

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC – SP**

**Patrícia de Mello Barboza**

**Pregão: procedimento à luz da Lei n. 10.520/02**

**MESTRADO EM DIREITO**

São Paulo  
2010

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**PUC – SP**

**Patrícia de Mello Barboza**

**Pregão: procedimento à luz da Lei n. 10.520/02**

**MESTRADO EM DIREITO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado – Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Doutor Márcio Cammarosano

São Paulo

2010

**Banca Examinadora**

---

---

---

À Odette, Edmo, Rebeca e Caio.  
De onde vim, com quem parei, por que fiquei.

## AGRADECIMENTOS

Ao Dr. Celso Antonio Bandeira de Mello, por iluminar nossos caminhos.

Ao Dr. Márcio Cammarosano, queridíssimo mestre e paciente orientador, cuja excepcional sabedoria, invejável eloquência, e contagiante alegria de viver continuam a nos encantar e a servir de constante estímulo ao nosso eterno aprendizado.

Ao Dr. Clóvis Beznos, pelo constante incentivo e inestimável carinho.

Ao E. Conselheiro Dr. Cláudio Ferraz de Alvarenga, por quem nutrimos a mais desajuizada idolatria, pela honrosa oportunidade de nos deixar testemunhar, na lide diária, o domínio, com admirável sabedoria e insuperável dedicação, da difícil arte de bem ouvir, bem ensinar e bem decidir.

À querida Dinorá Adelaide Musetti Grotti, por toda a atenção que nos tem dispensado, pela preciosa amizade e insuperável disposição de exercer, com extrema devoção, o ofício de ensinar.

Ao adorável e dileto amigo, incansável defensor e incentivador de todas as horas, João Eduardo Miguel, “*avec admiration*”!

À Vera Monteiro, fonte permanente de inspiração, por todo o carinho.

Aos queridos amigos Carolina Zancaner Zockun (Maravilhosa!) e Maurício Zockun, pela generosidade com que sempre nos acolheram e encorajaram.

Aos estimados amigos Luis Paulo Aliende, Renata Fiori, Mariana Mencio, Flávia Cammarosano, Eliane Barros, Karina Harb, Angélica Petian, Raquel Pires, Taiane, Inês Prado e Renata Porto por todo o carinho e incessante apoio.

Ao Dr. Auro A. Caliman pela inestimável colaboração em relação à compilação de doutrina e jurisprudência.

Ao José Eduardo de Mello Barboza, pelos ensinamentos, paciência e inesgotável disposição de discutir o Direito; às queridas amigas Cylene Garcia, “*grilo falante predileto*” por quem nutrimos grande apreço e gratidão, e Rosmari Ferraiolo, pelo companheirismo e dedicação, em nome de quem agradecemos a todos os colegas pregoeiros.

Aos meus pais, Odette e Barboza, pelo insuperável apoio e amor incondicional.

Ao meu querido marido Edmo Alves Menini, inseparável e eterno companheiro de todos os destinos, sem o apoio (incondicional!!) de quem nada disto seria possível.

Aos nossos adorados filhos Rebeca e Caio, razão pela qual continuamos a nos empenhar para que sempre haja um novo amanhã.

## Resumo

BARBOZA, Patrícia de Mello. Pregão: procedimento à luz da Lei n. 10.520/02. 2010. 130 f. Dissertação – Pontifícia Universidade Católica (PUC). São Paulo: 2010.

Esta dissertação analisa o pregão, modalidade de licitação introduzida no ordenamento jurídico pela Lei n. 10.520/02, no que diz respeito especificamente ao seu rito diferenciado, abordando, primeiro, as características que lhe traçam o figurino, para depois examinar cada qual das fases que o compõem, dando-se destaque a certos aspectos que se julgou de maior relevância, a exemplo do momento do recebimento e da análise de amostra.

Palavras-chave: Pregão. Licitação. Modalidade. Procedimento. Fases.

## Abstract

BARBOZA, Patrícia de Mello. Pregão: procedimento à luz da Lei n. 10.520/02. 2010. 130 f. Thesis. Pontifícia Universidade Católica (PUC). São Paulo: 2010.

This thesis analyzes the bidding method, introduced in the legal system by Law No. 10.520/02, with regard specifically to a differential procedure addressing, first, to the characteristics that draw its lines and then examine each of the phases that compose it, by giving prominence to certain aspects that are deemed most relevant.

Key-words: Bidding. Bidding procedures. Procurement methods. Pregao

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b>	1
<b>Capítulo 1 – Licitação</b>	3
1.1 – Natureza jurídica	3
1.2 – Princípios	11
1.3 – Modalidades	16
<b>Capítulo 2 – Pregão</b>	26
2.1 – Considerações gerais	26
2.2 – Características	29
2.3 – Princípios	40
2.4 – Etapa interna	41
2.5 – Etapa externa	44
2.5.1 Convocação dos interessados	44
2.5.2 Credenciamento	46
2.5.3 Julgamento das propostas	50
2.5.3.1 Amostra	58
2.5.4 Fase de lances	70
2.5.4.1 A Lei Complementar n. 123/06	74
2.5.5 Negociação	75
2.5.6 Habilitação	77
2.5.7 Recurso	82
2.5.8 Adjudicação	88
2.5.9 Homologação	89
2.6 – Atos preparatórios do contrato	90
<b>Conclusão</b>	92
<b>Anexos</b>	98
Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002	100
Decreto n. 3.555, de 8 de agosto de 2000	104
Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005	111
<b>Referências bibliográficas</b>	120

## Introdução

O art. 37, XXI, da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, impôs ao administrador o dever de contratar mediante *processo de licitação pública*.

A “*procedimentalização*” da atividade administrativa, por meio da produção de atos concatenados visando, todos, a um resultado final, tem papel fundamental no Estado Democrático de Direito por conferir-lhes legalidade e legitimidade, impor a transparência e eficiência devidas, inibir comportamentos inidôneos, assegurar a igualdade e conferir mecanismo de controle das despesas públicas.

Dentre os mecanismos preordenados a tal finalidade, destaca-se o pregão, modalidade licitatória introduzida no ordenamento jurídico pela Lei n. 10.520/02, que se destaca, dentre outras características, pelo fato de contar com um *rito* diferenciado, com a perspectiva justamente de dar maior agilidade e eficiência às contratações públicas.

Idealizado, em um primeiro momento, para ser utilizado nas aquisições de bens e contratações de *serviços comuns*, ganhou *status* de “*carro-chefe*”, vaticinando os doutrinadores que sua aplicação excederá as mais otimistas expectativas, razão pela qual se crê continuará desempenhando papel fundamental no cenário das contratações públicas.

Por isso que se resolveu dedicar atenção à modalidade do pregão, especificamente no que diz respeito ao seu *procedimento* diferenciado; é que a ânsia de sua aplicação, de forma generalizada, quer pelas suas propaladas vantagens, quer por força de imposição de decretos, tem trazido à baila questões que se reputa importante analisar, a exemplo do momento apropriado para que se proceda a eventual análise de amostras.

No Capítulo 1, ao se dar notícia acerca da obrigatoriedade —de extração constitucional— de se contratar por meio de um *processo de licitação pública*, resgata-se, de forma bastante sucinta, a origem e a importância de se ter reconhecido a existência de um *processo administrativo*, para, depois, diferenciá-lo do *procedimento administrativo*. Superada a questão da natureza jurídica da licitação, passam-se em revista os princípios de direito a ela aplicáveis, abordando-se, na sequência, os diferentes *ritos* previstos nas leis de regência.

No Capítulo 2 dedica-se, com maior detença, ao exame do pregão. Fazem-se voltar à memória observações sobre sua origem, características, aplicabilidade, princípios de direito aplicáveis, formas de realização (presencial e eletrônico), destacando-se, no mais, elementos peculiares em relação à sua fase interna; em seguida, se abordam, detidamente, as peculiaridades de cada qual das etapas que compõem a fase externa, delas extraindo certos aspectos que se julgam de maior relevância, dando-se, ainda, algum destaque a comportamentos que se supõem arredios às normas e princípios do Direito Administrativo, quiçá pela crença do administrador de que, entre o princípio da celeridade e o da igualdade, haja justificada hierarquia.

## Capítulo 1 – Licitação

### 1.1 – Natureza jurídica

A Administração, enquanto gestora dos interesses da sociedade, desenvolve inúmeras atividades podendo, para tanto, valer-se da colaboração de parceiros privados, cuja escolha decorre de um *processo*<sup>1</sup> de licitação pública, por força de extração constitucional:

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

*(...)*

*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. (gn)*

O processo, enquanto realidade jurídica autônoma, é tema recente no nosso ordenamento jurídico.

Egon Bockmann Moreira<sup>2</sup> recorda que até recentemente o foco do Direito Administrativo estava todo voltado ao ato administrativo, nem sequer se cogitando da existência de um “*processo administrativo*”. Falava-se, quando muito, em “*procedimento administrativo disciplinar*”, “*procedimento administrativo sancionador*”, ou “*procedimento administrativo fiscal*”, todos relacionados à atividade punitiva e tributária do Estado.

Ressalta o autor que por vezes se instalava um processo relacionado a litígios administrativos, especialmente no que diz respeito a pretensões dos servidores públicos em face da Administração, não sendo raras as situações em que o processo só se instalava após a própria decisão sancionadora; intimava-se o

<sup>1</sup> Segundo De Plácido e Silva, processo, do latim *processus*, de *procedere*, exprime ação de proceder ou de prosseguir, significando, na linguagem jurídica, “*a ordem ou a sequência das coisas, para que cada uma delas venha a seu devido tempo, dirigindo, assim, a evolução a ser seguida no procedimento, até que se cumpra sua finalidade*”. (*Vocabulário Jurídico*, 15ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense. 1998, p. 643).

<sup>2</sup> *O processo de licitação, a Lei 9784/99 e o processo administrativo*, Revista Diálogo Jurídico. Ano I – vol. I – n.º. 3 – junho de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil.

cidadão, na verdade, para sofrer os efeitos de determinado provimento ou a ele se opor por meio de “*defesa administrativa*”, que tinha mais caráter de pedido de reconsideração do que de “*ampla defesa*” propriamente dita. O processo, assim restrito às situações de “*litígio*” e “*acusação*”, acabou marginalizado, sendo reconhecido, quando muito, como um “*meio a serviço do ato*”.

Até que despontou a percepção de que os atos “*não nascem do nada, nem se esgotam em si e por si*”; o comportamento da Administração também decorre de uma série de atos interligados entre si, em uma sequência lógica “*em que o posterior exige o anterior e todos visam a um resultado final – que sempre deve ser atingido, como dever de ofício*”. A partir de então, segundo o autor, é que a atenção também se voltou para o modo e os meios através dos quais os provimentos administrativos são produzidos.

Para Carlos Ary Sundfeld<sup>3</sup>, o *processo* —modo de produção de atos desenvolvidos através de conduta sequencial lógica, visando ao alcance de um ato final— é o meio por que “*trás, para o plano concreto, as prescrições legais em abstrato*”. Nestes termos, considerando que a Administração só pode proceder em conformidade com a lei na busca da satisfação de interesses públicos, também se há de reconhecer a existência do *processo administrativo* no âmbito do exercício da função administrativa<sup>4</sup>.

Não se desconhece que alguns autores reservam o termo *processo* para o âmbito judicial, preferindo referir-se, na hipótese, a *procedimento administrativo*.

Mas, na esteira do entendimento de Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz<sup>5</sup> —para quem a expressão *processo administrativo* indica o “*conjunto maior*” e a palavra *procedimento* identifica o “*complexo dos atos que compõem o processo*”, ou seja, o *iter* que vai da instauração à decisão— também se crê que, tratando-se de institutos distintos, regidos por regimes jurídicos próprios, não há por que confundilos, ainda que se atribua a ambos a denominação *processo*.

---

<sup>3</sup> A importância do procedimento administrativo, RDP 84/65.

<sup>4</sup> “A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisíveis pelo Judiciário”. (Lúcia Valle Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 34).

<sup>5</sup> *Processo Administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37 e ss.

Valiosa é a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>6</sup> que, abstendo-se inicialmente de dar maior importância às divergências existentes acerca do *rótulo processo/procedimento administrativo*, aduz que o *fenômeno* em si refere-se a uma

sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo. Isto significa que para existir o procedimento ou processo cumpre que haja uma sequência de atos conectados entre si, isto é, armados em uma ordenada sucessão visando a um ato derradeiro, em vista do qual se compõe esta cadeia, sem prejuízo, entretanto, de que cada um dos atos integrados neste todo conserve sua identidade funcional própria, que autoriza a neles reconhecer o que os autores qualificam como 'autonomia relativa'. Por conseguinte, cada ato cumpre uma função especificamente sua, em despeito de que todos participam do rumo tendencial que os encadeia: destinarem-se a compor o desenlace, em um ato final, pois estão ordenados a propiciar uma expressão decisiva a respeito de dado assunto, em torno do qual todos se polarizam.

Arremata referido autor que esta sucessão de atos tendentes a uma finalidade é, em verdade, um *processo*, que não se confunde com *procedimentos*, "*formas específicas de realizá-lo*", "*modalidade ritual de cada processo*". Considerando, no entanto, que em favor do *procedimento administrativo* milita a tradição e, do *processo administrativo*, advoga recente terminologia legal (Lei n. 9.784/99), opta por usá-las indiferentemente.

Também para Marçal Justen Filho<sup>7</sup>:

em vez de discutir a existência ou não de 'processo', deve reputar-se que a utilização de expressões lapidadas pelo direito processual (como 'procedimento' e 'processo') retrata a consagração de princípios correspondentes. No caso, isso reflete a submissão da atividade licitatória a uma ordenação que reduz a discricionariedade e assegura a racionalidade da decisão final. Sempre que houver risco de sacrifício de direitos individuais, será obrigatória a observância do '*princípio do devido processo legal*'. Isso significa respeito especialmente ao contraditório e à ampla defesa.

Deveras. Segundo recorda Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>8</sup>, o princípio de que a Administração "*subordina-se às regras que venha a editar segundo os procedimentos traçados pela legalidade constitucional é a consequência mais exuberante do Estado de Direito, calcado no primado da lei*".

<sup>6</sup> *Curso de Direito Administrativo*, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, pp. 487-488.

<sup>7</sup> *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 13ª ed., 2009, p. 500.

<sup>8</sup> *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, p. 336.

Não se vislumbram, pois, maiores dúvidas a respeito do tema, de maneira que se acolhe, confortavelmente, lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>9</sup> de que *processo e procedimento*, de fato, não se confundem:

O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela for tomar uma decisão, executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim, e sobretudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração.

O procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo (...) a lei estabelece uma sucessão de atos preparatórios que devem obrigatoriamente preceder a prática do ato final (...) existe o procedimento, cuja inobservância gera a ilegalidade do ato da Administração. Em regra, o procedimento é imposto com maior rigidez quando esteja envolvido não só o interesse público, mas também os direitos dos administrados, como ocorre na licitação, nos concursos públicos, nos processos disciplinares.

Partindo-se, então, da premissa de que a atividade administrativa também se desenvolve por meio de um *processo*, pode-se inferir do comando do art. 37 da Constituição Federal que a Administração, não dispondo livremente dos interesses que lhe são confiados e, obrigada a assegurar igualdade de condições entre todos aqueles que queiram participar de seus negócios, deve sempre se valer de um *processo licitatório* toda vez que objetivar uma determinada contratação.

Carlos Ayres Brito<sup>10</sup>, ao traçar o perfil constitucional da licitação, sugere que se trata de um “*processo-competição*” ambivalente: tanto é *processo* quanto *procedimento*:

Processo, enquanto conteúdo das normas gerais. Procedimento, enquanto conteúdo das normas específicas (...) que já correspondem a um segundo nível de legislação, consubstanciador de ulteriores providências para a plena realização dos atos parcelares e do ato final que se integram no conceito da licitação enquanto processo.

Segundo o autor, a despeito de a Constituição deixar claro que a licitação diz respeito a um “*processo-competição*” (já que se refere a “*concorrentes*”, “*proposta*”, “*exigências de qualificação técnica e econômica*”), não antecipa “*todos os atos*

<sup>9</sup> *Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo: Editora Atlas, p.57.

<sup>10</sup> *O perfil constitucional da licitação*, Ed. ZNT, Capítulo XII, XIII e XIV, p. 106-144.

*concretos que se articulam temporalmente na trama licitatória, compondo, ao final, uma unidade incindível. Transfere à lei tal incumbência”.*

Prefere-se vislumbrar a licitação sob dois ângulos distintos: se se levar em conta que no curso da licitação há *relação jurídica* (vínculo regido pelo ordenamento jurídico) entre a Administração e terceiros interessados, não há maiores dificuldades em reconhecê-la como *processo administrativo*; se, de outro modo, o foco recair sobre a sequência de atos na qual se desdobra tal relacionamento jurídico, ter-se-á um *procedimento*.

É o que diz Egon Bockmann Moreira<sup>11</sup>:

O processo licitatório poderia ser definido como a específica sequência lógica de atos praticados pela Administração e pessoas privadas, o posterior exigindo a prática do anterior, visando à prática do ato administrativo final (homologação e adjudicação), que pode resultar na contratação administrativa. O processo de licitação exige a participação dos particulares interessados e o respeito às suas pretensões por parte da Administração, desde o momento imediatamente posterior à sua instalação até o ato final. Ademais, é nítido que a relação jurídica que se põe entre os particulares e o Poder Público, visando a regular especificamente esse vínculo autônomo, diverso daquele de ‘Direito Material’, chama-se ‘processo’.

Já a palavra ‘*procedimento*’ designa exclusivamente as praxes, o rito, a sequência predefinida na qual se desdobra tal relacionamento jurídico. Não designa, ou, melhor, jamais se prestou a designar uma relação jurídica. Inexiste, para a Ciência do Direito, relação jurídica que se denomine ‘*procedimento*’. E o Direito Administrativo não adota solução diversa. Caso contrário, poderia surgir o entendimento de que o vínculo entre particular e Administração Pública não consubstancia uma relação jurídica, mas algo informal, meramente ritualístico, a depender das regras internas e dos costumes administrativos.

Acresce que, independentemente de haver ou não prévia competitividade entre terceiros —a exemplo do que ocorre nas denominadas licitações dispensada, dispensável ou inexigível, previstas, respectivamente, nos arts. 17, 24 e 25 da Lei n. 8.666— existindo *relação jurídica*, haverá sempre, por via de consequência, um *processo licitatório*<sup>12</sup>.

Já a licitação enquanto *procedimento administrativo* formal<sup>13</sup> é o *modus operandi* por ser observado pela Administração, dentro do *processo licitatório*, como

<sup>11</sup> O processo de licitação, a Lei 9784/99 e o processo administrativo, Revista Diálogo Jurídico. Ano I – vol. I – n.º. 3 – junho de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil.

<sup>12</sup> Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, (...)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: (...)” (gn)

<sup>13</sup> Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento

condição *sine qua non* para que se promova a celebração de contrato ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

É este caráter eminentemente instrumental, reconhecido por corrente majoritária nacional<sup>14</sup> e estrangeira<sup>15</sup>, que é regido pela Lei n. 8.666/93<sup>16</sup> —lei geral de licitações e contratos editada a título de regulamentar o art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988.

*estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. (gn)*

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

<sup>14</sup> Licitação é “o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Tem como pressuposto a competição. Por isso visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais e alienações de bens públicos”. (Hely Lopes Meirelles. *Licitação e Contrato Administrativo*, p. 28).

Licitação “é o procedimento administrativo destinado à escolha de pessoa a ser contratada pela Administração ou a ser beneficiada por ato administrativo singular, no qual são assegurados tanto o direito dos interessados à disputa como a seleção do beneficiário mais adequado ao interesse público”. (Carlos Ari Sundfeld. *Licitação e Contrato Administrativo*, p. 15).

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 convincente para a celebração de contrato”. (Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*, p. 325).

<sup>15</sup> Licitação “pode ser definida como um procedimento relativo ao modo de celebrar determinados contratos, cuja finalidade é a determinação da pessoa que ofereça à Administração condições mais vantajosas, após um convite a eventuais interessados para que formulem propostas, as quais serão submetidas a uma seleção”. (Enrique Sayagués Laso. *La licitación pública*, 4ª ed. Atual. por Daniel H. Martins. Montevideo, Acali Ed., 1978, p. 9).

A “licitação pública é um procedimento administrativo preparatório da vontade contratual. Esta é sua natureza jurídica”. (José Roberto Dromi. *La licitación pública*, Buenos Aires: 1975, p. 123).

Licitação é “um procedimento administrativo relacionado à forma do ato jurídico e consistente num pedido de ofertas, num chamamento impessoal, para que todos que se encontrem em situação legal de fazê-lo formulem ofertas para a contratação respectiva. Ao findar-se o procedimento de licitação, com a aceitação da oferta, estará formado o vínculo contratual”. (Miguel Marienhoff. *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, t.3, p. 190 e ss.).

<sup>16</sup> Recorde-se que as regras relativas à licitação foram inicialmente tratadas nos arts. 49-53 do Decreto n. 4.536/22, que organizou o Código da Contabilidade Pública da União, até o advento do Decreto-lei n. 200/67 (arts.125 a 144), que promoveu a reforma administrativa federal, cujas disposições se estenderam, depois, a Estados e Municípios por conta da edição das Leis n. 5.456/68 e n. 6.946/81. Com a promulgação do Decreto-lei n. 2.300/86, atualizado pelos Decretos-lei n. 2.348/87 e n. 2.360/87, instituiu-se, pela primeira vez, o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos que, juntamente com a Lei n. 8.220/91 e o art. 83 da Lei n. 5.194/66, foram posteriormente revogados pela Lei n. 8.666/93, editada a título de regulamentar o art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, tendo seu texto sofrido, desde sua edição, diversas alterações por força das Leis n. 8.883/94; n. 9.032/95; n. 9.648/98, n. 9.854/99, n. 10.973/04, n. 11.079/04, n. 11.107/05, n. 11.196/05, n. 11.445/07, n. 11.481/07, n. 11.484/07, n. 11.763/08, n. 11.783/08, n. 11.952/09, n. 12.188/10 e, mais recentemente, pela Medida Provisória n. 495/10. Registre-se ainda que, além da Lei n. 8.666, também trazem regras sobre licitação as Leis n. 8.987/95 (concessões e permissões), n. 10.520/02 (pregão) e a n. 11.079/04 (parceria público-privada). Acresce, ainda, que a Lei Complementar n. 123/06 —Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte— ao regulamentar o art. 179 da Constituição Federal, tratou de proporcionar tratamento diferenciado e favorecido a tais categorias, trazendo reflexos ao procedimento licitatório.

Por todos, anote-se definição de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>17</sup>, segundo quem licitação é um

procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

Ressalte-se, ainda, que Adilson Abreu Dallari<sup>18</sup>, ao conceituar a licitação, diz se tratar de um “*procedimento administrativo unilateral, discricionário*” (gn).

Razão assiste, no entanto, Dinorá Adelaide Musetti Grotti<sup>19</sup> quando, ao se opor à classificação do procedimento como discricionário, aduz que “*a sequência dos atos que compõem o procedimento é totalmente vinculada. Os diversos atos, entretanto, terão conteúdo ora vinculado, ora discricionário, Discricionário é o momento de instauração do procedimento*”.

Este também é o entendimento de Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo<sup>20</sup>

a estrutura procedimental é de basilar relevo: em primeiro lugar, porque, através da sequência de atos e etapas, aparelha-se a Administração para melhor e lisamente escolher; em segundo lugar, porque se arma o administrado da faculdade de fiscalizar e impugnar o desdobramento das diversas fases, fazendo-o verdadeiro co-partícipe da atuação administrativa. Daí não ser a licitação um procedimento discricionário; para a Administração ele é precipuamente delineado para a salvaguarda do interesse público, de todo em todo indisponível.

Importante, ainda, deixar consignado que, por força da nova redação dada pela Medida Provisória n. 495/10<sup>21</sup> ao art. 3º da Lei n. 8.666/93, a licitação passou a ter por finalidade três objetivos impostergáveis: (a) a seleção de proposta mais vantajosa para a satisfação do interesse público almejado, (b) a garantia de tratamento isonômico entre todos aqueles interessados em participar dos negócios da

<sup>17</sup> *Curso de Direito Administrativo*, 27ª ed., p. 485

<sup>18</sup> *Aspectos Jurídicos da Licitação*. Saraiva, 4ª ed., 1997, p. 191

<sup>19</sup> *Do Procedimento Licitatório: conceito, finalidades e princípios*, Revista Licitar, São Paulo, v. 10, 1998, p.11-20.

<sup>20</sup> *Dispensa e Inexigibilidade de licitação*, 3ª ed., p. 14.

<sup>21</sup> Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Administração, conquanto aptos a tomar parte dos negócios públicos, (c) e a promoção do desenvolvimento nacional.

Mas nada mudou em relação ao dever de licitar<sup>22</sup>, posto que a ele continuam subordinados todos os órgãos da administração direta e indireta, englobando as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estado, Distrito Federal e Municípios, havendo, ainda, previsão legal<sup>23</sup> segundo a qual as sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta e indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios editarão regulamentos próprios, sujeitos, no entanto, às disposições gerais da lei geral de licitações e contratos.

Vê-se, pois, que o *processo licitatório* continua a ter papel fundamental no Estado Democrático de Direito, justamente por conferir legalidade e legitimidade às contratações, impondo-lhes a transparência e eficiência devidas, inibindo comportamentos e ações inidôneas em desfavor dos interesses da sociedade, resguardando a isonomia e conferindo mecanismos de efetivo controle das despesas públicas<sup>24</sup>.

Para Marçal Justen Filho<sup>25</sup>

A institucionalização de procedimento acarreta, como consequência mais direta, uma possibilidade de previsão e de orientação de condutas. Na medida em que o exercício do poder jurídico dependa da prévia exaustão de uma sequência ordenada de atos, não mais se torna possível surpreender aos interessados com medidas imediatas e desconectadas. O exercício do poder jurídico é obrigatoriamente proporcionado ao que se definiu no curso do procedimento. Cumprir o procedimento assegura a manifestação e a consideração a todos os eventuais, possíveis e não cogitados interesses em jogo.

A propósito, pertinente o registro de Márcio Cammarosano<sup>26</sup>, segundo quem

<sup>22</sup> Art. 1º (...)

*Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios*

<sup>23</sup> Art. 119. *As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.*

<sup>24</sup> Por isso o processo administrativo apresenta uma tríplice face: “*é instrumento de exercício do poder, é instrumento de controle, e, por fim, é instrumento de proteção dos direitos e garantias dos administrados*”. (José Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, 5ª ed., p. 759).

<sup>25</sup> *Sujeição Passiva Tributária*, Belém, CEJUP, 1986.

Um bom administrador – e honesto por todos os títulos – sequer precisaria estar diante de uma regra que estabelecesse a obrigatoriedade da licitação, porque com competência, parcimônia e imparcialidade saberia como firmar o contrato mais vantajoso com a maior rapidez possível. Então, se de um lado a licitação não impede atos de improbidade, por outro lado ela pode ser sentida como algum embaraço para o administrador que se tenha como competente, honesto e dedicado ao serviço público. Mas como nós estamos num mundo em que as pessoas são diferentes, as circunstâncias são diferentes, é preciso que todos, de boa ou má-fé, respeitem a Constituição e a regra da obrigatoriedade da licitação, a ser levada a efeito, nos termos da lei, do edital, instrumento convocatório do certame, informados pelos princípios assinalados, sobretudo no artigo 37 da Constituição da República e no artigo 3º da Lei n. 8.666.

## 1.2 – Princípios

Tal como ocorre com toda a atividade administrativa, o procedimento licitatório também deve obediência aos princípios do Direito Administrativo.

Recorde-se que os princípios são ideias centrais, a base, a estrutura de um sistema jurídico que, ao emprestar-lhe um sentido lógico e harmonioso, confere aos intérpretes ferramenta indispensável para as decisões que deve tomar no desempenho das atribuições que lhes forem confiadas.

Na voz de Geraldo Ataliba, são “*as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos)*”<sup>27</sup>.

Tamanha sua importância que Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>28</sup> assim vaticinou:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, como ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

É por isso que, independentemente de haver norma legal expressa a ditar o comportamento da Administração, eventual prática de ato que se mostre em

---

<sup>26</sup> Revista do TCESP n. 119 – 5ª Semana Jurídica – Edição Especial, p. 71.  
<sup>27</sup> República e Constituição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 152  
<sup>28</sup> Op. cit., p. 959.

desconformidade com um princípio enseja, por si só, sua nulidade, sujeitando o agente às sanções legais cabíveis.

Inscritos implícita ou explicitamente na Constituição Federal, o art. 37 indica, de forma expressa, o dever de a Administração observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Por isso, na esteira do comando constitucional, o art. 3º da Lei n. 8.666 estabeleceu que a licitação

será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Em apanhado geral, pode-se valer dos ensinamentos de Diógenes Gasparini<sup>29</sup> segundo quem: (a) o princípio da legalidade impede comportamento desconforme ao ordenamento jurídico; (b) os princípios da impessoalidade, igualdade e isonomia vedam a discriminação entre os participantes da licitação; (c) o princípio da moralidade exige do agente público uma conduta ética marcada por comportamentos legais e honestos no exercício da atividade administrativa, até mesmo na condução do procedimento licitatório<sup>30</sup>; (d) o princípio da publicidade torna obrigatória a divulgação de atos, contratos e outros instrumento celebrados pela Administração para conhecimento, controle e início de seus efeitos; (e) o princípio da probidade administrativa impede a prática de atos ou a seleção de propostas que não traduzam a melhor satisfação para a Administração; (f) o princípio da vinculação ao instrumento licitatório decorre do princípio formal ao qual se sujeita a Administração, impondo aos licitantes e entidade licitante total obediência aos termos e condições do edital; (g) o princípio do julgamento objetivo reclama que o julgamento seja promovido segundo critérios objetivos, tal qual previamente indicado no edital<sup>31</sup>; (h) o princípio da eficiência expressa a

<sup>29</sup> *Curso de direito Administrativo*, 14ª ed, pp. 6/25 e 479 e s.

<sup>30</sup> “O princípio da moralidade administrativa não agrega ao mundo do Direito, por si só, qualquer norma moral que, se violada, implicaria invalidade do ato. Não há que se falar em ofensa à moralidade administrativa se ofensa não houver ao Direito. Mas só se pode falar em ofensa à moralidade administrativa se a ofensa ao Direito caracterizar também ofensa a preceito moral por ele juridicizado, e não é o princípio da moralidade que, de ‘per si’, juridiciza preceitos morais”. (Márcio Cammarosano. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 114)

<sup>31</sup> O “julgamento objetivo, obrigando a que a decisão seja feita a partir de pautas firmes e concretas, é princípio voltado à interdição do subjetivismo e do personalismo, que põem a perder o caráter igualitário do certame” (Carlos Ary Sundfeld. *Licitação e Contrato Administrativo*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 21)

obrigatoriedade de a Administração exercer suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, isto é, com resultados positivos para a o serviço público e satisfatórios para o interesse da sociedade.

Extraí-se da doutrina, alguns outros princípios igualmente incidentes sobre a licitação: (i) o princípio da competitividade, segundo o qual nada deve comprometer, restringir ou frustrar a disputa entre os interessados em contratar com a Administração; (j) o princípio da motivação, que enseja a menção das razões de fato e de direito que levaram a Administração a proceder daquele modo; (k) o princípio da razoabilidade a reclamar da Administração, na hipótese do exercício de atividade discricionária, atuação racional e afeiçoada ao senso comum das pessoas; (l) o princípio da proporcionalidade, que reclama o exercício das competências administrativas na extensão e intensidade realmente necessárias para o seu cumprimento; (m) o princípio da finalidade, segundo o qual a lei deve ser aplicada de acordo com sua razão de ser, nos exatos termos do fim em vista do qual foi editada; (n) o princípio formal, que impõe à Administração vinculação às regras que regem os atos, fases e comportamentos relacionados à licitação, sob pena de invalidade; (o) princípio da fiscalização da licitação e respectiva contratação pelos interessados ou quaisquer cidadãos, tal como é da essência dos Estados Democráticos de Direito; (p) o princípio da segurança jurídica, a requerer comportamento estável, de caráter firme, seguro, sólido, que assegure a estabilidade das coisas<sup>32</sup>; (q) o princípio do contraditório e da ampla defesa já que, tratando-se de processo administrativo, se lhe assegura, igualmente, o quanto disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal<sup>33</sup>.

A despeito de se poder dizer que, de uma forma ou outra, todos os princípios do Direito Administrativo aplicam-se ao instituto da licitação, há aqueles que se

---

<sup>32</sup> A “segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente — e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso —, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas”. (Celso Antonio Bandeira de Mello. Op. cit., p. 124).

<sup>33</sup> Tais exigências estão asseguradas “na Lei 8.666 pelos direitos de manifestação prévia dos licitantes em caso de desfazimento da licitação, por anulação ou revogação (art. 49, §3º) ou do contratado em caso de rescisão contratual (art. 78, parágrafo único) e de aplicação de sanções (art. 86, §2º, 87, caput e §§2º e 3º), e, ainda, pelo direito de impugnar recurso (art. 109, §3º)”. (Dinorá Adelaide Musetti Grotti. *Do Procedimento Licitatório: Conceito, Finalidades e Princípios*, p. 20)

destacam porque lhe são peculiares, não havendo, no entanto, quanto a estes, convergência de entendimento entre os diversos autores.

Sayagués Laso<sup>34</sup>, por exemplo, faz sobressair os princípios da igualdade e do estrito cumprimento do edital; Dromi<sup>35</sup> dá destaque à livre concorrência e à igualdade entre os licitantes; Marienhoff<sup>36</sup> atribui essencialidade aos princípios da oposição ou concorrência, publicidade e igualdade; Adílson Abreu Dallari<sup>37</sup> elege a igualdade, a publicidade e a estrita obediência ao edital; já Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>38</sup> considera *princípios cardiais* da licitação a competitividade, isonomia, publicidade, respeito às condições prefixadas no edital e a possibilidade de o disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores.

Fato é que todos os autores, sem exceção, apontam o princípio da *igualdade* como um dos pilares do instituto da licitação. Deveras, tratando-se de uma competição formal em que as partes visam se superar para alcançar a mesma pretensão, é imprescindível que saibam, de antemão, as regras que regem a disputa e os critérios que serão considerados para fins do julgamento. Tudo o mais se traduz em concorrência desleal.

Bem assim concluiu Dinorá Adelaide Musetti Grotti<sup>39</sup>:

No procedimento licitatório todos os licitantes devem ser tratados com absoluta neutralidade; não deve haver favoritismo ou discriminações impertinentes entre os seus participantes; não pode ser dada vantagem a qualquer deles, como sucederia, por exemplo, se a Administração contratasse preterindo o proponente vencedor. Tal princípio é espinha dorsal da licitação e implica o dever de tratar isonomicamente todos os que participam do certame e o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que ofereçam as indispensáveis condições de garantia.

Mas é preciso diferenciar, segundo adverte Marçal Justen Filho<sup>40</sup>, a “*discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do ocupante do cargo público*” do inevitável tratamento diferenciado que decorre da própria licitação.

É que o próprio edital, ao eleger as características do objeto desejado, as condições de participação, as exigências de habilitação e as regras de julgamento

<sup>34</sup> *La Licitación Pública*, Pena e Cia, 1940, pp. 52 e 53.

<sup>35</sup> *La Licitación Pública*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 134.

<sup>36</sup> *Tratado de derecho administrativo*, p.200 e s.

<sup>37</sup> *Aspectos Jurídicos da Licitação*, p. 44.

<sup>38</sup> *Op. cit.*, p. 536

<sup>39</sup> *Do Procedimento Licitatório: Conceito, Finalidades e Princípios*, pp. 15-16.

<sup>40</sup> *Comentários à Lei de Licitações e contratos Administrativos*, 13<sup>o</sup> ed., p. 68 e s.

da proposta, por exemplo, já promove, por si só, distinções e discriminações que vão ensejar, invariavelmente, a exclusão de muitos eventuais interessados, já que visa a admitir tão somente aqueles que, segundo os critérios estabelecidos, poderiam efetivamente atender às necessidades da Administração. Por isso que Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz<sup>41</sup> afirmam que “*o que se repele é a desigualdade injustificada*”.

Confira-se, a título de exemplo, a desigualdade justificada conferida pela Lei Complementar n. 123/06 às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), permitindo que demonstrem a *regularização fiscal tardiamente*<sup>42</sup>, como condição prévia à assinatura do contrato, ou mesmo que exerçam o direito de preferência, na hipótese de haver *empate ficto*, segundo os critérios legais por ela instituídos<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 24.

<sup>42</sup> Art. 42. *Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.*

Art. 43. *As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.*

§ 1º *Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.*

§ 2º *A não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1º deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.*

<sup>43</sup> Art. 44. *Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.*

§ 1º *Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.*

§ 2º *Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.*

Art. 45. *Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:*

*I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;*

*II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;*

*III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.*

§ 1º *Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.*

Isto posto, valiosa a observação de José dos Santos Carvalho Filho<sup>44</sup> ao aduzir que “a possibilidade efetiva de alijar licitantes do certame deve ocorrer após o instrumento de convocação, quando se verificar que não preenchem os requisitos aí demarcados”.

### 1.3 – Modalidades

Tratando-se de *procedimento*, a Lei n. 8.666 incumbiu-se de delinear as diversas *maneiras de agir* para alcançar o resultado final desejado. É que a Administração, a despeito de ter o dever de satisfazer os interesses públicos, não é livre para decidir de forma arbitrária, devendo atentar para os *ritos* ditados pela lei de regência.

O art. 22<sup>45</sup> traz um rol exaustivo de cinco modalidades de licitação—concorrência<sup>46</sup>, tomada de preços<sup>47</sup>, convite<sup>48</sup>, concurso<sup>49</sup> e leilão<sup>50</sup>—

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

<sup>44</sup> Manual de Direito Administrativo, 20ª ed. ver., ampl. e atual. até 15/07/2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 233.

<sup>45</sup> Art. 22. São modalidades de licitação: I - concorrência; II - tomada de preços; III - convite; IV - concurso; V - leilão.

<sup>46</sup> Art. 22 (...)

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

<sup>47</sup> Art. 22 (...)

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

<sup>48</sup> Art. 22 (...)

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

<sup>49</sup> Art. 22 (...)

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

<sup>50</sup> Art. 22 (...)

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

correspondendo, a cada qual, um *rito* diferenciado de acordo com o objetivo que se pretende alcançar.

A concorrência, a tomada de preços e o convite são reconhecidos pela doutrina como modalidades “*comuns*”, já que utilizáveis para quaisquer espécies de licitação; o concurso e o leilão são as modalidades “*especiais*”, porque destinadas a fins específicos.

A par delas, a Lei n. 10.520/02 introduziu no ordenamento jurídico a sexta modalidade de licitação, denominada pregão, sobre a qual se dará o devido destaque no Capítulo 2.

A estrutura de cada modalidade varia em função da necessidade de adequar a disputa à natureza do objeto licitado; é em razão das peculiaridades de cada objeto licitado que se adotará uma ou outra modalidade para que se obtenha o melhor resultado; não há como, *exempli gratia*, eleger o concurso (destinado para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico) se o interesse público recair sobre a aquisição de um determinado bem ou mesmo a contratação de serviços, em razão mesmo da incompatibilidade entre o meio legal e o resultado final almejado.

No mais, a escolha da modalidade decorre do próprio comando das leis incidentes. Nas modalidades “*comuns*” (concorrência, tomada de preços e convite), o critério de escolha é exclusivamente de cunho econômico, nos exatos termos dos parâmetros ditados pelo art. 23<sup>51</sup> da Lei n. 8.666. Aqui se presumiu que a complexidade da contratação deriva do seu valor total estimado, a partir daí se estabelecendo, segundo cada circunstância, regras diferenciadas relativas ao âmbito da publicidade do extrato do edital, do prazo para a elaboração de proposta, de exigências específicas que devem ser atendidas pelos interessados para, habilitados, terem suas propostas julgadas e classificadas. Já o pregão diz respeito à aquisição de bens e contratação de serviços comuns.

---

<sup>51</sup> 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).

Independentemente da modalidade eleita, segundo os critérios legais incidentes, o desenvolvimento da licitação se dá em dois momentos distintos, bem delineados: *etapa interna* e *etapa externa* (ou fases interna e externa), que, apesar de autônomas, guardam estreita relação entre si, já que uma é antecedente necessária da outra.

A *etapa interna* (preparatória) diz respeito a todos os atos praticados internamente pela Administração, previamente à publicação do aviso do edital ou outro instrumento de abertura. Tem início, segundo o art. 38<sup>52</sup> da Lei n. 8.666, com a autuação de um processo, mediante autorização da autoridade competente. Mas, bem se sabe que há outras providências que a Administração deve tomar antes mesmo deste ato; cite-se, *exempli gratia*, a averiguação quanto às suas reais necessidades, a identificação e especificação do objeto por ser licitado<sup>53</sup>, podendo se valer, conforme o caso, de pesquisas de mercado, oitiva de órgãos técnicos, tudo a fim de bem instruir os autos para subsidiar a decisão quanto à deflagração do procedimento.

É neste momento também que a Administração elabora os projetos básico e executivo (art. 7<sup>o54</sup>), se pertinentes; verifica a existência de recursos necessários

---

<sup>52</sup> Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;

II - comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite;

III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite;

IV - original das propostas e dos documentos que as instruírem;

V - atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora;

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;

VII - atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação;

VIII - recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;

IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;

X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;

XI - outros comprovantes de publicações;

XII - demais documentos relativos à licitação.

<sup>53</sup> Súmula 177 do TCU - A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

<sup>54</sup> Art. 7<sup>o</sup> As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

I - projeto básico;

para fazer frente à despesa (art. 14), obedecidos os parâmetros e limites ditados pela Lei de Responsabilidade Fiscal (arts. 15 ,16, 17, e 42 da LC 101/00); designa os agentes responsáveis para a condução do procedimento licitatório; formaliza a carta convite ou o edital, documentos estes de natureza normativa, elaborados individualmente para cada licitação, de acordo com a natureza do objeto licitado, nos quais se fixam as condições de participação de interessados, as exigências de habilitação, a modalidade eleita e o critério de julgamento das propostas, enfim, todas as regras norteadoras da conduta da Administração durante a seleção da melhor proposta para a satisfação do interesse público almejado.

A obrigatoriedade de que todos os atos da licitação —dentre os quais se destacam a autorização de abertura do processo de contratação, o edital ou convite; a comprovação da publicação do ato convocatório; a designação dos agentes responsáveis pela condução do procedimento; as propostas e documentos de habilitação; os pareceres técnicos e jurídicos; os atos de homologação e adjudicação; eventuais recursos e todos os demais documentos pertinentes, até mesmo o próprio contrato— constem do processo administrativo propicia, segundo Marçal Justen Filho<sup>55</sup>, “a *submissão da atividade licitatória a uma ordenação que reduz a discricionariedade e assegura a racionalidade da decisão final*”.

Daí por que todas as manifestações de vontade, ainda que inicialmente se exteriorizem pela forma verbal, haverão de ser posteriormente documentadas por escrito. A propósito, adverte referido autor que na etapa interna também há a incidência de regras procedimentais; ao tecer comentários sobre o comando do art. 7º da Lei n. 8.666, diz que, não obstante se referir a obras e serviços de engenharia, serve de norte, no que couber, a todas as demais espécies de contratação:

O dispositivo reafirma a natureza procedimental da licitação, pois estabelece uma sequência ordenada para as diversas fases de atuação administrativa e proíbe o início da fase subsequente sem exaurimento da antecedente. Deve destacar-se que a procedimentalização se impõe já na fase interna da licitação. Antes mesmo de ser divulgado o ato convocatório e sem convocados os interessados para formular propostas, há um procedimento administrativo cuja observância é pressuposto de admissibilidade e de

---

*II - projeto executivo;*

*III - execução das obras e serviços.*

§ 1º *A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração. (...)*

<sup>55</sup>

*Comentários à Lei de Licitações e contratos Administrativos, 13º ed., p. 500.*

validade da licitação. Somente se pode passar à elaboração do projeto executivo após completado o projeto básico e a execução das obras segue-se à elaboração do projeto executivo.

Além disso, ao dar destaque à relevância desta etapa preparatória — considerando-se que, além de indispensável, quaisquer defeitos ocorridos haverão de refletir na etapa subsequente— chega a advogar que o procedimento licitatório inicia-se, na verdade, já na fase interna e não apenas quando vier a ser divulgado o edital.

O fundamento para defender que a licitação tem início mesmo antes da publicação do ato convocatório reside em que o vício na fase interna se comunica à fase externa. Se os atos praticados na fase interna forem defeituosos, aplica-se o princípio geral dos procedimentos e os atos posteriores serão invalidados. A conformação da licitação deriva dos atos desenvolvidos na fase interna. A existência de contradição entre o edital e os atos anteriormente produzidos é causa de nulidade<sup>56</sup>

Mas, a despeito do desenvolvimento de todas estas atividades no âmbito interno da Administração, fato é que, em razão de conveniência e oportunidade, pode-se, motivadamente, determinar o arquivamento dos autos, nem sequer surtindo efeitos jurídicos externos. De modo que, não obstante a etapa interna também obedecer a regras procedimentais ditadas pela lei de regência, não integra o *procedimento licitatório* propriamente dito; note-se que são atos preparatórios que passam a ganhar evidência e a surtir efeitos tão somente a partir do momento em que for deflagrado o procedimento (publicação do edital) para o qual serviu de esteio.

Adilson Abreu Dallari<sup>57</sup>, ao dar notícias acerca das divergências doutrinárias envolvendo o número e a denominação das fases do procedimento, diz que o foco da discussão recai justamente no “*momento do início*” e “*ato final da licitação*”: Sayagues Laso tem o edital como início, seguido pela apresentação das propostas, para culminar com a adjudicação; Marienhoff e Hely Lopes Meirelles também entendem que o procedimento se inicia com o edital, mas acrescentam mais uma etapa ao final: a do contrato; para Antonio Marcello da Silva, o procedimento termina com a homologação, que se dá após a adjudicação e antes do contrato; Alessi identifica o procedimento em três fases: preparatória (atividades internas, pressupostos do procedimento), essencial (procedimento propriamente dito), e integrativa (atos de controle e, eventualmente, de adesão); Oswaldo Aranha

<sup>56</sup> Marçal Justen Filho, op. cit., p. 499.

<sup>57</sup> Op. cit., pp. 101 e ss.

Bandeira de Mello diz que no procedimento são praticados atos preparatórios, atos complementares e atos finais ou conclusivos.

Para Dallari, a *fase preparatória* diz respeito à prática de atos destinados a formar a intenção da Administração e, a despeito de não negar sua extrema importância, não a inclui entre as fases do procedimento licitatório; a *fase essencial* refere-se à licitação propriamente dita, destinada à eleição de um contratante, tendo como início o edital, que fixa as regras, os limites e os condicionamentos que devem ser observados, e a indicação de um vencedor como ato final; por fim, a *fase integrativa* está reservada para que se dê ou não eficácia à escolha aperfeiçoada na fase anterior. Por isso propõe que o procedimento licitatório se desenvolva em cinco fases cronologicamente ordenadas: a) abertura da licitação; b) habilitação dos licitantes; c) classificação das propostas; d) adjudicação; e) aprovação do procedimento.

Não há por que divergir do entendimento de que o início do procedimento licitatório se dá com a publicação do aviso do edital, mas, no que diz respeito ao ato final, prefere-se o conforto do esquema delineado por Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>58</sup>, porque em absoluta consonância com o art. 43 da Lei n. 8.666:

- a) *Edital – ato pelo qual são convocados os interessados e estabelecidas as condições que irão reger o certame*
- b) *Habilitação – ato pelo qual são admitidos os proponentes aptos;*
- c) *Julgamento com a classificação – ato pelo qual são ordenadas as propostas admitidas*
- d) *Homologação – ato pelo qual se examina a regularidade do desenvolvimento do procedimento anterior*
- e) *Adjudicação – ato pelo qual é selecionado o proponente que haja apresentado proposta havida como satisfatória.*

Extrai-se da sequência de fases delineada pela lei de regência que a publicação do edital, anunciando à sociedade o interesse público visado, inaugura a etapa externa da licitação, na qual se desenvolverá toda a competitividade, por meio de uma atividade conjunta entre a Administração e terceiros interessados, no sentido de que ambos visam o sucesso de um resultado final: a contratação.

A etapa externa também se desenvolve em fases, segundo a ordenação ditada pelo art. 43<sup>59</sup> da Lei n. 8.666 que, note-se, a despeito de se referir especificamente à

<sup>58</sup> ... *Curso de Direito Administrativo*, 27ª ed., Malheiros, p. 579-580.

<sup>59</sup> *Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:*  
*I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;*

concorrência (a mais ampla de todas as modalidades tradicionais), aplica-se, do mesmo modo, no que couber, às demais modalidades tradicionais, por força do comando do §4<sup>60</sup> do referido dispositivo legal.

Em síntese, convocados os interessados para participar da corrida licitatória por meio da publicação do aviso do edital, os agentes formalmente designados para o acompanhamento do procedimento licitatório certificam-se, primeiro, das aptidões dos licitantes (fase de habilitação) para, depois, analisar as propostas tão somente daqueles considerados habilitados, julgando-as e classificando-as segundo critérios preestabelecidos (fase de julgamento das propostas), submetendo então os atos praticados para homologação da autoridade competente que, constatando a regularidade do procedimento adotado, homologa-a, adjudicando o objeto licitado àquele que tenha ofertado a proposta mais vantajosa (homologação e adjudicação).

A etapa externa da licitação desenvolve-se em fases autônomas, considerando que, em cada qual, a Administração há de voltar sua atenção para determinados aspectos de maior relevância (sujeito ou objeto); ainda assim são fases concatenadas, ou seja, harmonizadas em uma sequência lógica, já que visam, todas, à produção de um só resultado. Por isso se diz que é preciso que uma fase se esgote como condição para que se dê início à fase subsequente.

Note-se que, pela cadência ditada pela lei de regência, destacam-se, no procedimento licitatório, duas fases de extrema importância: *subjetiva e objetiva*.

A fase subjetiva (habilitação) destina-se exclusivamente ao exame dos sujeitos participantes da corrida licitatória, a fim de que a Administração se assegure de que contam com habilitação jurídica, qualificação técnica, idoneidade econômico-

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

*III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;*

*IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;*

*V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;*

*VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.*

<sup>60</sup> § 4º O disposto neste artigo aplica-se à concorrência e, no que couber, ao concurso, ao leilão, à tomada de preços e ao convite.

financeira<sup>61</sup> e regularidade fiscal, nos exatos termos e limites impostos pelos arts. 27 a 31 da Lei n. 8.666. Interessante notar que, a despeito de a fase subjetiva não guardar qualquer pertinência, absolutamente nada, com a fase subsequente, seu desenlace é condição *sine qua non* para que a ela se dê início.

Já a fase objetiva (julgamento das propostas) presta-se à análise técnica das propostas oferecidas pelos licitantes habilitados, que haverá de ser feita à luz de critérios objetivos previamente estabelecidos no edital, nos termos do art. 45<sup>62</sup> da Lei n. 8.666. Examinadas, serão admitidas e classificadas<sup>63</sup>, segundo ordem crescente de valores, aquelas propostas que se mostrarem em conformidade com as formalidades, condições e requisitos estabelecidos no edital; serão, por outro lado, desclassificadas, motivadamente, aquelas que não atenderem às exigências do edital ou cujos valores se revelarem excessivos ou manifestamente inexequíveis, consoante comando expresso do art. 48<sup>64</sup> da lei de regência, impossibilitando, via de consequência, que sejam consideradas para fins de ordenação final. Na voz de Hely Lopes Meirelles<sup>65</sup>, o “*juízo das propostas é o ato pelo qual se confrontam as ofertas, classificam-se os proponentes e escolhe-se o vencedor, a quem deverá ser adjudicado o objeto da licitação, para o subsequente contrato com a Administração*”.

<sup>61</sup> Qualificação técnica e idoneidade econômico-financeira tão somente no que for indispensável à garantia do cumprimento das obrigações contratuais, nos exatos termos do comando art. 37, XXI, da Constituição Federal.

<sup>62</sup> Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

<sup>63</sup> “classificação é o ato administrativo vinculado mediante o qual a comissão de licitação acolhe as propostas apresentadas nos termos e condições do edital ou carta-convite”. (Diógenes Gasparini. *Direito Administrativo*, 13ª ed. Saraiva, p. 611).

<sup>64</sup> Art. 48. Serão desclassificadas:

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

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

<sup>65</sup> *Licitação e Contrato Administrativo*, Ed. Malheiros, 15ª ed., pp. 199-200.

Registre-se, por oportuno, que a participação de terceiros em processo licitatório deve ser feita sempre de maneira responsável, de modo que é assaz pertinente a observação de Marcello Caetano<sup>66</sup> quando aduz que as propostas devem ser “*sérias, firmes e concretas*”.

Proposta séria, no dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>67</sup>, “*é aquela feita não só com o intuito, mas também com a possibilidade de ser mantida e cumprida*”; firme, proposta “*feita sem reservas, quais as de cláusula condicional ou resolutiva*” e concreta, aquela “*cujo conteúdo do ofertado esta perfeitamente determinado nela mesma, sem estabelecer remissões a ofertas de terceiros, quais, ‘exempli gratia’, o ‘preço que nos for mais baixo’ ou ‘tanto por cento menos que a melhor oferta’ etc*” .

À Administração compete, por sua vez, analisá-las com merecido zelo, sempre à luz das formalidades, critérios e fatores preestabelecidos no ato convocatório, com a devida observância dos limites legais impostos pela lei de regência. Trata-se, pois, de ato unilateral totalmente vinculante para a Administração, que só haverá de considerar, repise-se, os critérios objetivos<sup>68</sup> previamente estabelecidos pelo ato convocatório, a exemplo da qualidade, preços, rendimento, condições de pagamento e prazos. Por isso a Lei n. 8.666<sup>69</sup> refere-se a “*juízo objetivo*”.

Consigne-se, ainda, que sendo o encerramento de uma fase pressuposto para que se desenvolva a fase subsequente, não se permite, em regra, que se retome a análise da matéria contida na fase antecedente. Esta é a consequência

<sup>66</sup> *Manual de Direito Administrativo*, 1ª ed., t.1, Rio de Janeiro, Forense, 1970, p. 539.

<sup>67</sup> *Curso de Direito Administrativo*, 27ª ed., Malheiros, p. 598.

<sup>68</sup> *Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.*

§ 1º *É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.*

§ 2º *Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, até mesmo financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.*

§ 3º *Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.*

§ 4º *O disposto no parágrafo anterior aplica-se também às propostas que incluam mão-de-obra estrangeira ou importações de qualquer natureza.*

<sup>69</sup> *Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.*

lógica da atividade que se desenvolve por meio de um complexo de atos concatenados tendentes, todos, a um resultado final.

Neste sentido, o art. 43, §5º e §6º<sup>70</sup> diz que, ressalvada a “razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento”, uma vez alcançada a fase de julgamento das propostas, não cabe mais reexaminar os documentos relativos à habilitação do sujeito licitante.

Mas não se infere daí que a natureza procedimental da licitação permita a aplicação do *princípio da preclusão*<sup>71</sup>, tal como ocorre no âmbito do Direito Processual; é que, justamente por conta da indisponibilidade do interesse público e da subsunção à lei, a Administração está obrigada ao controle interno de seus atos, devendo anulá-los, por ilegalidade, ainda que o faça, eventualmente, ao final da licitação. Mas, ainda que a Administração conte com certa flexibilidade, por assim dizer, não está autorizada, pelas mesmas razões acima declinadas, a inovar, alterar ou cindir as fases da licitação ao bel prazer do administrador, ao singelo argumento de que, conquanto ocorra antes da fase recursal, tudo seria permitido.

Calha, a esse respeito, advertência de José dos Santos Carvalho Filho<sup>72</sup> de que se tratando

de ordenada sequência de atividades, a licitação é procedimento vinculado no sentido de que, fixadas suas regras, ao administrador cabe observá-las rigorosamente. Somente assim estará salvaguardando o direito dos interessados e a probidade na realização do certame. Aliás, esse é um dos aspectos decorrentes do princípio da probidade administrativa, princípio inscrito no art. 3º do Estatuto dos Contratos e Licitações.

---

<sup>70</sup> Art. 43 (...)

§ 5º *Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes e abertas as propostas, não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.*

§ 6º *Após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão.*

<sup>71</sup> Representa “a perda do exercício do ato processual que, por inércia, a parte não promove, no prazo legal ou judicial”. (De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*, 15ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p. 628.

<sup>72</sup> *Manual de Direito Administrativo*, p. 226.

## Capítulo 2 – Pregão

### 2.1 – Considerações gerais

Fixadas as premissas relativas ao instituto da licitação, a atenção doravante se volta para o tema a que se propôs lançar luzes: o novel rito licitatório que desponta como “*carro-chefe*” nos procedimentos de contratação à disposição do poder público.

A modalidade do pregão —festejada por introduzir no ordenamento jurídico um novo procedimento licitatório, na perspectiva de emprestar ao processo de contratação mecanismo mais ágil e eficaz na perseguição dos interesses públicos<sup>73</sup>— foi instituída no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, pela Lei n. 10.520/02<sup>74</sup>.

A nova disciplina, a despeito de também ter sido editada no exercício da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação, nos termos do art. 22, XXVII<sup>75</sup>, da Constituição Federal, não revogou a Lei n. 8.666, que, por sinal, se lhe aplica subsidiariamente<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Confessa Marçal Justen Filho que, “*diante da impossibilidade material (por circunstâncias políticas) de produzir a substituição da Lei n. 8.666/93, a União passou a editar legislação específica e diferenciada, com a perspectiva de que, a médio prazo, todas as licitações se subordinem aos novos modelos*”; *inferindo-se daí que, doravante, “um papel fundamental caberá à figura do pregão”*. (*Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*, Ed. Dialética, p. 9).

<sup>74</sup> Inspirou-se na Lei Geral de Telecomunicações (LGT – Lei n. 9.472/97) tida, à época, como inovadora por trazer em seu bojo exceção ao âmbito de aplicação da Lei n. 8.666 ao prever que, salvo as contratações de obras e serviços de engenharia civil, os demais casos poderiam valer-se de “*procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão*”, por serem devidamente regulamentados pela própria Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). A nova modalidade de licitação, restrita inicialmente ao âmbito da ANATEL, foi estendida, depois, para toda a Administração Federal, por meio da Medida Provisória n. 2.026/00, objeto, até mesmo, de severas críticas pelo fato de reservar a aplicabilidade do pregão à esfera federal<sup>74</sup>, ensejando, até, interposição de ações diretas de inconstitucionalidade contra a Lei Geral de Telecomunicações (ADIn n. 1.668/1997) e contra a Medida Provisória instituidora do pregão (ADIn n. 2.478/2001). Confirmada, no entanto, pelo Supremo Tribunal Federal, a validade dos atos normativos inovadores da ordem jurídica, a questão evoluiu, despontando no cenário jurídico a Lei n. 9.986/00, ainda na vigência da Medida Provisória 2.026/00, para autorizar (art. 37) que todas as agências reguladoras federais também se valessem do pregão e da consulta para a aquisição de bens e serviços comuns. Após várias reedições, a Medida Provisória n. 2.182-18/01 foi, afinal, convertida na Lei n. 10.520/02.

<sup>75</sup> Art. 22. *Compete privativamente à União legislar sobre:*

(...)

XXVII – *normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e*

Pertinente, portanto, quanto a este aspecto, a anotação de Joel de Menezes Niebuhr<sup>77</sup>, para quem:

No que tange ao pregão, em princípio, deve-se obedecer a Lei n. 10.520/02. Nas situações em que ela for omissa, *deve-se recorrer às normas e às soluções da Lei n. 8.666/93. Nos casos em que houver contradição entre a Lei n. 10.520/02 e a Lei n. 8.666/93, deve prevalecer a primeira, porque especial, cujo conteúdo versa precisamente sobre a modalidade pregão.*

Segundo De Plácido e Silva<sup>78</sup>, a palavra *pregão* vem do latim “*praeconium*”, de “*preconari*” (apregoar, proclamar) para designar, dentre outros, as *palavras ditas em alta voz, “a ‘proclamação, nas hastas públicas’, em altas vozes, dos lanços oferecidos para aquisição ou para arrematação das coisas postas em licitação, ou ‘venda por almoeda’, isto é, a quem mais der”*.

Quiçá, por conta do papel de destaque da oralidade na nova modalidade de licitação, é que a ela se denominou pregão.

Seu conceito legal “*estava*” insculpido no art. 2º da Lei n. 10.520, *in verbis*:

Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme disposto em regulamento, qualquer que seja o valor estimado da contratação, na qual a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública, vedada sua utilização na contratação de serviços de transporte de valores e de segurança privada e bancária.

Conjugou-se o verbo no passado justamente por ter sido vetado<sup>79</sup> pelo Presidente da República; mas, a título de subsídio, daí se deduz que a modalidade do pregão guarda características próprias, o que não autoriza, como querem alguns autores, que se denomine pregão todo e qualquer procedimento licitatório em que haja previsão de inversão das fases de habilitação e classificação de propostas<sup>80</sup>.

---

*Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.*

<sup>76</sup> Art. 9º *Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.*

<sup>77</sup> *Pregão Presencial e Eletrônico*, Ed. Zênite, 2006, p. 29.

<sup>78</sup> *Vocabulário Jurídico*, op. cit., p. 630.

<sup>79</sup> As razões do veto, em síntese, versam sobre “*A redação adotada na proibição da contratação de serviços de vigilância por meio do Pregão, com impacto indesejável sobre os custos e a agilidade de procedimentos que estão atualmente em plena disseminação*” não existindo “*impedimento de ordem técnica à aplicação do Pregão, uma vez que há larga experiência de normatização e fixação de padrões de especificação do serviço e de acompanhamento do seu desempenho*”.

<sup>80</sup> A exemplo da Lei estadual n. 13.121/08.

Interessante, ainda, notar a definição que o Anteprojeto de Lei de Contratações Públicas, elaborado pelo Governo Federal em 2002<sup>81</sup>, pretende emprestar ao pregão:

“Art. 22 (...)

§ 10. *Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento ou prestação de serviço é feita por meio de proposta e lances em sessão pública presencial ou à distância, na forma eletrônica, mediante sistema que promova a comunicação pela internet, nos termos da Lei n. 10.520, de 2002.*”

Peculiar, assim, em relação à modalidade do pregão, é o fato de poder se desenvolver de duas maneiras distintas: na forma *presencial* e *eletrônica*, ainda que ambas obedeçam, na sua essência, a norma geral.

O pregão presencial —cujo fundamento está no art. 1º da Lei n. 10.520, regulamentado, no âmbito federal, pelo Decreto n. 3.555/00<sup>82</sup>— refere-se ao procedimento que se desenvolve em sessão pública, com a presença física do pregoeiro e da equipe de apoio e, eventualmente, dos licitantes, podendo também comparecer quaisquer pessoas que se interessem em acompanhar o desenrolar da disputa em um local físico predeterminado.

O art. 2º do regulamento (Anexo I) do Decreto n. 3.555 qualifica-o como sendo a “*modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública, por meio de propostas de preços escritas e lances verbais*”.

Já o pregão eletrônico —fundado no art. 2º, §1º<sup>83</sup> da Lei n. 10.520, e regulamentado, no âmbito federal, pelo Decreto n. 5.450/05— diz respeito ao procedimento que se realiza por meio da utilização de recursos da tecnologia da informação; as manifestações de vontade dos interessados e da Administração ocorrem de forma virtual, por via eletrônica, no decorrer da competição, sem que

<sup>81</sup> Que “*Altera dispositivos da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, e dá outras providências*”. Disponível no site [www.comprasnet.gov.br](http://www.comprasnet.gov.br)

<sup>82</sup> Foi editado para regulamentar a Medida Provisória n. 2.026-3, de 28/07/00, por isso que data de ano anterior à própria edição da Lei n. 10.520/02; posteriormente alterado pelo Decreto n. 3.693/00, para incluir, no Anexo, computadores do tipo desktop, notebooks e impressoras na lista de bens comuns) e Decreto n. 7.174/10, que revogou o Anexo.

<sup>83</sup> Art. 2º - vetado

§ 1º Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

haja, portanto, no ambiente da disputa, a presença física de quaisquer das partes envolvidas.

A despeito da ausência de conceito fornecido pela própria lei ou decreto, Diógenes Gasparini<sup>84</sup> subtrai da lei que se trata de “*espécie de pregão em que a disputa pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços comuns à Administração Pública é feita a distância, em sessão pública, por meio de propostas de preços e lances visando melhorá-las, apresentados pela Internet*”.

À Lei n. 10.520 —norma geral sobre a modalidade pregão para a aquisição de bens e contratação de serviços comuns— submetem-se todos os entes federativos, não precisando, portanto, da superveniência de expedição de decretos a título de regulamentá-la, já que é auto-aplicável.

Mesma sorte não tem o pregão na sua forma eletrônica, posto que depende da expedição de decreto, a exemplo do que fez a União e o Estado de São Paulo<sup>85</sup>, até porque o próprio art. 2º, §1º<sup>86</sup> da Lei n. 10.520 remete à necessidade de regulamentação própria.

## 2.2 – Características

O pregão diferencia-se das outras modalidades de licitação por conta de certas peculiaridades que lhe dão caráter inovador, a exemplo da sua natureza qualitativa, inversão das fases, oralidade, possibilidade de lances verbais e de negociação de valores, incremento da competição, desburocratização, fase recursal concentrada ao final e aplicação de novas tecnologias:

### (a) natureza qualitativa

Diversamente do que ocorre nas modalidades tradicionais, que levam em consideração exclusivamente o valor total estimado da contratação, consoante critérios estabelecidos no art. 23 da Lei n. 8.666<sup>87</sup>, aqui se dá ênfase à natureza do

<sup>84</sup> *Pregão Presencial*. In: *Pregão presencial e eletrônico*. Coordenador. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2007, p. 32.

<sup>85</sup> Decreto n. 5.450/05 e Decreto estadual n. 49.722/05, respectivamente.

<sup>86</sup> Art. 2º (VETADO)

§ 1º Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

<sup>87</sup> 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:

objeto licitado; ou seja, pode-se utilizar a modalidade do pregão como instrumento de quaisquer contratações, independentemente do vulto dos recursos que deverão ser empreendidos no pagamento ao fornecedor, conquanto o objeto licitado diga respeito a “bens ou serviços comuns”; daí sua natureza *qualitativa* e não *quantitativa*.

A dificuldade de tal critério reside em que, não obstante a própria lei<sup>88</sup> ter se preocupado em definir “bens e serviços comuns”, valeu-se de expressões plurissignificativas, dando margem a toda sorte de dúvidas sobre a pertinência e os limites de sua aplicabilidade.

A discricionariedade conferida pela norma, comportando a possibilidade de soluções diferentes, adverte Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>89</sup>, não faz concessão ao administrador para que eleja qualquer delas no caso concreto; espera-se dele a adoção da melhor solução, aquela que se revele mais adequada e idônea para que se atinja a finalidade almejada.

*Com efeito, se a lei comporta a possibilidade de soluções diferentes, só pode ser porque pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de casos e outra solução para outra espécie de casos, de modo a que sempre seja adotada a decisão pertinente, adequada à fisionomia própria de cada situação, tendo em vista atender a finalidade que inspirou a regra de direito aplicanda.*

*A existência de uma variedade de soluções comportadas em lei outorgadora de discricção evidentemente não significa que esta considere que todas estas soluções são igual e indiferentemente adequadas para todos os casos de sua aplicação. Significa, pelo contrário, que a lei considera que algumas delas são adequadas para alguns casos e que outras delas são adequadas para outros casos.*

No âmbito federal, o Decreto n. 3.555 chegou a fixar, no Anexo II, uma relação indicando e classificando aquilo que considerava bens e serviços *comuns*, posteriormente alterado, e finalmente revogado pelo Decreto n. 3.794/01, já que, quer-se crer, é bem pouco provável, em razão da abrangência e diversidade das

---

*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).*

<sup>88</sup> Art. 1º (...)

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

<sup>89</sup> *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2ª ed., 6ª tiragem, Malheiros, pp. 32/41.

atividades administrativas, que se conseguisse relacioná-las, todas, a não ser de modo meramente exemplificativo.

Na doutrina, Airton Rocha Nóbrega<sup>90</sup>, ao discorrer sobre o dispositivo da Medida Provisória n. 2.026/00, que normatizava sobre “*serviços comuns*”, concluíra serem todos aqueles não compreendidos pelo art. 13 da Lei n. 8.666, que dizem respeito a serviços técnicos profissionais especializados.

Marçal Justen Filho<sup>91</sup> define-os como produtos *padronizados*, ou seja, aqueles que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade; exclui produtos com especialidades, produzidos por encomenda.

Jessé Torres Pereira Jr.<sup>92</sup> advoga tratem-se de aquisições *rotineiras e habituais*.

Melhor interpretação do texto legal é a de Vera Monteiro<sup>93</sup> segundo quem, na esteira de lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, a definição legal de bens e serviços comuns não é suficiente, por si só, para esclarecer o seu âmbito de aplicabilidade, ainda mais porque o uso de conceito fluido não autoriza o exercício de qualquer competência amplamente discricionária pelo administrador, devendo ser interpretada no contexto da norma e diante das peculiaridades do caso concreto. Assim sendo, não se descuidando de notar que devem ser, segundo a lei de regência, aqueles que podem ser “*clara e objetivamente*” definidos no edital, e cujo fornecimento e método de produção e execução envolvem uma técnica comum, já conhecida pelo mercado específico, propõe uma interpretação mais ampla: independentemente de os bens e serviços serem identificados como padronizados, rotineiros, de alta ou baixa complexidade técnica, produzidos ou executados sob encomenda ou não, “*sempre que a descrição do objeto licitado no edital, seja ela sofisticada ou não, indicar a viabilidade de o julgamento se dar pelo critério objetivo do menor preço*”, estar-se-á diante de hipótese de adoção do pregão:

*Bens e serviços comuns, para fins de licitação pela modalidade de pregão, são, então, todos aqueles que possam ser contratados por meio de um critério objetivo de julgamento: o que foi escolhido pela lei é o critério do menor preço ofertado. Portanto, sendo a licitação do tipo menor preço, deve ser aplicado o pregão. Eventual opção por uma das modalidades da Lei 8.666/93 demandará*

<sup>90</sup> *Licitação na Modalidade de Pregão. Boletim de Licitação e Contratos – BLC, ano 2002, n. 05, maio, ano XV, p. 289.*

<sup>91</sup> *Pregão..... 1ª ed., pp. 19-20.*

<sup>92</sup> *Licitações de Informática, pp. 366-377.*

<sup>93</sup> *Licitação na modalidade de pregão. 2ª ed., p. 90.*

*justificativa específica capaz de demonstrar a inadequação do procedimento do pregão para o caso concreto.*

Pela “*faculdade*” expressamente conferida pelo art. 1º<sup>94</sup> da Lei n. 10.520, poder-se-ia inferir que a utilização do pregão estaria no âmbito do exercício da competência discricionária do administrador, cabendo-lhe elegê-lo sempre que (mas somente se) fosse o meio mais adequado para a satisfação de suas reais necessidades, mesmo porque, como se disse, as demais modalidades da Lei n. 8.666 não foram suprimidas do ordenamento jurídico.

Na prática, doutrinadores<sup>95</sup> há que defendem se tratar de obrigatoriedade e não de faculdade conferida pela lei de regência; não se desconhece a existência até mesmo de decretos tornando obrigatória a adoção do pregão, de preferência na sua forma eletrônica (a exemplo do que ocorre no âmbito federal), devendo a escolha de quaisquer outras modalidades de licitação ser devidamente justificada.

Tal obrigatoriedade acabou por imprimir distorções indesejadas na utilização do pregão: em vez de ser utilizado como faculdade, nos exatos termos da lei de regência, considerando-se, para tanto, as reais e pontuais necessidades do administrador, na busca da satisfação do interesse público visado, tem sido amplamente utilizado de forma indiscriminada, nas mais diversas hipóteses de contratação, delas sempre se tentando extrair, *a posteriori*, o traço de “*bem e serviço comum*” reclamado pela lei.

Atualmente —diversamente do que ocorrera à época da edição da Lei n. 10.520, em que imperava dúvidas acerca da possibilidade de se adotar o pregão em razão da natureza do objeto licitado— a regra é a adoção do pregão, excetuam-se algumas pouquíssimas hipóteses, por conta de vedações expressas constantes dos próprios decretos, ou por força de número acanhado de decisões extraídas da jurisprudência de órgãos de controle externo.

<sup>94</sup> Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. (gn)

<sup>95</sup> “A despeito da faculdade conferida à Administração Pública, é preciso levar em consideração a finalidade do novo diploma, que é de propiciar maior celeridade e eficiência no processo de seleção de futuros contratados. Surgindo hipótese que admita o pregão, temos para nós que a faculdade praticamente desaparece, ou seja, o administrador deverá adotá-lo para atender ao fim público da lei. É o mínimo que se espera diante do princípio da razoabilidade.” (José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de Direito Administrativo*, 20ª ed., rev. amp. e atualizada, Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008, p. 284).

Dentre as referidas limitações, destacam-se licitações em que o objeto licitado versa sobre obras de engenharia<sup>96</sup>, alienações em geral (por se tratar de licitação do tipo “*maior oferta*”<sup>97</sup>) e locações imobiliárias (em razão de a escolha levar em conta critérios de conveniência e oportunidade).

Também não se tem admitido pregão para situações em que haja a prevalência do aspecto intelectual ou quando a Administração requer do terceiro uma “*solução*” para a satisfação do interesse público, pois que, nestes casos, a toda evidência, a cada caso há de corresponder um preço diferenciado.

O pregão também não é admitido em licitações que contemplem a análise e julgamento da metodologia de execução, posto que incompatível com o seu *rito*.

(b) inversão de fases

A lei do pregão determinou, expressamente, houvesse a inversão das fases subjetiva (habilitação) e objetiva (julgamento das propostas), na tentativa de otimizar o procedimento licitatório; desta feita, primeiro se promove a análise e o julgamento das propostas, seguidas de uma eventual disputa oral de preços, para depois se verificar a documentação de habilitação, só do vencedor da competição de preços.

Este procedimento diferenciado veio a atender ao apelo de envolvidos no processo de contratação pública como forma de emprestar-lhe maior agilidade; supôs-se que licitantes cujas propostas não tivessem vencido a disputa de preços teriam menor interesse em obstar a participação dos demais licitantes o que, de certa forma, de fato, ocorreu.

A propósito, Marcelo Palavéri<sup>98</sup> registra que:

Há significativo ganho de tempo e em eficácia na análise, pois se concentram todos os esforços no mais importante que é a proposta comercial, e quanto aos documentos elimina-se a discussão apenas formal, feita sobre documentos de quem de fato pouca chance terá de contratar

---

<sup>96</sup> A despeito de os órgãos de controle já terem admitido tanto obras quanto serviços de engenharia, não se desconhece decisão n. PL-0074/2007, processo n. CF-2602/2006, proferida em sessão plenária ordinária n. 1.339, em que o CONFEA – CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA aprova Nota Técnica Informativa contrária à contratação, pelo setor público, de obras e serviços de Engenharia, de Arquitetura e de Agronomia por pregão como modalidade de licitação.

<sup>97</sup> Não obstante previsão legal expressa (art. 4, X, da Lei n. 10.520) indicar o “*menor preço*” como único tipo de licitação admitido na modalidade pregão, sabe-se da existência de incontáveis licitações que dele se valem, inadvertidamente, a exemplo daquelas que visam à escolha, pelo critério da “*maior oferta*”, de instituição financeira que se encarregue dos serviços relativos à folha de pagamento dos servidores.

<sup>98</sup> *Pregão nas licitações municipais*. Belo Horizonte: 2005, p. 72.

com o poder público, por não ter sido, naquele certame, vencedor no tocante à proposta comercial.

Ainda assim, decorridos 8 (oito) anos da efetiva adoção deste inovador procedimento, não se podem desconsiderar notícias extraídas da jurisprudência de órgãos de controle externo sobre a indesejada ocorrência de desvios resultantes da inversão de fases, tal como advertira Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>99</sup>: é que, na ânsia, quiçá, de não ter que justificar o afastamento da menor oferta, tem-se flexibilizado a análise e o julgamento da documentação de habilitação para além do que se considera legal e razoável, emprestando entendimento inapropriado à possibilidade de saneamento.

### (c) Pregoeiro

Diversamente da sistemática prevista no art. 6º, XVI<sup>100</sup> c/c art. 51<sup>101</sup>, ambos da Lei n. 8.666, segundo a qual o recebimento, exame e julgamento dos documentos de habilitação e propostas ficam sob a responsabilidade de uma Comissão Permanente ou Especial de Licitação composta de, no mínimo, 3 (três) três membros, a lei do pregão instituiu a figura do pregoeiro, servidor<sup>102</sup> do órgão ou entidade promotora da licitação especialmente designado para a condução da sessão pública; alerte-se que se resume a isto (e não é pouco!) a sua missão: a condução da sessão pública!

Deveras, nos termos do art. 3º, IV<sup>103</sup>, da Lei n. 10.520 (e, a título de exemplo, o art. 9º<sup>104</sup> do Decreto n. 3.555 e o art. 11º<sup>105</sup> do Decreto n. 5.450), ao pregoeiro

<sup>99</sup> Licitação. p. 52.

<sup>100</sup> Art. 6º (...)

XVI - Comissão - comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

<sup>101</sup> Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

<sup>102</sup> Servidor concursado, empregado ou ocupante de cargo em comissão.

<sup>103</sup> Art. 3º (...)

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

<sup>104</sup> Art. 9º As atribuições do pregoeiro incluem:

I - o credenciamento dos interessados;

II - o recebimento dos envelopes das propostas de preços e da documentação de habilitação;

competete, dentre outras atribuições (rol não exaustivo), inteirar-se do processo de licitação de cuja sessão pública será o condutor, promover o credenciamento dos licitantes, receber e julgar as propostas, conduzir a fase de lances, promover eventual negociação, decidir quanto a aceitabilidade da proposta vencedora, certificar-se da habilitação do licitante vencedor, adjudicar-lhe o objeto na hipótese de não haver recurso e, caso contrário, examiná-lo e eventualmente retratar-se, além de promover diligências necessárias.

Daí se infere, seguramente, não ser de sua competência a elaboração do edital e muito menos a sua subscrição, tal qual largamente disseminado na prática administrativa, como se pode verificar de incontáveis editais divulgados pelas mais diversas entidades licitantes.

A lei, na verdade, reflete a imperiosa necessidade de segregação de funções. Deve-se ter em mente que, previamente à elaboração do edital, a autoridade competente, convencida da necessidade de determinada contratação, decidiu autorizar a abertura de processo administrativo. Compete-lhe, assim, a decisão sobre a definição do objeto, a fixação das regras da contratação e condições de participação, o estabelecimento dos critérios de aceitação das propostas, bem como das sanções e cláusulas do contrato, dispostas em minuta, parte integrante do

---

*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 à homologação e a contratação.*

<sup>105</sup> *Art. 11. Caberá ao pregoeiro, em especial:*

*I - coordenar o processo licitatório;*

*II - receber, examinar e decidir as impugnações e consultas ao edital, apoiado pelo setor responsável pela sua elaboração;*

*III - conduzir a sessão pública na internet;*

*IV - verificar a conformidade da proposta com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;*

*V - dirigir a etapa de lances;*

*VI - verificar e julgar as condições de habilitação;*

*VII - receber, examinar e decidir os recursos, encaminhando à autoridade competente quando mantiver sua decisão;*

*VIII - indicar o vencedor do certame;*

*IX - adjudicar o objeto, quando não houver recurso;*

*X - conduzir os trabalhos da equipe de apoio; e*

*XI - encaminhar o processo devidamente instruído à autoridade superior e propor a homologação.*

edital; tudo isto, segundo o exposto comando do art. 3º, I, da Lei n. 10.520, diz respeito à fase preparatória, de responsabilidade única e exclusivamente da autoridade competente e não do pregoeiro.

Não se desconhece que, segundo as peculiaridades da organização administrativa de cada ente federado, há a designação de um servidor ou mesmo de um setor que se incumba da tarefa de elaborar o edital; mas, considerando que o ato convocatório diz respeito à manifestação expressa da vontade da Administração, haverá de ser subscrito pela autoridade competente e não pelo pregoeiro.

Do mesmo modo, a despeito do que inadvertidamente dispõem o art. 12, §1º<sup>106</sup>, do Decreto n. 3.555, e o art. 18, §1º<sup>107</sup>, do Decreto n. 5.450, toda e qualquer resposta a pedidos de esclarecimento, ou mesmo decisões quanto a impugnações ao edital, devem ficar sob a exclusiva responsabilidade do subscritor do edital (autoridade competente), o que não dispensa eventual oitiva de órgãos técnicos ou assessoria jurídica.

É que os esclarecimentos prestados em relação à interpretação do edital acabam por vincular a Administração, passando, até mesmo, a fazer parte integrante do edital, cuja observância passa a ser obrigatória não só para o pregoeiro, como para todos os licitantes, não só aquele que formalizou a dúvida.

Deveras. Se o pregoeiro também é destinatário das regras e condições previamente estipuladas no edital, que lhe servirá de norte na condução da disputa e julgamento das propostas, não poderá ser ele o encarregado de redigi-lo ou de esclarecer dúvidas previamente ao início da sessão pública.

Mesma regra se aplica às decisões relacionadas às eventuais impugnações intentadas contra os termos do edital, mesmo porque, consoante recorda Jair Eduardo Santana<sup>108</sup>, “o pregoeiro (assim como os membros da comissão de licitação) jamais poderia figurar no pólo passivo de medida judicial corretiva do instrumento convocatório”; é dizer, se “não pode corrigir a cláusula irregular, não tem

<sup>106</sup> Art. 12. Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.

§ 1º Caberá ao pregoeiro decidir sobre a petição no prazo de vinte e quatro horas.

<sup>107</sup> Art. 18. Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica.

§ 1º Caberá ao pregoeiro, auxiliado pelo setor responsável pela elaboração do edital, decidir sobre a impugnação no prazo de até vinte e quatro horas.

<sup>108</sup> Julgamento das Propostas. In: *Pregão presencial e eletrônico*, 3ª ed. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2009.

*legitimidade passiva para a demanda judicial, como já decidido pela jurisprudência pátria”.*

Muito menos ainda lhe compete aprovar a minuta do edital, atribuição expressamente conferida à assessoria jurídica pelo art. 38, VI e parágrafo único da Lei n. 8.666<sup>109</sup>, bem porque não se deve confundir o exercício da função consultiva técnico-jurídica com a prática de atos administrativos decisórios relacionados à realização da competitividade.

Nada obsta, no entanto, a que, ainda que encerrada a sessão pública, atendendo às instruções normativas específicas de cada órgão, elabore relatório e/ou manifeste-se mais detidamente acerca do procedimento por ele conduzido, a título de subsidiar futuras decisões da Administração e/ou colaborar com o aperfeiçoamento da confecção de futuros editais.

No mais, anote-se que, por força do previsto no art. 4º, IV e §1º, da Lei n. 10.520, art. 10<sup>110</sup> do Decreto n. 5.450, o pregoeiro poderá contar, para bem desempenhar suas atribuições no decorrer da sessão pública, com uma *equipe de apoio* composta, na sua maioria, por servidores preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do ente licitante; dependendo da necessidade, segundo a natureza e a complexidade de cada caso concreto, poder-se-á convocar pessoal técnico especializado e/ou colaboradores diversos, desde que devidamente motivado.

---

<sup>109</sup> *Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: (...)*  
*VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;*  
*Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.*

<sup>110</sup> *Art. 10. As designações do pregoeiro e da equipe de apoio devem recair nos servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, ou de órgão ou entidade integrante do SISG.*  
*§ 1º A equipe de apoio deverá ser integrada, em sua maioria, por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração pública, pertencentes, preferencialmente, ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora da licitação.*  
*§ 2º No âmbito do Ministério da Defesa, as funções de pregoeiro e de membro da equipe de apoio poderão ser desempenhadas por militares.*  
*§ 3º A designação do pregoeiro, a critério da autoridade competente, poderá ocorrer para período de um ano, admitindo-se reconduções, ou para licitação específica.*  
*§ 4º Somente poderá exercer a função de pregoeiro o servidor ou o militar que reúna qualificação profissional e perfil adequados, aferidos pela autoridade competente.*

Insta alertar que a função da equipe de apoio, como o próprio nome diz, é a de dar auxílio, amparo, ajuda ao pregoeiro, tal qual previsto no art. 10<sup>111</sup> do Decreto n. 3.555 e art. 12<sup>112</sup> do Decreto n. 5.450. Por isso que compete ao pregoeiro a responsabilidade exclusiva e “solitária”<sup>113</sup> de todo e qualquer ato praticado no decorrer da sessão pública; dele se requer<sup>114</sup>, nos termos reclamados pelos decretos, curso de formação e capacitação específica.

Tamanha responsabilidade nem sempre é recompensada em termos financeiros, posto que, em regra, são servidores que acumulam a função de apregoar com o cargo ou emprego para os quais foram originalmente admitidos.

#### (d) princípio da oralidade

Outra característica marcante do pregão diz respeito à forma das manifestações de vontade da Administração e dos licitantes; diversamente das modalidades tradicionais, que se processavam predominantemente por meio de documentos escritos, aqui se priorizou o princípio da oralidade.

Por parte da Administração, a cadência dos atos praticados ao longo de toda a sessão pública é conduzida oralmente pelo pregoeiro, agente especialmente designado para tal mister. Aos proponentes, a lei conferiu a prerrogativa de renovar oralmente suas propostas por meio de lances verbais sucessivos e progressivos, bem como manifestar, motivadamente, ao final da sessão pública, a intenção de interpor recurso administrativo contra os atos praticados pelo pregoeiro.

Observe-se, no entanto, que não se há de inferir que a nova modalidade de licitação tenha acolhido o *princípio do informalismo*; mesmo porque não deixou de ser um procedimento formal, com a obrigatoriedade, até mesmo, de que todos os atos praticados sejam reduzidos a termo, em ata, ao final da sessão pública.

#### (e) fase de lances

---

<sup>111</sup> Art. 10. A equipe de apoio deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da Administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou da entidade promotora do pregão, para prestar a necessária assistência ao pregoeiro.

<sup>112</sup> Art. 12. Caberá à equipe de apoio, dentre outras atribuições, auxiliar o pregoeiro em todas as fases do processo licitatório.

<sup>113</sup> Diversamente da responsabilidade solidária existente entre os membros da Comissão de Licitação.

<sup>114</sup> Art. 7º (...)

Parágrafo único. Somente poderá atuar como pregoeiro o servidor que tenha realizado capacitação específica para exercer a atribuição.

Diversamente das outras modalidades “comuns”, em que também se admitem outros *tipos* de licitação (“melhor técnica”, “técnica e preço” e “maior lance ou oferta”)<sup>115</sup>, no pregão, o único critério expressamente previsto pela lei de regência<sup>116</sup> é o “de menor preço”, vencendo, segundo a definição legal, aquele que “*ofertar o menor preço*”.

Recorde-se que nas modalidades comuns de licitação, os licitantes apresentam suas propostas por escrito que, se admitidas, são classificadas de acordo com a ordem crescente de valores, vencendo aquele que ofertou o menor preço.

Já no pregão, os valores consignados nas propostas escritas podem vir a sofrer alterações posteriormente, por conta de uma etapa de disputa oral promovida entre os licitantes que tenham sido admitidos para dela participar.

O licitante detentor da proposta de maior valor será chamado para iniciar a fase de lances verbais; caso queira renovar sua proposta, deve oferecer, necessariamente, valor menor do que aquele ofertado pelo concorrente, observando-se, eventualmente, uma quantia mínima de redução previamente estipulada no edital. Sucessivamente, são convocados os demais licitantes para que também formulem seus lances verbais em valores necessariamente distintos e decrescentes. Isto ocorrerá até que, todos declinando do direito de renovar suas ofertas, seja eleita uma melhor oferta.

Anote-se que, diversamente do que se possa interpretar da redação do art. 11, X<sup>117</sup>, do Decreto n. 3.555, o licitante que não se dispuser a apresentar novos

---

<sup>115</sup> *Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.*

*§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:*

*I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;*

*II - a de melhor técnica;*

*III - a de técnica e preço.*

*IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.*

<sup>116</sup> *Art. 4º (...)*

*X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;*

<sup>117</sup> *Art. 11 (...)*

lances verbais, ou mesmo aquele que não tenha participado da fase de lances, terá o valor de suas propostas considerado para efeito de ordenação final.

(f) recurso ao final

Diversamente do que ocorre nas modalidades tradicionais de licitação, em que há possibilidade de interposição de recuso contra as decisões tomadas ao final de cada uma das fases do procedimento (habilitação e julgamento das propostas), o art. 4º, XVIII da Lei n. 10.520 inovou ao prever uma fase recursal una, ao final da sessão pública, após a declaração do vencedor do certame ou do fracasso da licitação.

Concedida a palavra aos licitantes, devem manifestar, oralmente, a imediata intenção de recorrer, sob pena de decair do direito de recorrer (art. 4º, XX).

Depois, no prazo legal a contar da intimação na sessão pública, terão a oportunidade de apresentar razões de recurso e contrarrazões, melhor e mais detalhadamente explicitando os motivos de seu inconformismo contra os atos praticados pelo pregoeiro em sessão pública.

## 2.3 – Princípios

Os princípios informadores da modalidade do pregão não diferem ou exorbitam daqueles que a Lei n. 8.666 teve como mérito submeter toda a atividade da Administração Pública.

Interessante, no entanto, notar que, a despeito de a Lei n. 10.520 não os ter disciplinado de forma expressa (acertadamente, já que estão implícitos em todas as norma jurídicas e na própria Lei n. 8.666, que lhe é aplicada de forma subsidiária), o art. 4º do Decreto n. 3.555 assim dispôs:

*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.*

---

X – a desistência em apresentar lance verbal, quando convocado pelo pregoeiro, implicará exclusão do licitante do certame.

Sobre os princípios informadores do procedimento licitatório já se deram notícias alhures, exceção feita aos princípios da celeridade, justo preço e seletividade, ora invocados pelo referido decreto, que decorrem, na verdade, do próprio princípio da eficiência.

Anote-se, a respeito, comentários de Joel de Menezes Niebuhr<sup>118</sup>, segundo quem:

*do princípio da eficiência, mais abrangente, decorrem outros princípios, entre os quais o do justo preço, o da seletividade, o da celeridade e o da finalidade. O princípio do justo preço demanda que a Administração não assuma compromissos com preços fora de mercado<sup>119</sup>, especialmente com preços elevados. O princípio da seletividade requer cuidados com a seleção do contratante e da proposta, relacionando-se diretamente com a qualidade do objeto contratado. O princípio da celeridade envolve o tempo necessário para realizar a licitação, que deve ser o mais breve possível. E o princípio da finalidade presta-se a enfatizar que a licitação não é um fim em si mesma, mas instrumento para que a Administração celebre contratos e, com eles, receba utilidades de terceiros, para que possa satisfazer aos interesses da sociedade e cumprir a sua missão constitucional. (...) Ora, a observância de todos eles, em conjunto, revela a tão almejada eficiência.*

Frise-se, por derradeiro, que, a despeito de estarem em voga estudos acerca da ponderação de princípios, quer-se crer que não há hierarquia entre eles, sobressaindo-se, uns aqui outros acolá, por conta da análise do caso concreto. O mais importante é que a Administração não se valha de um princípio como justificativa para desobedecer à lei de regência ou qualquer outro princípio; é dizer, não se pode, a título de se dar primazia à celeridade, tão acalentada e celebrada na modalidade pregão, violar o princípio da igualdade, como se tem assustadoramente presenciado.

## 2.4 – Etapa interna

A Lei n. 10.520 trouxe contribuição de grande valia ao disciplinar, com maior detalhe, a fase preparatória na modalidade do pregão; tratou de exigir algo que se

<sup>118</sup> *Pregão Presencial e Eletrônico*, Curitiba: Zênite, 2006, pp. 43-44.

<sup>119</sup> Interessante a anotação de Jair Eduardo Santana, segundo quem deve haver um “preço condizente, isto é, que não seja alto, e que seja viável ao fornecedor”, por sinal, a expressão “justo preço” poderia “materializar nos dias atuais, em razão de princípios outros, a sua concepção medieval de que deveria existir um componente de caráter moral (de ordem substancial ou essencial) nos preços pagos pelos objetos. A fixação destes não deveria ser determinada pelas forças do mercado”. (*Pregão presencial e eletrônico*, 3ª ed., Editora Fórum, Belo Horizonte, 2009, p. 83)

supunha fundamental para a garantia do devido processo legal: a motivação dos atos.

O art. 3º<sup>120</sup> da Lei n. 10.520 reclama, de forma expressa, que a autoridade competente faça constar do processo a justificativa quanto à necessidade de contratação, também devendo motivar todas as decisões tomadas, dentre as quais, *exempli gratia*, a razão pela qual decidiu exigir a apresentação de amostras e o motivo da eleição de determinado documento para fins de demonstração de qualificação técnica.

Bem se sabe que, no Estado Democrático de Direito, a motivação é vista como condição de validade dos atos administrativos e sua importância foi bem retratada por Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>121</sup> quando aduz que

*A idônea motivação dos atos estatais que intercedem com interesses gerais da sociedade ou, singularizadamente, com interesses específicos de terceiros, afasta desde logo o sintoma do arbítrio e do nepotismo, que a ordem constitucional repudia e o regime democrático deplora. Além disso, com a revelação das razões de decidir, permite-se à própria Administração Pública rever internamente os seus atos, possibilitando-se, ainda e sobretudo, ao Judiciário controlar externamente a validade das ações (e omissões) do Poder Público em face da Constituição e das leis menores. Em síntese, a justa causa transformou-se, para os atos administrativos, em sinônimo de legalidade e, para os administradores, em garantia contra o arbítrio das autoridades.*

Quanto à definição do objeto, a lei tratou de vedar algo que, a princípio, parecia de solar evidência: não se pode fixar especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou prejudiquem a ampla competitividade.

Aqui reside, em grande parte, o sucesso ou o fracasso de um procedimento licitatório. Está fadada ao fracasso descrição do objeto que seja feita com o intuito de tão somente cumprir formalidades, já que desprovida de elementos e informações necessárias para a ampla participação de interessados e a correta

<sup>120</sup> Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, até mesmo com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

<sup>121</sup> O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 338.

elaboração das propostas. Do mesmo modo, objeto cuja especificação seja por demais minuciosa, excessiva, irrelevante até para a efetiva satisfação do interesse público, opera na contramão dos princípios que regem a atividade administrativa, já que limita a participação de interessados e dificulta a correta formulação de proposta; acresce que na eventualidade de direcionar o certame, retira do instituto da licitação o próprio pressuposto da competição, que nada mais é, na voz de Eros Roberto Grau<sup>122</sup>, do que “a possibilidade de acesso de todos e quaisquer agentes econômicos capacitados à licitação; ela, aqui, é concreção da garantia da igualdade (isonomia)”.

Bem assim adverte Adilson Abreu Dallari<sup>123</sup> que:

*A licitação tornou-se a maneira mais segura de fraudar a Administração, porque é perfeitamente possível manipular qualquer licitação, mediante requisitos de participação, características do produto ou critérios de julgamento injustificados e injustificáveis. Isso não ocorreria se se prestasse mais atenção à lição de Renato Alessi: o procedimento administrativo tem uma fase preliminar de tomada de decisões que vão condicionar o desenvolvimento da fase principal, e essa fase preliminar é ‘relevante’ para o controle da licitação.*

No mais, observe-se que, não obstante o art. 3º da Lei 10.520 concentrar os comandos em relação à fase preparatória, os arts. 4º<sup>124</sup>, 5º<sup>125</sup>, 6º<sup>126</sup> e 8º<sup>127</sup> também trazem regras de observância obrigatória.

Estabelece que, por ocasião da confecção do edital, todos os elementos requeridos pelo art. 3º, I devem ser considerados (art. 4º, III).

<sup>122</sup> *Licitação e Contrato Administrativo* (Estudos sobre a interpretação da lei), São Paulo: Malheiros, 1995, p. 15.

<sup>123</sup> *Aspectos jurídicos da licitação*, 7ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 106

<sup>124</sup> Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

III - do edital constarão todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso;

(...)

V - o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis;

<sup>125</sup> Art. 5º É vedada a exigência de:

I - garantia de proposta;

II - aquisição do edital pelos licitantes, como condição para participação no certame; e

III - pagamento de taxas e emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica, e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso.

<sup>126</sup> Art. 6º O prazo de validade das propostas será de 60 (sessenta) dias, se outro não estiver fixado no edital.

<sup>127</sup> Art. 8º Os atos essenciais do pregão, até mesmo os decorrentes de meios eletrônicos, serão documentados no processo respectivo, com vistas à aferição de sua regularidade pelos agentes de controle, nos termos do regulamento previsto no art. 2º.

Também é neste momento que se define o prazo de apresentação das propostas que será de, no mínimo, 8 (oito) dias úteis que, dependendo da natureza do objeto licitado, pode ser ampliado. Sua contagem se dá a partir da publicação do aviso do edital (art. 4º, V), nos exatos termos do art. 110<sup>128/129</sup> da Lei n. 8.666; acresce que na eventual necessidade de se alterar o edital, também se aplicam, subsidiariamente, as regras do art. 21, §4º<sup>130</sup> da mesma lei.

## 2.5 – Etapa externa

### 2.5.1 Convocação dos interessados

Segundo previsão expressa do art. 4º<sup>131</sup> da Lei n. 10.520, a primeira fase cronológica do procedimento licitatório, na modalidade do pregão, inicia-se com a publicidade do ato convocatório, deixando que todos saibam do interesse público que se pretende ver satisfeito.

Tal obrigatoriedade diz respeito tão somente<sup>132</sup> à publicação do aviso do edital no Diário Oficial do ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local. Facultativamente, pode haver divulgação por meios eletrônicos especializados na divulgação de licitações, a exemplo do [www.e-negociospublicos.com.br](http://www.e-negociospublicos.com.br) (serviço criado pela Imprensa Oficial do Estado de São

<sup>128</sup> Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

*Parágrafo único.* Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.

<sup>129</sup> A título de exemplo, se o aviso do edital for publicado na terça-feira, o prazo começa a ser contado da quarta-feira; se for publicado na sexta, o prazo começa a contar a partir de segunda-feira; se for publicado no sábado, o prazo começa a contar da terça-feira.

<sup>130</sup> § 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

<sup>131</sup> Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

I - a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação, nos termos do regulamento de que trata o art. 2º;

II - do aviso constarão a definição do objeto da licitação, a indicação do local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital;

<sup>132</sup> Note-se que, aqui, a lei do pregão homenageou a autonomia administrativa, beneficiando especialmente os municípios que contam com menos recursos, já que o comando do art. 21 da Lei n. 8.666 obriga a publicação do aviso do edital no diário oficial do Estado e jornais diários estadual e municipal.

Paulo, visando a proporcionar transparência aos negócios públicos realizados no Estado), o [www.comprasnet.gov.br](http://www.comprasnet.gov.br), bem como outros sites instituídos e operados pelos próprios entes licitantes. Acresce que, conforme o vulto da licitação, também deve haver publicação em jornal de grande circulação.

Advirta-se que a veiculação do aviso do edital pela internet não isenta a Administração do dever de providenciar a publicação nos jornais; ainda mais porque, ao menos por ora, esta é a maneira mais segura de garantir a observância aos princípios da transparência e igualdade, considerando que nem todos os interessados têm acesso ou mesmo o domínio da tecnologia da informação.

Joel de Menezes Niebuhr<sup>133</sup> aduz que, não obstante a parte final do artigo 2º, I, ter sido vetada pelo Presidente da República, nada obsta que os entes federados expeçam seus respectivos regulamentos fixando, a exemplo do Decreto n. 3.555<sup>134</sup>, parâmetros de valores acima dos quais, além da publicação dos avisos em diário oficial, faz-se necessária a publicação em outros veículos.

Razão, no entanto, assiste a Celso Antônio Bandeira de Mello segundo quem “*não seria da alçada regulamentar, mas de lei, a fixação do limite de valor a partir do qual será necessária a publicação em jornal de grande circulação*”, de modo que a solução é a observância dos limites de valor estabelecidos pela Lei n. 8.666.

O art. 21, III, prevê que, conforme o vulto da licitação, a Administração pode, além de providenciar a publicação em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será

<sup>133</sup> *Pregão Presencial e Eletrônico*, 4ª ed. Zênite, 2006, Curitiba, p. 154.

<sup>134</sup> Art. 11. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

I - a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em função dos seguintes limites:

a) para bens e serviços de valores estimados em até R\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais):

1. Diário Oficial da União; e
2. meio eletrônico, na Internet;

b) para bens e serviços de valores estimados acima de R\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais) até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais):

1. Diário Oficial da União;
2. meio eletrônico, na Internet; e
3. jornal de grande circulação local;

c) para bens e serviços de valores estimados superiores a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais):

1. Diário Oficial da União;
2. meio eletrônico, na Internet; e
3. jornal de grande circulação regional ou nacional;

realizada a licitação, utilizar-se de outros meios para ampliar a área de competição, a exemplo do rádio, televisão etc.

Nos termos do art. 6º, V, considerem-se de grande vulto as obras, serviços e compras cujo valor estimado seja superior a 25 (vinte e cinco) vezes o limite estabelecido no art. 23, I, alínea “c”, ou seja, R\$37.500.000,00.

De qualquer modo, os órgãos de controle têm sido extremamente rígidos em relação à obrigatoriedade de ampla publicidade, não havendo acolhimento de eventuais justificativas dos órgãos licitantes, segundo os quais a ausência de ampla publicação em jornais deve-se aos elevados custos envolvidos, ensejando, nestes casos, no mais das vezes, julgamento de irregularidade da licitação e contrato dela decorrente.

É que, considerando o dever de a Administração observar os princípios constitucionais da publicidade e da transparência, quaisquer defeitos relativos à divulgação e pleno conhecimento dos termos do instrumento convocatório podem resultar em vício de nulidade, insanável<sup>135</sup>, devendo ser pronunciado a qualquer tempo.

Neste sentido, a advertência de Adilson Abreu Dallari<sup>136</sup>

É preciso levar em consideração que a licitação não é feita em benefício das empresas contratantes; o destinatário da licitação é a sociedade, é o povo que aprendeu a se organizar por meio de entidades da sociedade civil. É a sociedade, é qualquer um que deve ter acesso à documentação referente à licitação, que não é e nem pode ser sigilosa, pois o sigilo só serve para propiciar a venda de informações privilegiadas.

### 2.5.2 Credenciamento

Nos termos do art. 4º, VI<sup>137</sup>, da Lei n. 10.520, no dia, hora e local previamente divulgados no ato convocatório, é realizada a sessão pública<sup>138</sup> para o recebimento das propostas e promoção da respectiva competitividade.

<sup>135</sup> Cf. Geraldo Ataliba, in RDP 17/240-252.

<sup>136</sup> *Aspectos jurídicos da licitação*, 7ª ed. atual. , São Paulo: Saraiva, 2007, p. 8.

<sup>137</sup> Art. 4º (...)

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

<sup>138</sup> Tratando-se de sessão pública, as portas do local devem ser mantidas sempre abertas, permitindo-se, além dos licitantes, a presença de quaisquer membros da sociedade que eventualmente tenham interesse em assistir e acompanhar o desenrolar da competição, sem que haja necessidade de expressa autorização para tanto.

A partir do momento em que o pregoeiro declara, em voz alta, a abertura da sessão pública, a condução de todo o procedimento licitatório se dá sob o comando de sua voz, motivo pelo qual deve atentar, desde então, para comportamento escorreito, compatível com a responsabilidade que se lhe atribuiu.

Referido dispositivo define que a primeira providência a ser tomada será “o interessado, ou seu representante, identificar-se e, se for o caso, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame”; inicia-se aqui a fase de credenciamento, momento em que a Administração passa a conhecer todos quantos atenderam ao seu chamado.

O que se identifica em primeiro lugar são os sujeitos *interessados* em participar da competição, que, note-se, não se confundem com os *licitantes* — “pessoa que oferece lanço ou faz licitação em uma venda em almoeda”<sup>139</sup> — admitidos na corrida licitatória por atender às *condições de participação* previamente fixadas no edital.

Tal identificação não se limita à verificação da presença física de eventuais interessados ou seus representantes na sessão pública (pregão presencial), consoante o entendimento de alguns doutrinadores<sup>140</sup>, mesmo porque não há óbice a que o licitante participe do certame sem que esteja presente fisicamente; a proposta pode ser enviada via postal<sup>141</sup>, ou por outros meios de entrega, ainda mais se se considerar que a prática de atos no decorrer da sessão pública, a exemplo da renovação oral dos lances ou manifestação quanto à interposição de recursos, configura mera faculdade conferida ao licitante.

Corroborando tal entendimento, há a hipótese de o licitante, a despeito de contar com representante fisicamente presente, não poder praticar os atos inerentes ao certame, já que não conta com poderes para tanto, apresenta procuração com

---

<sup>139</sup> De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*. p. 492.

<sup>140</sup> “O primeiro ato a ser praticado pelo pregoeiro na sessão do pregão é o relativo ao credenciamento dos representantes dos licitantes. Nele o pregoeiro propõe-se a verificar se as pessoas que declaram representar os licitantes durante a sessão do pregão realmente têm poderes para fazê-lo, sobretudo para oferecerem os lances orais.” (Joel de Menezes Niebuhr. *Pregão Presencial e Eletrônico*, 4ª ed. Zênite. Curitiba. 2006. p. 162).

<sup>141</sup> Acondicionada em envelope externo lacrado, indevassado, devidamente protocolada, que chegue à Administração em tempo hábil para ser aberto pelo Pregoeiro em sessão pública.

prazo vencido<sup>142</sup>, ou não subscrita por ambos os sócios responsáveis pela administração da sociedade empresarial; nada disto, no entanto, deve impedir que sua proposta escrita seja considerada, em absoluto compasso com o princípio da ampla competitividade.

Neste sentido, adverte Vera Monteiro<sup>143</sup>

*Eventuais propostas enviadas pelo Correio ou entregues por portador sem poderes para formular propostas e praticar atos durante a sessão não devem, a despeito da falta de específica representação, ser eliminadas de pronto do pregão. O fato de elas estarem desacompanhadas de um representante específico no dia da sessão pública do pregão não as invalida.*

*Tais propostas devem ser consideradas e devidamente analisadas na fase de julgamento, com a ressalva de que o autor da proposta não terá chance para dar lances ou praticar qualquer ato em seu favor durante a sessão; mas isto não impede que tais propostas possam ser declaradas vencedoras, porque válidas e em conformidade com os interesses da Administração, e, eventualmente, chamados seus autores a assinar o contrato.*

O Tribunal de Contas da União<sup>144</sup>, por sinal, também já se manifestou a respeito.

*No caso de pregão, o licitante interessado em participar da fase de lances verbais, além de entregar os envelopes com a documentação e as propostas por escrito, deve credenciar seu representante legal com poderes para oferecer novos preços. Caso não tenha interesse em participar da fase de lances verbais, pode remeter os envelopes ao órgão ou entidade licitadora da melhor forma que encontrar.*

Observe-se, no entanto, que a hipótese de o licitante não contar com a presença física do seu representante na sessão pública enseja consequências: haverá, evidentemente, a impossibilidade de renovação das propostas por meio de lances verbais, do exercício do direito de preferência conferido pela Lei n. 123/06, de negociação com o pregoeiro, bem como de eventual manifestação quanto à interposição de recurso, ou renúncia a tal direito, ao final da sessão pública.

É esta a conclusão a que também chega Jessé Torres Pereira Júnior<sup>145</sup>:

*Depreende-se que o licitante que se limita a remeter os envelopes, até mesmo por via postal, sem se fazer presente na sessão, sequer por representante, está a renunciar, desde logo, ao direito de formular lances*

<sup>142</sup> Em todos estes casos, é imperativo, por força do art. 4º, VII que os envelopes proposta e documentação façam-se acompanhar da declaração de pleno atendimento aos requisitos de habilitação, sob pena de ser vetada sua participação na disputa.

<sup>143</sup> *Licitação na modalidade pregão*: Lei 10.520, de 17 de julho de 1992. In: Coleção - Temas de Direito Administrativo, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 141.

<sup>144</sup> *Manual de Licitações e Contratos – Orientações Básicas*. 2003. p. 108.

<sup>145</sup> Seção Pública. In: *Pregão presencial e eletrônico*, Coordenação de Diógenes Gasparini. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 99.

*verbais, de recorrer de decisões do pregoeiro e de praticar qualquer outro ato de manifestação de vontade no curso da sessão. Logo, estará competindo apenas com o valor de sua proposta escrita. Em tese, se nenhuma outra lhe for superior, e os seus documentos de habilitação estiverem em ordem, vencerá a competição sem haver participado da sessão.*

Ou seja, o pregão “*presencial*” não é assim denominado pelo fato de contar ou não com a presença física de interessados ou representantes na sessão pública, mas para diferenciá-lo do pregão “*eletrônico*”, cuja realização se dá por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação.

Se o interessado ou seu representante comparecer à sessão pública, é na fase de credenciamento que deve apresentar documento oficial, acompanhado de instrumento constitutivo da empresa registrado na Junta Comercial ou, tratando-se de sociedade simples, do ato constitutivo registrado no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, nos quais estejam expressos seus poderes para exercer direitos e assumir obrigações em decorrência de tal investidura; tratando-se de procurador, deve apresentar o instrumento público de procuração ou o instrumento particular com firma reconhecida do(s) representante(s) legal(is) que o subscreve(m), nos quais constem poderes genéricos ou específicos para praticar os atos inerentes ao certame, tudo na exata medida do ato convocatório.

Superada esta questão, o pregoeiro deve também voltar sua atenção para o atendimento das *condições de participação*<sup>146</sup> previamente fixadas no edital. Verifica-se, por via de regra, a compatibilidade entre o ramo de atividade do interessado em participar do certame e o objeto licitado; eventual participação de empresas reunidas em consórcio ou de empresas cooperativas<sup>147</sup>; as listagens de

<sup>146</sup> Não se confundem com os requisitos de habilitação.

<sup>147</sup> Anotem-se importantes decisões no que diz respeito à participação de cooperativas em certames licitatórios:

a) o E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (AgRg na SS n. 1.516/RS – E. Min. Edson Vidigal, (DJ de 10-04-2006); REsp 1.141.763-RS, de 23-02-10, E. Min. Eliana Calmon) admitiu a legalidade de previsão editalícia que veda a participação de cooperativas em certames promovidos pela Administração Pública que impliquem em existência de subordinação;

b) no mesmo sentido, decisão do E. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (acórdão 1815/2003, sessão plenária de 23-11-03, E. Min. Benjamin Zymler, entendimento este mantido em sede de Reexame, acórdão 724/2006, sessão Plenária de 17-05-06, E. Min. Ubiratan Aguiar),

c) o E. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (TC-005241/026/10, sessão Plenária de 05-05-10, Relator E. Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga), por sua vez, decidiu pela impossibilidade de participação de sociedades cooperativas em licitações nas hipóteses em que restar configurada a existência de trabalho subordinado evitando, assim, contratações que, nestes termos, possam resultar em futuras condenações trabalhistas;

d) o Decreto estadual n. 55.938/10, do Estado de São Paulo, proíbe a participação de cooperativas em licitações; contra o caput do artigo 1º, caput (cabeça) e parágrafo único, item 11, que

apenados disponibilizadas pelos órgãos de controle externo e os eventuais sites de sanções existentes, a exemplo do [www.sancao.sp.gov.br](http://www.sancao.sp.gov.br), disponibilizado pelo Governo do Estado de São Paulo, nos quais há indicação daqueles que estejam cumprindo pena de suspensão temporária ou tenham sido declarados inidôneos (art. 87, III ou IV, da Lei n. 8.666); ou mesmo impedidos de licitar ou contratar com a Administração (art. 7º da Lei n. 10.520 ou art. 10º da Lei 9.605/98).

Todos os interessados que porventura sejam impedidos de participar no certame podem se insurgir contra a decisão do pregoeiro por meio de representação (art. 109, II da Lei n. 8.666), já que o recurso hierárquico é reservado aos licitantes admitidos na corrida licitatória.

Uma vez anunciado, pelo pregoeiro, o encerramento da fase de credenciamento, não se admite mais a participação de interessados retardatários.

### 2.5.3 Julgamento das propostas

Superada a fase de credenciamento, o Pregoeiro passa para a fase de julgamento das propostas, à luz do comando do art. 4º<sup>148</sup>, VII, X e XI, da Lei n. 10.520.

---

inclui a vedação da participação das cooperativas prestadoras de serviço de transporte por meio de monofrete e regime de fretamento contínuo, foi ajuizada, ao argumento de que se estaria violando o princípio constitucional da isonomia, Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI 4444) junto ao E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que decidiu, em despacho de 03/09/10, da E. Min. Ellen Gracie: *“Como visto, a ação direta de inconstitucionalidade ora em exame tem como objeto decreto baixado pelo Chefe do Poder Executivo do Estado de São Paulo no âmbito da Administração Pública direta e indireta daquela unidade da Federação. Normas dessa natureza somente são impugnáveis pela via do controle abstrato de constitucionalidade quando consideradas autônomas ou primárias, ou seja, quando, inovando no mundo jurídico, dispõem sobre determinada matéria de forma completamente dissociada de qualquer outro comando anterior que pudesse lhes servir de fundamento de validade. Não é o que acontece no presente caso. (...) Ante o exposto, evidenciado o manifesto descabimento da presente ação direta, a ela nego seguimento, nos termos do art. 21, § 1º, do Regimento Interno. Publique-se. Arquive-se.”*

<sup>148</sup> Art. 4º (...)

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório; (...)

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade.

Convidam-se os licitantes para apresentar o envelope proposta, “*contendo a indicação do objeto e do preço oferecido*”, acompanhado da respectiva *declaração de pleno atendimento aos requisitos de habilitação*.

Jessé Torres Pereira Júnior<sup>149</sup>, ao ressaltar a importância da declaração de atendimento aos requisitos de habilitação, diz que se trata de

*documento que compromete o licitante com as exigências de habilitação postas no edital, antecipando que trouxe, no envelope próprio, os documentos tendentes a comprovar que as satisfaz inteiramente. Tal declaração constitui condição para ser admitido a participar do pregão; sua falta não significa inabilitação, mas obsta o acesso ao certame.*

Recorde-se que, por conta da inversão de fases e da análise prévia das propostas, é de suma importância que o licitante declare, desde já, que se encontra habilitado para eventualmente firmar contrato com a Administração, ficando sua comprovação postergada, no entanto, para a fase subsequente (habilitação). A ausência da declaração pode ser sanada em sessão pública, se contar com representante presente; de outra sorte, será motivo de impedimento de sua participação.

Há quem defenda que, neste primeiro momento, só deveria haver a entrega dos *envelopes proposta*; mas, pelo teor do art. 4º, XII e XVI e pelo art. 7º da lei do pregão, quer-se crer também devam ser entregues os envelopes contendo a documentação de habilitação. Garante-se, até mesmo, a celeridade do procedimento licitatório, considerando que podem ser abertos tantos envelopes de documentos quantas forem as inabilitações ocorridas. Acresce que, considerando-se haver autorização legal<sup>150</sup> para a eventual retomada da sessão pública para dar continuidade ao procedimento licitatório, na eventualidade, *exempli gratia*, de o vencedor não assinar o contrato, estaria garantida a isonomia de participação entre os concorrentes.

É neste sentido que Marçal Justen Filho adverte:

*Tenha-se em mente que a inversão da ordem de exame dos envelopes não acarreta apresentação em momentos diversos. O interessado tem de apresentar ambos os envelopes. Será aberto, primeiramente, o das propostas. O envelope com os documentos será aberto posteriormente. Essa sistemática foi bem esclarecida pelos incs. IV e V do art. 11 do regulamento federal, o qual explicitamente faz referência à apresentação conjunta de dois envelopes.*

---

<sup>149</sup> Seção Pública. In: *Pregão presencial e eletrônico*, Coordenação de Diógenes Gasparini, 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 100.

<sup>150</sup> Vide art. 4º, XXIII c/c XVI da Lei n. 10.520.

No mais, juntamente com o envelope proposta, envelope habilitação, e declaração de atendimento aos requisitos de habilitação, deve ser entregue pelo licitante declaração de sua condição de microempresa ou empresa de pequeno porte (ME/EPP), nos limites previstos no art. 3º, da Lei Complementar n. 123/06<sup>151</sup>, para que possam eventualmente usufruir dos benefícios por ela concedidos: o exercício do direito de preferência na eventualidade de haver empate ficto na fase de lances e regularização fiscal tardia.

Considerando-se, no entanto, inviável a verificação, em sessão pública, do enquadramento das empresas nos termos requeridos pela lei de regência, vale-se do mesmo expediente adotado para a questão da habilitação: aceita-se declaração, consoante modelo indicado no edital, subscrita pelo próprio licitante, ou declaração de enquadramento feita perante as Juntas Comerciais, nos termos da Instrução Normativa n. 103/07<sup>152</sup>, cuja veracidade há de ser aferida previamente à assinatura do contrato. A ausência da apresentação da referida declaração, neste momento, impedirá que o licitante invoque, posteriormente, os benefícios da lei complementar.

Superadas estas questões, o pregoeiro procede, então, à imediata abertura dos envelopes proposta, e à verificação de sua conformidade com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório.

Frise-se que a análise da proposta há de ser feita, invariavelmente, sob três aspectos diferenciados: verifica-se, primeiro, seu aspecto formal e substantivo, para

---

<sup>151</sup> Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

II - no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

<sup>152</sup> Art. 2º Serão consideradas enquadradas na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte nos termos da Lei Complementar n. 123, de 2006, o empresário e a sociedade empresária regularmente enquadrados no regime jurídico anterior, salvo as que estiverem incursas em alguma das situações impeditivas para enquadramento previstas nos incisos do § 4º do art. 3º da mencionada Lei Complementar, que deverão promover o seu desenquadramento.

Parágrafo único. As sociedades anônimas e cooperativas, salvo as de consumo, enquadradas como microempresa ou empresa de pequeno porte no regime jurídico anterior, terão o seu desenquadramento promovido pela Junta Comercial nos termos do art. 5º desta Instrução Normativa.

depois voltar a atenção ao preço, nesta ordem, por via de regra, já que este pode sofrer alterações por conta da fase de lances ou negociação.

Muitos partem de premissa equivocada segunda a qual, tratando-se de pregão, por haver inversão das fases de habilitação e julgamento de propostas, privilegiar-se-ia, primeiro, a disputa de preços. Não é bem assim. A mera inversão de fases não autoriza que se descaracterize o exame das propostas, comum a todas as modalidades. Ainda que a análise da proposta ocorra em momento único, repise-se, porque importante, dar-se-á destaque, separadamente, aos aspectos que devem ser observados por questão meramente didática.

A análise que se faz quanto ao *aspecto formal* diz respeito à verificação da conformidade com as exigências do edital, a exemplo da apresentação de proposta datilografada ou preenchida a mão, de forma legível, em língua portuguesa, sem rasuras ou ofertas alternativas, com indicação dos dados do licitante, do objeto licitado, preços unitários e total, expressos em moeda corrente nacional, incluindo, além do lucro, todas as despesas resultantes de impostos, taxas, tributos, frete e demais encargos, assim como todas as despesas diretas ou indiretas, prazo de validade, data e assinatura do representante legal ou procurador. Neste aspecto, a proposta comporta saneamentos diversos, tudo nos limites do quanto disposto no ato convocatório.

A verificação da proposta quanto ao seu *aspecto substantivo* é de extrema importância; independentemente de se tratar de licitação do tipo *menor preço*, é neste momento que o pregoeiro se certifica de que todas as propostas estão na exata conformidade com as especificações mínimas estabelecidas no edital, considerando-se “*prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital*”, garantindo, assim, não só a plena satisfação do interesse público almejado, como também a única forma de se preservar a realização de competição isonômica, no que diz respeito à disputa de preço que se dará na sequência.

Adverte Vera Monteiro<sup>153</sup> que

*Esta verificação é de suma importância, pois as diversas propostas necessariamente devem referir-se ao mesmo objeto descrito no edital para serem passíveis de comparação. São dois os riscos no caso de elas se referirem a objetos distintos. Um, induzir os demais participantes a formular propostas econômicas, na fase de lances verbais, incompatíveis com o objeto ofertado. E dois, declarar*

<sup>153</sup>

*Licitação na modalidade pregão.* p. 149.

*vencedora a proposta incompatível com o edital, frustrando, assim, os objetivos da licitação.*

Deveras, se a Administração promove, por exemplo, licitação visando fornecimento de veículo de passeio padrão sedan com quatro portas, câmbio manual, com motorização de, no mínimo, 2.000 cm<sup>3</sup>, direção hidráulica, cor metálica, com vidros e travas elétricas e ar condicionado, deve-se apurar se todas as propostas levaram em consideração todas e cada qual destas exigências. É de solar evidência que a alteração de um único quesito (cor sólida, por exemplo) há de influenciar no preço, não havendo falar em competição isonômica, mesmo porque, na prática, os licitantes cujas propostas estejam em conformidade com o edital se recusam a participar de disputas de preços quando se vêem nesta situação, declinando desde logo do direito de renovar lances e, no mais das vezes, interpondo recurso ao final da sessão.

Razão não lhes falta. Se a seleção do vencedor do certame se dará pelo critério do menor preço, deve-se zelar, primeiro, para que os objetos oferecidos em todas e cada qual das propostas guardem perfeita similaridade, sob pena de que a competição, calcada exclusivamente no menor preço, não seja isonômica. A assertiva pode parecer acaciana, mas este é o grande dilema por que passam todos aqueles que lidam com a análise de propostas em certames licitatórios. Não há como partir para a disputa de preços se não se assegurar que todos estão ofertando produto com as especificações mínimas ditadas pelo edital, já que variações nas características do objeto licitado influenciam, no mais das vezes, no preço.

A questão tende a se complicar quando, não sendo possível detectar facilmente a exata compatibilidade entre os produtos ofertados e os requisitos do edital, a Administração, em nome do princípio da celeridade desejável, leva adiante a disputa alegando que o licitante é o único responsável pela sua oferta e, ciente das regras do edital, sabe estar sujeito às sanções incidentes na hipótese de sua proposta revelar-se, ao final, em desconformidade com as regras do edital. Fato é que, segundo o art. 3º da Lei n. 8.666, a licitação destina-se não só a selecionar a proposta mais vantajosa, mas, de igual forma, a garantir a observância do princípio da isonomia. E isto só ocorrerá se a Administração, e somente ela, cuidar de promover disputa de preços entre objetos equivalentes. Só a partir do momento em que forem dissipadas todas as dúvidas em relação à efetiva compatibilidade da

proposta com os requisitos do edital é que a competição de preços poderá fluir sem maiores sobressaltos. Caso contrário, os licitantes sérios declinam da oportunidade de renovar suas propostas, havendo prejuízo à competitividade desejada, à economicidade, e à própria satisfação do interesse público.

Infelizmente, não é isto que tem ocorrido na prática, por conta, quiçá, de interpretações equivocadas das normas incidentes. Marçal Justen Filho<sup>154</sup> vislumbra aparente contradição entre a Lei n. 10.520 e o Decreto n. 3.555. Se por um lado, o art. 4º, VII da lei diz que, abertos os envelopes, proceder-se-á à *“imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório”*, o art. 11, VI do regulamento federal dispõe que *“o pregoeiro procederá à abertura dos envelopes (...) e classificará o autor da proposta de menor preço e aqueles que tenham apresentado propostas em valores sucessivos e superiores em até dez por cento, relativamente à de menor preço”*; acresce que tanto o art. 4º, XI<sup>155</sup> da lei, quanto o art. 11, XII<sup>156</sup> do decreto referem-se ao exame da aceitabilidade da proposta classificada em primeiro lugar tão somente após a fase de lances. Para o autor *“este tema envolve a mais séria controvérsia jurídica proporcionada pela sistemática do pregão”*. Deveras. Como se poderia admitir, à luz de todos os princípios que obrigatoriamente regem o procedimento licitatório, que toda e qualquer proposta, até mesmo aquelas defeituosas, participem da disputa de preços? Recorde-se, dentre outros tantos exemplos, que na eventualidade de a proposta defeituosa ser a de menor preço, ditará a regra dos 10% (art. 4º<sup>157</sup>, VIII e IX) no pregão presencial, podendo impedir a participação de outros licitantes cujas propostas estavam conformes com o edital. Ou seja, uma proposta defeituosa e inválida teria produzido efeitos jurídicos, comprometendo a

<sup>154</sup> *Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)*, 4ª ed. rev. e atual., São Paulo: Dialética, 2005, pp. 112 e ss.

<sup>155</sup> *XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;*

<sup>156</sup> *XII - declarada encerrada a etapa competitiva e ordenadas as propostas, o pregoeiro examinará a aceitabilidade da primeira classificada, quanto ao objeto e valor, decidindo motivadamente a respeito;*

<sup>157</sup> *Art. 4º (...)*

*VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;*

*IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;*

própria essência da competitividade, já que a verificação do defeito da proposta, ainda que só após a fase de lances, gera efeitos *ex tunc*. Por isso, alega o autor:

*Logo, seria juridicamente indefensável que um outro licitante fosse excluído da fase de lances porque a Administração realizou a seleção com base em proposta inválida. A proposta defeituosa não poderá ser considerada como critério da fase de lances porque a Administração realizou a seleção com base em proposta inválida. A proposta defeituosa não poderá ser considerada como critério para definição do universo de licitantes admitidos à fase de lances. Se o for, o resultado será a invalidade da disputa, com renovação dos atos praticados. Por tudo, a Administração tem o dever de fiscalizar permanentemente a atividade dos licitantes e suas propostas. Quanto antes for apurada a existência do defeito, tanto mais satisfatória terá sido a conduta da Administração. Excluir a proposta defeituosa já no primeiro momento significa eliminar disputas, controvérsias e problemas que surgirão no futuro. Mais ainda, equivale a prevenir dificuldades insuperáveis que acarretarão a provável invalidade integral do pregão. É que a nulidade da proposta poderá contaminar os demais atos do procedimento licitatório, com graves prejuízos aos interesses perseguidos pela Administração e aos demais licitantes. Dito de outro modo, a ausência de exame da validade da proposta não pode justificar-se através do argumento da celeridade, da eficiência ou da competitividade. Admitir a participação de licitante cuja proposta estiver eivada de nulidade caracterizará ofensa a todos esses princípios, precisamente porque a pronúncia posterior do defeito conduzirá ao desfazimento dos atos praticados. Será necessário reiniciar o procedimento licitatório desde seu início, com desperdício de tempo, recursos e esforços públicos e privados.*

Jair Eduardo Santana<sup>158</sup> também advoga que, uma vez aberta a proposta, ela se submete à verificação de conformidade antes da disputa por lances, para só então proceder-se a decisão quanto à sua aceitabilidade; é que a ausência de análise de conformidade no início do pregão pode prejudicar a competição, posto que *“tanto pode levar a disputas por preços que os licitantes não tem como sustentar, quanto pode deixar de fora da disputa (por lances) licitantes que têm condições de efetuar competição sadia”*.

Para Vera Monteiro<sup>159</sup>, esta análise é realizada mediante a comparação entre os requisitos do edital e a proposta formalmente apresentada: por isso não há óbices a que o edital exija que dela constem a descrição do objeto licitado, que pode vir até mesmo acompanhada de documentos contendo as características técnicas do produto ofertado, a garantia, prazos de entrega e quantidades. Mas, a exemplo do que defende Marçal Justen Filho<sup>160</sup>, também não admite, nesta fase, a realização de

<sup>158</sup> *Pregão presencial e eletrônico. Sistema de registro de preços. Manual de implantação. Operacionalização e controle*, 3ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, pp. 274 e ss.

<sup>159</sup> *Licitação na modalidade pregão*. p 150.

<sup>160</sup> *Pregão....*, 1ª ed., pp.93 e 96.

diligências, pesquisas ou investigações que demandem tempo ou suspensão do certame.

Ainda que isto seja o desejável na modalidade pregão, não se crê haver qualquer óbice a que se promovam as diligências que se fizerem necessárias quando a situação assim o demandar.

Depois, ao cabo da análise das propostas sob os aspectos formal e substantivo, é que se pode voltar a atenção ao quesito *preço*, sempre à luz do comando legal segundo o qual “*para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital*”.

Em regra, não há desclassificação de proposta por conta exclusivamente do valor inicialmente ofertado, já que a tendência é que sofra alterações ao longo da fase de lances, momento em que efetivamente se haverá de desenrolar a disputa. Mesmo na hipótese de haver um só licitante, referido valor poderá sofrer decréscimo por conta de negociação entre o pregoeiro e o licitante.

A exceção fica por conta de hipóteses em que, por força de previsão legal, a proposta corresponder a valores simbólicos, irrisórios ou igual a zero; ou se for manifestamente inexecutável, nos termos previstos nos art. 44, §3º e art. 48, II, ambos da Lei n. 8.666; também será desclassificada liminarmente a proposta que superar o “*valor máximo aceitável*” previamente fixado no edital, o que não ocorre, advirta-se, na hipótese em que superar o “*valor total estimado*” da contratação.

A questão da detecção de inexecutabilidade de valor ofertado obtido em função da fórmula colocada à disposição pelo art. 48 da Lei n. 8.666 é ainda mais preocupante, especialmente neste primeiro momento, porque se trata de presunção *juris tantum*, sempre admitindo prova em contrário pelo detentor da proposta, consoante adverte Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>161</sup>.

*Ao nosso ver, inexecutabilidade é uma questão ‘de fato’. Assim, a inexecutabilidade prevista no §1º apenas firma uma presunção ‘juris tantum’, ou seja, que pode ser destruída pela demonstração documentada da executabilidade da proposta. Parece-nos que ao critério aludido só se pode atribuir um valor indicativo, preliminar, mas que admite prova em contrário, ou seja, em favor da executabilidade de uma proposta que fique abaixo dos parâmetros concretamente apurados em dada licitação, seja em favor da*

---

<sup>161</sup>

Curso de Direito Administrativo, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 598.

*inexequibilidade de uma dada proposta que haja se alocado no interior deles.*

Neste caso, se o pregoeiro decidir-se, ainda neste momento, pela desclassificação de proposta em razão do entendimento de que seu valor é inexequível, deve, em homenagem ao princípio do contraditório e ampla defesa, garantir a produção de provas, ainda que tenha que suspender a sessão pública.

Já na hipótese de desclassificação de todas as propostas, o pregoeiro deve declarar fracassada a licitação. É que se compartilha do entendimento segundo o qual não há, neste caso, possibilidade de aproveitamento da regra do art. 48, §3º, da Lei n. 8.666, em absoluta homenagem ao princípio da ampla competitividade.

Reputa-se desarrazoada a hipótese de se oferecer prazo de 8 (oito) dias úteis aos licitantes para que apresentem novas propostas, agora escoimadas das causas da desclassificação, se se pode realizar novamente o próprio procedimento, com o aproveitamento de todos os atos praticados no decorrer da fase interna, possibilitando, assim, a ampla participação quiçá de outros interessados, em idêntico prazo de 8 (oito) dias úteis.

Registre-se, por derradeiro, que, certificando-se o pregoeiro, por outro lado, de que as propostas guardam compatibilidade com os requisitos do edital, admite-as para fins de classificação, segundo ordem crescente de valores.

### **2.5.3.1 Amostra**

Há consenso de que, em regra, é possível que a Administração se valha da análise de amostra— *“pequena porção de alguma coisa dada para ver, provar ou analisar, a fim de que a qualidade do todo possa ser avaliada ou julgada”*<sup>162</sup> — no procedimento licitatório, como mais um mecanismo de garantia da qualidade desejada para a plena satisfação do interesse público almejado.

Marçal Justen Filho<sup>163</sup> leciona que é possível que se exija no edital um *padrão mínimo de qualidade admissível*, que pode ser feito por meio de três maneiras

---

<sup>162</sup> Dicionário HOUAISS.

<sup>163</sup> *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, pp. 522/523.

distintas: “definição teórica”<sup>164</sup>, “previsão exemplificativa”<sup>165</sup> ou “avaliação prática”<sup>166</sup>, que nada mais é do que a análise de amostras.

*A exigência da amostra é peculiarmente necessária quando a avaliação da qualidade do produto não puder ser feita exclusivamente de modo teórico. Um exemplo clássico do cabimento das amostras relaciona-se com a merenda escolar. A aceitabilidade dos alimentos não pode fazer-se apenas em vista de padrões nutricionais e bioquímicos. De nada servirá à Administração receber um produto dotado de elevados índices de proteína, se for rejeitado pelo paladar dos alunos. A satisfatoriedade do produto dependerá da conjunção de virtudes nutricionais e bioquímicas com outras qualidades. O sabor do produto não pode ser avaliado por meio da sua descrição teórica. É indispensável provar uma sopa para verificar sua aceitabilidade. É evidente, no entanto, que o edital deverá estabelecer os parâmetros de aceitabilidade e de reprovabilidade da amostra. Não caberá, tal como anteriormente já apontado, remeter a decisão a uma avaliação subjetiva da Comissão. Seria um despropósito, por exemplo, que uma amostra fosse desclassificada porque a Comissão ‘não gostou’ do produto.*

Considerando que a amostra tem a ver com a “avaliação prática” do objeto licitado, sendo imperioso, portanto, que sua exigência e critérios objetivos de julgamento já constem do edital<sup>167</sup>, é de solar evidência que, sendo parte integrante da proposta, não guarda qualquer relação com a habilitação do sujeito licitante.

É ônus por eles suportado, mas que se distingue da obrigatoriedade que se impõe ao contratado no curso da execução contratual, consoante previsto no art. 75 da Lei n. 8.666<sup>168</sup>.

Ora, se a amostra diz respeito à proposta, em regra, deve ser entregue por todos os licitantes, em sessão pública, juntamente com os envelopes proposta. Não se pode exigir a entrega antecipada das amostras sob pena de violação ao sigilo da proposta. Note-se, a título de exemplo, que na licitação promovida para a aquisição

<sup>164</sup> “consiste em descrever, de modo abstrato, os atributos mínimos necessários, tomando em vista as características específicas do objeto da contratação”.

<sup>165</sup> “fazer referência a um certo produto disponível no mercado, já anteriormente testado e aprovado pela Administração, e adotá-lo como padrão para nortear a decisão sobre o padrão de qualidade mínima”.

<sup>166</sup> “realização de testes e exames em um exemplar do objeto licitado apresentado pelo próprio licitante”.

<sup>167</sup> Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte  
(...)

VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas; (gn)

<sup>168</sup> Art. 75. Salvo disposições em contrário constantes do edital, do convite ou de ato normativo, os ensaios, testes e demais provas exigidos por normas técnicas oficiais para a boa execução do objeto do contrato correm por conta do contratado.

de cestas básicas, a mera violação da caixa de papelão expondo as marcas dos produtos ofertados pode dar indícios concretos do valor aproximado que será ofertado na proposta por escrito. Foi por conta de inúmeras reclamações deste tipo, em sede de exame prévio de edital, que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo acabou por editar a Súmula 19, segundo a qual “*em procedimento licitatório, o prazo para apresentação das amostras deve coincidir com a data da entrega das propostas*”.

Neste aspecto, falece razão a Joel de Menezes Niebuhr quando sugere que as amostras sejam apresentadas em data anterior à realização da sessão do pregão, ao argumento de que, se marcada para data posterior ao prazo de 8 (oito) dias úteis reservado por lei para a formulação de propostas, não traria qualquer prejuízo ao interesse público, “*apenas vantagem, porque facilita a condução dos trabalhos, evitando a suspensão da sessão. Aos licitantes também não há prejuízo, porque eles teriam, de um jeito ou de outro, de apresentar amostras*”.

Mas a questão crucial em relação à amostra diz respeito, em verdade, ao momento de sua análise.

Nas modalidades *tradicionais* impera entendimento, noticiado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>169</sup>, de que “*se o edital previu a hipótese de apresentação de amostra, o momento para fazer sua análise é na fase preliminar do julgamento, quando é feita a verificação da conformidade das propostas com os requisitos do edital*”.

Este posicionamento guarda estrita compatibilidade com o comando do art. 43, IV<sup>170</sup>, da Lei n. 8.666, segundo o qual a análise da proposta se dá, invariavelmente, sob dois aspectos: “*conformidade com o edital*” (aspecto formal e substantivo, aqui eventualmente incluída a amostra) e “*preço*” (excessivo ou inexequível); ainda que o tipo de licitação seja o “*de menor preço*”, o art. 45, § 1º,

<sup>169</sup> *Temas Polêmicos sobre Licitações e contratos*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, pp. 254/255.

<sup>170</sup> Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:  
(...)

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis; (gn)

I<sup>171</sup>, da mesma lei é enfático em prever que a proposta mais vantajosa será aquela que esteja em “conformidade com o edital” e cujo “preço seja o menor ofertado”.

Assim adverte Adilson Abreu Dallari<sup>172</sup>:

*As propostas formuladas pelos licitantes habilitados são examinadas sob um duplo aspecto: o da sua viabilidade e o que diz respeito às vantagens que podem proporcionar à Administração. Somente as propostas viáveis serão classificadas. Costuma-se dar maior ênfase ou maior importância ao segundo aspecto, onde está a classificação propriamente dita; entretanto, a primeira parte, de verificação da conformidade entre o que foi pedido no edital e o que foi ofertado na proposta, é absolutamente fundamental.*

Se a análise da amostra se presta à verificação da qualidade do objeto licitado, de acordo com as especificações mínimas previamente estabelecidas no edital, dela decorrendo, por via de consequência, a admissibilidade ou não das propostas ofertadas, o efeito jurídico obtido não será outro senão a classificação/desclassificação das propostas, decisão contra a qual cabe recurso, nos exatos termos do art. 109, “b”, da Lei n. 8.666/93<sup>173</sup>.

À vista de tais considerações, não há razão alguma para que assim também não ocorra nas hipóteses em que, por força de lei, haja procedimento diferenciado, a exemplo da Lei estadual n. 13.121/08, que tratou de inverter as fases de habilitação e de julgamento das propostas.

*Art. 40 - A licitação poderá ser processada e julgada observadas as seguintes etapas consecutivas:*

*I - realização de sessão pública em dia, hora e local designados para recebimento dos envelopes contendo as propostas e os documentos relativos à habilitação, bem como da declaração dando ciência de que o licitante cumpre plenamente os requisitos de habilitação;*

*II - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes;*

*III - verificação da conformidade e compatibilidade de cada proposta com os requisitos e as especificações do edital ou convite e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou os fixados pela Administração ou pelo órgão oficial competente ou, ainda, com os preços constantes do sistema de registro de preços, quando houver, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;*

<sup>171</sup> Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste art., constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço; (gn)

<sup>172</sup> Aspectos Jurídicos da Licitação, 7ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007, pág. 151.

<sup>173</sup> 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; (...) (gn)

*IV - julgamento e classificação das propostas, de acordo com os critérios de avaliação do ato convocatório; (gn)*

Ora, o mesmo raciocínio deve então valer, em tese, para a modalidade do pregão, em que também há a inversão de fases; mas a questão do juízo de admissibilidade das propostas, no pregão, ganhou novos contornos por conta de interpretações díspares relativas ao seu rito procedimental diferenciado.

Entendem alguns doutrinadores que, tratando-se o pregão de licitação para a aquisição de bens e contratação de serviços *comuns*, cujo procedimento se esgota em sessão única, nem se haveria de cogitar a possibilidade de análise de amostra; é dizer, haveria franca incompatibilidade entre a modalidade do pregão e a necessidade de se analisar a amostra do produto desejado; seria uma daquelas hipóteses em que haveria motivação bastante para que fosse adotada uma das modalidades tradicionais de licitação.

Mas, para Vera Monteiro<sup>174</sup>

O fato de o pregão ser célere e de as atividades de análise das propostas dos interessados se desenvolverem em uma única sessão não impede que o edital solicite a apresentação de amostras. O alerta a ser feito é de outra natureza, qual seja, de que a solicitação de amostra não deve ser banalizada. Mas, sendo o caso de a exigência ser feita, ela é compatível com o procedimento do pregão.

Por isso, outros autores admitem-na, sensíveis ao inegável fato de que a Administração, vendo-se premida a contratar por meio do pregão, pode, de fato, deparar-se com hipótese em que a análise de amostra se revele impostergável, devendo ser realizada a título de garantir a realização de competição isonômica e a plena satisfação do interesse público almejado.

Ora, considerando-se que a amostra é parte integrante da proposta, admitida expressamente a observância de “*parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital*” para fins de seu julgamento (art. 4º, X), poder-se-ia inferir que há amparo legal para que sua análise seja feita logo no início da fase de julgamento, especialmente porque o próprio art. 4º, VII<sup>175</sup>, da lei de regência é expresso ao

<sup>174</sup> *Licitação na modalidade pregão*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2010, p. 156.

<sup>175</sup> Art. 4º (...)

*VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório; (gn)*

dispor que a análise das propostas se inicia pela “*verificação de sua conformidade*” com os requisitos estabelecidos no edital.

Neste sentido advoga Vera Monteiro<sup>176</sup>, segundo quem

*Caso a decisão do órgão licitante seja pela solicitação de amostras em pregão, o momento ideal para a entrega e análise dos itens ofertados é no início da fase de julgamento, ou seja, antes da fase de lances verbais. O lógico é que a fase competitiva aconteça entre propostas que previamente demonstraram sua compatibilidade com o disposto no edital.*

Deveras. Se o procedimento licitatório se desenvolve em fases concatenadas e sequenciais, tendentes todas a um ato final, sendo que o encerramento de uma é pressuposto obrigatório para a realização da fase subsequente, uma vez admitida a proposta, pois que classificada e eleita para participar da fase de lances<sup>177</sup>, não se pode, de forma sistematizada, posteriormente desclassificá-la por conta do resultado de análise de amostra feita após a fase de lances. A lei não autoriza que haja cisão da análise da proposta no que diz respeito ao seu aspecto substantivo; a lei só o admite em relação ao quesito preço, por conta justamente da possibilidade de renovação de lances orais.

Vem a calhar lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, segundo quem não basta comportamento de não contradição; exige-se relação de subsunção; “*vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre que seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo*”.

A admissão de análise de amostras somente do vencedor da fase de lances viola os princípios constitucionais da isonomia e da competitividade, que são os pilares, a essência de toda licitação, bem porque, repise-se, possibilitaria que disputasse preço licitante cuja proposta fosse defeituosa; os prejuízos, como já se disse, são de toda sorte.

A título de exemplo, verifique-se a seguinte hipótese: comparecem quatro licitantes ao pregão presencial que visa ao fornecimento de determinado bem, em que se exigiu a apresentação de amostra, cuja análise há de recair tão somente sobre o vencedor da fase de lances. As propostas são as seguintes: Licitante A (R\$

<sup>176</sup> *Licitação na modalidade de pregão*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2010, p. 156.

<sup>177</sup> ressalvadas as hipóteses previstas em lei no que diz respeito ao posterior conhecimento de fato superveniente ou de fato desconhecido pela Administração à época do julgamento.

35.000,00); Licitante B (R\$ 59.980,00); Licitante C (R\$ 60.000,00) e Licitante D (R\$ 60.520,00).

LICITANTES	PROPOSTAS INICIAIS
A	R\$ 35.000,00
B	R\$ 59.980,00
C	R\$ 60.000,00
D	R\$ 60.520,00

Não sendo possível a adoção, na hipótese, da regra dos 10%<sup>178</sup>, somente os licitantes A, B e C seriam eleitos para participar da fase de lances; se o baixo preço ofertado pelo Licitante A dever-se à proposta defeituosa (que por ora só se supõe, já que a classificação se deu tão somente em relação ao seu aspecto formal), o que ocorre, na prática, é que os Licitantes B e C, cujos preços refletem, de fato, aqueles praticados pelo mercado, considerando as características do objeto licitado, declinam do direito de dar lances, vencendo, portanto, o Licitante A.

LICITANTES	PROPOSTAS	RESULTADO DO PROCEDIMENTO
C	R\$ 60.000,00	declina
B	R\$ 59.980,00	declina
A	R\$ 35.000,00	Vencedor da fase de lances, sem que tenha havido rodada de lances

Passa-se, então, a uma nova análise da proposta, desta feita, sob o aspecto *substantivo*, em que se examina a respectiva amostra; na hipótese de não ser aceita, ensejará a desclassificação de proposta que já fora classificada e, ato contínuo, nos exatos termos do art. 4º, XVI<sup>179</sup>, não sendo a oferta do vencedor aceitável (não por conta do valor, mas de objeto incompatível), examina-se a proposta do segundo classificado, no caso, a do Licitante B, sem que tenha havido,

<sup>178</sup> Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;

IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;

<sup>179</sup> XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

no entanto, qualquer disputa de preços, já que tanto ele quanto o Licitante C haviam declinado.

E mais. A indevida participação do Licitante A prejudicou a competitividade isonômica, posto que afastou liminarmente da disputa o Licitante D, que, a exemplo dos Licitantes B e C, contava com proposta compatível com o valor de mercado.

Se desclassificada a proposta do vencedor somente após a fase de lances, insta que a Administração retome, desde o início, a fase de lances, desta feita com a participação dos licitantes detentores de propostas efetivamente compatíveis com os requisitos mínimos ditados pelo ato convocatório.

Ainda que se pudesse legalmente admiti-la, esta opção nem sequer traz o propalado proveito à celeridade desejada, em razão de se analisar tão somente uma amostra.

Imagine-se que, superada a fase de lances, suspenda-se a sessão pública para a análise da amostra só do vencedor provisoriamente classificado em primeiro lugar; amostra aceita, já que em conformidade com os requisitos do edital, o licitante é considerado inabilitado; chama-se, então, o segundo classificado para a devida negociação; uma vez aceito o valor ofertado, suspende-se novamente a sessão do pregão para a análise de sua amostra, retornando à sessão pública para a análise de sua documentação de habilitação.

Se se tratar de sistema de registro de preços na área da Saúde, por exemplo, ainda que o primeiro classificado seja considerado habilitado, haverá, ao final, nova suspensão da sessão pública para a análise das amostras de todos aqueles que concordarem em registrar em ata o mesmo valor ofertado pelo vencedor do certame<sup>180</sup>.

Bem se vê que, a despeito de esta opção ter sido aceita no âmbito do Tribunal de Contas da União<sup>181</sup>, e bem por isso, quer-se crer, admitida por

---

<sup>180</sup> Art. 12

(...)

*II - quando o quantitativo total estimado para a contratação ou fornecimento não puder ser atendido pelo licitante vencedor, admitir-se-á a convocação de tantos licitantes quantos forem necessários para o atingimento da totalidade do quantitativo, respeitada a ordem de classificação, desde que os referidos licitantes aceitem praticar o mesmo preço da proposta vencedora.*

*III - na impossibilidade do atendimento ao disposto no inciso II, excepcionalmente, poderão ser registrados outros preços diferentes da proposta vencedora, desde que se trate de objetos de qualidade ou desempenho superior, devidamente justificada e comprovada a vantagem, e que as ofertas sejam em valor inferior ao limite máximo admitido.”*

<sup>181</sup> Consoante indicam os Acórdãos 1.165/2009 e 1.668/2009, Plenário, relator Min. Walton Alencar Rodrigues.

doutrinadores, não parece ser a opção mais adequada à luz das regras e princípios que devem nortear o procedimento licitatório.

O problema parece residir na interpretação que se tem emprestado à previsão do art. 4º, XI — “*examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade*” (gn)—, segundo a qual haveria, neste momento, uma segunda chance, por assim dizer, para a verificação da compatibilidade da proposta vencedora da fase de lances com os termos do edital.

Este parece ser o posicionamento de corrente que, a exemplo de Jessé Torres Pereira Júnior<sup>182</sup>, entende que a análise das propostas, em relação ao objeto, pode se dar em dois momentos distintos: na fase inicial do julgamento, de forma superficial, e após a fase de lances, só do detentor da melhor oferta, agora de maneira mais aprofundada.

*o pregoeiro estará, nesta altura do procedimento, realizando uma segunda operação classificatória de propostas. Ao início da sessão, à vista apenas das propostas escritas, já alijou do certame aquelas que, a olho nu, descumpriam o edital, antes mesmo de cotejar preços. Agora, analisa, sob a perspectiva daqueles parâmetros e especificações, as propostas classificadas pela ordem dos preços resultantes dos lances verbais. O inc. XI quer que o pregoeiro concentre o foco na proposta classificada em primeiro lugar, aferindo-se duplamente, quanto ao objeto e ao valor.*

Vislumbrou-se aqui uma “*brecha legal*” para dar suporte à tese de que o juízo de admissibilidade das propostas pudesse se estender até após a fase de lances, possibilitando, assim, que se analisasse a amostra só do vencedor desta etapa. Some-se a isto, quiçá, o disposto no art. 11, VI do Decreto n. 3.555, segundo o qual “*o pregoeiro procederá à abertura dos envelopes (...) e classificará o autor da proposta de menor preço e aqueles que tenham apresentado propostas em valores sucessivos e superiores em até dez por cento, relativamente à de menor preço*”.

Marçal Justen Filho<sup>183</sup> atribui ao art. 4º, XI efeito de “*dever de fiscalizar permanente da Administração*”; ou seja, a despeito de todas as propostas “*inadmissíveis*” já terem sido excluídas por ocasião da primeira classificação provisória (término da etapa de julgamento das propostas escritas), “*a dinâmica dos lances é potencialmente apta a introduzir novas questões, mormente no tocante à inexecuibilidade*”.

<sup>182</sup> *Pregão presencial e eletrônico*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 108.

<sup>183</sup> *Pregão (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 131.

Mas o que a lei de fato prevê é que, uma vez apurado o vencedor da fase de lances, o pregoeiro deve decidir, motivadamente, sobre a sua aceitabilidade, podendo, até mesmo, para tanto, negociar com o licitante<sup>184</sup>.

Não se trata mais de cotejo entre a proposta (aspecto substantivo) e os requisitos mínimos fixados pelo edital, mesmo porque, como já se disse, é cediço que a finalização da fase de julgamento é pressuposto lógico para a eleição daqueles que participarão da fase de lances.

Insista-se que, neste momento, o pregoeiro deve decidir sobre a adequação entre o conteúdo da proposta vencedora e o *preço* final ofertado, ou seja, se é condizente com aqueles praticados no mercado, já que lhe é defeso aceitar valores irrisórios, correspondentes a zero, ou mesmo inexequíveis<sup>185</sup>, já que, nestas hipóteses, infere-se que a proposta não seria viável para a garantia da consecução do interesse público almejado<sup>186</sup>.

Como se vê, não há suporte legal para que se realize a análise da amostra só do vencedor da fase de lances.

E ainda que fosse juridicamente admissível referida interpretação legal sobre o rito do pregão, não há indícios de que possa, quiçá, conferir qualquer vantagem à celeridade desejada.

Repise-se: apresentadas as propostas e amostras por todos os licitantes, no início da sessão pública, haveria análise preliminar, na fase de julgamento, tão somente em relação ao seu aspecto formal, promovendo-se, ato contínuo, a fase de lances; ter-se-ia que suspender a sessão pública para a análise da amostra do licitante vencedor da fase de lances; aceita a amostra, verificar-se-ia a documentação de habilitação; se, no entanto, fosse rejeitada a amostra ou considerado inabilitado o primeiro colocado, ter-se-ia que suspender novamente a sessão pública para a análise da amostra do segundo classificado. Em licitação para registro de preços em que se admitem vários fornecedores, ainda que a amostra do

---

<sup>184</sup>

Art. 4º (...)

XVII - nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor;

<sup>185</sup> Recorde-se que se trata de presunção "*juris tantum*", sempre admitindo prova em contrário pelo detentor da proposta.

<sup>186</sup> A "*preocupação com a 'garantia do cumprimento das obrigações'* (prevista no art. 37, XXI, da CF) não diz respeito exclusivamente à pessoa (física ou jurídica) do ofertante, e não se exaure com o término da fase de habilitação. Esse mesmo preceito constitucional impõe o dever de verificar se a proposta feita, em si mesma, tem ou não condições de exequibilidade". (Adilson Abreu Dallari. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 7ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007, pág. 152/153)

primeiro classificado seja aceita e o sujeito considerado habilitado, ter-se-ia que suspender novamente a sessão pública, após declarado o vencedor do certame, para a análise das amostras de todos os demais licitantes que manifestassem interesse em também integrar o registro de preços. Daí se extrai que a análise de amostra tão somente do vencedor da fase de lances, além de não contar com amparo legal, nem sequer contribui para a celeridade desejada.

Ora, se a preocupação reside na celeridade, praticidade e economicidade, razão assiste a Marçal Justen Filho<sup>187</sup> quando aduz que deverá ser analisada só a amostra do *vencedor do certame*, como condição para a assinatura do contrato.

*Seria possível exigir a apresentação de amostras para verificação da qualidade do produto? A legislação é omissa e até se poderia cogitar dessa solução aplicando-se supletivamente a Lei de Licitações. Lembre-se, no entanto, que a natureza sumária do pregão é norteadada pelo princípio da sumariedade e da rapidez. Produzir exames acerca da qualidade significaria instaurar um contencioso que desaguaria necessariamente em delongas. Mas tal poderá fazer-se necessário e indispensável.*

(...)

*Se for o caso de apresentação de amostras, afigura-se evidente o descabimento de impor-se a exigência em relação a todos os licitantes. A única alternativa será determinar que o licitante cuja oferta sagrar-se vencedor deverá apresentar a amostra antes da assinatura do contrato. Ou seja, os licitantes terão conhecimento de que, se saírem vencedores do certame, terão de encaminhar imediatamente a amostra do objeto ofertado”.*

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>188</sup> opõe-se a esta sugestão:

Esse não é, contudo, o momento adequado, porque leva a uma inversão das fases do procedimento, já que o não-atendimento das exigências obrigará a comissão de licitação a desclassificar o licitante, depois de encerrado o julgamento pela declaração do vencedor, o que não encontra fundamento na lei.

Do mesmo modo, Joel de Menezes Niebuhr<sup>189</sup> questiona:

*Com o devido respeito, não é plausível defender que as amostras sejam apresentadas depois da licitação. Imagine-se que a amostra seja recusada. O que fazer? Dever-se-á reavivar licitação já encerrada, convocar todos os antigos licitantes, estabelecer negociação de preço com o segundo colocado e dar prosseguimento à sessão novamente. Ora, isso é sempre inconveniente. Melhor para o interesse público que se exijam as amostras antes, na fase de análise preliminar de aceitabilidade das propostas, ou mesmo antes da sessão.*

187

Op. cit., p. 117.

188

*Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. 5ª ed. pp. 254/255.

189

*Pregão Presencial e Eletrônico*. Curitiba: Zênite, 2006, p. 183.

Nem se discute que a opção mais consentânea com as regras e princípios de direito incidentes sobre o procedimento licitatório, o exame de amostras deveria se dar na fase de análise preliminar de julgamento das propostas.

Mas, se outra solução se impusesse, melhor seria, então, que a exigência de análise de amostra recaísse tão somente sobre o *vencedor do certame*. Preservar-se-ia, assim, o caráter dinâmico e célere do pregão sem, no entanto, subtrair da Administração a possibilidade de averiguar a qualidade desejada para a satisfação do interesse público almejado.

Nesta hipótese, a fase de julgamento prestar-se-ia (como deve ser) à verificação das propostas escritas, sob os aspectos *formal, substantivo e preço*, nos termos já indicados. A análise da amostra ficaria postergada para momento prévio à assinatura do contrato, desprovida, portanto, de caráter desclassificatório, mas cuja finalidade seria a de *confirmar a veracidade* da proposta escrita que se supôs, inicialmente, em conformidade com o edital, no que diz respeito à qualidade desejada.

Note-se que nada haveria de exorbitante nesta solução, haja vista não ser a única providência que o vencedor do certame teria que tomar como condição para a assinatura do contrato ou eventual formalização da ata de registro de preços. Deve, a título de exemplo, renovar eventuais documentos de habilitação que se encontrem vencidos, pro força do que dispõe o art. 55, XIII<sup>190</sup>, da Lei n. 8.666/93; apresentar demonstração de regularidade fiscal, na hipótese de, ME ou EPP, aproveitar o benefício concedido pela Lei complementar 123/06.

E, na hipótese de a amostra ser rejeitada, o procedimento equivale-se àquele previsto no art. 4º, XXIII e XVI, segundo a qual, não celebrado o contrato, reabre-se a sessão pública para a retomada do procedimento licitatório, com os mesmos licitantes, segundo a ordem de classificação; também aqui há a possibilidade de se retomar a sessão pública para que se dê continuidade ao procedimento licitatório, em perfeita harmonia com o princípio da eficiência.

Neste caso, o comprometimento do licitante em relação à *seriedade* de sua proposta escrita ganha ainda mais destaque, na medida em que lhe fora assegurado

---

<sup>190</sup> XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

participar de disputa, que se supunha isonômica, revelando-se, posteriormente, inviável sua oferta em razão da correspondente análise de amostra.

Acresce certa vantagem na adoção deste procedimento por conta de sua consequência jurídica: na hipótese de a amostra não ser aceita, o vencedor do certame decai do direito à contratação, sujeitando-se à aplicação da sanção prevista no art. 7º<sup>191</sup> pelo fato de não ter mantido sua proposta; a toda evidência que a aplicação da sanção reclama autos próprios, em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa.

Diversamente, se houver rejeição quanto à amostra do vencedor da fase de lances, a consequência jurídica limita-se à desclassificação de proposta. Nada mais.

Importante ainda consignar que a eventual insurgência do vencedor do certame contra a não aceitação de sua amostra dá-se, nesta hipótese, por meio de representação, prevista no art. 109, II<sup>192</sup>, da Lei n. 8.666.

De modo que esta solução, além de também ser compatível com o sistema de registro de preços, revela-se possível solução por ser adotada até mesmo em pregões realizados por meios eletrônicos.

Considerando que em muitas plataformas é vedado o conhecimento antecipado dos licitantes, a verificação da amostra somente do vencedor do certame, em momento prévio à assinatura do contrato, nos termos acima dispostos, pode também viabilizar a exigência e análise de amostra em pregões eletrônicos.

#### **2.5.4 Fase de lances**

Vencida a fase de julgamento, no que diz respeito à análise das propostas sob o aspecto *formal, substantivo e preço*, consagrando-se, assim, o princípio da

---

<sup>191</sup> Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, 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, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais. (gn)

<sup>192</sup> II - representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;

isonomia, poder-se-á passar para a etapa em que ocorre a efetiva disputa de preços, à luz do comando do art. 4º<sup>193</sup> da Lei n. 10.520/02.

As propostas admitidas serão ordenadas segundo ordem crescente, identificando-se aquela de menor valor, e todas as demais com preços até 10% (dez por cento) superiores, para participar da fase de lances<sup>194</sup>.

Na hipótese de não haver ao menos 3 (três) propostas na condição acima referida, serão selecionadas para participar da fase de lances aquelas de menor valor, até o máximo de 3 (três).

Em ambos os casos acima referidos, se houver propostas iniciais de valores idênticos, todas devem ser consideradas para participar da fase de lances, em homenagem ao princípio da ampla competitividade.

Anote-se, preliminarmente, que o comparecimento de tão somente um licitante não inibe a realização da disputa, como querem fazer crer alguns doutrinadores. De fato, conquanto se tenha promovido a devida publicação do aviso do edital, bem como se atendido às demais medidas formais exigidas pela lei de regência, não há por que não levar adiante o procedimento licitatório; mesmo porque, esta hipótese se equivale àquela em que, a despeito de terem comparecido vários licitantes, as propostas foram todas desclassificadas, exceção feita àquela apresentada por um único licitante.

No pregão, o fato de haver tão somente uma proposta admitida para a fase de lances, prejudica, a toda evidência, tal etapa, podendo o pregoeiro partir direto para a negociação, se for o caso, previamente à decisão quanto à aceitabilidade da proposta.

No mais, uma vez selecionados e anunciados os licitantes que participarão da fase de lances, o pregoeiro os convidará individualmente a formular seus lances de forma verbal e sequencial, a partir do autor da proposta de maior valor, seguido pelos demais, na ordem decrescente de preços. Na hipótese de haver propostas

---

<sup>193</sup> Art. 4º (...)

*VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;*

*IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;*

<sup>194</sup> Diversamente, no pregão eletrônico, todas as propostas que tenham sido admitidas participam da fase de lances.

com valores idênticos, haverá sorteio para que se decida sobre a ordenação de lances.

Os lances serão ofertados, invariavelmente, em valores distintos e decrescentes, sempre inferiores ao lance anterior, podendo ser observada a redução mínima de valores, conforme previamente estipulado no edital.

A despeito de não haver previsão legal para tanto, os editais, lei entre as partes, podem prever que os lances obedeçam a uma redução mínima que, em regra, corresponde a 0,5% ou 1% do valor do orçamento total estimado; pretende-se com isto garantir seriedade e efetiva competitividade no desenrolar da competição oral, prática esta que tem sido aceita pelos órgãos de controle externo.

Joel de Menezes Niebuhr<sup>195</sup> advoga que melhor seria se o edital deixasse tal incumbência ao pregoeiro, que com maior acuidade poderia aquilatar cada situação concreta, podendo até mesmo promover alterações nos percentuais à medida que os valores vão sendo reduzidos, a título de evitar eventual oferta de preço inexecutável.

*Sugere-se que a atribuição do pregoeiro para prever parâmetro para a redução dos lances orais seja prevista expressamente no edital. Aliás, alguns editais já prevêem o parâmetro de redução, retirando tal faculdade do pregoeiro. Tal medida não é a mais conveniente, haja vista que o parâmetro de redução depende das propostas apresentadas. Se os valores forem altos, o parâmetro para redução deve ser maior. Ao contrário, se os valores forem baixos, o parâmetro para a redução deve ser menor. Logo, é melhor que o pregoeiro decida tal questão com vista às situações concretas. Outrossim, as situações podem ser alteradas no curso dos lances, o que também permite a adoção, pelo pregoeiro, de novos parâmetros.*

Serão realizadas tantas rodadas de lances quantas se fizerem necessárias até que, todos declinando do direito de renovar oralmente suas propostas, apure-se um vencedor.

O pregoeiro tem sob sua responsabilidade a condução da fase de lances sem que possa, no entanto, interferir ou interromper a competição ou impor número mínimo ou máximo de lances. O mecanismo de renovação oral das propostas é direito dos licitantes assegurado pela própria lei de regência, competindo ao pregoeiro tão somente conduzir e observar o desenrolar da disputa de preços, podendo, ao final, manifestar-se quanto à admissibilidade ou não do valor da proposta que se sagrar vencedora da fase de lances.

---

<sup>195</sup>

*Pregão Presencial e Eletrônico*, Curitiba: Zênite, 2006, p. 199.

Se lhe é defeso estipular quantidade mínima ou máxima de lances, é absolutamente inadmissível que o edital preveja que a melhor oferta será obtida por processo aleatório<sup>196</sup> de escolha. É o que se denomina *prazo randômico*<sup>197</sup>, encontrado em algumas plataformas de pregão eletrônico, a exemplo dos sistemas do *Comprasnet* e do *Banco do Brasil*.

Nesta hipótese, fixa-se um *prazo iminente para o encerramento da fase de lances*, que pode ocorrer a qualquer momento, no intervalo de 1 a 30 minutos, a partir do momento em que o pregoeiro acionar o sistema. Ou seja, independentemente de haver ou não licitantes dispostos a oferecer valores menores, os lances são abruptamente encerrados mediante a escolha, de forma absolutamente aleatória, pelo próprio sistema, sem que todos tenham declinado do direito de oferecer novos lances, em absoluta afronta à competitividade e à seleção da melhor oferta.

Ora, se ainda há lances por serem dados, como de fato se extrai das inúmeras atas em que o sistema os preteriu, mesmo que alegadamente menores, não se há de aceitar a alegação do pregoeiro para rejeitá-los, ao argumento de que “*deveria ter dado seu melhor preço antes*”; é, pois, juridicamente inaceitável que, no final das contas, a melhor oferta seja escolhida pelo *fortuito*.

A defesa de tal expediente repousa na maior celeridade da competição, o que não se há de admitir, já que configura afronta às normas e princípios albergados pela lei de regência.

Mas há outras plataformas eletrônicas, a exemplo do Sistema BEC, do Governo do Estado de São Paulo, e do próprio sistema utilizado pela SABESP, nos quais se preservou a celeridade desejada, sem que se afrontassem os princípios da isonomia, transparência e competitividade; é que aqui, diversamente, a escolha recai efetivamente sobre a melhor oferta, posto que, após o *aviso de encerramento iminente dos lances*, o próprio sistema trata de renovar automaticamente o prazo de 3 (três) minutos a cada vez que receber nova oferta válida; e assim haverá de se repetir até que, decorridos 3 (três) minutos, se esgotem todos os lances, presumindo-se, assim, que se chegou efetivamente à melhor oferta; por isso é que se afirma ser o *prazo randômico* expediente manifestamente ilegal.

---

<sup>196</sup> “*que depende das circunstâncias, do acaso; casual, fortuito, contingente*”, segundo o Dicionário Eletrônico Houaiss.

<sup>197</sup> “*aleatório, contingente, fortuito*”, segundo a mesma fonte.

Lembre-se, ademais, que se o término do certame dependesse da alegada celeridade propiciada por este método, o pregão presencial nem sequer poderia estar operante. Infelizmente, não obstante as incontáveis reclamações de licitantes prejudicados, devidamente registradas em atas, o tema, salvo raras exceções<sup>198</sup>, não tem sido objeto de atenção por parte da doutrina, órgãos de controle externo e Poder Judiciário.

Destaque-se, a respeito do tema, o desenvolvimento até mesmo de *softwares* que permitem que os lances sejam dados por um “robô” *digital*<sup>199</sup>, milésimos de segundos depois do concorrente, possibilitando que vença a disputa aquele que enviar lances mais rápido, sabendo-se de antemão que o encerramento iminente da fase de lances se dá de forma *aleatória*, e não com a desistência dos demais concorrentes de renovar seus lances verbais.

#### 2.5.4.1 A Lei Complementar n. 123/06

Recorde-se que a Lei Complementar n. 123/06, em atendimento ao comando dos arts. 170, X e 179 da Constituição Federal, instituiu tratamento *diferenciado* e *favorecido* às microempresas e empresas de pequeno porte, dando-lhes preferência nas aquisições de bens e serviços pelo Poder Público.

Finda a disputa de preços, havendo *empate ficto* —entendidas, nos termos previstos no art. 44<sup>200</sup> da Lei Complementar n. 123/06, as hipóteses em que as propostas apresentadas pelas ME/EPP forem iguais ou até 5 % (cinco por cento) superiores à proposta mais bem classificada— ser-lhes-á assegurado o exercício do direito de preferência.

<sup>198</sup> O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ao externar preocupação com a escolha aleatória da melhor oferta, tem recomendado à Administração que passe a adotar, para a realização de seus pregões eletrônicos, plataformas que efetivamente garantam a observância das regras legais e dos princípios constitucionais da isonomia, competitividade e economicidade; é o que se extrai das decisões constantes dos TCS-40742/026/07 e 24657/026/07, sessão da Primeira Câmara de 30-11-10.

<sup>199</sup> “MATRIX FEDERAL. O bilionário sistema de compras eletrônicas do governo está sendo burlado por hackers que desenvolveram programas para vencer os leilões”. REVISTA VEJA, edição de 22 de dezembro de 2010, p. 82.

<sup>200</sup> Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por *empate* aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Significa dizer que a licitante ME/EPP poderá apresentar preço inferior<sup>201</sup> àquele considerado inicialmente vencedor da fase de lances, hipótese esta em que será declarada a de melhor oferta.

O direito de preferência poderá ser exercido no prazo máximo de 5 (cinco) minutos, a partir do momento da convocação do pregoeiro, sob pena de preclusão.

O oferecimento para que se exerça o direito de preferência deverá ocorrer necessariamente antes de eventual fase de negociação com o vencedor originário da fase de lances; não fosse assim, este poderia, na negociação, dar lance cujo valor tiraria a ME/EPP da margem de intervalo de 5% (cinco) por cento.

Se houver eventual equivalência entre os valores das propostas apresentadas por MEs/EPPs diversas, desde que, a toda evidência se encontrem no intervalo de 5% (cinco) por cento, realizar-se-á sorteio para que se identifique aquela que primeiro poderá exercer o direito de preferência.

Mas tal direito somente será exercido na hipótese em que a melhor oferta da fase de lances não tiver sido apresentada por ME/EPP.

Se a ME/EPP, vencedora do certame, não assinar o contrato, retomar-se-á a competição em sessão pública, nos termos do art. 4º, XXIII, da Lei 10.520, sendo assegurado, às demais MEs/EPPs cujas propostas estejam no intervalo dos 5% (cinco por cento), o exercício do direito de preferência.

Encerrada a fase de lances, serão classificadas, na ordem crescente dos valores, todas as propostas, até mesmo aquelas não selecionadas para participar da fase de lances, considerando-se para estas o preço ofertado por escrito.

Apurada a proposta vencedora da fase de lances, o pregoeiro deverá analisá-la a título de decidir quanto à sua *aceitabilidade*, devendo desclassificá-la se o preço ofertado se revelar acima do praticado pelo mercado ou for manifestamente inexecutável. Não sem antes promover a condução da negociação.

### **2.5.5 Negociação**

Nos termos do art. 4º, XVII<sup>202</sup>, da Lei n. 10.520, assim que identificado o detentor da melhor oferta, o pregoeiro poderá com ele negociar com vistas à

---

<sup>201</sup> Aqui não há mais a obrigatoriedade de se observar o valor correspondente à redução mínima de lances, consoante previsto no edital. A ME/EPP está livre para ofertar o preço que lhe for conveniente, desde que inferior àquele menor preço ofertado pelo vencedor da fase de lances.

redução do preço, após o que decidirá, motivadamente, sobre a *aceitabilidade* da proposta.

Pontua Joel de Menezes Niebuhr<sup>203</sup> que, a rigor, considerando o princípio da indisponibilidade do interesse público, a negociação é procedimento estranho ao Direito Administrativo.

*Ocorre que a negociação pressupõe a predisposição de ambas as partes envolvidas em ceder em alguns pontos ou aspectos, para fazer convergirem interesses contrapostos. E o fato é que ao pregoeiro não é permitido ceder coisa alguma. Ele não pode atenuar exigências do edital, ampliar prazos etc. Logo, o pregoeiro não negocia, ele apenas tenta convencer o licitante vencedor da etapa de lances a oferecer condições ainda mais vantajosas. Trata-se do que popularmente se chama de 'pechincha' ou 'barganha', não de negociação.*

De qualquer forma, trata-se de mera *faculdade* e não de imposição legal, já que é medida por ser adotada pela administração quando se revelar pertinente diante de cada caso concreto.

Por certo que, no mais das vezes, o pregoeiro vê oportunidade de, mediante persuasão, tentar reduzir o preço obtido após a fase de lances, ou mesmo aquele ofertado por licitante único.

Mas deve lembrar que se trata de ato motivado, não podendo o pregoeiro valer-se de “*blefe*” ou informações inexistentes, inverídicas ou levianas, a fim de induzir o licitante a acreditar que corre o risco de ser afastado do certame, caso não concorde com a vantagem pretendida pela administração.

O pregoeiro deve ter em mente que o Estatuto de Licitações e Contratos prevê que as contratações efetuadas pela Administração se submetem às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado, balizando-se, até mesmo, pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública<sup>204</sup>.

---

<sup>202</sup> XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

XVII - nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor;

<sup>203</sup> Pregão Presencial e Eletrônico, Curitiba: Zênite, 2006, p. 209.

<sup>204</sup> Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

(...)

III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

(...)

V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.

O pregoeiro poderá promover a negociação valendo-se de sua capacidade de persuasão e convencimento, desde que o faça motivadamente; não podendo coagir ou ameaçar o licitante no intuito de obter menor preço.

A negociação deve ser feita de forma responsável, valendo-se o pregoeiro, na negociação, de dados sérios e idôneos, obtidos junto ao mercado.

Se, por um lado, a fase de negociação se mostra extremamente benéfica para as hipóteses em que não houve disputa de preços, em razão do comparecimento de licitante único, pode revelar-se instrumento de abuso de poder sobre representante temeroso de eventual contratação com a administração.

Absurdo, pois, que se promovam premiações, em congressos, a pregoeiros que obtêm o máximo de vantagens após a fase de negociação. Mesmo porque redução drástica quanto aos valores inicialmente estimados revelam, em verdade, distorção em relação ao orçamento estimado.

Bem adverte, neste sentido, Adilson Abreu Dallari<sup>205</sup>, para o fato de que

*essa prática, em princípio, não se coaduna com a objetividade da licitação, a menos que seja utilizada com extrema parcimônia, como, por exemplo, para tornar aceitável a proposta do vencedor que apresentou algum pequeno problema. Há, entretanto, enorme risco de que se transforme em um instrumento de constrangimento ou, pior que isso, de corrupção mesmo.*

Quer haja renovação oral de proposta ou mesmo negociação, é de praxe que os editais disponham sobre a obrigatoriedade de a empresa adjudicatária encaminhar para a seção de contratos, em prazo fixado, a composição final dos preços da proposta por final apresentada.

Convencido o pregoeiro quanto à aceitabilidade da proposta de menor preço, deve declará-la a de melhor oferta.

### **2.5.6 Habilitação**

Encerrada a etapa competitiva, e considerada aceitável a melhor oferta, passa-se ao exame da documentação de habilitação tão somente do vencedor da fase de lances, limitada à verificação da regularidade do licitante perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, podendo ser feita pela

---

<sup>205</sup>

*Aspectos jurídicos da licitação*, São Paulo: Saraiva, 2007, p 17-18.

Internet, no SICAF (Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores)<sup>206</sup> ou sistemas assemelhados<sup>207</sup>.

A habilitação presta-se à verificação da *qualificação* daqueles que atenderam ao chamamento da Administração, nos exatos termos e limites impostos pelos artigos 27 a 31 da Lei n. 8.666. Só se pode exigir dos licitantes comprovação de que contam com habilitação jurídica<sup>208</sup>; qualificação técnica<sup>209</sup>, idoneidade econômico-

<sup>206</sup> Denominado SIAFISICO, no âmbito do Estado de São Paulo.

<sup>207</sup> *XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;*

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

*XIV - os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicafe e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes;*

*XV - verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor;*

<sup>208</sup> Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

*I - cédula de identidade;*

*II - registro comercial, no caso de empresa individual;*

*III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;*

*IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;*

*V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.*

<sup>209</sup> Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

*I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;*

*II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;*

*III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;*

*IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.*

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

*I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (...)*

financeira<sup>210</sup>; regularidade fiscal<sup>211</sup> e cumprimento do disposto no artigo 7º, XXXII, da Constituição Federal, que proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos e de qualquer trabalho aos menores de 16 anos, salvo as condições de aprendiz, a partir de 14 anos.

É que, segundo HELY LOPES MEIRELLES

*a Administração só pode contratar com quem tenha qualificação para licitar, ou seja, o interessado que, além da regularidade com o Fisco, demonstre possuir capacidade jurídica para o ajuste, condições técnicas para executar o objeto da licitação; idoneidade financeira para assumir e cumprir os encargos e responsabilidades do contrato.*

Anote-se, no entanto, que, por força do disposto no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988, somente são admitidas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Nas palavras de Adilson Abreu Dallari<sup>212</sup>:

*A Constituição não fixa requisitos ou critérios a serem obrigatoriamente consignados no edital: ela apenas indica que não pode haver requisitos que não sejam pertinentes, necessários e indispensáveis à garantia do cumprimento do futuro contrato.*

A Administração, entretanto, ao argumento de que visa à garantia da contratação, tem inserido, rotineiramente, em seus editais, exigências de habilitação que não constam do rol taxativo estabelecido pela lei de regência ou que se mostram desarrazoadas.

Aponte-se, a título de exemplo, exigência de que o licitante comprove,

<sup>210</sup> Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:  
I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;  
II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;  
III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

<sup>211</sup> Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:  
I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);  
II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;  
III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;  
IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

<sup>212</sup> Aspectos jurídicos da licitação, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 113.

concomitantemente, regularidade fiscal (a) do domicílio ou sede da licitante e, se existentes, de todos os demais estabelecimentos localizados no Estado de São Paulo; (b) perante o Estado de São Paulo das empresas situadas em estados diversos e (c) perante o Município de São Paulo, para empresas situadas em municípios diversos, ao argumento de que haveria preocupação em evitar que ocorresse a contratação de eventual devedor do Estado. Mesmo porque, a exemplo do que decidira o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a licitação não pode ser tida como instrumento de fiscalização do pagamento das obrigações tributárias.

Outro exemplo diz respeito à exigência de qualificação técnica, nas hipóteses em que se requer que a demonstração de qualificação técnico-operacional se faça por meio de atestados expedidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, acompanhados dos respectivos contratos ou de Certidões de Acervo Técnico (CAT); é demais desprovida de amparo legal, porque a CAT é documento que se presta a comprovar, exclusivamente, a aptidão técnico-profissional; tal entendimento encontra-se, por sinal, cristalizado nas súmulas n. 24 e 25<sup>213</sup> daquela Corte de Contas.

O fato de o órgão de controle, no desempenho de sua função, decidir sobre a legalidade e razoabilidade de determinadas exigências de habilitação não causa espanto; o problema reside no fato de se deixar expressamente consignado que tais exigências podem, no entanto, recair sobre o vencedor do certame como “*condição de contratação*”, previamente, pois, à assinatura do contrato.

Mas, uma vez encerrado e homologado o procedimento licitatório, com a consequente adjudicação do objeto licitado ao vencedor da disputa, questiona-se a quem competiria a análise e julgamento desta documentação.

Não se desconhece que, por ocasião da assinatura do contrato, pode ocorrer, como já se disse, a expiração da validade de alguns documentos de habilitação, devendo o adjudicatário renová-la previamente à assinatura do contrato; mas fato é

---

<sup>213</sup> SÚMULA N. 23 - Em procedimento licitatório, a comprovação da capacidade técnico-profissional, para obras e serviços de engenharia, se aperfeiçoará mediante a apresentação da CAT (Certidão de Acervo Técnico), devendo o edital fixar as parcelas de maior relevância, vedada a imposição de quantitativos mínimos ou prazos máximos.

SÚMULA N. 24 - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal n. 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

que estes documentos já haviam sido, em um primeiro momento, verificados pela Comissão de Licitação, bastando agora que se proceda à sua renovação. Mesmo porque, nos termos do artigo 55, XIII<sup>214</sup>, da Lei n. 8.666, não só deve o licitante contar com aptidão bastante para habilitar-se ao processo licitatório, como também manter tais condições durante todo o prazo estabelecido para a execução contratual.

Mas não parece haver margem para daí se extrair qualquer equivalência com relação à obrigatoriedade de apresentação e manutenção de condição exigida para fins de contratação.

Mesmo porque, quais seriam as regras de observância obrigatória por aquele incumbido de receber e analisar documentação para fins de contratação? Qual remédio caberia ao vencedor da disputa cuja documentação tenha sido rejeitada, se o artigo 109 da Lei n. 8.666/93<sup>215</sup> é expresso ao prever interposição de recurso para hipóteses específicas, dentre as quais se destacam a inabilitação do licitante ou desclassificação de propostas?

Se a própria Constituição indica que só pode haver requisitos que sejam pertinentes, necessários e indispensáveis à garantia do cumprimento do futuro contrato, tais documentos “extras” devem ser aceitos durante o processo licitatório, porque há consenso de que são efetivamente necessários para a habilitação do licitante, ou só podem ser exigidos para fins de execução contratual.

A Administração, no exercício regular de poder de polícia poderá exigir do contratado observância de regras atinentes à vigilância sanitária, sob pena de, não cumpridos requisitos referentes à execução contratual previamente estabelecidos no edital, ensejar eventual rescisão contratual e sanções devidas. Mas daí há uma grande diferença entre tal situação e a que ora grassa nas decisões da E. Corte de Contas.

---

<sup>214</sup> “obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”.

<sup>215</sup> 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;
- f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;

Uma vez constatada a conformidade da documentação de habilitação com as exigências impostas pelo edital, compete ao Pregoeiro declarar formalmente o vencedor da corrida licitatória.

Importante registrar que na hipótese de o licitante vencedor ser inabilitado (ou não aceita sua proposta), prevê o art. 4º, XVI e XVII da Lei n. 10.520/02<sup>216</sup> que se examinem as ofertas subsequentes e a qualificação dos demais licitantes, até que se apure uma que atenda ao edital, podendo haver negociação direta com o detentor da menor oferta para que seja obtido preço melhor.

Eventuais vícios sanáveis devem ser solucionados, consoante valiosa lição de Hely Lopes Meirelles<sup>217</sup>

*o princípio do procedimento formal, todavia, não significa que a Administração deva ser `formalista` a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou o julgamento, ou inabilitar os licitantes, ou desclassificar propostas diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que tais omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes. A regra é dominante nos processos judiciais: não se decreta nulidade onde não houve dano para qualquer das partes – pás de nullité sans grief, no dizer dos franceses.*

É que, segundo Adilson Abreu Dallari <sup>218</sup>, a “licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital”.

Registre-se que eventuais falhas, omissões ou outras irregularidades nos documentos de habilitação poderão ser saneadas na sessão pública de processamento do pregão, sendo vedada a apresentação de documentos novos.

## 2.5.7 Recurso

O art. 109<sup>219</sup> da Lei n. 8.666 prevê a existência de recursos administrativos —recurso hierárquico, representação e pedido de reconsideração— como meios

<sup>216</sup> Art. 4º. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: (...) XVI – se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor; XVII – nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor;

<sup>217</sup> Licitação e Contrato Administrativo, p. 36.

<sup>218</sup> Aspectos Jurídicos da Licitação, p. 18

<sup>219</sup> 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;

jurídicos de reexame interno de decisões tomadas pela Administração, promovidos por interessados<sup>220</sup> que visam à sua invalidação, reforma ou reexame.

Seu processamento é feito nos termos do §4º<sup>221</sup> do referido artigo, segundo o qual, recebido o recurso pela autoridade que praticou o ato recorrido (comissão de licitação), esta poderá reconsiderar de sua decisão ou fazer subir os autos, devidamente informados, para decisão da autoridade superior.

Há quem entenda que, na hipótese de acolhimento das razões de recurso pela autoridade praticante do ato recorrido, não haveria necessidade de revisão pela autoridade superior; ou seja, diversamente da conceituação tradicional de recurso, não haveria o “*duplo grau*” de jurisdição.

É o posicionamento adotado por José dos Santos Carvalho Filho<sup>222</sup>.

*Como o recurso hierárquico deriva do poder hierárquico natural da Administração, deve ele ser destinado à autoridade superior à que praticou o ato recorrido, embora por intermédio desta. Pode ela, se for o caso, reconsiderar o ato impugnado; se tal ocorrer, dispensável se tornará a remessa do recurso à autoridade superior.*

Há, no entanto, outra corrente que confortavelmente se acolhe, segundo a qual a retratação da Comissão de Licitação não impede que os atos sejam necessariamente revistos pela autoridade superior.

Nestes termos, Marçal Justen Filho<sup>223</sup> defende que:

- 
- 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;
  - f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;
  - II - representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;
  - III - pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4º do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.

<sup>220</sup> Em regra, só os envolvidos direta ou indiretamente, no registro cadastral, licitação e contrato dela decorrente podem recorrer, a exemplo do licitante inabilitado ou cuja proposta tenha sido desclassificada; licitante que se insurge contra a habilitação ou classificação de proposta do concorrente; licitante que se opõe à anulação ou revogação do certame; interessado que teve seu pedido de inscrição no registro cadastral indeferido, alterado ou cancelado; contratado que teve o contrato rescindido unilateralmente pela Administração, nos termos do art. 79, I; contratado sancionado com a pena de advertência, multa e suspensão temporária. Aos demais, a Lei n. 8.666 confere algumas prerrogativas para fiscalizar os atos da Administração, conforme se extrai dos arts. 4º, 7º, §8º, 15º, §6º, 41, §1º.

<sup>221</sup> § 4º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.

<sup>222</sup> Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008, p. 281.

<sup>223</sup> Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p. 890.

*O recurso no art. 109 busca a retratação da autoridade julgadora. Ora, retratar-se e alterar a decisão anterior configura uma nova decisão. Seria inconstitucional reputar que a nova decisão, invalidadora da anterior, estaria imune a ataque. Tem de assegurar-se a todos os interessados precisamente o mesmo tratamento. Se a reconsideração produzida em virtude do recurso não estivesse sujeita a outro recurso, ter-se-ia infração à garantia constitucional do art. 5º, inc. LV. (...) Não se admite que a comissão, sob justificativa de que acolheu o recurso, encerre o procedimento e não o encaminhe à autoridade superior.*

No pregão, uma das características marcantes é o fato de a fase recursal dar-se em ocasião única, ao final da sessão pública, a partir do momento em que o pregoeiro indica o vencedor da disputa ou declara fracassado o certame.

Observe-se que só cabe insurgência contra os atos praticados pelo pregoeiro no decorrer da sessão pública, a saber, a classificação/desclassificação de propostas e habilitação/inabilitação de sujeitos licitantes; não cabe mais, neste momento, quaisquer reclamações em relação aos termos do edital, porque se operou a preclusão.

O licitante deve consignar em ata o motivo do descontentamento, passando este a ditar os limites sobre os quais versará as razões recursais – documento escrito que poderá ser interposto no prazo de 3 (três) dias, a contar da intimação feita na sessão pública. Esta é a regra, o que não exclui o dever de a Administração sempre averiguar quaisquer outras irregularidades que, uma vez apontadas, possam vir a macular o procedimento licitatório.

Não se deve extrair daí qualquer prejuízo ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa<sup>224</sup>, já que não houve supressão do referido direito, mas tão somente procedimento licitatório diferenciado.

A regra do art. 4º<sup>225</sup>, XVIII a XX, da Lei 10.520 acena para a obrigatoriedade de que, uma vez declarado o vencedor do certame, o pregoeiro questione todos os

---

<sup>224</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

<sup>225</sup> Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: (...)

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

XIX - o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;

licitantes sobre a intenção de interpor recurso contra os atos por ele praticados no decorrer da sessão pública, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos.

Se assim o desejar, o licitante descontente deverá fazê-lo, em princípio, de forma verbal e motivadamente, é dizer, deixando claro contra quais atos do pregoeiro está se insurgindo, sendo defeso, nesta oportunidade, lançar qualquer tipo de insurgência contra o próprio edital, por preclusão.

Havendo manifestação quanto à interposição de recurso, será concedido ao recorrente o prazo de 3 dias<sup>226</sup> para a apresentação de memoriais, que devem, necessariamente, corresponder às razões consignadas em ata.

Os demais licitantes ficam desde logo intimados a apresentar contra-razões, em igual termo, a contar do encerramento do prazo concedido ao recorrente.

Se o licitante não se manifestar no momento oportuno, ocorrerá a decadência<sup>227</sup> ao direito de recurso, restando-lhe tão somente, se não prescrito, apelação ao Poder Judiciário.

Não havendo manifestação quanto à intenção de interposição de recurso, o pregoeiro poderá adjudicar o objeto da licitação ao vencedor de certame.

O recurso, no pregão, pode operar, pois, em dois momentos distintos, ainda que interdependentes: manifestação oral ao final da sessão pública, consignado em ata, seguida da apresentação de razões por escrito, no prazo legal fixado a contar da intimação na sessão pública.

A ausência de memoriais, por si só, não autoriza que a Administração não emita um juízo acerca da insurgência registrada em ata, nos exatos termos solicitados pelo licitante; a não ser que, evidentemente, deficiente ou desprovida de qualquer fundamento, não permita análise ou juízo decisório.

---

*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;*

<sup>226</sup> Nos termos do art. 110 da Lei n. 8.666, cujas disposições aplicam-se subsidiariamente à modalidade de Pregão, o prazo tem início no dia seguinte ao da intimação que, no caso, ocorre na sessão pública, sendo contados em dias consecutivos, excluindo-se o do início e incluindo o do vencimento, desde que haja expediente na repartição. Caso contrário, o dia de início ou do fim do prazo será automaticamente prorrogado para o primeiro dia útil imediatamente subsequente.

Nada obsta que o edital amplie o prazo para 3 (três) dias úteis, por exemplo, tal como consta, por sinal, do art. 11, XVII, do Decreto 3555.

<sup>227</sup> “Decadência é a circunstância que impede alguém de promover o que entende ser de seu direito por não ter agido no tempo oportuno”. (Diógenes Gasparini, *Curso de Direito Administrativo* p. 683).

Uma vez apresentados os memoriais, devem guardar absoluta pertinência com o quanto constante em ata, não podendo o recorrente inovar em relação àquele descontentamento inicialmente declinado.

Considerando que a Lei n. 10.520 não dispôs sobre o procedimento do recurso, deve-se observar, no que couber, a regra do art. 109, §4<sup>o228</sup>, da Lei n. 8.666.

Na hipótese de haver recurso, compete ao pregoeiro analisá-lo, podendo manter ou reconsiderar sua decisão. Em ambas as hipóteses, no entanto, os autos deverão ser encaminhados para a autoridade superior, a quem competirá decidir a respeito. Ou seja, ainda que o pregoeiro exerça seu juízo de retratação, haverá o efeito devolutivo<sup>229</sup>, subindo os autos para a conseqüente análise e decisão por parte da autoridade hierarquicamente superior.

Se o pregoeiro mantiver a decisão proferida em sessão pública, e a autoridade competente com ela concordar, esta dará por encerrado o certame, adjudicando o objeto licitado ao vencedor e homologando todos os atos até então praticados, nos exatos termos previstos no art. 4<sup>o</sup>, XXI<sup>230</sup>, da Lei n. 10.520, segundo a qual a autoridade encarregada de decidir o recurso fica também responsável pela adjudicação do objeto licitado.

Se, por outro lado, se retratar, ou a autoridade competente não concordar com a decisão inicialmente tomada, poderá determinar a reabertura da sessão pública para a retomada do procedimento licitatório.

É que o julgamento propriamente dito envolvendo a competitividade continua sendo de competência exclusiva do pregoeiro, não podendo a autoridade superior, em grau de recurso, reformá-la, mas tão somente homologá-la, determinar novo julgamento ou anular o certame.

Esta é a lição de Hely Lopes Meirelles<sup>231</sup>, para quem:

*A Comissão é o órgão julgador da concorrência e, por isso mesmo, nenhuma autoridade pode substituí-la na sua função decisória, estabelecida por lei federal. Se ocorrer irregularidade ou erro no julgamento, a autoridade competente poderá anular a decisão, através de recurso ex officio,*

<sup>228</sup> § 4<sup>o</sup> O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.

<sup>229</sup> transfere para a autoridade superior o julgamento da matéria impugnada.

<sup>230</sup> XXI - decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor.

<sup>231</sup> *Licitação e contrato administrativo*, São Paulo, Malheiros, 15<sup>a</sup>, 2010. p. 109.

*determinando que a Comissão corrija o erro ou proceda a novo julgamento em forma regular. Isso acontece quando a Comissão se equivoca na valoração dos fatores de julgamento, ou omite elemento essencial, ou considera condição ou vantagem não pedida nem permitida no edital, ou se desvia do critério de julgamento fixado pela Administração. O que a autoridade superior não pode é rever o mérito da decisão da Comissão de Julgamento, reformando seu julgado para modificar a qualificação dos concorrentes, alterar a classificação das propostas ou adjudicar a outrem o objeto da licitação. Enfim, o julgamento de concorrência é ato privativo da Comissão de Julgamento, e, por isso mesmo, nenhuma autoridade hierárquica poderá subtraí-lo de sua competência (...)*

No mesmo sentido, o posicionamento de Lúcia Valle Figueiredo<sup>232</sup>:

*O órgão encarregado da homologação da licitação poderá não ratificá-la, se entender ter havido erro ou algum vício durante o procedimento. Defeso lhe é substituir-se à Comissão, modificando-lhe o julgamento. Poderá anular parte do procedimento, quando for o caso. Até mesmo, deverá devolver o processo à Comissão, solicitando novo pronunciamento.*

Importante que se observe também que, a despeito de a Lei n. 10.520 não atribuir ao recurso, de forma expressa, efeito suspensivo, por óbvio que a Administração fica impedida de dar andamento às fases subsequentes do procedimento licitatório (adjudicação e homologação) antes de analisar o mérito do recurso interposto.

Tal efeito suspensivo não carece ser expressamente concedido pelo pregoeiro ou pela autoridade competente, já que, uma vez interposto, já passa a produzir tais efeitos.

Se os atos são sequenciais, concatenados e preclusivos, não há como, por exemplo, declarar um vencedor do certame sem que, primeiro, se analise eventual insurgência contra a inabilitação de licitante.

Ainda assim, não se desconhece regra do art. 11, XVIII, do Decreto n. 3555, segundo a qual “o recurso contra decisão do pregoeiro não terá efeito suspensivo”.

Sobre ela, aduz Vera Monteiro<sup>233</sup>:

*É preciso consignar que os recursos interpostos ao final da sessão pública de pregão têm o efeito de suspender a contratação enquanto não forem decididos. Assim, enquanto pender decisão a seu respeito não poderá haver adjudicação, homologação e assinatura do contrato.*

Registre-se, por derradeiro, que, no pregão, o acolhimento do recurso importa na invalidação tão somente dos atos insuscetíveis de aproveitamento, em claro

<sup>232</sup>

*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 511.

<sup>233</sup>

*Licitação na modalidade pregão*, Op. cit., p. 187.

benefício a todos aqueles envolvidos no procedimento licitatório e em franca homenagem à economicidade e celeridade desejadas.

Da sessão será lavrada ata circunstanciada, na qual serão registradas as ocorrências relevantes e que, ao final, será assinada pelo Pregoeiro e Equipe de apoio.

### 2.5.8 Adjudicação

Não havendo imediata manifestação dos licitantes quanto à intenção de interpor recurso contra os atos praticados pelo pregoeiro no decorrer da sessão pública, o art. 4º, XX<sup>234</sup> da Lei n. 10.520 autoriza, desde já, que se adjudique<sup>235</sup> o objeto licitado ao vencedor do certame, encaminhando, ato contínuo, o processo à autoridade competente para a devida homologação<sup>236</sup>.

Se, no entanto, houver recurso, a adjudicação ficará a cargo da própria autoridade competente (XXI).

Não se pode deixar de notar que o procedimento do pregão, quanto a este aspecto, difere do disposto no art. 43, VI da Lei n. 8.666, segundo o qual “a licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: (...) deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação”.

No rito delineado pela lei geral de licitações e contratos, só após os atos praticados terem sido examinados e homologados pela autoridade competente é que há a adjudicação do objeto ao vencedor do certame.

---

<sup>234</sup> Art. 4º (...)

XXI - decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor;

XXII - homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital; e

XXIII - se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no inciso XVI.

<sup>235</sup> Adjudicação é “o ato pelo qual a promotora do certame convoca o vencedor para travar o contrato em vista do qual se realizou o certame”. (Celso Antonio Bandeira de Melo. Op. cit., p. 606).

<sup>236</sup> É “o ato administrativo unilateral, vinculado, de controle de outro ato jurídico, pelo qual se lhe dá eficácia ou se afirma sua validade” (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. *Princípio Gerais de Direito Administrativo*. 3ª ed., v.1, São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 578).

Marçal Justen Filho<sup>237</sup> entende que, no pregão, a adjudicação é meramente “*declaratória*”, já que é ato por meio do qual o pregoeiro anuncia a conclusão do processo competitivo; não guardaria, portanto, relação com a adjudicação “*constitutiva*” prevista pela Lei n. 8.666, por meio da qual a autoridade competente, única com poderes jurídicos para tanto, vincula a Administração ao licitante vencedor, investindo-o de direitos e deveres.

Mas, segundo lição de Márcio Cammarosano<sup>238</sup>

*Se um ato não produz seu efeito típico logo ao ingressar no mundo jurídico, isto é, se o instante em que o ato se aperfeiçoa não coincide com a produção de seu efeito típico (que ainda fica por vir, porque sujeito a verificação de uma condição suspensiva, de um termo inicial) o que se verifica é que o ato, enquanto pendente, não atingiu, ainda, seu grau máximo de eficácia.*

É dizer, também no pregão a *adjudicação* é constitutiva de direitos e obrigações, tratando-se, em verdade, de um ato administrativo cujo efeito jurídico típico depende de uma condição suspensiva; isto é, a adjudicação só será plenamente eficaz após a *homologação* do procedimento pela autoridade competente.

Segundo Marcelo Palaveri<sup>239</sup>,

A homologação, ato de competência exclusiva da autoridade superior tem portanto, por propósito colher dessa autoridade a concordância com o procedimento licitatório até então conduzido pelo pregoeiro em dois aspectos: primeiro, sob o ponto de vista técnico-jurídico, pois significará o aval de todos os atos anteriores; e, segundo, sob o ponto de vista da conveniência e oportunidade, pois significará a concordância com a licitação, apurando-a conveniente. (...) É exatamente porque o ato se reveste da análise da conveniência da licitação que se trata de ato exclusivo da autoridade superior, não podendo ser praticado pelo pregoeiro, vez que a este é defeso analisar esse aspecto do certame.

### 2.5.9 Homologação

A homologação é a última fase do procedimento licitatório, e diz respeito ao ato de controle final feito pela autoridade competente.

Havendo deliberação final sobre os atos praticados no decorrer do procedimento licitatório, a autoridade competente passa a responder por todos os

<sup>237</sup> *Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)*. São Paulo, Dialética, 2005, p. 161

<sup>238</sup> *Decaimento e extinção dos atos administrativos*, RDP 53-54..

<sup>239</sup> *Pregão nas licitações municipais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 118.

seus efeitos e consequências, deixando de ser o pregoeiro, a partir deste momento, a autoridade coatora, sujeito a mandado de segurança.

Só depois de *homologado* o procedimento é que o adjudicatário será convocado para assinar o contrato — ato bilateral externo ao procedimento, mas que dele depende por força constitucional.

Pode, no entanto, a autoridade decidir-se, em razão de conveniência e oportunidade, pela revogação do certame, ou mesmo pela sua anulação, na hipótese de ilegalidade.

Por isso, conclui Hely Lopes Meirelles<sup>240</sup>:

*A autoridade terá diante de si três alternativas: confirmar o julgamento, homologando-o; ordenar a retificação da classificação no todo ou em parte, se verificar irregularidade corrigível no julgamento; ou anular o julgamento; ou todo o procedimento licitatório, se deparar irregularidade insanável e prejudicial ao certame em qualquer fase da licitação.*

## 2.6 – Atos preparatórios do contrato

Com a *homologação* do procedimento licitatório, encerra-se a etapa externa.

Pode-se convocar o adjudicatário para a assinatura do contrato no prazo definido em edital, não sem que antes se lhe exijam, segundo expressa previsão no edital, certas providências prévias à assinatura do contrato, a exemplo de análise de amostra que não se preste para fins de classificação de proposta.

Nos termos do art. 4, XXIII, XVI e XVII da Lei n. 10.520, se o adjudicatário se recusar a celebrar o contrato (XXIII), além de se sujeitar à penalidade prevista no art. 7º, a própria lei autoriza, de maneira expressa, que se retome a disputa. Para tanto, reabre-se a sessão pública, com a convocação tão somente dos licitantes inicialmente credenciados, cujas propostas tenham sido classificadas.

O pregoeiro convocará o segundo classificado para eventual negociação e posterior verificação do cumprimento das exigências de habilitação, declarando-o vencedor do certame.

Na hipótese de a proposta do segundo classificado não ser aceita (XI), a negociação revelar-se frustrada (XVII), ou o licitante for considerado inabilitado, será, então, convocado o terceiro classificado, e assim sucessivamente, na ordem de classificação, até que se apure alguém cuja proposta seja aceitável e que

<sup>240</sup> Hely Lopes Meirelles. Op. cit., p. 158.

efetivamente atenda a todos os requisitos de habilitação previamente estabelecidos no ato convocatório.

Esta regra se aplica a todas as propostas classificadas, independentemente de os licitantes terem sido inicialmente convocados para participar da fase de lances, considerada a regra dos 10% (pregão presencial).

Por isso que a Administração retém a documentação de habilitação de todos os licitantes cujas propostas tenham sido classificadas, sob pena, até mesmo, de violação do princípio da isonomia.

## Conclusão

A Administração, enquanto gestora dos interesses da sociedade, sempre que pretender se valer da colaboração de parceiros privados, deve fazê-lo por meio de um *processo de licitação pública*, por força do comando do art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988.

O *processo*, enquanto *fenômeno* referente à sucessão encadeada de atos tendentes a um resultado final e conclusivo, também há de ser reconhecido como instrumento do exercício da função administrativa, ainda que sobre ele pairessem divergências doutrinárias quanto ao *rótulo* mais adequado: *processo* administrativo ou *procedimento* administrativo.

Fato é que *processo* não se confunde com *procedimento*, já que este é o rito, a forma de proceder que se desenvolve dentro do próprio *processo*.

Partindo desta premissa, pode-se reconhecer a existência de um *processo* licitatório sempre que houver relação jurídica (vínculo regido pelo ordenamento jurídico) entre a Administração e os parceiros privados; tratar-se-á de *procedimento* licitatório sempre que disser respeito ao *rito*, à sequência de atos previamente estabelecida que se desenvolve dentro do processo licitatório.

A Lei n. 8.666/93, editada a título de regulamentar o art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, ao instituir normas gerais sobre licitações e contratos, estabeleceu um rol exaustivo de modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão — considerando-se contar, cada qual, com um *rito* diferenciado de acordo com o objetivo por ser alcançado.

A concorrência, a tomada de preços e o convite, reconhecidas pela doutrina como modalidades “*comuns*”, são utilizáveis para quaisquer espécies de licitação, elegendo-se, uma ou outra, em razão do valor econômico estimado da contratação; o concurso e o leilão são modalidades “*especiais*” destinados a fins específicos.

A Lei n. 10.520/02 introduziu no ordenamento jurídico a modalidade de licitação denominada *pregão*, que pode se desenvolver na forma *presencial* e *eletrônica*, utilizados nas hipóteses em que se visar à *aquisição de bens e contratação de serviços comuns*.

Tratando-se de norma geral, auto-aplicável, aplica-se a todos os entes federativos, submetendo-se aos princípios do Direito Administrativo, dentre os quais se destacam: legalidade, igualdade, publicidade, vinculação ao instrumento convocatório, competitividade, moralidade, razoabilidade e celeridade, eficiência.

O pregão diferencia-se das modalidades tradicionais de licitação em razão de certas características que lhe são peculiares: natureza qualitativa; a figura do pregoeiro; a inversão de fases; o princípio da oralidade; a fase de lances; o recurso ao final.

Também nele se identificam etapas distintas —interna e externa— que, apesar de autônomas, guardam estreita relação entre si, já que uma é antecedente necessária da outra.

A etapa interna (preparatória) diz respeito a todos os atos praticados internamente pela Administração, sob a responsabilidade da autoridade competente.

A fase externa (procedimento licitatório) inicia-se a partir da publicação do extrato do edital, culminando com a adjudicação do objeto licitado ao vencedor do certame e homologação dos atos praticados.

Eventuais respostas a pedidos de esclarecimento e decisões quanto a impugnações devem ser de responsabilidade da autoridade competente; todos os demais atos que ocorrem durante a sessão pública, em via de regra, deve ficar sob o comando e responsabilidade do pregoeiro, designado nos autos para tal mister.

No dia, hora e local determinados, uma vez declarada aberta a sessão pública, inicia-se a *fase de credenciamento*, que se presta para identificar os interessados em participar da corrida licitatória; se contam ou não com representantes fisicamente presentes (pregão presencial), com poderes expressos para praticar os atos referentes ao certame; se atendem às condições de participação, a exemplo do ramo de atividade compatível com a natureza do objeto licitado; da admissibilidade ou não de participação de empresas reunidas em consórcio ou empresas cooperativas; verificação acerca de eventual cumprimento de sanções com fundamento no art. 87, da Lei n. 8.666/93 e art. 7º da Lei n. 10.520/02.

Se o interessado for, motivadamente, impedido de participar do certame, poderá se insurgir contra a decisão do Pregoeiro por meio da representação (art. 109, II, da Lei n. 8.666/93), já que o recurso hierárquico é reservado aos licitantes.

Os sujeitos credenciados submetem à apreciação do pregoeiro os envelopes proposta e documentação, acompanhados da declaração de pleno atendimento às exigências de habilitação, e, eventualmente, da declaração de microempresa e/ou empresa de pequeno porte para os fins dos benefícios conferidos pela LC n. 123/06.

O pregoeiro viola o envelope proposta, inaugurando a *fase de análise e julgamento das propostas*, que deve ocorrer, invariavelmente, sob três aspectos:

- (a) formal: verificação das *formalidades* requeridas pelo edital, a exemplo da apresentação de proposta datilografada ou preenchida a mão, de forma legível, em língua portuguesa, sem rasuras ou ofertas alternativas, com indicação dos dados do licitante, do objeto licitado, preços unitários e total, expressos em moeda corrente nacional, incluindo, além do lucro, todas as despesas resultantes de impostos, taxas, tributos, frete e demais encargos, assim como todas as despesas diretas ou indiretas, prazo de validade, data e assinatura do representante legal ou procurador
- (b) substantivo: verificação da *conformidade* das propostas com as especificações técnicas, os parâmetros mínimos de desempenho e qualidade, o prazo máximo para fornecimento fixado no edital, podendo haver até mesmo a análise de *amostras* para fins de confirmação quanto à qualidade almejada, de acordo com critérios objetivos previamente estabelecidos;
- (c) preço: verificação de existência de oferta que exceda o valor máximo admitido pelo edital, ou inexequível (admitindo-se prova em contrário), ou mesmo correspondente a valor irrisório ou igual a zero.

As propostas admitidas serão ordenadas, provisoriamente, e, ato contínuo, selecionadas, segundo critério legal (regra dos 10% no pregão presencial), para participar de uma etapa competitiva, do tipo *menor preço* (sempre), que se denomina *fase de lances*, em que os licitantes podem renovar suas propostas por meio de lances verbais e sucessivos, sempre inferiores ao anterior, até que, todos declinando, se apure a melhor oferta.

Ilegal, portanto, o denominado *prazo randômico* existente em algumas plataformas de *pregão eletrônico*, a exemplo do Banco do Brasil e Comprasnet, haja vista ensejar a escolha de uma determinada oferta de forma *aleatória*, em absoluto

descompasso com as normas e princípios que regem o procedimento licitatório na busca da proposta *mais vantajosa*.

Finda a competição, o pregoeiro verifica a eventual existência de *empate ficto* entre o menor valor apurado na fase de lances e aquele final ofertado pela ME/EPP, hipótese em que a esta será facultado o exercício do *direito de preferência*, nos termos conferidos pela LC n. 123/06; se ofertar valor menor do que o apurado na fase de lances, sua proposta será declarada a *melhor oferta*.

Inadmissível que se suspenda a sessão pública, neste momento, para o exame da *amostra do vencedor da fase de lances*.

É que, deste modo, ter-se-ia de admitir que a *análise e julgamento das propostas* poderia ser cindida em dois momentos distintos: primeiro, exclusivamente quanto ao seu aspecto *formal*; depois, já promovida a competição de preços, quanto ao seu aspecto *substantivo*; além de não contar com amparo legal, viola-se o princípio da igualdade (art. 3º, da Lei n. 8.666/93), já que se admitiria que proposta defeituosa fosse classificada e participasse da fase de lances, em franco prejuízo à competitividade; e nem sequer há falar em benefício à celeridade, já que, nesta hipótese, ter-se-ia que retomar a fase de lances, desde seu início, desta feita, tão somente entre aqueles licitantes cujas propostas tenham sido efetivamente classificadas.

Apurado o detentor da *melhor oferta*, o pregoeiro poderá *negociar*, visando a uma maior redução de valor, oportunidade após a qual decidirá motivadamente quanto à *aceitabilidade* da proposta.

Note-se não se tratar mais de cotejo entre a proposta (aspecto substantivo) e os requisitos mínimos fixados pelo edital, mesmo porque é cediço que a finalização da fase de julgamento é pressuposto lógico para a eleição daqueles que participarão da fase de lances.

O pregoeiro há de decidir sobre a adequação entre o conteúdo da proposta vencedora e o *preço* final ofertado, é dizer, se é condizente com aqueles praticados no mercado.

Encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro certificar-se-á de que o licitante que apresentou a melhor oferta está habilitado, nada obstando a que promova diligências necessárias a título de sanear eventuais falhas,

omissões ou outras irregularidades, sendo vedada a apresentação de documentos novos.

Após a declaração de um vencedor do certame, ou de que a licitação foi considerada fracassada, os licitantes terão oportunidade de manifestar-se, motivadamente, quanto ao interesse de interpor recurso contra os atos praticados pelo pregoeiro no decorrer da sessão pública, sob pena de decair do direito de recurso.

Não havendo recurso, o pregoeiro pode adjudicar o objeto do certame ao vencedor. Tal adjudicação não é meramente declaratória, e sim constitutiva de direitos e obrigações, já que se trata de ato administrativo cujo efeito jurídico típico depende de uma condição suspensiva, a homologação pela autoridade competente.

Havendo *recurso*, terá efeito suspensivo e devolutivo, competindo, nesta hipótese, à autoridade competente, a adjudicação do objeto licitado ao vencedor.

Da sessão será lavrada ata circunstanciada, esgotando-se, em regra, as *atribuições* do pregoeiro.

Os autos são encaminhados à autoridade competente a quem caberá *homologar* os atos praticados, *revogar* o certame, por razões de conveniência e oportunidade ou *anulá-lo*, por ilegalidade.

Homologado o certame, o adjudicatário será convocado para, nos termos fixados no edital, assinar o contrato.

Preliminarmente, como condição para a assinatura do contrato, terá, eventualmente, que tomar medidas, fruto de comprometimentos assumidos no decorrer do procedimento do certame.

Pode ser instado a providenciar, *exempli gratia*, a reapresentação de documentação de habilitação, cujo prazo de validade tenha se expirado; tratando-se de adjudicatário/ME/EPP, comprovar contar com receita bruta, nos termos requeridos pelo art. 2º da LC n. 123/06, bem como demonstrar sua regularidade fiscal.

Submeter *amostra* à análise da Administração, cuja finalidade seria a de *confirmar a veracidade* da proposta escrita que se supôs, inicialmente, em conformidade com o edital, no que diz respeito à qualidade desejada. Não logrando êxito, poderá ser sancionado, com fundamento no art. 7º da Lei n. 10.520, em razão de não ter "*mantido sua proposta*".

Se o contrato for firmado, esgotam-se todos os atos referentes ao certame licitatório, não mais sendo admissível que se reabra a sessão pública para a convocação dos demais licitantes classificados.

Eventual descumprimento da obrigação contratual assumida ensejará a aplicação de sanções devidas.

## Anexos

### Quadro síntese em que se destacam aspectos relevantes do procedimento do pregão

#### PROCEDIMENTO

Declarada aberta a sessão pública, o pregoeiro promove o credenciamento dos interessados, registrando, até mesmo, se contam com representantes fisicamente presentes (pregão presencial).

Recebidos os envelopes Proposta, procede-se à imediata verificação de sua conformidade com os requisitos do edital, atentando-se para o seu aspecto formal, substantivo e preço; é neste momento que, se necessário, analisam-se as amostras, para fins de classificação das propostas.

O julgamento das propostas é sempre do tipo menor preço, observados as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital.

As propostas admitidas, porque em conformidade com os requisitos do edital, são classificadas provisoriamente e, observada a regra dos 10%, selecionadas para participar da fase de lances

Identificada a proposta vencedora da fase de lances, considerando-se, para tanto, eventual exercício do direito de preferência imposto pela LC 123/06, o pregoeiro decidirá, motivadamente, acerca da sua aceitabilidade, resultando em uma segunda classificação provisória.

Para tanto, o pregoeiro poderá negociar com o detentor da proposta primeira classificada, considerando a proposta final aceitável ou não.

Se a proposta primeira classificada não for considerada aceitável, o pregoeiro passará à análise da proposta da segunda classificada; de igual modo, poderá negociar para tentar obter melhor preço, considerando a oferta final aceitável ou não.

Identificada uma proposta que seja aceitável, o pregoeiro

#### TEXTO LEGAL

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

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;

IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;

XVII - nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor;

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

XVII - nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor;

XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do

passa à verificação da habilitação do sujeito licitante.

licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

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

XIV - os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicaf e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes;

XV - verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor;

Se o sujeito primeiro classificado for considerado habilitado, será declarado vencedor do certame, sendo-lhe adjudicado o objeto licitado pelo pregoeiro, se não houver recurso

XV - verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor;

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;

Se o sujeito primeiro classificado não for habilitado, o pregoeiro convocará o segundo classificado, decidindo sobre a aceitabilidade de sua proposta, podendo, para tanto, haver negociação, examinando, ato contínuo, sua habilitação

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

Havendo recurso, os autos sobem para a autoridade competente, a quem competirá adjudicar o objeto ao vencedor do certame

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

XXI - decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor;

Homologado o certame, o adjudicatário é convocado para assinar o contrato

XXII - homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital; e

Na hipótese de o primeiro classificado não assinar o contrato, reabre-se a sessão pública, com a participação dos mesmos licitantes, convocando-se o segundo classificado para eventual negociação e verificação da aceitabilidade de sua proposta, procedendo-se, depois, a fase de habilitação.

XXIII - se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no inciso XVI.

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

**Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002<sup>241</sup>**

Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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

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

Art. 2º (VETADO)

§ 1º Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

§ 2º Será facultado, nos termos de regulamentos próprios da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a participação de bolsas de mercadorias no apoio técnico e operacional aos órgãos e entidades promotores da modalidade de pregão, utilizando-se de recursos de tecnologia da informação.

§ 3º As bolsas a que se referem o § 2o deverão estar organizadas sob a forma de sociedades civis sem fins lucrativos e com a participação plural de corretoras que operem sistemas eletrônicos unificados de pregões.

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, até mesmo com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

§ 1º A equipe de apoio deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento.

§ 2º No âmbito do Ministério da Defesa, as funções de pregoeiro e de membro da equipe de apoio poderão ser desempenhadas por militares

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

<sup>241</sup>

Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm)

I - a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação, nos termos do regulamento de que trata o art. 2º;

II - do aviso constarão a definição do objeto da licitação, a indicação do local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital;

III - do edital constarão todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso;

IV - cópias do edital e do respectivo aviso serão colocadas à disposição de qualquer pessoa para consulta e divulgadas na forma da Lei no 9.755, de 16 de dezembro de 1998;

V - o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis;

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

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;

IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;

XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

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

XIV - os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicaf e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes;

XV - verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor;

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim

sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

XVII - nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor;

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

XIX - o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;

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;

XXII - homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital; e

XXIII - se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no inciso XVI.

Art. 5º É vedada a exigência de:

I - garantia de proposta;

II - aquisição do edital pelos licitantes, como condição para participação no certame; e

III - pagamento de taxas e emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica, e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso.

Art. 6º O prazo de validade das propostas será de 60 (sessenta) dias, se outro não estiver fixado no edital.

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, 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, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Art. 8º Os atos essenciais do pregão, até mesmo os decorrentes de meios eletrônicos, serão documentados no processo respectivo, com vistas à aferição de sua regularidade pelos agentes de controle, nos termos do regulamento previsto no art. 2º.

Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 10. Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória n. 2.182-18, de 23 de agosto de 2001.

Art. 11. As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico.

Art. 12. A Lei n. 10.191, de 14 de fevereiro de 2001, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

"Art. 2-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão adotar, nas licitações de registro de preços destinadas à aquisição de bens

e serviços comuns da área da saúde, a modalidade do pregão, até mesmo por meio eletrônico, observando-se o seguinte:

I - são considerados bens e serviços comuns da área da saúde, aqueles necessários ao atendimento dos órgãos que integram o Sistema Único de Saúde, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais do mercado.

II - quando o quantitativo total estimado para a contratação ou fornecimento não puder ser atendido pelo licitante vencedor, admitir-se-á a convocação de tantos licitantes quantos forem necessários para o atingimento da totalidade do quantitativo, respeitada a ordem de classificação, desde que os referidos licitantes aceitem praticar o mesmo preço da proposta vencedora.

III - na impossibilidade do atendimento ao disposto no inciso II, excepcionalmente, poderão ser registrados outros preços diferentes da proposta vencedora, desde que se trate de objetos de qualidade ou desempenho superior, devidamente justificada e comprovada a vantagem, e que as ofertas sejam em valor inferior ao limite máximo admitido."

Art. 13. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 17 de julho de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

*Pedro Malan*

*Guilherme Gomes Dias*

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 18.7.2002

**Decreto n. 3.555, de 8 de agosto de 2000<sup>242</sup>**

Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, da Constituição e tendo em vista o disposto na Medida Provisória n. 2.026-3, de 28 de julho de 2000,

DECRETA:

Art. 1º Fica aprovado, na forma dos Anexos I e II a este Decreto, o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para a aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União.

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.

Art. 2º Compete ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão estabelecer normas e orientações complementares sobre a matéria regulada por este Decreto.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 8 de agosto de 2000; 179º da Independência e 112º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO  
*Martus Tavares*

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 9.8.2000

**ANEXO I****REGULAMENTO DA LICITAÇÃO NA MODALIDADE DE PREGÃO**

Art. 1º Este Regulamento estabelece normas e procedimentos relativos à licitação na modalidade de pregão, destinada à aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União, qualquer que seja o valor estimado.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime deste Regulamento, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as entidades controladas direta e indiretamente pela União.

Art. 2º Pregão é a modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública, por meio de propostas de preços escritas e lances verbais.

Art. 3º Os contratos celebrados pela União, para a aquisição de bens e serviços comuns, serão precedidos, prioritariamente, de licitação pública na modalidade de pregão, que se destina a garantir, por meio de disputa justa entre os interessados, a compra mais econômica, segura e eficiente.

§ 1º Dependerá de regulamentação específica a utilização de recursos eletrônicos ou de tecnologia da informação para a realização de licitação na modalidade de pregão.

§ 2º Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais praticadas no mercado. (Redação dada pelo Decreto n. 7.174, de 2010)

<sup>242</sup>

disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3555.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3555.htm)

§ 3º Os bens e serviços de informática e automação adquiridos nesta modalidade deverão observar o disposto no [art. 3º da Lei n. 8.248, de 23 de outubro de 1991](#), e a regulamentação específica. [\(Redação dada pelo Decreto n. 7.174, de 2010\)](#)

§ 4º Para efeito de comprovação do requisito referido no parágrafo anterior, o produto deverá estar habilitado a usufruir do incentivo de isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, de que trata o [art. 4º da Lei nº 8.248, de 1991](#), nos termos da regulamentação estabelecida pelo Ministério da Ciência e Tecnologia. [\(Incluído pelo Decreto n. 3.693, de 2000\)](#)

§ 5º Alternativamente ao disposto no § 4º, o Ministério da Ciência e Tecnologia poderá reconhecer, mediante requerimento do fabricante, a conformidade do produto com o requisito referido no § 3º." [\(Incluído pelo Decreto n. 3.693, de 2000\)](#)

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.

Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação.

Art. 5º A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração.

Art. 6º Todos quantos participem de licitação na modalidade de pregão têm direito público subjetivo à fiel observância do procedimento estabelecido neste Regulamento, podendo qualquer interessado acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Art. 7º À autoridade competente, designada de acordo com as atribuições previstas no regimento ou estatuto do órgão ou da entidade, cabe:

- I - determinar a abertura de licitação;
- II - designar o pregoeiro e os componentes da equipe de apoio;
- III - decidir os recursos contra atos do pregoeiro; e
- IV - homologar o resultado da licitação e promover a celebração do contrato.

Parágrafo único. Somente poderá atuar como pregoeiro o servidor que tenha realizado capacitação específica para exercer a atribuição.

Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

I - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência;

II - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;

III - a autoridade competente ou, por delegação de competência, o ordenador de despesa ou, ainda, o agente encarregado da compra no âmbito da Administração, deverá:

a) definir o objeto do certame e o seu valor estimado em planilhas, de forma clara, concisa e objetiva, de acordo com termo de referência

elaborado pelo requisitante, em conjunto com a área de compras, obedecidas as especificações praticadas no mercado;

b) justificar a necessidade da aquisição;

c) estabelecer os critérios de aceitação das propostas, as exigências de habilitação, as sanções administrativas aplicáveis por inadimplemento e as cláusulas do contrato, até mesmo com fixação dos prazos e das demais condições essenciais para o fornecimento; e

d) designar, dentre os servidores do órgão ou da entidade promotora da licitação, o pregoeiro responsável pelos trabalhos do pregão e a sua equipe de apoio;

IV - constarão dos autos a motivação de cada um dos atos especificados no inciso anterior e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento estimativo e o cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela Administração; e

V - para julgamento, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade e as demais condições definidas no edital.

Art. 9º As atribuições do pregoeiro incluem:

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.

Art. 10. A equipe de apoio deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da Administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou da entidade promotora do pregão, para prestar a necessária assistência ao pregoeiro.

Parágrafo único. No âmbito do Ministério da Defesa, as funções de pregoeiro e de membro da equipe de apoio poderão ser desempenhadas por militares.

Art. 11. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

I - a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em função dos seguintes limites:

a) para bens e serviços de valores estimados em até R\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais):

1. Diário Oficial da União; e

2. meio eletrônico, na Internet;

b) para bens e serviços de valores estimados acima de R\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais) até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais): [\(Redação dada pelo Decreto n. 3.693, de 2000\)](#)

1. Diário Oficial da União;

2. meio eletrônico, na Internet; e

3. jornal de grande circulação local;

c) para bens e serviços de valores estimados superiores a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais): [\(Redação dada pelo Decreto n. 3.693, de 2000\)](#)

1. Diário Oficial da União;

2. meio eletrônico, na Internet; e

3. jornal de grande circulação regional ou nacional;

d) em se tratando de órgão ou entidade integrante do Sistema de Serviços Gerais - SISG, a íntegra do edital deverá estar disponível em meio eletrônico, na Internet, no site [www.comprasnet.gov.br](http://www.comprasnet.gov.br), independentemente do valor estimado; (Redação dada pelo Decreto n. 3.693, de 2000)

II - do edital e do aviso constarão 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;

III - o edital fixará prazo não inferior a oito dias úteis, contados da publicação do aviso, para os interessados prepararem suas propostas;

IV - no dia, hora e local designados no edital, será realizada sessão pública para recebimento das propostas e da documentação de habilitação, devendo o interessado ou seu representante legal proceder ao respectivo credenciamento, comprovando, se for o caso, possuir os necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame;

V - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes legais entregarão ao pregoeiro, em envelopes separados, a proposta de preços e a documentação de habilitação;

VI - o pregoeiro procederá à abertura dos envelopes contendo as propostas de preços e classificará o autor da proposta de menor preço e aqueles que tenham apresentado propostas em valores sucessivos e superiores em até dez por cento, relativamente à de menor preço;

VII - quando não forem verificadas, no mínimo, três propostas escritas de preços nas condições definidas no inciso anterior, o pregoeiro classificará as melhores propostas subseqüentes, até o máximo de três, para que seus autores participem dos lances verbais, quaisquer que sejam os preços oferecidos nas propostas escritas;

VIII - em seguida, será dado início à etapa de apresentação de lances verbais pelos proponentes, que deverão ser formulados de forma sucessiva, em valores distintos e decrescentes;

IX - o pregoeiro convidará individualmente os licitantes classificados, de forma sequencial, a apresentar lances verbais, a partir do autor da proposta classificada de maior preço e os demais, em ordem decrescente de valor;

X - a desistência em apresentar lance verbal, quando convocado pelo pregoeiro, implicará a exclusão do licitante da etapa de lances verbais e na manutenção do último preço apresentado pelo licitante, para efeito de ordenação das propostas; (Redação dada pelo Decreto n. 3.693, de 2000)

XI - caso não se realizem lances verbais, será verificada a conformidade entre a proposta escrita de menor preço e o valor estimado para a contratação;

XII - declarada encerrada a etapa competitiva e ordenadas as propostas, o pregoeiro examinará a aceitabilidade da primeira classificada, quanto ao objeto e valor, decidindo motivadamente a respeito;

XIII - sendo aceitável a proposta de menor preço, será aberto o envelope contendo a documentação de habilitação do licitante que a tiver formulado, para confirmação das suas condições habilitatórias, com base no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF, ou nos dados cadastrais da Administração, assegurado ao já cadastrado o direito de apresentar a documentação atualizada e regularizada na própria sessão;

XIV - constatado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor, sendo-lhe adjudicado o objeto do certame;

XV - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará a oferta subseqüente, verificando a sua aceitabilidade e procedendo à habilitação do proponente, na ordem de classificação, 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;

XVI - nas situações previstas nos incisos XI, XII e XV, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor;

XVII - a manifestação da intenção de interpor recurso será feita no final da sessão, com registro em ata da síntese das suas razões, podendo os interessados juntar memoriais no prazo de três dias úteis;

XVIII - o recurso contra decisão do pregoeiro não terá efeito suspensivo;

XIX - o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;

XX - decididos os recursos e constatada a regularidade dos atos procedimentais, a autoridade competente homologará a adjudicação para determinar a contratação;

XXI - como condição para celebração do contrato, o licitante vencedor deverá manter as mesmas condições de habilitação;

XXII - quando o proponente vencedor 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, sem prejuízo da aplicação das sanções cabíveis, observado o disposto nos incisos XV e XVI deste artigo;

XXIII - se o licitante vencedor recusar-se a assinar o contrato, injustificadamente, será aplicada a regra estabelecida no inciso XXII; [\(Redação dada pelo Decreto n. 3.693, de 2000\)](#)

XXIV - o prazo de validade das propostas será de sessenta dias, se outro não estiver fixado no edital.

Art. 12. Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.

§ 1º Caberá ao pregoeiro decidir sobre a petição no prazo de vinte e quatro horas.

§ 2º Acolhida a petição contra o ato convocatório, será designada nova data para a realização do certame.

Art. 13. Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação prevista na legislação geral para a Administração, relativa à:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal; e

V - cumprimento do disposto no [inciso XXXIII do art. 7º da Constituição](#) e na [Lei n. 9.854, de 27 de outubro de 1999](#).

Parágrafo único. A documentação exigida para atender ao disposto nos incisos I, III e IV deste artigo deverá ser substituída pelo registro cadastral do SICAF ou, em se tratando de órgão ou entidade não abrangido pelo referido Sistema, por certificado de registro cadastral que atenda aos requisitos previstos na legislação geral.

Art. 14. O licitante que ensejar o retardamento da execução do certame, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo, fizer declaração falsa ou cometer fraude fiscal, garantido o direito prévio da citação e da ampla defesa, ficará impedido de licitar e contratar com a Administração, pelo prazo de até cinco anos, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

Parágrafo único. As penalidades serão obrigatoriamente registradas no SICAF, e no caso de suspensão de licitar, o licitante deverá ser descredenciado por igual período, sem prejuízo das multas previstas no edital e no contrato e das demais cominações legais.

Art. 15. É vedada a exigência de:

I - garantia de proposta;

II - aquisição do edital pelos licitantes, como condição para participação no certame; e

III - pagamento de taxas e emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica, e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso.

Art. 16. Quando permitida a participação de empresas estrangeiras na licitação, as exigências de habilitação serão atendidas mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado.

Parágrafo único. O licitante deverá ter procurador residente e domiciliado no País, com poderes para receber citação, intimação e responder administrativa e judicialmente por seus atos, juntando os instrumentos de mandato com os documentos de habilitação.

Art. 17. Quando permitida a participação de empresas reunidas em consórcio, serão observadas as seguintes normas:

I - deverá ser comprovada a existência de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, com indicação da empresa-líder, que deverá atender às condições de liderança estipuladas no edital e será a representante das consorciadas perante a União;

II - cada empresa consorciada deverá apresentar a documentação de habilitação exigida no ato convocatório;

III - a capacidade técnica do consórcio será representada pela soma da capacidade técnica das empresas consorciadas;

IV - para fins de qualificação econômico-financeira, cada uma das empresas deverá atender aos índices contábeis definidos no edital, nas mesmas condições estipuladas no SICAF;

V - as empresas consorciadas não poderão participar, na mesma licitação, de mais de um consórcio ou isoladamente;

VI - as empresas consorciadas serão solidariamente responsáveis pelas obrigações do consórcio nas fases de licitação e durante a vigência do contrato; e

VII - no consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras, a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso I deste artigo.

Parágrafo único. Antes da celebração do contrato, deverá ser promovida a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

Art. 18. A autoridade competente para determinar a contratação poderá revogar a licitação em face de razões de interesse público, derivadas de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, mediante ato escrito e fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório induz à do contrato.

§ 2º Os licitantes não terão direito à indenização em decorrência da anulação do procedimento licitatório, ressalvado o direito do contratado de boa-fé de ser ressarcido pelos encargos que tiver suportado no cumprimento do contrato.

Art. 19. Nenhum contrato será celebrado sem a efetiva disponibilidade de recursos orçamentários para pagamento dos encargos, dele decorrentes, no exercício financeiro em curso.

Art. 20. A União publicará, no Diário Oficial da União, o extrato dos contratos celebrados, no prazo de até vinte dias da data de sua assinatura, com indicação da modalidade de licitação e de seu número de referência.

Parágrafo único. O descumprimento do disposto neste artigo sujeitará o servidor responsável a sanção administrativa.

Art. 21. Os atos essenciais do pregão, até mesmo os decorrentes de meios eletrônicos, serão documentados ou juntados no respectivo processo, cada qual oportunamente, compreendendo, sem prejuízo de outros, o seguinte:

- I - justificativa da contratação;
  - II - termo de referência, contendo descrição detalhada do objeto, orçamento estimativo de custos e cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso;
  - III - planilhas de custo;
  - IV - garantia de reserva orçamentária, com a indicação das respectivas rubricas;
  - V - autorização de abertura da licitação;
  - VI - designação do pregoeiro e equipe de apoio;
  - VII - parecer jurídico;
  - VIII - edital e respectivos anexos, quando for o caso;
  - IX - minuta do termo do contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;
  - X - originais das propostas escritas, da documentação de habilitação analisada e dos documentos que a instruírem;
  - XI - ata da sessão do pregão, contendo, sem prejuízo de outros, o registro dos licitantes credenciados, das propostas escritas e verbais apresentadas, na ordem de classificação, da análise da documentação exigida para habilitação e dos recursos interpostos; e
  - XII - comprovantes da publicação do aviso do edital, do resultado da licitação, do extrato do contrato e dos demais atos relativos a publicidade do certame, conforme o caso.
- Art. 22. Os casos omissos neste Regulamento serão resolvidos pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

#### ANEXO II

#### CLASSIFICAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS COMUNS

(Revogado pelo Decreto n. 7.174, de 2010)

**Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005<sup>243</sup>**

Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002,

DECRETA:

Art. 1º A modalidade de licitação pregão, na forma eletrônica, de acordo com o disposto no § 1º do art. 2º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União, e submete-se ao regulamento estabelecido neste Decreto.

Parágrafo único. Subordinam-se ao disposto neste Decreto, além dos órgãos da administração pública federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

Art. 2º O pregão, na forma eletrônica, como modalidade de licitação do tipo menor preço, realizar-se-á quando a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns for feita à distância em sessão pública, por meio de sistema que promova a comunicação pela internet.

§ 1º Consideram-se bens e serviços comuns, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado.

§ 2º Para o julgamento das propostas, serão fixados critérios objetivos que permitam aferir o menor preço, devendo ser considerados os prazos para a execução do contrato e do fornecimento, as especificações técnicas, os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade e as demais condições definidas no edital.

§ 3º O sistema referido no caput será dotado de recursos de criptografia e de autenticação que garantam condições de segurança em todas as etapas do certame.

§ 4º O pregão, na forma eletrônica, será conduzido pelo órgão ou entidade promotora da licitação, com apoio técnico e operacional da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que atuará como provedor do sistema eletrônico para os órgãos integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG.

§ 5º A Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação poderá ceder o uso do seu sistema eletrônico a órgão ou entidade dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante celebração de termo de adesão.

Art. 3º Deverão ser previamente credenciados perante o provedor do sistema eletrônico a autoridade competente do órgão promotor da licitação, o pregoeiro, os membros da equipe de apoio e os licitantes que participam do pregão na forma eletrônica.

§ 1º O credenciamento dar-se-á pela atribuição de chave de identificação e de senha, pessoal e intransferível, para acesso ao sistema eletrônico.

§ 2º No caso de pregão promovido por órgão integrante do SISG, o credenciamento do licitante, bem assim a sua manutenção, dependerá de registro atualizado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF.

---

<sup>243</sup>

disponível:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm)

§ 3º A chave de identificação e a senha poderão ser utilizadas em qualquer pregão na forma eletrônica, salvo quando cancelada por solicitação do credenciado ou em virtude de seu descadastramento perante o SICAF.

§ 4º A perda da senha ou a quebra de sigilo deverá ser comunicada imediatamente ao provedor do sistema, para imediato bloqueio de acesso.

§ 5º O uso da senha de acesso pelo licitante é de sua responsabilidade exclusiva, incluindo qualquer transação efetuada diretamente ou por seu representante, não cabendo ao provedor do sistema ou ao órgão promotor da licitação responsabilidade por eventuais danos decorrentes de uso indevido da senha, ainda que por terceiros.

§ 6º O credenciamento junto ao provedor do sistema implica a responsabilidade legal do licitante e a presunção de sua capacidade técnica para realização das transações inerentes ao pregão na forma eletrônica.

Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

§ 1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

§ 2º Na hipótese de aquisições por dispensa de licitação, fundamentadas no [inciso II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), as unidades gestoras integrantes do SISG deverão adotar, preferencialmente, o sistema de cotação eletrônica, conforme disposto na legislação vigente.

Art. 5º A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade.

Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

Art. 6º A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.

Art. 7º Os participantes de licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, têm direito público subjetivo à fiel observância do procedimento estabelecido neste Decreto, podendo qualquer interessado acompanhar o seu desenvolvimento em tempo real, por meio da internet.

Art. 8º À autoridade competente, de acordo com as atribuições previstas no regimento ou estatuto do órgão ou da entidade, cabe:

- I - designar e solicitar, junto ao provedor do sistema, o credenciamento do pregoeiro e dos componentes da equipe de apoio;
- II - indicar o provedor do sistema;
- III - determinar a abertura do processo licitatório;
- IV - decidir os recursos contra atos do pregoeiro quando este mantiver sua decisão;
- V - adjudicar o objeto da licitação, quando houver recurso;
- VI - homologar o resultado da licitação; e
- VII - celebrar o contrato.

Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

- I - elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização;
- II - aprovação do termo de referência pela autoridade competente;
- III - apresentação de justificativa da necessidade da contratação;
- IV - elaboração do edital, estabelecendo critérios de aceitação das propostas;

V - definição das exigências de habilitação, das sanções aplicáveis, até mesmo no que se refere aos prazos e às condições que, pelas suas particularidades, sejam consideradas relevantes para a celebração e execução do contrato e o atendimento das necessidades da administração; e

VI - designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio.

§ 1º A autoridade competente motivará os atos especificados nos incisos II e III, indicando os elementos técnicos fundamentais que o apóiam, bem como quanto aos elementos contidos no orçamento estimativo e no cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela administração.

§ 2º O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.

Art. 10. As designações do pregoeiro e da equipe de apoio devem recair nos servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, ou de órgão ou entidade integrante do SISG.

§ 1º A equipe de apoio deverá ser integrada, em sua maioria, por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração pública, pertencentes, preferencialmente, ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora da licitação.

§ 2º No âmbito do Ministério da Defesa, as funções de pregoeiro e de membro da equipe de apoio poderão ser desempenhadas por militares.

§ 3º A designação do pregoeiro, a critério da autoridade competente, poderá ocorrer para período de um ano, admitindo-se reconduções, ou para licitação específica.

§ 4º Somente poderá exercer a função de pregoeiro o servidor ou o militar que reúna qualificação profissional e perfil adequados, aferidos pela autoridade competente.

Art. 11. Caberá ao pregoeiro, em especial:

I - coordenar o processo licitatório;

II - receber, examinar e decidir as impugnações e consultas ao edital, apoiado pelo setor responsável pela sua elaboração;

III - conduzir a sessão pública na internet;

IV - verificar a conformidade da proposta com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

V - dirigir a etapa de lances;

VI - verificar e julgar as condições de habilitação;

VII - receber, examinar e decidir os recursos, encaminhando à autoridade competente quando mantiver sua decisão;

VIII - indicar o vencedor do certame;

IX - adjudicar o objeto, quando não houver recurso;

X - conduzir os trabalhos da equipe de apoio; e

XI - encaminhar o processo devidamente instruído à autoridade superior e propor a homologação.

Art. 12. Caberá à equipe de apoio, dentre outras atribuições, auxiliar o pregoeiro em todas as fases do processo licitatório.

Art. 13. Caberá ao licitante interessado em participar do pregão, na forma eletrônica:

I - credenciar-se no SICAF para certames promovidos por órgãos da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e de órgão ou entidade dos demais Poderes, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que tenham celebrado termo de adesão;

II - remeter, no prazo estabelecido, exclusivamente por meio eletrônico, via internet, a proposta e, quando for o caso, seus anexos;

III - responsabilizar-se formalmente pelas transações efetuadas em seu nome, assumindo como firmes e verdadeiras suas propostas e lances, até

mesmo os atos praticados diretamente ou por seu representante, não cabendo ao provedor do sistema ou ao órgão promotor da licitação responsabilidade por eventuais danos decorrentes de uso indevido da senha, ainda que por terceiros;

IV - acompanhar as operações no sistema eletrônico durante o processo licitatório, responsabilizando-se pelo ônus decorrente da perda de negócios diante da inobservância de quaisquer mensagens emitidas pelo sistema ou de sua desconexão;

V - comunicar imediatamente ao provedor do sistema qualquer acontecimento que possa comprometer o sigilo ou a inviabilidade do uso da senha, para imediato bloqueio de acesso;

VI - utilizar-se da chave de identificação e da senha de acesso para participar do pregão na forma eletrônica; e

VII - solicitar o cancelamento da chave de identificação ou da senha de acesso por interesse próprio.

Parágrafo único. O fornecedor descredenciado no SICAF terá sua chave de identificação e senha suspensas automaticamente.

Art. 14. Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação relativa:

I - à habilitação jurídica;

II - à qualificação técnica;

III - à qualificação econômico-financeira;

IV - à regularidade fiscal com a Fazenda Nacional, o sistema da seguridade social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;

V - à regularidade fiscal perante as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso; e

VI - ao cumprimento do disposto no inciso [XXXIII do art. 7º da Constituição](#) e no [inciso XVIII do art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993](#).

Parágrafo único. A documentação exigida para atender ao disposto nos incisos I, III, IV e V deste artigo poderá ser substituída pelo registro cadastral no SICAF ou, em se tratando de órgão ou entidade não abrangida pelo referido Sistema, por certificado de registro cadastral que atenda aos requisitos previstos na legislação geral.

Art. 15. Quando permitida a participação de empresas estrangeiras na licitação, as exigências de habilitação serão atendidas mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados ou embaixadas e traduzidos por tradutor juramentado no Brasil.

Art. 16. Quando permitida a participação de consórcio de empresas, serão exigidos:

I - comprovação da existência de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, com indicação da empresa-líder, que deverá atender às condições de liderança estipuladas no edital e será a representante das consorciadas perante a União;

II - apresentação da documentação de habilitação especificada no instrumento convocatório por empresa consorciada;

III - comprovação da capacidade técnica do consórcio pelo somatório dos quantitativos de cada consorciado, na forma estabelecida no edital;

IV - demonstração, por empresa consorciada, do atendimento aos índices contábeis definidos no edital, para fins de qualificação econômico-financeira;

V - responsabilidade solidária das empresas consorciadas pelas obrigações do consórcio, nas fases de licitação e durante a vigência do contrato;

VI - obrigatoriedade de liderança por empresa brasileira no consórcio formado por empresas brasileiras e estrangeiras, observado o disposto no inciso I; e

VII - constituição e registro do consórcio antes da celebração do contrato.

Parágrafo único. Fica impedida a participação de empresa consorciada, na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.

Art. 17. A fase externa do pregão, na forma eletrônica, será iniciada com a convocação dos interessados por meio de publicação de aviso, observados os valores estimados para contratação e os meios de divulgação a seguir indicados:

I - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais):

- a) Diário Oficial da União; e
- b) meio eletrônico, na internet;

II - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) até R\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais):

- a) Diário Oficial da União;
- b) meio eletrônico, na internet; e
- c) jornal de grande circulação local;

III - superiores a R\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais):

- a) Diário Oficial da União;
- b) meio eletrônico, na internet; e
- c) jornal de grande circulação regional ou nacional.

§ 1º Os órgãos ou entidades integrantes do SISG e os que aderirem ao sistema do Governo Federal disponibilizarão a íntegra do edital, em meio eletrônico, no Portal de Compras do Governo Federal - COMPRASNET, sítio [www.comprasnet.gov.br](http://www.comprasnet.gov.br).

§ 2º O aviso do edital conterá a definição precisa, suficiente e clara do objeto, a indicação dos locais, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital, bem como o endereço eletrônico onde ocorrerá a sessão pública, a data e hora de sua realização e a indicação de que o pregão, na forma eletrônica, será realizado por meio da internet.

§ 3º A publicação referida neste artigo poderá ser feita em sítios oficiais da administração pública, na internet, desde que certificado digitalmente por autoridade certificadora credenciada no âmbito da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

§ 4º O prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a oito dias úteis.

§ 5º Todos os horários estabelecidos no edital, no aviso e durante a sessão pública observarão, para todos os efeitos, o horário de Brasília, Distrito Federal, até mesmo para contagem de tempo e registro no sistema eletrônico e na documentação relativa ao certame.

§ 6º Na divulgação de pregão realizado para o sistema de registro de preços, independentemente do valor estimado, será adotado o disposto no inciso III.

Art. 18. Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica.

§ 1º Caberá ao pregoeiro, auxiliado pelo setor responsável pela elaboração do edital, decidir sobre a impugnação no prazo de até vinte e quatro horas.

§ 2º Acolhida a impugnação contra o ato convocatório, será definida e publicada nova data para realização do certame.

Art. 19. Os pedidos de esclarecimentos referentes ao processo licitatório deverão ser enviados ao pregoeiro, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública, exclusivamente por meio eletrônico via internet, no endereço indicado no edital.

Art. 20. Qualquer modificação no edital exige divulgação pelo mesmo instrumento de publicação em que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Art. 21. Após a divulgação do edital no endereço eletrônico, os licitantes deverão encaminhar proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço e, se for o caso, o respectivo anexo, até a data e hora marcadas para abertura da sessão, exclusivamente por meio do sistema eletrônico, quando, então, encerrar-se-á, automaticamente, a fase de recebimento de propostas.

§ 1º A participação no pregão eletrônico dar-se-á pela utilização da senha privativa do licitante.

§ 2º Para participação no pregão eletrônico, o licitante deverá manifestar, em campo próprio do sistema eletrônico, que cumpre plenamente os requisitos de habilitação e que sua proposta está em conformidade com as exigências do instrumento convocatório.

§ 3º A declaração falsa relativa ao cumprimento dos requisitos de habilitação e proposta sujeitará o licitante às sanções previstas neste Decreto.

§ 4º Até a abertura da sessão, os licitantes poderão retirar ou substituir a proposta anteriormente apresentada.

Art. 22. A partir do horário previsto no edital, a sessão pública na internet será aberta por comando do pregoeiro com a utilização de sua chave de acesso e senha.

§ 1º Os licitantes poderão participar da sessão pública na internet, devendo utilizar sua chave de acesso e senha.

§ 2º O pregoeiro verificará as propostas apresentadas, desclassificando aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos no edital.

§ 3º A desclassificação de proposta será sempre fundamentada e registrada no sistema, com acompanhamento em tempo real por todos os participantes.

§ 4º As propostas contendo a descrição do objeto, valor e eventuais anexos estarão disponíveis na internet.

§ 5º O sistema disponibilizará campo próprio para troca de mensagens entre o pregoeiro e os licitantes.

Art. 23. O sistema ordenará, automaticamente, as propostas classificadas pelo pregoeiro, sendo que somente estas participarão da fase de lance.

Art. 24. Classificadas as propostas, o pregoeiro dará início à fase competitiva, quando então os licitantes poderão encaminhar lances exclusivamente por meio do sistema eletrônico.

§ 1º No que se refere aos lances, o licitante será imediatamente informado do seu recebimento e do valor consignado no registro.

§ 2º Os licitantes poderão oferecer lances sucessivos, observados o horário fixado para abertura da sessão e as regras estabelecidas no edital.

§ 3º O licitante somente poderá oferecer lance inferior ao último por ele ofertado e registrado pelo sistema.

§ 4º Não serão aceitos dois ou mais lances iguais, prevalecendo aquele que for recebido e registrado primeiro.

§ 5º Durante a sessão pública, os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado, vedada a identificação do licitante.

§ 6º A etapa de lances da sessão pública será encerrada por decisão do pregoeiro.

§ 7º O sistema eletrônico encaminhará aviso de fechamento iminente dos lances, após o que transcorrerá período de tempo de até trinta minutos, aleatoriamente determinado, findo o qual será automaticamente encerrada a recepção de lances.

§ 8º Após o encerramento da etapa de lances da sessão pública, o pregoeiro poderá encaminhar, pelo sistema eletrônico, contraproposta ao licitante que tenha apresentado lance mais vantajoso, para que seja obtida melhor proposta, observado o critério de julgamento, não se admitindo negociar condições diferentes daquelas previstas no edital.

§ 9º A negociação será realizada por meio do sistema, podendo ser acompanhada pelos demais licitantes.

§ 10. No caso de desconexão do pregoeiro, no decorrer da etapa de lances, se o sistema eletrônico permanecer acessível aos licitantes, os lances continuarão sendo recebidos, sem prejuízo dos atos realizados.

§ 11. Quando a desconexão do pregoeiro persistir por tempo superior a dez minutos, a sessão do pregão na forma eletrônica será suspensa e reiniciada somente após comunicação aos participantes, no endereço eletrônico utilizado para divulgação.

Art. 25. Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital.

§ 1º A habilitação dos licitantes será verificada por meio do SICAF, nos documentos por ele abrangidos, quando dos procedimentos licitatórios realizados por órgãos integrantes do SISG ou por órgãos ou entidades que aderirem ao SICAF.

§ 2º Os documentos exigidos para habilitação que não estejam contemplados no SICAF, até mesmo quando houver necessidade de envio de anexos, deverão ser apresentados até mesmo via fax, no prazo definido no edital, após solicitação do pregoeiro no sistema eletrônico.

§ 3º Os documentos e anexos exigidos, quando remetidos via fax, deverão ser apresentados em original ou por cópia autenticada, nos prazos estabelecidos no edital.

§ 4º Para fins de habilitação, a verificação pelo órgão promotor do certame nos sítios oficiais de órgãos e entidades emissores de certidões constitui meio legal de prova.

§ 5º Se a proposta não for aceitável ou se o licitante não atender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará a proposta subsequente e, assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração de uma proposta que atenda ao edital.

§ 6º No caso de contratação de serviços comuns em que a legislação ou o edital exija apresentação de planilha de composição de preços, esta deverá ser encaminhada de imediato por meio eletrônico, com os respectivos valores readequados ao lance vencedor.

§ 7º No pregão, na forma eletrônica, realizado para o sistema de registro de preços, quando a proposta do licitante vencedor não atender ao quantitativo total estimado para a contratação, respeitada a ordem de classificação, poderão ser convocados tantos licitantes quantos forem necessários para alcançar o total estimado, observado o preço da proposta vencedora.

§ 8º Os demais procedimentos referentes ao sistema de registro de preços ficam submetidos à norma específica que regulamenta o [art. 15 da Lei nº 8.666, de 1993](#).

§ 9º Constatado o atendimento às exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor.

Art. 26. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.

§ 1º A falta de manifestação imediata e motivada do licitante quanto à intenção de recorrer, nos termos do caput, importará na decadência desse direito, ficando o pregoeiro autorizado a adjudicar o objeto ao licitante declarado vencedor.

§ 2º O acolhimento de recurso importará na invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento.

§ 3º No julgamento da habilitação e das propostas, o pregoeiro poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de habilitação e classificação.

Art. 27. Decididos os recursos e constatada a regularidade dos atos praticados, a autoridade competente adjudicará o objeto e homologará o procedimento licitatório.

§ 1º Após a homologação referida no caput, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato ou a ata de registro de preços no prazo definido no edital.

§ 2º Na assinatura do contrato ou da ata de registro de preços, será exigida a comprovação das condições de habilitação consignadas no edital, as quais deverão ser mantidas pelo licitante durante a vigência do contrato ou da ata de registro de preços.

§ 3º O vencedor da licitação que não fizer a comprovação referida no § 2º ou quando, injustificadamente, recusar-se a assinar o contrato ou a ata de registro de preços, poderá ser convocado outro licitante, desde que respeitada a ordem de classificação, para, após comprovados os requisitos habilitatórios e feita a negociação, assinar o contrato ou a ata de registro de preços, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

§ 4º O prazo de validade das propostas será de sessenta dias, salvo disposição específica do edital.

Art. 28. Aquele que, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta, não assinar o contrato ou ata de registro de preços, deixar de entregar documentação exigida no edital, apresentar documentação falsa, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo, fizer declaração falsa ou cometer fraude fiscal, garantido o direito à ampla defesa, ficará impedido de licitar e de contratar com a União, e 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.

Parágrafo único. As penalidades serão obrigatoriamente registradas no SICAF.

Art. 29. A autoridade competente para aprovação do procedimento licitatório somente poderá revogá-lo em face de razões de interesse público, por motivo de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-lo por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, mediante ato escrito e fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório induz à do contrato ou da ata de registro de preços.

§ 2º Os licitantes não terão direito à indenização em decorrência da anulação do procedimento licitatório, ressalvado o direito do contratado de boa-fé de ser ressarcido pelos encargos que tiver suportado no cumprimento do contrato.

Art. 30. O processo licitatório será instruído com os seguintes documentos:

- I - justificativa da contratação;
- II - termo de referência;
- III - planilhas de custo, quando for o caso;
- IV - previsão de recursos orçamentários, com a indicação das respectivas rubricas;
- V - autorização de abertura da licitação;
- VI - designação do pregoeiro e equipe de apoio;
- VII - edital e respectivos anexos, quando for o caso;
- VIII - minuta do termo do contrato ou instrumento equivalente, ou minuta da ata de registro de preços, conforme o caso;
- IX - parecer jurídico;
- X - documentação exigida para a habilitação;
- XI - ata contendo os seguintes registros:
  - a) licitantes participantes;
  - b) propostas apresentadas;
  - c) lances ofertados na ordem de classificação;
  - d) aceitabilidade da proposta de preço;

- e) habilitação; e
  - f) recursos interpostos, respectivas análises e decisões;
- XII - comprovantes das publicações:

- a) do aviso do edital;
- b) do resultado da licitação;
- c) do extrato do contrato; e
- d) dos demais atos em que seja exigida a publicidade, conforme o caso.

§ 1º O processo licitatório poderá ser realizado por meio de sistema eletrônico, sendo que os atos e documentos referidos neste artigo constantes dos arquivos e registros digitais serão válidos para todos os efeitos legais, até mesmo para comprovação e prestação de contas.

§ 2º Os arquivos e registros digitais, relativos ao processo licitatório, deverão permanecer à disposição das auditorias internas e externas.

§ 3º A ata será disponibilizada na internet para acesso livre, imediatamente após o encerramento da sessão pública.

Art. 31. O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão estabelecerá instruções complementares ao disposto neste Decreto.

Art. 32. Este Decreto entra em vigor em 1º de julho de 2005.

Art. 33. Fica revogado o [Decreto nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000.](#)

Brasília, de de 2005; 184º da Independência e 117º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA  
*Paulo Bernardo Silva*

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 1º.6.2005

## Referências bibliográficas

ALESSI, Renato. Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano. 3ª ed. Milão, Giuffrè Editore, 1960.

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 152

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Licitação*. São Paulo: Ed. RT, 1980.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed., 6ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

\_\_\_\_\_. *Licitação*. São Paulo, Ed. RT, 1980.

\_\_\_\_\_. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., 15ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 2ª ed., v. I, Forense, 1979.

BRITTO, Carlos Ayres. *O perfil constitucional da licitação*. Ed. ZNT, 1997.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 1ª ed., t.1, Rio de Janeiro: Forense, 1970.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CAMMAROSANO, Márcio. *Decaimento e extinção dos atos administrativos*. RDP 53-54/161-172. Ano 13. São Paulo: Ed. RT, janeiro-junho/1980.

\_\_\_\_\_. *Licitação: controle por processo ou por resultado? Algumas considerações*. ILC - Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba, 1996.

\_\_\_\_\_. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

\_\_\_\_\_. Revista do TCESP n. 119. 5ª Semana Jurídica. Edição Especial, p. 71

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7ª ed. atual, São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_ et al. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001

DROMI, José Roberto. *Licitación Pública*. Buenos Aires: Astrea, 1975

\_\_\_\_\_. *Licitación Pública*. 2ª ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.

\_\_\_\_\_. *Derecho Administrativo*. 5ª ed. Ediciones Ciudad Argentina.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2007.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Dispensa e Inexigibilidade de licitação*, 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1994.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9ª ed., ver., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Estado de Direito e devido processo legal*. RDA 209/7-18. Rio de Janeiro, julho-setembro/1997.

\_\_\_\_\_. *Princípios constitucionais do processo*. RTDP 1/118-126. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

GASPARINI, Diógenes. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Pregão Presencial e Eletrônico*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Do Procedimento Licitatório: conceito, finalidades e princípios*. Revista Licitar, São Paulo, v. 10, p. 11-20, 1998.

\_\_\_\_\_. *Devido Processo Legal e o Procedimento Administrativo*. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, n. 01, p. 25-36, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *Licitação e Contrato Administrativo* (Estudos sobre a interpretação da lei), São Paulo: Malheiros, 1995.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13ª ed., São Paulo: Dialética, 2009.

\_\_\_\_\_. *Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)*. 4ª ed. rev. e atual., São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. *Sujeição Passiva Tributária*, Belém, CEJUP, 1986.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. t.3.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MONTEIRO, Vera. *Licitação na Modalidade de Pregão*. Coleção Temas de Direito Administrativo, V.9., 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

MOREIRA, Egon Bokmann. *Processo Administrativo (Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999)*. 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2007.

\_\_\_\_\_. *O processo de licitação, a Lei 9784/99 e o processo administrativo*. Revista Diálogo Jurídico. Ano I. vol. I. n.º. 3. Junho de 2001. Salvador. Bahia. Brasil.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006.

NOBREGA, Airton Rocha. *Licitação na Modalidade de Pregão*. *Boletim de Licitação e Contratos – BLC*, ano 2002, n. 05, maio, ano XV.

PALAVÉRI, Marcelo. *Pregão nas licitações municipais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Licitações de Informática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. Sessão Pública. In: *Pregão presencial e eletrônico*, Coordenação de Diógenes Gasparini. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007

SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão Presencial e Eletrônico. Sistema de Registro de Preços. Manual de Implantação. Operacionalização e Controle*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SAYAGUES LASO, Enrique. *La Licitación pública*. 4. ed. atual. por Daniel H. Martins. Montevideo, Acali Ed., 1978.

\_\_\_\_\_. *La Licitación Pública*. Montevideo: Pena e Cia, 1940.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. 4ª ed., Forense, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. *A importância do procedimento administrativo*. RDP 84/64-74. São Paulo. Ed. RT, 1987.

\_\_\_\_\_. *Procedimentos administrativos de competição*. RDP 83/114-119. São Paulo: Ed. RT, julho-setembro/1987.

\_\_\_\_\_. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.