

Leitura obrigatória 1ª aula do Curso Online sobre PREGÃO ELETRÔNICO

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

1. CONCEITO E FINALIDADE DA LICITAÇÃO

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.

O procedimento licitatório possui como finalidade a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração Pública, assegurando igual oportunidade a todos os interessados em com ela contratar (ou seja, a observância do princípio da isonomia) e o desenvolvimento nacional. Conforme leciona Marçal Justen Filho, a vantagem que a Administração busca consiste na maior qualidade da prestação, conjugada com o maior benefício econômico, ou seja, a presença tanto de aspectos de qualidade, quanto de onerosidade. Nas palavras do doutrinador:

A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.²

2. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PREGÃO ELETRÔNICO

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

De acordo com Carlos Ari Sundfeld³, os princípios são normas de hierarquia superior à das meras regras, sendo que determinam a interpretação

² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 63.

³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 19.

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 Filho⁴, 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 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 Mello⁵, 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.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 67.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 500-501.

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 Meirelles⁶. 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 Pietro⁷.

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”⁸.

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”.⁹ 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

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 272.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 315-316.

⁸ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 9.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 667.

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, mencionou Diógenes Gasparini, que o Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁰ 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 Mello¹¹, 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 Sunfeld¹², a 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 Meirelles¹³ e demais doutrinadores, “o edital é a lei interna da licitação”.

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

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 501-502.

¹² SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 21.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 273.

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)¹⁴.

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

3. O CONCEITO DE 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

¹⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21.

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 Filho¹⁵ ensina que a expressão “normais 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 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:

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

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 irredutível para dispor acerca das normas específicas.¹⁶

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.

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 Junior¹⁷ 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.^{18 19}

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

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

¹⁸ 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.

¹⁹ 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

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, 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.

4. MODALIDADES DE LICITAÇÃO

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

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).

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.

O pregão não adota o critério quantitativo para sua utilização, uma vez que o pregão será utilizado independentemente do valor do objeto a ser contratado. Porém, o pregão é regido pelo critério qualitativo, isto é, só poderá ser adotado quando o bem ou serviço for efetivamente comum.