive, serem afastadas. Para isso é imprescindível abordarmos o conceito das chamadas normas gerais para fins de licitação.

A Lei 8.666/93, regulamentando o art. 37, inc. XXI da Constituição Federal de 1988, veiculou *normas gerais sobre licitações e contratos administrativos* para toda a Administração Pública. É isso o que dispõe o art. 1º do Estatuto das Licitações. Tal afirmação gera a obrigatoriedade de enfrentarmos duas questões fundamentais sobre o tema: analisarmos o significado conceitual de normas gerais para fins de licitação e verificar se a Lei 8.666/93 veicula apenas normas gerais ou, também, normas especiais.

Sobre a primeira questão, a Constituição Federal de 1988 definiu claramente em seu art. 22, inc. XXVII, a competência privativa da União para instituição de normas gerais sobre licitações e contratos administrativos. Marçal Justen Filho² ensina que a expressão “normas gerais” consiste em um conceito jurídico indeterminado, resultando de um lado, na existência de um núcleo de certeza positiva - onde pode-se afirmar com precisão quais as normas

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.15.

efetivamente qualificáveis como gerais na Lei 8.666/93 - e, de outro, uma zona cinzenta de dúvidas. Quanto ao núcleo de certeza positiva, afirma o autor que o conceito de normas gerais “compreende os princípios e as regras destinadas a assegurar um regime jurídico uniforme para as licitações e as contratações administrativas em todas as órbitas federativas”, com o fito de assegurar a padronização mínima na atuação de toda a Administração Pública e a efetividade do controle tanto pelos órgãos externos, quanto pela comunidade.

A Constituição Federal, em seu art. 22, inc. XXVII, é de clareza solar ao determinar que a competência da União é privativa quanto à instituição de **normas gerais** sobre licitações e contratos administrativos. Isso significa que a União possui competência **privativa** para instituir **normas gerais**, cuja observância será obrigatória para todos os entes federativos, ou seja, toda a Administração Pública; significa, também, que tanto a União, quanto os Estados e Municípios, possuem competência para instituir normas específicas, com aplicabilidade restrita ao âmbito federativo de cada ente, desde que respeitem os delineamentos das normas gerais veiculadas pela União.

Nessa esteira, Marçal Justen Filho afirma que a CF/88 não atribuiu à União a competência privativa para legislar sobre licitações como um todo, mas apenas sobre *normas gerais* de licitações, concluindo que:

Logo, apenas as “normas gerais” são de obrigatória observância para as demais esferas de governo, que ficam liberadas para regular diversamente o restante, exercendo competência legislativa irreduzível para dispor acerca das normas específicas.³

Delimitado o conceito de normas gerais, cumpre analisar se a Lei 8.666/93 veicula efetivamente, em todo seu texto normativo, somente normas gerais sobre licitações – aplicáveis a todos os entes federativos, ou seja, com aplicabilidade de caráter nacional - ou, também, normas especiais – com aplicabilidade tão somente à esfera federal.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 16-17.

Com a finalidade de trazer interpretação sobre quais normas são efetivamente gerais e cogentes à toda Administração Pública e quais são especiais e incidentes apenas sobre a Administração federal, Jessé Torres Pereira Junior⁴ comenta artigo por artigo da Lei 8.666/93, informando quais possuem caráter geral e não-geral, afirmando que as normas gerais representam aproximadamente 80% do conjunto constante do Estatuto. Quanto aos 20% restantes, normas de caráter especiais, podem ser afastadas pela legislação estadual, municipal e distrital.

Salientamos, assim, que as normas existentes na Lei 8.666/93, de caráter não-geral – isto é, normas especiais – não deverão, por tal motivo, ser consideradas inválidas, mas somente ter seu âmbito de aplicabilidade limitado à esfera federal.^{5 6}

Desta forma, sempre que fizermos menção a legislações como sendo “normas gerais”, significa que possuem caráter nacional (isto é, são obrigatoriamente aplicáveis a todas as esferas federativas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Exemplos de normas gerais para fins de licitação,

⁴ JUNIOR, Jessé Torres Pereira. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.17.

⁵ Nesse sentido, ensina Marçal Justen, que negar condição de norma geral a um dispositivo da Lei 8.666 não equivale a negar-lhe sua constitucionalidade, mas apenas que o dispositivo será considerado uma disposição específica no âmbito da União, estando liberados os demais entes federativos para disciplinas com autonomia a mesma matéria. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 19.

⁶ Sobre este tema, interessante trazer a tona o julgamento da ADIn 3.670-0 Distrito Federal, em 02 de abril de 2007, Ministro Relator Sepúlveda Pertence reconhecendo, por unanimidade de votos, a inconstitucionalidade da Lei Distrital nº 3.705, de 21 de novembro de 2005, que proibiu a contratação pela Administração Pública direta e indireta do Distrito Federal de pessoas jurídicas de direito privado que, comprovadamente, discriminem na contratação de empregados, pessoas que estejam com o nome incluído nos serviços de proteção ao crédito, por invasão de competência privativa da União pelo DF. Referida Lei Distrital estabeleceu, em seu art. 1º: “Ficam proibidas de firmar contrato com a administração pública direta, indireta e autárquica as pessoas jurídicas de direito privado que comprovadamente discriminarem na contratação de mão-de-obra pessoas que estejam com o nome incluído nos serviços de proteção ao crédito, ressalvados os casos de falta contumaz de pagamentos de dívidas legalmente exigíveis”.

Neste caso, o voto do relator julgou a inconstitucionalidade da Lei distrital tanto do ponto de vista formal (por invasão, pelo Distrito Federal, de matéria de competência legislativa privativa da União no que tange às normas gerais de licitações e contratos administrativos), como do ponto de vista material (pela criação de critério de diferenciação violador do princípio da igualdade, uma vez que o texto constitucional apenas permite critérios de diferenciação necessários à garantia da execução contratual).

de aplicabilidade nacional, são as seguintes: Lei 8.666/93, Lei 10.520/2002, Lei Complementar 123/2006.

Inversamente, quando indicarmos normas específicas da esfera federal, tais normas, a princípio, possuem aplicabilidade apenas na esfera Federal, não sendo automaticamente estendida para Estados e Municípios. Exemplos de Decretos Federais, com aplicabilidade na esfera federal (União): Decreto Federal 3.555 de 08 de agosto de 2000 (Pregão Presencial), Decreto Federal 5.450 de 31 de maio de 2005 (Pregão Eletrônico), Decreto Federal 7.892 de 23 de janeiro de 2013 (Sistema de Registro de Preços). Nestes casos, cada Estado ou Município poderá instituir normas próprias (podendo, ou não, acatar integralmente as normas federais), desde que não contrariem as normas gerais existentes sobre aquela matéria.

1.3 SURGIMENTO DO PREGÃO E LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Quando da efetivação do procedimento de licitação, a legislação estabelece a utilização das chamadas “modalidades de licitação”. A modalidade de licitação traz a formatação daquela licitação, que implicará no seguimento de prazos, divulgação etc de acordo com a modalidade adotada. A Lei 8.666/93 prevê as seguintes modalidades: Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Leilão e Concurso.

A **concorrência** é modalidade mais ampla, prevista para contratações de valores mais elevados, sendo aquela realizada entre quaisquer interessados que comprovem possuir os requisitos mínimos exigidos no edital para a execução do objeto (art. 22, § 1º, Lei 8.666/93).

Tomada de Preços é modalidade aberta aos interessados já cadastrados ou, aos não cadastrados que atendam às condições necessárias de cadastramento até três dias corridos anteriores à data marcada para o recebimento das propostas (art. 22, § 2º, Lei 8.666/93).

O **Convite** será realizado entre sujeitos convidados pela Administração, estejam cadastrados ou não e; sujeitos que já estejam cadastrados e, apesar de não terem sido convidados, manifestem a intenção de participar do certame até 24 horas antes da sessão. (art. 22, §3º, Lei 8.666/93).

Conforme entendimento do saudoso Diógenes Gasparini, aqueles que **não foram convidados** e que **não estejam cadastrados, não poderão participar do convite**, mesmo que manifestem a intenção no prazo de 24 horas que antecedem a entrega das propostas (GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, p. 507).

A modalidade **leilão** tem utilização para venda de bens móveis ou alienação de bens imóveis da Administração (art. 22, §5º, Lei 8.666/93) e o **concurso** para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores (art. 22, §4º, Lei 8.666/93).

Dentre as modalidades Concorrência, Tomada de preços e Convite, o critério que determina qual a modalidade deverá ser adotada pelo agente público em determinada licitação é o **valor do objeto a ser contratado**, de acordo com os valores-limites estabelecidos no art. 23 da Lei 8.666/93:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

- a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);
- b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
- c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

- a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);
- c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Além das modalidades acima expostas, em julho de 1997 surgiu, inicialmente na ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), a modalidade Pregão, pela Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9.472 de 16.7.1997, que autorizava a adoção do pregão para aquisição de bens e serviços comuns (Arts. 54 a 57) apenas na ANATEL. Após, o pregão foi estendido a todas as agências reguladoras, pela Lei Federal nº 9.986 de 18 de julho de 2000 (Art. 37).

Posteriormente, foi editada a Medida Provisória 2.026, em 4 de maio de 2000, instituindo o pregão apenas no âmbito da União. Esta MP foi reeditada por 18 (dezoito) vezes e renumerada, até ser convertida na Lei 10.520 de 17 de julho de 2002 – Lei do Pregão, com aplicabilidade à União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

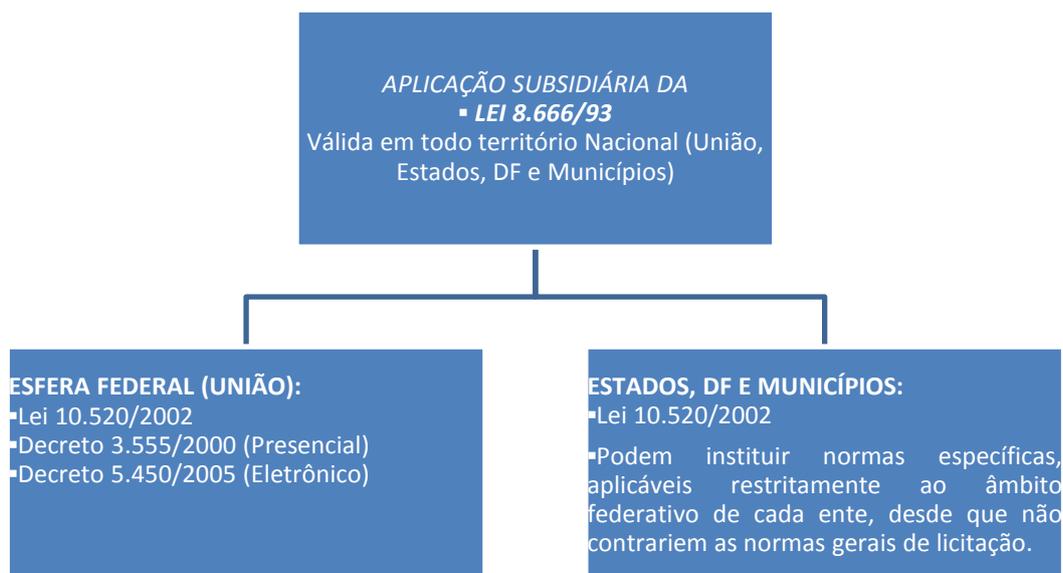
Entretanto, antes do advento da Lei 10.520/2002, surgiu o Decreto Federal 3.555 de 08 de agosto de 2000, regulamentando o Pregão Presencial, com aplicabilidade restrita à esfera federal (União). No que tange ao Pregão Eletrônico, ainda na esfera federal, foi instituído o Decreto Federal nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000, posteriormente revogado pelo atual Decreto Federal nº 5.450, de 31 de maio de 2005.

Na atualidade, portanto, a legislação do pregão pode ser esquematizada da seguinte forma:

LEGISLAÇÃO PREGÃO:

▪LEI 10.520/2002

Válida em todo território Nacional
(União, Estados, DF e Municípios)



O Decreto 3.555/00 foi editado quando vigente as medidas provisórias que instituíram a modalidade pregão, sendo anterior, portanto, à Lei 10.520/02. Dessa forma, nas contradições existentes entre estes dois diplomas, deverá prevalecer a Lei 10.520/02.

Apesar de os Decretos Federais nº 3.555/2000 (Pregão Presencial) e 5.450/2005 (Pregão Eletrônico) não terem aplicação automática aos Estados, Distrito Federal e Municípios, estes poderão baixar normas próprias nas respectivas esferas podendo, inclusive, adotar em regulamento próprio, o da União. Reitere-se, assim, que Estados, Distrito Federal e Municípios poderão editar suas próprias regras, respeitando os delineamentos da Lei 10.520/2002 (normas gerais).

Conforme a melhor doutrina⁷, como a Lei 10.520/02 é autoaplicável, Estados, Distrito Federal e Municípios podem por em prática o pregão presencial sem necessidade de instituírem regulamentação própria. Entretanto, o mesmo não ocorre com o pregão eletrônico, uma vez que a Lei 10.520/02 não

⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 6.ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011, p. 31. No mesmo sentido JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 23.

o disciplinou efetivamente, remetendo ao regulamento fazê-lo⁸. Assim, o pregão eletrônico só pode ser adotado nos Estados, DF e Municípios se existente decreto próprio destes entes federativos.

Acórdão 665/2008 Segunda Câmara (Voto do Ministro Relator) – TCU: Pelo que se depreende do arrazoado da representante, a empresa entende que ‘pregão presencial’ e ‘pregão eletrônico’ seriam modalidades de licitação distintas, disciplinadas também por normas distintas, respectivamente, a Lei no 10.520/2002 e o Decreto no 5.450/2005. Dai, seu inconformismo pelo fato de ter sido desclassificada no pregão eletrônico com base em regra contida na Lei nº 10.520/2002.

O parecer da empresa, contudo, não é correto. Na verdade, o pregão se constitui em única modalidade de licitação, que pode ser realizada nas formas presencial ou eletrônica. Assim, todo e qualquer pregão deve observar a lei geral aplicável a espécie, a Lei nº 10.520/2002. Quando realizado na forma eletrônica, o pregão submete-se também ao Decreto nº 5.450/2005, norma de hierarquia inferior a da citada lei e que, por conseguinte, regulamenta apenas as especificidades inerentes a essa forma de pregão. Esse entendimento advém do disposto nos arts. 1º e 2º, § 1º, da Lei no 10.520/2002 e no art. 1º do Decreto no 5.450/2005.

Por fim, importante notar que a Lei 8.666/93 é aplicável subsidiariamente ao pregão⁹. Isso significa que:

1) A licitação na modalidade pregão, ao receber tratamento normativo próprio, será regida pela Lei 10.520/2002, de modo que havendo contrariedade entre as normas da Lei 10.520/2002 e da Lei 8.666/93, valerá a primeira (princípio da especialização), restando excluída a segunda;

2) Por outro lado, em caso de omissões ou lacunas da Lei 10.520/02 (ou seja, matérias nas quais a Lei do Pregão não tratou ou tratou insuficientemente), será aplicável a Lei 8.666/93. É, por exemplo, o que ocorre após a assinatura do contrato administrativo decorrente de licitação na modalidade pregão: a Lei do Pregão 10.520/02, não trata da matéria do contrato administrativo após sua assinatura, ocasião na qual o fato passará a ser

⁸ Lei 10.520, art. 2º, §1º: “poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica”.

⁹ É o que dispõe o art. 9º, da Lei 10.520/2002: *Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#).*

regido pela Lei 8.666/93 que traz o regramento geral sobre os contratos administrativos.

1.4 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PREGÃO

A licitação possui diversos princípios informativos, de observância obrigatória, também aplicáveis à modalidade pregão. Serão indicados os de maior relevância para o presente trabalho.

De acordo com Carlos Ari Sundfeld¹⁰, os princípios são normas de hierarquia superior à das meras regras, sendo que determinam a interpretação adequada destas e colmatação de suas lacunas (ou seja, através dos princípios pode-se resolver problemas não previstos na legislação). As regras jurídicas devem ser interpretadas e aplicadas à luz dos princípios norteadores. Assim, em uma situação que possibilite a tomada de diversas soluções, deve-se escolher a que melhor atenda aos ditames dos princípios.

O art. 3º da Lei nº 8.666/93, prevê a observância dos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e demais correlatos. Além disso, o art. 37 da Constituição Federal traz o princípio da eficiência (acrescentado pela EC nº 19/1998).

O **Princípio da Isonomia ou Igualdade** consiste na ideia de que todos devem receber tratamento paritário, em situações uniformes, não sendo admitidos privilégios ou discriminações arbitrárias. Assim, é importante salientar desde já, conforme ensinamentos de Marçal Justen Filho¹¹, que a discriminação não é repelida, uma vez que para que a Administração possa escolher o contratante e a proposta, há necessidade de diferenciação entre os

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 19.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 67.

contratantes. O que se proíbe é a discriminação arbitrária, ou seja, a sem justificativa, produzida por preferências subjetivas do administrador.

De acordo com lições de Celso Antônio Bandeira de Mello¹², o princípio da igualdade, além de consistir na obrigação de tratar isonomicamente todos os licitantes, também significa ensejar a qualquer interessado que atender às condições indispensáveis de garantia, a oportunidade de disputar o certame, daí decorrendo a ideia de proibição do instrumento convocatório conter cláusulas que frustrem ou restrinjam o caráter competitivo da licitação.

O **Princípio da Legalidade** vincula o administrador a fazer apenas o que a lei autoriza, sendo que, na licitação, o procedimento deverá desenvolver-se não apenas com observância estrita às legislações a ele aplicáveis, mas também ao regulamento, caderno de obrigações e ao próprio edital ou convite, segundo Hely Lopes Meirelles¹³. Ainda, considerando o disposto no art. 4º da Lei 8.666/93, todos quantos participem da licitação, têm direito subjetivo à fiel observância do procedimento estabelecido na lei, sendo que o licitante que se sentir lesado, poderá impugnar administrativa ou judicialmente o procedimento. Até mesmo o próprio cidadão poderá assim fazê-lo, através da participação popular no controle da legalidade do procedimento, consoante Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴.

O **Princípio da Impessoalidade**, nas palavras de Diógenes Gasparini, estabelece que “a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigida aos cidadãos em geral, sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza”¹⁵.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 500-501.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 272.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 315-316.

¹⁵ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 9.

José Afonso da Silva fornece outro significado a este princípio, referindo-se à impessoalidade quanto ao agente público em sua atuação administrativa. Para ele, “o princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário”.¹⁶ Como exemplo deste segundo sentido, pode-se citar que os atos praticados por determinado funcionário, que foi irregularmente investido no cargo ou função, são considerados válidos, visto que são tidos como atos do órgão/entidade, e não do funcionário/agente público.

O **Princípio da Moralidade** significa que a Administração Pública, além de obedecer à Lei, deve respeitar a moral, adotar condutas honestas. Além disso, lecionou Diógenes Gasparini, que o Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁷ trouxe a ideia de que a moralidade administrativa e o interesse coletivo são indispensáveis para a integração da legalidade do ato administrativo.

Tal princípio, para Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁸, está reiterado na referência ao princípio da probidade administrativa, sendo que o procedimento licitatório deverá desenvolver-se pautado em padrões éticos, onde Administração e licitantes devem apresentar um comportamento honesto.

Exceto quanto aos atos que foram declarados sigilosos, o **Princípio da Publicidade** obriga a divulgação dos instrumentos celebrados pela Administração Pública, tornando transparente suas condutas e possibilitando o conhecimento de todos os interessados, permitindo a fiscalização, bem como iniciando o efeito dos prazos. Pelos ensinamentos de Carlos Ari Sundfeld¹⁹, a

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 667.

¹⁷ RDA, 89/134 *apud* GASPARINI, 2005, p.10.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 501-502.

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 21.

publicidade, na licitação, é essencial “na abertura do certame, para dar conhecimento dele aos possíveis interessados; no descerramento dos envelopes, para permitir o controle; quanto aos vários atos, para propiciar recursos e impugnações; etc.”.

Pelo **Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório**, Administração e licitantes vinculam-se ao estabelecido no edital ou carta-convite. Como afirmava Hely Lopes Meirelles²⁰ e demais doutrinadores, “o edital é a lei interna da licitação”.

O **Princípio do Julgamento Objetivo** obriga a Administração a efetuar o julgamento das propostas com base nos critérios já definidos no instrumento convocatório. Esse princípio nada mais é do que uma forma de afastar o subjetivismo do julgador no momento do julgamento.

O **Princípio da Eficiência** é o princípio mais moderno incidente na Administração Pública, trazido pela EC 19/98. Consiste no dever da Administração realizar a função administrativa com rapidez (não sendo justificável a inércia do Poder Público quando este deveria agir, podendo a Administração, inclusive, responder civilmente por sua inércia), perfeição (no sentido de evitar repetições e, conseqüentemente, reclamações por parte dos administrados) e rendimento (tratando-se, este último, da relação custo-benefício)²¹.

O **Princípio da Celeridade**, aplicável exclusivamente ao pregão, implica que a modalidade pregão é a mais célere de todas as modalidades existentes, ou seja, a licitação que adota o pregão é muito mais rápida que as licitações processadas por modalidades convencionais, em virtude de características exclusivas do pregão (como fase recursal unificada,

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 273.

²¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21.

inversão de fases de julgamento de propostas e habilitação), economizando semanas de trabalho dos administradores públicos.

1.5 O QUE É O PREGÃO E SUAS CARACTERÍSTICAS

Consoante Marçal Justen Filho:

Pregão é uma modalidade de licitação de tipo menor preço, destinada à seleção da proposta mais vantajosa de contratação de bem ou serviço comum, caracterizada pela existência de uma fase competitiva inicial, em que os licitantes dispõem do ônus de formular propostas sucessivas, e de uma fase posterior de verificação dos requisitos de habilitação e de satisfatoriedade das ofertas.²²

O pregão realiza-se por duas formas distintas: Presencial ou Eletrônica. O pregão presencial desenvolve-se conforme as licitações tradicionais, em sessão pública na repartição, que pressupõe a presença física do pregoeiro, equipe de apoio, licitantes (ressalvado os casos nos quais o edital permita a participação pelo encaminhamento postal dos envelopes, situação na qual, como veremos adiante, o licitante abre mão de seu direito de interpor recursos ou dar lances orais) e interessados. O pregão eletrônico é realizado por meio de internet, sendo a sessão virtual.

Vejamos, a seguir, as principais características do pregão face às demais modalidades:

I) UTILIZAÇÃO RESTRITA A OBJETOS COMUNS

O Pregão é modalidade de licitação a ser adotada quando o objeto licitado consistir em bem ou serviço comum. Para objetos não comuns, não poderá ser adotado o pregão.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 9.

É por esse motivo que o tipo de licitação adotado juntamente com o pregão é o de menor preço. Significa afirmar desde já que, licitação processada na modalidade pregão, nunca poderá ser realizada pelos tipos de licitação melhor técnica ou técnica e preço.

II) POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DO VALOR DA PROPOSTA

Enquanto nas modalidades tradicionais (concorrência, tomada de preços e convite) os licitantes possuem apenas uma oportunidade de ofertar seus preços, através da proposta escrita, na licitação mediante pregão existe a possibilidade dos licitantes diminuírem o valor inicialmente previsto em suas propostas, através de lances orais ou virtuais. Além desta disputa que ocorre na fase de lances, há uma fase de negociação, na qual o pregoeiro negocia diretamente com o vencedor provisório do certame, na tentativa de obter melhores preços para a Administração. Assim, o pregão conta com redução significativa dos valores inicialmente propostos pelos licitantes, trazendo verdadeira economia aos cofres públicos.

III) INVERSÃO DE FASES

Nas modalidades clássicas de licitação da Lei 8.666/93 (Concorrência, Tomada de Preços e Convite), via de regra, primeiro é feita a habilitação de todos os proponentes (isto é, são abertos os envelopes contendo a documentação de todos os licitantes, sendo analisados os aspectos jurídico, fiscal, técnico e econômico-financeiro de cada um à luz dos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/93) sendo que só continuam no certame aqueles devidamente habilitados. A análise das propostas dos proponentes somente será feita após a fase de habilitação e após decorrida a fase recursal referente à habilitação. Assim, a Administração é obrigada a verificar a documentação de todos os proponentes mesmo sabendo que, apenas um deles, será o vencedor do certame.

Diferentemente, no pregão, visando a celeridade do procedimento, invertem-se as fases: primeiramente é aberta e concluída a fase de classificação e julgamento das propostas, seguida da fase de lances para, somente ao final, realizar-se a fase de habilitação e apenas do primeiro classificado no certame (isto é, o vencedor provisório). Portanto, a verificação da documentação será feita tão somente do vencedor provisório do certame e, apenas no caso deste ser inabilitado, a Administração procederá à análise da documentação do segundo colocado (e, assim, sucessivamente, se necessário). Tem-se, portanto, verdadeira economia de tempo, uma vez que não será necessário efetivar a análise documental de todos os proponentes como ocorre na concorrência.²³

IV) FASE RECURSAL UNIFICADA

Segundo o art. 109²⁴ da Lei 8.666/93, é cabível recurso administrativo em face da habilitação ou inabilitação do licitante e do julgamento das propostas. Portanto, nas licitações processadas nas modalidades clássicas (Concorrência, Tomada de Preços e Convite), a fase recursal ocorrerá em dois momentos distintos: após a habilitação e após o julgamento das propostas.

Diferentemente, no pregão, a fase recursal é unificada: ocorre ao final da sessão, após a declaração do vencedor, gerando celeridade ao certame.

²³ Para Marçal Justen Filho, como consequência da inversão das fases da licitação, o conhecimento do valor ofertado pelos licitantes contamina a isenção dos julgadores para avaliar o preenchimento dos requisitos de habilitação, tornando a Administração mais tolerante com a infração a requisitos de habilitação. Segundo o autor, a “opinião pública não compreende a rejeição de propostas com números aparentemente vantajosos”, devendo ser adotada a modalidade apenas nos casos de objetos suficientemente simples que possam ser executado por qualquer sujeito que se encontre no mercado, uma vez que tal procedimento não comporta pesquisas mais aprofundadas sobre os requisitos de habilitação técnica (JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 12 e 19).

²⁴ **Art. 109.** Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

b) julgamento das propostas;

c) anulação ou revogação da licitação;

d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;

e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa.

V) SEM LIMITAÇÃO DE VALOR

O critério de adoção das modalidades Concorrência, Tomada de preços e Convite é quantitativo, ou seja, o **valor do objeto a ser contratado**, de acordo com os valores-limites estabelecidos no art. 23 da Lei 8.666/93.

O pregão, por outro lado, não possui limitação de valores para sua adoção, estando restrito tão-somente ao critério qualitativo do objeto, qual seja, a natureza comum do bem ou serviço.

Assim, fica claro que o pregão surgiu como forma de desburocratizar o procedimento licitatório, visando a celeridade nas contratações e trazendo consigo uma série de vantagens e benefícios às contratações públicas.

1.5 OBRIGATORIEDADE DO PREGÃO

Com o advento do Decreto Federal nº 5.450/2005, o pregão tornou-se modalidade de adoção obrigatória no âmbito da União, para os entes da Administração Federal Direta e Indireta e demais órgãos controlados direta ou indiretamente pela União, quando o objeto for considerado comum, sendo possível a não-adoção do pregão eletrônico apenas mediante justificativa e, se assim ocorrer, devidamente justificada a inviabilidade da utilização do pregão eletrônico, deverá o órgão partir para a realização do Pregão Presencial. Esta é a ordem.²⁵

Acórdão 604/2009 – Plenário - TCU: Utilize, como regra, a modalidade pregão, em sua forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, empregando o pregão presencial exclusivamente quando inquestionável a excepcionalidade prevista no art. 4º, § 1º, do Decreto nº 5.450/2005, devidamente justificada no procedimento licitatório.

²⁵ No mesmo sentido: SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão presencial e eletrônico**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.72; CORDEIRO, Valéria. **Formação e capacitação de pregoeiros**. 1. Ed. Curitiba: Negócios Públicos, 2008, p.128.

Acórdão 4067/2009 - 2ª Câmara - TCU: Faça constar dos processos administrativos a descrição dos fatos que comprovem a inviabilidade da realização do pregão na forma eletrônica, evitando a opção pelo pregão presencial de forma discricionária, nos termos do § 1º do art. 4º do Decreto nº 5.450/2005.

Acórdão 1700/2007 – Plenário, TCU: O uso da modalidade pregão obrigatoriamente na forma eletrônica, salvo se houver comprovada e justificada inviabilidade, não confundível com opção discricionária, de conformidade com o § 1º do art. 4º do Decreto nº 5.450/2005.

Acórdão 2340/2009 Plenário – TCU: Adote a forma eletrônica nos pregoes, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada nos autos pela autoridade competente, observando o disposto no item 9.2.1 do Acórdão 2471/2008 Plenário.

Acórdão 137/2010 Primeira Câmara (Relação) – TCU: Utilize obrigatoriamente a modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica, quando se tratar de serviços comuns, definidos como aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado, em conformidade com o art. 1o, paragrafo único, da Lei no 10.520/2002, e com o item 9.2.1 do Acórdão no 2471/2008, todos do Plenário.

Vê-se, portanto, que a não-adoção do pregão deverá ser devidamente justificada e motivada.

A obrigatoriedade do pregão estendeu-se, com o Decreto Federal nº 5.504 de 5 de agosto de 2005, a todos aqueles que realizarem aquisições/contratações utilizando recursos voluntariamente repassados pela União, abrangendo, inclusive, entes privados que tenham recebido recursos da União através de transferência voluntária. Em 2007, houve a flexibilização²⁶ da obrigatoriedade do pregão eletrônico para as entidades privadas sem fins lucrativos, com o surgimento do Decreto Federal nº 6.170/2007, que determinou:

²⁶ Nesse sentido: “As entidades privadas, para o dispêndio de recursos transferidos pela União, por força de texto regulamentar, não mais se submeteram à obrigatoriedade do pregão eletrônico, mas à simples cotação de preços”. MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Os efeitos das regulamentações complementares na condução dos pregões**. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n.101, maio 2010. Disponível em <www.editoraforum.com.br>. Acesso em: 21 dez. 2011.

“(…) a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato”.

Acórdão 6707/2009 - Segunda Câmara – TCU:

Observe, quando da aquisição de bens e serviços comuns realizadas com recursos transferidos pela União, a obrigatoriedade do emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei nº 10.520/2002, e do regulamento previsto no Decreto no 5.450/2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, nos exatos termos do art. 1º, § 1º, do Decreto no 5.504/2005.

Ressaltamos que essa obrigatoriedade contida no art. 4º, caput e §1º do Decreto nº 5.450/05, não se estende automaticamente aos Estados, Distrito Federal e Municípios, por ser Decreto aplicável apenas à esfera federal e aos entes que recebam recursos repassados voluntariamente pela União, conforme visto acima. Entretanto, Estados e Municípios podem, ao baixar normas próprias, estabelecer essa mesma compulsoriedade quanto ao uso do Pregão, ou mesmo, estabelecer como parâmetro, as normas do Decreto Federal.²⁷

²⁷ No mesmo sentido, vide a respeito: FERRAZ, Luciano. **Pregão eletrônico**. In: GASPARINI, Diógenes (Coord.). **Pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.235.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORDEIRO, Valéria. **Formação e capacitação de pregoeiros**. 1. Ed. Curitiba: Negócios Públicos, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERRAZ, Luciano. **Pregão eletrônico**. In: GASPARINI, Diógenes (Coord.). **Pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

JUNIOR, Jessé Torres Pereira. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Os efeitos das regulamentações complementares na condução dos pregões**. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n.101, maio 2010. Disponível em <www.editoraforum.com.br>. Acesso em: 21 dez. 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 6.ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011.

SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão presencial e eletrônico**. 3 .ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.