

Breve Painel do Pregão no Procedimento Licitatório

Tauã Lima Verdan¹

Resumo:

Em sede de comentários inaugurais, cuida reconhecer que as modalidades licitatórias, agasalhadas na Lei Nº 8.666, de 21 de Junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, corriqueiramente, não consegue ofertar celeridade desejável à atividade administrativa, notadamente no que se refere ao processo de escolha de futuros contratantes. As grandes reclamações oriundas de órgãos administrativos não tinham como alvo os contratos de grande vulto e de maior complexidade. Ao contrário, centravam-se nos contratos menores ou de mais rápida conclusão, eis que restavam prejudicados devido à burocracia excessiva no processo regular de licitação. Em decorrência de tal cenário, a Lei Nº. 10.520, de 17 de Julho de 2002, que 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, foi responsável por introduzir, no ordenamento pátrio, a modalidade de licitação em comento, prescrevendo disciplina e procedimento próprios, com o escopo primitivo de acelerar o processo de escolha de futuros contratados, em hipóteses determinadas e específicas, ofertando-lhe celeridade e dinamicidade.

Palavras-chaves: Procedimento Licitatório. Modalidade de Licitação. Pregão.

Sumário: 1 Comento Introdutório: A Ciência Jurídica à luz do Pós-Positivismo; 2 O Procedimento Licitatório em Destaque: Aspectos Gerais; 3 Linhas Iniciais à Modalidade do Pregão; 4 Características e Modalidades do Pregão; 5 Objeto de Contratação; 6 Vedações e Sanções

¹ Bolsista CAPES. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Especializando em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Gama Filho Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

1 Comento Introdutório: A Ciência Jurídica à luz do Pós-Positivismo

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister faz-se evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *"prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém"*². Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos

² VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 16 set. 2013.

estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primordialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”³. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade apresentada, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdán, “esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”⁴. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como

³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 16 set. 2013.

⁴ VERDAN, 2009. Acesso em 16 set. 2013.

normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

Nesta tela, retratam-se os princípios jurídicos como elementos que trazem o condão de oferecer uma abrangência rotunda, albergando, de modo singular, as distintas espécies de normas que constituem o ordenamento pátrio – normas e leis. Os princípios passam a constituir verdadeiros estandartes pelos quais o arcabouço teórico que compõe o Direito se estrutura, segundo a brilhante exposição de Tovar⁵. Como consequência do expendido, tais cânones passam a desempenhar papel de super-normas, ou seja, *“preceitos que exprimem valor e, por tal fato, são como pontos de referências para as demais, que desdobram de seu conteúdo”*⁶. Por óbvio, essa concepção deve ser estendida a interpretação das normas que dão substrato de edificação à ramificação Administrativa do Direito.

2 O Procedimento Licitatório em Destaque: Aspectos Gerais

Em uma acepção introdutória, patente faz-se evidenciar que a Administração Pública exerce um sucedâneo de atividades multifárias e complexas, voltando-se sempre para o pavilhão do interesse público. Assim, *“a procura de melhor proposta para certo negócio é procedimento utilizado por todas as pessoas. Essa busca é, para umas, facultativa, e, para outras, obrigatória”*⁷, consoante magistério de Gasparini. Ora, *“para alcançá-lo, precisa valer-se de serviços e bens fornecidos por terceiros, razão por que é obrigada a firmar contratos para a realização de obras, prestação de serviços, fornecimento de bens, execução de serviços públicos, locação de imóveis etc.”*⁸, como bem anota José dos Santos Carvalho Filho. Insta ponderar que a seleção da melhor proposta, realizadas consoante critérios objetivos previamente afixados, ocorre entre as apresentadas por interessados que objetivam contratar com a entidade obrigada a licitar e que atendam ao seu chamamento, promovido mediante instrumento convocatório disciplinador de

⁵ TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 16 set. 2013.

⁶ VERDAN, 2009. Acesso em 16 set. 2013.

⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 532.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 217.

todo o procedimento a ser observado.

Nesta esteira, não é admitido que seja aproveitada qualquer proposta, mesmo que esta se apresente melhor dos que as demais, caso não tenha integrado o procedimento licitatório, no momento carecido. Como bem anota Diógenes Gasparini, “*esse procedimento levado a efeito par encontrar a melhor proposta, chamado de licitação, embora não seja o mesmo para os grupos de obrigados a licitar (pessoas públicas, pessoas governamentais), é regulado pelo Direito Administrativo*”⁹. Nesta senda de exposição, estão sujeitos ao procedimento em comento tão somente as pessoas jurídicas de Direito Público, as governamentais e outros entes, a exemplo de fundos especiais, que estejam, por lei, obrigados. Com clareza solar, Carvalho Filho, em altos alaridos diciona, em seu escólio, que:

[...] podemos conceituar a licitação como o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção de melhor trabalho técnico, artístico ou científico¹⁰.

Cuida anotar que a obrigatoriedade do procedimento licitatório pode ser genérica, quando decorrer da disposição contida no inciso XXI do artigo 37¹¹ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ou específica, advinda do artigo 175¹² do mesmo diploma. Ora, mesmo que não inexistisse expressa previsão na Carta de Outubro de 1988, poder-se-ia lançar mão dos corolários sustentadores da Administração Pública, tal como o da isonomia,

⁹ GASPARINI, 2012, p. 532-533.

¹⁰ CARVALHO FILHO, 2010, p. 218.

¹¹ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 set. 2013: “**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: [omissis] **XXI** - ressaltados 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”.

¹² BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 set. 2013: “**Art. 175.** Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

para garantir o emprego do procedimento licitatório. Quadra anotar que o procedimento licitatório é o instrumento por meio do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada realiza a seleção, arrimado em critérios objetivos previamente estabelecidos, dentre interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta que se revele mais vantajosa para a pactuação ou ato de seu interesse. *“A pessoa obrigada a licitar é denominada licitante e a que participa do procedimento da licitação, com a expectativa de vencê-la e ser contratada, é chamada de proponente ou licitante particular”*¹³.

Infere-se, ao cotejar o procedimento licitatório, que duas são as finalidades a serem alcançadas. A primeira encontra guarida na obtenção da proposta mais vantajosa, ou seja, aquela que atende, maiormente, em termos financeiros os interesses da entidade licitante. Em um segundo momento, ambiciona, ancorado no preceito da isonomia, cujos influxos desbordam da esfera particular, passando a nortear todo o arcabouço normativo pátrio vigente, ofertar igual oportunidade aos que desejam contratar com as pessoas obrigadas a licitar, conforme consagra o artigo 3º da Lei Nº 8.666, de 21 de Junho de 1993¹⁴, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Verifica-se que o procedimento licitatório, no cenário promulgado pela Carta Política de 1988, encontra amparo nos feixes principiológicos adotados pelo ordenamento pátrio, notadamente os que são irradiados pela tábua contida no Texto Constitucional. Com efeito, o entendimento em comento já foi explicitado pelo Ministro Eros Grau, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 2.716/RO, conforme se infere:

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigos 16 e 19 da Lei N. 260, do estado de Rondônia. Serviço público. Transporte coletivo de passageiros. Possibilidade de conversão automática de linhas municipais de transporte coletivo em permissão intermunicipal.

¹³ GASPARINI, 2012, p. 533.

¹⁴ BRASIL. **Lei Nº 8.666, de 21 de Junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 set. 2013: “**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 sustentável 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”.

Discriminação arbitrária entre licitantes. Licitação. Isonomia, princípio da igualdade. Afronta ao disposto nos artigos 5º, caput, 175 e 37, inciso XXI, da Constituição do Brasil. [...] 3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso --- o melhor negócio --- e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. 4. A conversão automática de permissões municipais em permissões intermunicipais afronta a igualdade --- artigo 5º ---, bem assim o preceito veiculado pelo artigo 175 da Constituição do Brasil. 5. Inconstitucionalidade dos preceitos que conferem vantagem às empresas permissionárias dos serviços de transporte coletivo intermunicipal no Estado de Rondônia. Criação de benefício indevido. Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. 6. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 7. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível. 8. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucionais os artigos 16 e 19, e seu parágrafo, da Lei n. 260/90 do Estado de Rondônia. (Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno/ ADI Nº 2.716/RO/ Relator: Ministro Eros Grau/ Julgado em 20.11.2007/ Publicado no DJ em 07.03.2008, p. 226).

Ora, o procedimento licitatório tem que ser concebido como uma imposição decorrente do interesse público, sendo seu pressuposto a competição, consistente na possibilidade acesso de todos e quaisquer agentes econômicos capacitados à licitação. Trata-se da concreção do corolário constitucional da isonomia, que veda a discriminação ou estabelecimento de mecanismos segregatórios. É verificado, ainda, que a competição assume feição de disputa, quando houver a possibilidade de uns licitantes apresentarem melhores propostas do que outros, um a proposta melhor de todas. Infere-se, assim, que a licitação materializa um procedimento que visa à satisfação do interesse público, arrimando-se pelo princípio da isonomia, sendo possível afirmar que a função da licitação é a de permitir, por meio da mais

ampla disputa, abarcando o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público.

Ademais, a competição objetivada pela licitação é a de instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, impondo que seja desenrolada de modo que reste garantida a igualdade de todos quantos ambicionam o acesso às contratações da Administração. Insta salientar que a igualdade se expressa em isonomia, enquanto garantia de condições idênticas asseguradas ao sujeito do direito em igualdade de condições com outro, e na vedação de privilégios. Defluiria da universalidade das leis, materializada na parêmia *jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*. Ora, a conjunção dos dois preceitos, igualdade e universalidade das leis, culminam no axioma que apregoa que a lei é igual para todos e todos são iguais perante a lei. Nesta toada, salta aos olhos que o núcleo sensível do dogma em pontuação desborda dos limites das relações privadas, tal como dito algures, conformando a atuação e interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, de maneira a veda o estabelecimento de disposições inquinadas de cunho segregacional.

3 Linhas Iniciais à Modalidade do Pregão

Em sede de comentários inaugurais, cuida reconhecer que as modalidades licitatórias, agasalhadas na Lei Nº 8.666, de 21 de Junho de 1993¹⁵, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, corriqueiramente, não consegue ofertar celeridade desejável à atividade administrativa, notadamente no que se refere ao processo de escolha de futuros contratantes. Como Carvalho Filho já ponderou, “*as grandes reclamações oriundas de órgãos administrativos não tinham como alvo os contratos de grande vulto e de maior complexidade. Ao contrário, centravam-se nos contratos menores ou de mais rápida conclusão*”¹⁶, eis que restavam prejudicados devido à burocracia excessiva no processo regular de licitação.

Em decorrência de tal cenário, a Lei Nº. 10.520, de 17 de Julho de

¹⁵ BRASIL. **Lei Nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 set. 2013.

¹⁶ CARVALHO FILHO, 2010, p. 278.

2002¹⁷, que 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, foi responsável por introduzir, no ordenamento pátrio, a modalidade de licitação em comento, prescrevendo disciplina e procedimento próprios, com o escopo primitivo de acelerar o processo de escolha de futuros contratados, em hipóteses determinadas e específicas. Com efeito, cuida assinalar que a legislação em comento guarda aspecto de complementação ao Estatuto da Licitação e dos Contratos Administrativos, não havendo que se falar em revogação desse por aquela. *“É claro que a nova disciplina tem normas que alteram certos aspectos de fins e procedimentos em relação ao Estatuto. Evidentemente, por ser lex posterior, prevalecem suas normas sobre as da lei antiga”*¹⁸, como já frisou Carvalho Filho. Acerca da aplicação subsidiária da lei geral, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento, com clareza solar, no sentido que:

Ementa: Direito Administrativo. Medida cautelar. Agravo de instrumento. Pregão. Leis N.ºs. 8.666/93 e 10.520/02. Cumulação de exigências. Impossibilidade (artigo 31, § 2º da Lei de Licitações). I - À licitação modalidade pregão, aplicam-se, subsidiariamente, disposições da Lei nº 8.666/93. II - O artigo 31, § 2º da Lei de Licitações determina que a Administração eleja um dos três requisitos, na fase de habilitação, em termos de exigência de comprovação da qualificação econômico-financeira da empresa licitante, para depois estabelecer que tal requisito também será suficiente a título de garantia ao contrato a ser posteriormente celebrado. III - Ao cumular dois requisitos, um na fase de habilitação, outro na fase do contrato, a Administração culminou por afrontar o supracitado dispositivo da Lei nº 8.666/93, deixando ainda de observar o disposto no artigo 5º, I da Lei nº 10.520/02, devendo ser garantida à empresa recorrente, a não exigência da garantia na fase do contrato. IV - Recurso parcialmente provido. (Superior Tribunal de Justiça – Primeira Turma/ REsp 822.337/MS/ Relator: Ministro Francisco Falcão/ Julgado em 16.05.2006/ Publicado no DJ em 01.06.2006, p. 168).

Tecidas as ponderações ora alinhadas, quadra frisar que o pregão não é modalidade de uso obrigatório pelos órgãos públicos. Com efeito, trata-se de atuação pautada na discricionariedade, na qual a Administração Pública

¹⁷ BRASIL. **Lei Nº. 10.520, de 17 de Julho de 2002.** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 set. 2013.

¹⁸ CARVALHO FILHO, 2010, p. 279.

terá a faculdade de adotar o pregão, nas hipóteses expressamente previstas, ou alguma das demais modalidades albergadas na Lei Nº 8.666, de 21 de Junho de 1993¹⁹, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Em que pese a faculdade dispensada à Administração, é carecido ter em conta o fito do novo diploma, consistente na possibilidade 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*”²⁰, conforme destacou Carvalho Filho. Com destaque, insta colocar em destaque que, em havendo opção por outra modalidade, incumbirá ao Administrador Público apresentar justificativa que embasou a sua escolha, com o objetivo de aferir se os motivos alegados guardam congruência com o objeto do ato optativo.

4 Características e Modalidades do Pregão

Diante do painel pintado, a particularidade substancial existente na modalidade de pregão descansa na adoção parcial dos corolários contidos no princípio da oralidade. Neste passo, enquanto nas formas comuns de licitação a manifestação de vontade dos proponentes se formaliza sempre por meio de documentos escritos, denominados *propostas*, na nova modalidade os participantes poderão oferecer outras *propostas* verbalmente na sessão pública destinada à escolha, como alude os incisos VIII²¹ e IX²² do artigo 4º da Lei Nº.

¹⁹ BRASIL. **Lei Nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 set. 2013.

²⁰ CARVALHO FILHO, 2010, p. 280.

²¹ BRASIL. **Lei Nº. 10.520, de 17 de Julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 set. 2013: “**Art. 4º.** *A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: [omissis] 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*”.

²² BRASIL. **Lei Nº. 10.520, de 17 de Julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 set. 2013: “**Art.**

10.520, de 17 de Julho de 2002, que 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.

Doutro modo, a legislação especial admite a atuação dos interessados por meio de lances. Cuida salientar que propostas e lances são hipóteses diversas, eis que aquelas refletem a oferta a ser apresentada pelo interessado, ao passo que esses são ofertas progressivas e sucessivas, porque: (i) são apresentadas uma após a outra; e, (ii) os valores são progressivamente decrescentes, de maneira a se alcançar ao mínimo preço a ser proposto para a compra ou serviço. No mais, em que subsista ser a oralidade o cânone diferencial do pregão em relação às modalidades tradicionais de licitação, é possível, no novo sistema inaugurado pela Lei Nº. 10.520, de 17 de Julho de 2002²³, que 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, a inspiração de outro postulado, qual seja: o princípio do informalismo. Consoante o magistério apresentado por Carvalho Filho, é possível extrair que:

Referido princípio [princípio do informalismo] não significa que o novo procedimento seja absolutamente informal; não o é, nem poderia sê-lo, por se tratar de atividade administrativa. Mas o legislador procurou introduzir alguns métodos e técnicas compatíveis com os modernos meios de comunicação, sobretudo através da informática²⁴.

Cuida anotar que duas são as modalidades de pregão, a saber: o pregão presencial ou comum e o pregão eletrônico. O primeiro se caracteriza pela presença, em ambiente físico, de agente da Administração Pública, a exemplo do pregoeiro, tal como dos interessados em determinadas etapas do

4º. *A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: [omissis] 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”.*

²³ BRASIL. **Lei Nº. 10.520, de 17 de Julho de 2002.** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 set. 2013.

²⁴ CARVALHO FILHO, 2010, p. 281.

procedimento. Por sua vez, a segunda modalidade processa-se, em ambiente virtual, por meio de tecnologia de informação, nos termos preconizados no §1º do artigo 2º da Lei Nº. 10.520, de 17 de Julho de 2002²⁵, que 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.

A modalidade em comento ostenta vantagens em relação ao pregão comum, porquanto há menor sobrecarga para o pregoeiro, já que há um número diminuído de documentos para serem analisados. De igual modo, o pregão eletrônico é mais célere e eficaz quando se trata de procedimento licitatório por itens ou lotes. Insta reconhecer, ainda, que os recursos decorrentes da tecnologia da informação tem o condão de aproximar as pessoas e encurtar as distâncias, permitindo atuação com maior eficiência por parte da Administração Pública. De outro ângulo, como desvantagens, é possível aludir que “*várias pessoas federativas não têm ainda o sistema que lhes permita utilizar a modalidade eletrônica*”²⁶. Neste passo, quadra reconhecer que o pregão presencial será mais adequado quando subsistir a necessidade de exibição de produtos ou de análise mais detalhada de planilhas de composição de custos, tarefa corriqueiramente de grande complexidade.

5 Objeto de Contratação

Insta pontuar que o objeto do pregão não goza da mesma amplitude das demais modalidades gerais previstas na Lei Nº 8.666, de 21 de Junho de 1993²⁷, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Com destaque, a nova modalidade introduzida no ordenamento pátrio destina-se apenas à aquisição de bens e à contratação de serviços

²⁵ BRASIL. **Lei Nº. 10.520, de 17 de Julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 set. 2013: “**Art. 2º** [omissis] **§1º** Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica”.

²⁶ CARVALHO FILHO, 2010, p. 281.

²⁷ BRASIL. **Lei Nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 set. 2013.

comuns. Por dicção reversa, salta aos olhos que estão excluídas as hipóteses de contratação de obras públicas e de bens e serviços não qualificados como comuns. No mais, insta anotar que a legislação em comento não logrou êxito de aclarar o significado de bens e serviços de uso comum, porquanto as expressões empregadas são dotadas de plurissignificação.

Dicciona o parágrafo único do artigo 1º da Lei Nº. 10.520, de 17 de Julho de 2002, que 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, que bens e serviços de uso comum são aqueles *“cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”*²⁸. Di Pietro, ao discorrer acerca do tema, assinala que *“pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública”*²⁹. Nesta linha, cuida transcrever o entendimento jurisprudencial que assinala:

Ementa: Processual Civil e Administrativo. Licitação. Pregão. Lei 10.520/2002. Aquisição de serviços e bens comuns. Revisão da premissa fática do acórdão recorrido. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Análise de lei local. Súmula 280/STF. 1. Nos termos do art. 1º da Lei 10.520/2000, aplicável em âmbito nacional, o pregão somente é cabível para aquisição de "bens e serviços comuns", conceituados por lei como "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado". [...] 5. Recurso Especial não conhecido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1.190.272/SP/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 14.09.2010/ Publicado no DJe em 27.09.2010).

Objetivando estabelecer especificação acerca de bens e serviços comuns, foi expedido o Decreto Nº. 3.555, de 09 de Agosto de 2000³⁰, que aprova o regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para

²⁸ BRASIL. **Lei Nº. 10.520, de 17 de Julho de 2002.** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 set. 2013.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo.** 20 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 416.

³⁰ BRASIL. **Decreto Nº. 3.555, de 09 de Agosto de 2000.** Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 set. 2013.

aquisição de bens e serviços comuns. No anexo do mencionado decreto, é possível verificar que praticamente todos os bens e serviços foram considerados *comuns*; na verdade, poucos estarão fora da relação, o que permite dizer que a nova modalidade de licitação pode ser, de maneira ampla, adotada pela Administração Pública. Os bens comuns dividem-se em bens de consumo, atinentes aos de frequente aquisição, e bens permanentes, referentes a mobiliários, veículos etc. “*Os serviços comuns são de variadíssima natureza, incluindo-se, entre outros, os de apoio administrativo, hospitalares, conservação e limpeza, vigilância, transporte, eventos, assinaturas de periódicos, serviços gráficos, informática, hotelaria, atividades auxiliares*”³¹.

Nesta linha de exposição, a novidade do pregão está atrelada ao valor do futuro contrato. Inexiste qualquer restrição quanto ao valor a ser pago, desimportando o vulto dos recursos necessários ao pagamento do fornecedor, critério diametralmente oposto aos adotados para as modalidades gerais da Lei Nº 8.666, de 21 de Junho de 1993³², que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, cujo postulado fundamental é a adequação de cada tipo à respectiva faixa de valor. “*Significa dizer que, ressalvada hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação, a contratação de bens e serviços comuns pode ser precedida do pregão, independentemente de seu custo*”³³, como bem assinalou Carvalho Filho.

Com pertinência, instituindo disciplina não prevista na legislação precedente, a lei passou a permitir o uso da modalidade de pregão, inclusive em sua espécie eletrônica, nas licitações de registro de preços destinadas à contratação de bens e serviços comuns da área de saúde, consoante clara dicção agasalhada no artigo 12 da Lei Nº. 10.520, de 17 de Julho de 2002³⁴,

³¹ CARVALHO FILHO, 2010, p. 282.

³² BRASIL. **Lei Nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 set. 2013.

³³ CARVALHO FILHO, 2010, p. 282.

³⁴ BRASIL. **Lei Nº. 10.520, de 17 de Julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 set. 2013: “**Art. 12.** A Lei nº 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

que 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. Nesta linha, mencionado dispositivo legal caracterizou tais bens e serviços comuns como aqueles necessários ao atendimento dos órgãos que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) e que apresentam padrões de desempenho e qualidade objetivamente estabelecidos no edital por meio de especificações usuais empregadas pelo mercado.

Frisar faz-se mister que no caso de o vencedor não lograr êxito em atender ao quantitativo previsto para a contratação, poderão ser convocados, observando-se a ordem de classificação existente, outros licitantes, a fim de completar o mesmo quantitativo, exigindo-se destes, porém, que concordem com o preço da proposta vitoriosa. Neste passo, Carvalho Filho, ao examinar a situação discutida, colocou em evidência que *“se isso for impossível, poderão ser registrados outros preços, desde que o objeto tenha qualidade ou desempenho superior, fato que deve ser expressamente justificado”*³⁵. Quadra destacar que, em qualquer caso, entretantes, as ofertas devem apresentar valor inferior ao limite máximo estimado para a contratação.

6 Vedações e Sanções

Ao analisar a Lei Nº. 10.520, de 17 de Julho de 2002³⁶, que institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada

saúde, a modalidade do pregão, inclusive 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”.

³⁵ CARVALHO FILHO, 2010, p. 282-283.

³⁶ BRASIL. **Lei Nº. 10.520, de 17 de Julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 set. 2013.

pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências, infere-se que o texto estabeleceu três vedações para a utilização da modalidade em comento. Denota-se que não pode ser afixada qualquer garantia de proposta, tal como é vedada a aquisição do edital, como *conditio* para os interessados participarem da competição. Neste passo, ainda, estabelece a legislação de regência a proibição do adimplemento de taxas e emolumentos, excetuando o valor concernente ao custo de reprodução gráfica do edital e aos custos de utilização de recursos de tecnologia de informação, quando restar preenchida a situação.

Doutro modo, para evitar que certos interessados participem de modo indevido da licitação, foram previstas sanções para determinados comportamentos, considerados como infrações administrativas. Computam-se dentre as condutas ilícitas: (i) não celebrar o contrato, quando o vencedor é convocado dentro do prazo de validade de sua proposta; (ii) deixar de entregar a documentação estabelecida para o certame; (iii) apresentar documentação falsa; (iv) dar causa ao retardamento da execução do objeto do contrato; (v) não manter a proposta; (vi) falhar ou fraudar na execução do contrato; (vii) assumir comportamento considerado inidôneo; (viii) cometer fraude fiscal. *“Assegurado ao participante o contraditório, tais infrações provocam a aplicação de várias sanções administrativas, como o impedimento e a suspensão de licitar e de contratar com a Administração por prazo de até cinco anos, enquanto subsistirem os motivos da apenação”*³⁷.

³⁷ CARVALHO FILHO, 2010, p. 290.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 set. 2013.

BRASIL. **Decreto Nº. 3.555, de 09 de Agosto de 2000.** Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 set. 2013.

BRASIL. **Lei Nº 8.666, de 21 de Junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 set. 2013.

BRASIL. **Lei Nº. 10.520, de 17 de Julho de 2002.** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 set. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 16 set. 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 16 set. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito Administrativo.** 20 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 16 set. 2013.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 16 set. 2013.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 16 set. 2013.