



UNIRIO

CADERNO DE DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Editores-Chefes:

Profa. Dra. Claudia Tannus Gurgel do Amaral

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura

ISSN a Obter

<http://www.seer.unirio.br/index.php/cdpp/>

(IM)POSSIBILIDADE DO LICITANTE REMANESCENTE PARTICIPAR DA ETAPA DE LANCES VERBAIS E SUCESSIVOS EM RAZÃO DA SUA PROPOSTA ESTAR ACIMA DOS 10% (DEZ POR CENTO) NA MODALIDADE PREGÃO

(IM) POSSIBILITY OF THE REMEDIAL BIDDER TO PARTICIPATE IN THE STAGE OF VERBAIS AND SUCCESSIVE BIDS IN REASON FOR ITS PROPOSAL TO BE ABOVE 10% (TEN PER CENT) IN TRADING MODALITY

Andre Saddy¹

Resumo: Este artigo tem como objetivo principal a verificação da possibilidade ou não do licitante remanescente de uma licitação na modalidade Pregão participar da etapa de lances verbais e sucessivos em razão da sua proposta estar acima dos 10% (dez por cento). Para tanto, inicia-se elucidando em que consiste essa modalidade de licitação, seus fundamentos, processos e seus fins para a Administração Pública. Além disso, é exposto o reconhecimento da eficiência da modalidade, em contraponto com as outras modalidades de licitação. Depois deste embasamento teórico, busca-se elucidar o leitor a respeito do objetivo principal, discorrendo sobre a possibilidade do licitante participar da fase de lances verbais e sucessivos, além de discorrer sobre a responsabilidades do pregoeiro nessas situações.

Palavras-chave: Pregão. Lances verbais e sucessivos. 10% (dez por cento)

Abstract: This article has as main objective the verification of the possibility or not of the remaining bidders of a bid in the Trading model modality to participate in the stage of verbal and successive bids because its proposal is above 10% (ten percent). To do so, it begins by elucidating the nature of this type of bidding, its fundamentals, processes and its purposes for Public Administration. In addition, the recognition of the efficiency of the modality is exposed, as opposed to the other bidding modalities. After this theoretical basis, we elucidate the main objective, discussing the possibility of the bidder participating in the verbal and successive bidding phase, as well as discussing the responsibilities of the crier in these situations.

Keywords: Trading. Verbal and successive bids. 10% (ten percent)

¹ Pós-doutor em Direito pela Universidade de Oxford. Doutor em Direito, com menção europeia - Doctor Europeo - pelo Departamento de Direito Administrativo da Universidad Complutense de Madrid, realizado com bolsa de estudos do Programa UCM - MAE becas predoctoral. Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa com bolsa de estudos do Programa Alban. Especialista em regulação pública e concorrência pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Atualmente é consultor jurídico, parecerista e professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado na Universidade Federal Fluminense. T

Introdução.

Este artigo tem como objetivo principal a verificação da possibilidade ou não do licitante remanescente de uma licitação na modalidade Pregão participar da etapa de lances verbais e sucessivos em razão da sua proposta estar acima dos 10% (dez por cento).

Para tanto, em um primeiro momento, tecer-se-á argumentos no que tange aos procedimentos licitatórios, em especial, o Pregão. Nesta modalidade, focou-se na fase de lances verbais e sucessivos, para desenvolver o tema central objeto do artigo.

Neste aspecto, demonstrar-se-á que o processo licitatório deve, para não restar fracassado, ser salvo convocando eventual licitantes remanescentes. Isto porque eles não são desclassificados do certame. Suas propostas são consideradas válidas para todos os efeitos. Sendo assim, demonstrar-se-á caso não reste licitantes dentro da regra dos 10% (dez por cento), os licitantes restantes, que não puderam dar lances verbais, em razão de suas propostas estarem acima dessa regra poderão ser chamados.

Por fim, evidenciará que o pregoeiro deverá, após o julgamento, apreciar a aceitabilidade da proposta, mirando a questão referente ao preço. Nesta etapa poderá o pregoeiro proceder à negociação a fim de obter preço melhor, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, ainda mais considerando que tal licitante não participou da fase de lances verbais.

1. Pregão presencial, objetivos, bens e serviços comuns.

Não se pode negar que a ideologia fincada no modelo de Administração burocrática, com nítida preocupação com o processo e controle dos atos da Administração, que orientou (e talvez ainda oriente) a formação das normas que regulamentam os procedimentos licitatórios, fracassaram neste desiderato; a uma, porque a complexidade das licitações, com um volume exagerado de documentos e exigências legais, quando não afastam potenciais contratados, emperram sobremaneira a gestão da coisa pública; a duas, porque em sentido contrário à finalidade da licitação, os licitantes se especializam no cumprimento formal das burocracias dos instrumentos convocatórios, deixando de lado a preocupação com a prestação mais eficiente à Administração.

Contudo, da Administração Pública sempre se esperou celeridade, eficiência e economicidade na sua atuação, sendo certo que, na busca de uma gestão de resultados, deve-se pugnar pela minimização de custos e de tempo, principalmente num momento em que, a

toda evidência, os recursos públicos são finitos, em contraposição à uma infinidade de atividades ainda sob a responsabilidade e execução direta pelo Estado.

No intuito de dar efetividade aos postulados mencionados, verifica-se a constante criação de mecanismos visando à otimização das atividades da Administração. Neste contexto e atendendo reivindicações reiteradas, o governo instituiu a modalidade de licitação Pregão com o objetivo básico de acelerar o procedimento licitatório, trazer economicidade à Administração e proporcionar a ela maior eficiência, publicando em 04 maio de 2000, no Diário Oficial da União, a Medida Provisória n.º 2.026/2000, destinada à aquisição de bens e serviços comuns no âmbito da União Federal, conforme expresso em seu art. 1º. Tais bens e serviços comuns seriam, de acordo com o §2º desse mesmo artigo, dispostos em regulamento, o que foi feito, sendo editado em 08 de agosto de 2000, o Decreto n.º 3.555, que “*aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns*”.

Com o surgimento da Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001, que estabeleceu que as Medidas Provisórias (MP) editadas anteriormente ao advento desta continuariam em vigor até que nova MP as revogasse explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional, aguardava-se que a MP do Pregão fosse convertida em lei, e foi o que o governo federal fez. Atualmente, a modalidade Pregão é prevista na Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, que instituiu tal modalidade no âmbito não só da União, como também para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Nesse contexto, o Pregão está, de acordo com o art. 4º do Decreto n.º 3.555/2000, condicionado aos princípios básicos da Administração Pública como os da legalidade, impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, assim como dos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objetiva das propostas.

A Medida Provisória fornecia, expressamente, o conceito do que seria essa modalidade licitatória, em seu art. 2º, *in verbis*:

Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, promovida exclusivamente no âmbito da União, 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.

O problema é que a nova Lei do Pregão (Lei n.º 10.520/2002) não conceitua a modalidade como fazia a MP. Por tal motivos, adota-se em geral este conceito como base.

Haja vista essas características, optar pelo Pregão pode ser uma boa escolha, mas o objeto do contrato deve necessariamente ser bem e serviço “*comum*”. Aqui é irrelevante o valor do contrato.

Daí porque é de extrema importância compreender o alcance do que sejam “*bens e serviços comuns*”. A definição legal encontra-se sediada no parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 10.520/2002:

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.

Apesar de o dispositivo ter estabelecido os parâmetros do que sejam bens e serviços comuns, é fato que a norma é dotada de certo grau de indeterminação, o que se mostra como uma técnica adequada para hipótese, pois permite que sejam avaliadas as características e as especificidades do objeto em cada caso concreto².

O Egrégio TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, em voto do Ministro BENJAMIN ZYMLER, elucida o objetivo da norma e as características da concepção de bens e serviços comuns:

O objetivo da norma foi tornar viável um procedimento licitatório mais simples, para bens e serviços razoavelmente padronizados, no qual fosse possível à Administração negociar o preço com o fornecedor sem comprometimento da viabilidade da proposta. No pregão a aferição da qualidade do licitante só é procedida no final do certame e apenas em relação

² A doutrina tem contribuído decisivamente para a definição dos elementos que permitam a compreensão do que sejam bens e serviços comuns. MARÇAL JUSTEN FILHO (JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 26-28), por exemplo, identifica duas características para definir bens e serviços comuns, que seria a disponibilidade no mercado próprio e a padronização: “*O núcleo do conceito de bem ou serviço comum reside nas características da prestação a ser executada em prol da Administração Pública. O bem ou serviço é comum quando a Administração não formula exigências específicas para uma contratação determinada, mas se vale dos bens e serviços tal como disponíveis no mercado.*”

[...]

Somente se configura a disponibilidade no mercado quando existir atividade empresarial habitual, que disponibiliza objetos com características homogêneas, competitivamente, num certo mercado.

[...]

A característica da padronização complementa aquela da disponibilidade do bem ou serviço num mercado próprio. É que um bem ou serviço somente estará disponível num mercado próprio na medida em que se produzir sua padronização. Tal se configura quando são predeterminados, de modo objetivo e uniforme, a qualidade e os atributos essenciais de um bem ou serviço.

[...]

O resultado imediato da padronização consiste na ausência de variação das características do objeto a ser selecionado. Um bem ou serviço é comum quando suas qualidades e seus atributos são predeterminados, com características invariáveis ou sujeitas a diferenças mínimas e irrelevantes”.

à proposta vencedora. O pressuposto é de que os serviços são menos especializados, razão pela qual a fase de habilitação é relativamente simples. De outra forma, a Administração poderia se ver forçada a, freqüentemente, desclassificar a proposta de menor preço, se não confirmada a capacidade técnica do fornecedor (TCU, Decisão n.º 557/2002-Plenário).

Conclui-se que a identificação do bem ou serviço como sendo comum, para fim de adoção do Pregão, independe da sua complexidade. É a definição objetiva dos seus padrões de desempenho e qualidade, mediante especificações usuais no mercado, que o caracteriza como comum (TCU, Acórdão n.º 1667/2017-Plenário, Relator: AROLDO CEDRAZ).

2. Procedimento no pregão (julgamento e aceitabilidade das propostas).

A grande inovação introduzida pelo Pregão foi, sem dúvida, a inversão de fases do certame licitatório. Visando um procedimento mais célere, econômico e eficaz, estipulou-se que inicialmente ocorreria a fase de seleção da melhor proposta de preços, para, posteriormente, analisar-se os documentos de habilitação. É dizer, primeiro julgam-se as propostas de preços, para somente após se apreciar a habilitação, restrita apenas à análise da documentação do licitante vencedor. Assim, previamente à apreciação das propostas de preço, analisa-se apenas documento de declaração do próprio licitante pelo qual afirma, sob as penas da lei, preencher as condições de habilitação, o que não pressupõe estar habilitado a fornecer o bem ou serviço pretendido, fato que somente depois será apreciado.

No que diz respeito ao procedimento da definição do vencedor do certame, essa modalidade também traz novidades em relação as modalidades definidas na Lei n.º 8.666/1993. Até então, nas demais modalidades (Concorrência, Tomada de Preço e Convite), as propostas eram previamente definidas pelos licitantes, entregues em envelopes lacrados, para julgamento.

No Pregão, há uma fase de entrega das propostas de preços, as quais, contudo, não contém os valores definitivos. São apenas valores que podem – ou não – pré-qualificar os licitantes para a fase de lances, onde os preços serão novamente apresentados, porém mediante manifestações verbais, em sessão pública³.

Pois bem, recebido o envelope, o pregoeiro deverá abri-lo e imediatamente averiguar a conformidade da proposta com os requisitos estabelecidos no edital (art. 4º, inc. VII, da Lei

³ Vale ressaltar que o Pregão, presencial ou eletrônico, não permite a conjugação de fatores para seleção da proposta vencedora, visto que, nessa modalidade licitatória, o preço é o único critério a ser utilizado para aferir o vencedor do certame (TCU, Acórdão 2050/2014-Plenário, Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES).

n.º 10.520/2002). As propostas que forem aprovadas estarão aptas a serem analisadas quanto ao segundo aspecto, ou seja, o preço ofertado.

Após a verificação da proposta de preços dos licitantes o pregoeiro realizará uma classificação preliminar, convocando para a fase de lances verbais e sucessivos o autor da oferta de valor mais baixo e os autores das ofertas até 10% (dez por cento) superiores àquelas (art. 4º, inc. VIII, da Lei n.º 10.520/2002).

Percebe-se, portanto, que o detentor do menor valor, bem como todos aqueles que estejam até 10% (dez por cento) acima desse montante, serão instados a participar da fase de lances verbais e sucessivos.

Segundo FLÁVIO AMARAL GARCIA⁴:

A ideia foi fazer uma espécie de “corte”, de modo que na fase de lances verbais participarão apenas os licitantes que se enquadrem na faixa de variação de 10% (dez por cento) da proposta escrita de menor valor.

Caso não haja pelo menos três ofertas nestas condições, serão convocados para a fase de lances verbais e sucessivos os licitantes das três melhores propostas (preços mais baixos), independentemente do valor que tenham ofertado (art. 4º, inc. IX, da Lei n.º 10.520/2002)⁵.

Cumpra aqui ponderar que, de acordo com esse primeiro critério, não há limite de número de licitantes a serem classificados para a fase de lances verbais. No entanto, no mínimo, três licitantes devem participar da segunda etapa (lances verbais).

O procedimento detém, portanto, duas etapas. Numa primeira, pré-qualifica-se aqueles que irão ofertar lances verbais, sempre num mínimo de três ofertas, como descrito acima; e, na segunda, o verdadeiro pregão, onde os licitantes classificados (na forma anteriormente prevista) iniciarão uma disputa (semelhante a que ocorre no leilão), coordenada e instigada pelo pregoeiro, ofertando verbalmente novos preços para suas propostas, começando pelo autor da proposta inicial de maior preço e, posteriormente, pelos demais autores, em ordem decrescente de valor, até que seja dado o lance mais baixo (menor preço), que não seja

⁴ GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 161.

⁵ Sobre uma interpretação que possibilite a ampliação desse número de concorrentes, vide: GARCIA, Gisele Clozer Pinheiro. Do número de licitantes aptos a participar da fase dos lances verbais no pregão presencial. Jus Navigandi. Teresina, ano 8, n. 387, 29 jul. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5512>>. Acesso em: 26 set. 2017.

coberto por nenhum outro concorrente⁶. Essa etapa se encerra quando um lance não é superado por outros⁷.

Após a fase de lances verbais o pregoeiro ordenará as propostas, analisando a que for classificada em 1º lugar (de menor preço).

Segundo FLÁVIO AMARAL GARCIA⁸, é nesta etapa que o pregoeiro examinará a aceitabilidade da proposta de menor preço. Segundo o autor, esta aceitabilidade envolve dois aspectos:

[...] o primeiro é verificar se o preço está dentro da reserva orçamentária e da estimativa de preços feita pela própria Administração; o segundo é examinar se a proposta é exequível, ou seja, se o seu valor não está tão baixo a ponto de comprometer a futura execução do contrato.

Na modalidade Pregão, o parâmetro normativo para aferição da aceitabilidade da proposta melhor classificada é o valor estimado pela Administração. É ilegal utilizar, na etapa de negociação do certame, os valores de propostas desclassificadas como referência para essa aferição (TCU, Acórdão 620/2014-Plenário, Relator: VALMIR CAMPELO).

É nesse momento que o pregoeiro pode negociar diretamente com o licitante classificado em 1º lugar (ou com os demais, na ordem pré-estabelecida, quando o 1º colocado for aliado do certame) visando obter melhor preço (art. 4º inc. XVII, da Lei n.º 10.520/2002), sendo que tal negociação deverá ser pública e registrada em ata.

Segundo o Egrégio TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no Pregão, a negociação com o licitante vencedor visando obter melhor proposta de preço deve ser efetivada mesmo se o valor da proposta for inferior ao valor orçado pelo órgão licitante (TCU, Acórdão n.º 720/2016-Plenário, Relator: VITAL DO RÊGO).

⁶ JOEL DE MENEZES NIEBUHR (NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão presencial e eletrônico. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 187) argumenta que a justificativa para esses critérios que determinam os licitantes classificados para a próxima etapa do julgamento ocorre porque o legislador induz que as propostas iniciais, as escritas, já apresentem valores deveras reduzidos. Complementa o autor dizer (Ibidem idem): “*o licitante que apresentar proposta escrita em valores elevados corre grande risco de não ser classificado para a segunda etapa, logo nem sequer poderá renovar a sua proposta, por meio de lance verbal*”.

⁷ Nada impede que o oferecimento de lances verbais não se desenvolva. É possível que a proposta de menor preço ofertada ainda na primeira fase do julgamento, na proposta escrita, já apresente preço bastante reduzido. Os licitante, portanto, convidados a oferecer lances verbais podem se recusar a fazê-lo. Isso não implica frustração da licitação, esta deve prosseguir. O oferecimento dos lances verbais é uma faculdade conferida aos licitantes mais bem classificados, a fim de reduzir ou ajustar suas propostas. A dispensa do exercício de tal direito não é uma ilegalidade e, nem mesmo, violam os princípios licitatórios. Dever-se-á, apenas, como dispõe o art. 12, inc. XI, do Decreto n.º 3.555/2000, verificar “*a conformidade entre a proposta escrita de menor preço e o valor estimado para a contratação*”.

⁸ GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 162.

Todo o procedimento acima relatado costuma ser delicado para o pregoeiro, pois além de atuar como órgão monocrático, deverá proceder à adjudicação do bem ou serviço ao licitante vencedor (art. 3º, inc. IV, da Lei n.º 10.520/2002), devendo conhecer da matéria técnica que envolve o certame, sendo necessário decidir motivadamente sobre a aceitabilidade da proposta.

Com o encerramento da etapa competitiva, se aceita a proposta do licitante classificado em 1º lugar, o pregoeiro abrirá o envelope de documentação do mesmo, averiguando se estão atendidos os requisitos de habilitação previstos no art. 4º, incs. XIII e XIV, da Lei n.º 10.520/2002 e no edital de licitação.

Caso o 1º colocado não atenda todas as exigências de habilitação, ou venha a ser desclassificado por qualquer outro motivo, como ter sua proposta considerada inaceitável ou se recusar a assinar o contrato (por vencimento do prazo de validade da proposta, por exemplo), deverá o pregoeiro examinar as ofertas e qualificação do 2º colocado, e assim sucessivamente, até que algum licitante preencha os requisitos estabelecidos em Lei e no edital (art. 4º, inc. XVI, da Lei n.º 10.520/2002).

Para o Egrégio TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO não existe qualquer impedimento, pelo contrário, para o pregoeiro negociar diretamente com o proponente subsequente nos casos em que a proposta classificada em primeiro lugar não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias (TCU, Acórdão n.º 2077/2011-Plenário, Relator: AUGUSTO SHERMAN).

Quando tal circunstância ocorrer não é necessário, na modalidade Pregão, que os demais licitantes se submetam às mesmas condições impostas pelo 1º colocado, inclusive quanto ao preço.

A Lei é omissa quanto a essa questão. O que ela determina é que as propostas subsequentes sejam examinadas, observada a ordem de classificação, e não o preço do adjudicatário inicial, o que não retira a possibilidade do administrador de revogar a licitação caso, por exemplo, o preço apresentado pelo demais licitantes não sejam aceitáveis.

Se atendidas todas as exigências, o novo licitante será, então, declarado vencedor pelo pregoeiro (art. 4º, inc. XV, da Lei n.º 10.520/2002).

Conclui-se, portanto, legalmente possível a convocação dos licitantes remanescentes, desde que respeitada a ordem de classificação.

Nessas situações, a Administração Pública não poderá exigir que as condições iniciais da oferta sejam mantidas, tampouco aplicar as penalidades do art. 7º da Lei n.º 10.520/2002.

Para a CONSULTORIA DA EDITORA NDJ⁹:

Se o licitante vencedor do certame desistiu de sua proposta, caso tenha escoado o seu prazo de validade, a fim de não restar fracassado o procedimento licitatório instaurado, a Administração poderia aplicar o disposto no art. 4º, inc. XXIII, da Lei nº 10.520/02, ou seja, em sessão pública, negociar e examinar as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma proposta que atendesse ao edital e de um licitante que aceitasse contratar pelo seu preço inicialmente ofertado, ainda que tivesse expirado o prazo de validade de sua proposta.

Portanto, conclui-se que apenas na modalidade pregão, por força da previsão expressa contida no art. 4º, inc. XXIII, da Lei nº 10.520/02, seria admissível a contratação de licitante subsequente pelo seu próprio preço, nos termos supramencionados.

Nesse diapasão, em que pese a ausência de dispositivo expresso que autorize a aplicação do art. 4º, inc. XXIII, da Lei nº 10.520/02, na hipótese de o licitante vencedor ser convocado a assinar o respectivo ajuste após expirado o prazo de validade de sua proposta, a interpretação sistemática e finalística do mencionado diploma legal permite a conclusão no sentido da possibilidade de sua aplicação ao caso concreto.

Destaque-se, outrossim, a impossibilidade de aplicar subsidiariamente, na modalidade pregão, o disposto no art. 64, § 2º, da Lei nº 8.666/93, especificamente no concernente à necessidade de manter as mesmas condições da proposta vencedora, inclusive quanto ao preço.

Nesse sentido assevera JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR ao comentar a Lei n.º 8.666/1993¹⁰:

Ressalve-se que a convocação serôdia não inibirá o adjudicatário de aceitar o contrato, se o desejar, desde que nos termos da proposta. Apenas não estará a tanto obrigado. Por conseguinte, se o recusar, não estará sujeito às penas previstas no art. 81.

Saliente-se que, ao instituir tal preceito, o legislador desejou proteger os licitantes e evitar que estes ficassem vinculados, por um longo tempo, à expectativa da contratação, deixando de assumir novos compromissos.

Em outra passagem, anterior a já citada, a mesma CONSULTORIA DA EDITORA NDJ¹¹, informa que quando não há a concordância do licitante vencedor em manter os termos originais de sua oferta, poderia a Administração, a fim de evitar a necessidade de realização

⁹ EDITORA NDJ. Questões práticas. Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo, ano 25, n. 3, p. 261-262, mar. 2012, p. 262.

¹⁰ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 644.

¹¹ EDITORA NDJ. Questões práticas. Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo, ano 19, n. 9, p. 896, set. 2006, p. 896.

de novo certame, consultar os demais licitantes acerca da possibilidade de aceitarem proceder à prorrogação do prazo de suas propostas. E continua:

Em caso positivo deverá a Administração licitante realizar a reclassificação das propostas dos licitantes que aceitaram prorrogar/manter seus termos. Uma vez reclassificadas as propostas caberá à Administração verificar se ainda persiste a vantajosidade de contratar com o novo primeiro colocado. Nesse sentido, passará a analisar a aceitabilidade da proposta reclassificada em primeiro lugar, no termos do art. 4º, inc. XI, da Lei nº 10.520/02, momento em que poderá o pregoeiro proceder à negociação a fim de obter preço melhor.

A questão em apreço deve levar em conta a vantajosidade para a Administração ao realizar o expediente descrito, em detrimento da instauração de nova licitação, considerando-se que, dependendo do lapso temporal decorrido entre a realização da estimativa orçamentária (fase interna da licitação) e a efetiva contratação, inúmeros fatores (inflação, deflação, câmbio etc.) poderão ter repercussão direta sobre os valores apresentados pelos licitantes.

3. (Im)possibilidade do chamamento de licitante que não participou da fase de lances verbais.

Caso todos os licitantes que participaram dos lances verbais e sucessivos não forem habilitados ou até mesmo desistirem de suas propostas por vencimento do prazo de validade das mesmas, confere ao tomador de decisão, no caso o pregoeiro, a possibilidade de negociar e examinar as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma proposta que atendesse ao edital e de um licitante que aceitasse contratar, ainda que tivesse expirado o prazo de validade de sua proposta.

Tal possibilidade se aplica, inclusive, aos licitantes restantes, é dizer, aqueles que não foram convidados para a segunda etapa (lances verbais), em razão da sua proposta estar acima dos 10% (dez por cento) referidos anteriormente.

Sobre o tema, leciona JOEL MENEZES NIEHBUR¹²:

[...] nas situações em que houver apenas um licitante remanescente, que não havia sido classificado para a etapa relativa aos lances orais. [...] nessa

¹² NIEHBUR, Joel de Menezes. Pregão presencial e eletrônico. 7 ed. São Paulo: Fórum, 2015, p. 225.

situação, em tributo ao texto do inciso XVII do artigo 4º da Lei 10.520/02, deve-se verificar a habilitação do licitante remanescente e a aceitabilidade da sua proposta, mesmo que o autor dela não tenha oferecido lances orais, e, observadas as regras editalícias, declará-lo habilitado. Cabe ao pregoeiro, nesses casos, com base no supracitado inciso, negociar o preço proposto pelo licitante, tentando reduzi-lo¹³.

Tal prática é lícita pelo simples fato dos licitantes que não foram classificados para a etapa de lances verbais não serem desclassificados do certame, eles “*ficam na reserva*”. Como informado, após a sessão destinada aos lances verbais, a conduta mais prudente a ser tomada pelo pregoeiro será a realização da classificação, em ordem crescente, de todas as propostas (daquelas que deram os lances verbais e daqueles que não deram lances verbais, mas que apresentaram propostas por escrito), isto porque poderá o pregoeiro convocar sucessivamente cada um dos licitantes, o que ocorreu no caso concreto, conforme a ordem de classificação, até que um licitante atenda às condições fixadas no instrumento convocatório, procedendo, se for o caso, à negociação direta com o proponente, a fim de que seja obtido um preço melhor, e que de fato foi obtido, conforme o inc. XVI do art. 11 do Decreto n.º 3.555/2000.

A CONSULTORIA DA EDITORA NDJ evidencia que¹⁴:

Todas as propostas apresentadas em certame realizado na modalidade pregão presencial que estejam de conformidade com as especificações do edital são consideradas válidas para todos os efeitos, independentemente do fato de não serem qualificadas para a fase de lances verbais, em razão da denominada “regra dos 10%” Tais propostas fazem parte da grade final de classificação do certame, podendo vir a ser utilizadas pelo pregoeiro, caso tal expediente se faça necessário.

No mesmo sentido MÁRCIO DOS SANTOS BARROS¹⁵ aduz:

Os licitantes que não lograram participar da etapa competitiva (seja pela falta de credenciamento, seja pelo alto valor da proposta inicial) não estarão excluídos do certame, podendo ainda, circunstancialmente, em face do insucesso da fase competitiva (por exemplo, os licitantes não aceitam reduzir seus preços ao limite máximo fixado pela Administração) ou da fase

¹³ JORGE ULYSSES JACOBY FERNANDES apresenta solução semelhante. Para saber mais, conferir: FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. Sistema de registro de preços e pregão. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 592-593.

¹⁴ EDITORA NDJ. Questões práticas. Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo, ano 19, n. 11, p. 1053, nov. 2006, p. 1053.

¹⁵ BARROS, Márcio dos Santos. Fase Externa (procedimento). Art. 4º, inc. I a XVII, da Lei n.º 10.520/2002 e art. 11, incisos I a XVI, do Anexo I do Decreto federal n.º 3.555/2000. In: PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Editora NDJ, 2016, p. 546.

habilitatória, serem convocados para negociar seus preços e sejam, por fim, vencedores da licitação.

Quicá tal prática cause estranheza, pois a Lei n.º 8.666/1993 dispõe de forma diversa, obrigando, por exemplo, que o licitante subsequente aceite o preço do 1º colocado, além de ser tal hipótese de difícil aplicação prática ainda mais quando o número de licitantes que participaram dos lances verbais for grande; contudo, não é impossível de ocorrer.

No Pregão, o autor da proposta subsequente não é obrigado a reduzir o valor, nem mesmo a igualar o preço do autor da melhor proposta. Para JOEL MENEZES NIEHBUR¹⁶:

[...] o pregoeiro não agrega poderes para forçar o autor da segunda melhor proposta a reduzir o preço. Trata-se de uma faculdade. Ademais, o pregoeiro e a autoridade competente não podem, ante a recusa do autor da segunda melhor proposta em reduzir o preço, pura e simplesmente, recusar a proposta dele e extinguir a licitação. Só é permitido recusar a proposta e extinguir a licitação se o preço ofertado estiver acima do praticado no mercado, exigindo-se ampla motivação.

Já para MÁRCIO DOS SANTOS BARROS¹⁷:

Atualmente, a doutrina e a prática vêm recomendando a aceitação de propostas de licitantes que sejam inferiores a suas propostas anteriores, e não, necessariamente, inferiores à menor proposta já formulada na disputa, como já ocorre há algum tempo no pregão eletrônico. Há bom senso nesse procedimento. Por vezes o licitante não é capaz de cobrir uma oferta muito baixa mas poderia ficar bem situado na disputa com seu melhor preço e, eventualmente, em face da não aceitação das propostas que lhe são inferiores ou mesmo da inabilitação de seus autores, vir a se tornar o vencedor do certame. É preciso lembrar que a desistência do licitante em apresentar lance verbal, quando convocado pelo pregoeiro, implicará a sua exclusão da etapa de lances verbais – não do procedimento licitatório – e na manutenção do último preço por ele apresentado, para efeito de ordenação das propostas. Tal possibilidade deve ser prevista no edital.

Ressalta-se e enfatiza-se que o pregoeiro que atua dessa forma, atua dentro da legalidade. Convocar o licitante classificado (que não deu lance verbal) e tentar negociar um preço melhor, portanto, é lícito. Caso a negociação reste frutífera para a Administração, poderá o mesmo ser contratado.

¹⁶ NIEHBUR, Joel de Menezes. Pregão presencial e eletrônico. 7 ed. São Paulo: Fórum, 2015, p. 224.

¹⁷ BARROS, Márcio dos Santos. Fase Externa (procedimento). Art. 4º, inc. I a XVII, da Lei nº 10.520/2002 e art. 11, incisos I a XVI, do Anexo I do Decreto federal nº 3.555/2000. In: PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Editora NDJ, 2016, p. 546.

Essa situação é, inclusive, defendida pela CONSULTORIA DA EDITORA NDJ¹⁸ que defende, *in verbis*, que:

[...] deverá o pregoeiro retroceder alguns passos, devendo, primeiramente, proceder à negociação com referida empresa a fim de obter preço mais vantajoso (art. 4º, inc. XVII, da Lei nº 10.520/02), ainda mais considerando que tal licitante não participou da fase de lances verbais. Após a etapa da negociação, deverá o pregoeiro decidir motivadamente sobre a aceitabilidade dessa proposta (art. 4º, inc. XI, da lei), e, em sendo aceita, passará para a etapa subsequente, qual seja, a análise de sua documentação habilitatória, e, no caso de sua regularidade, terá condições de declará-la vencedora do certame, quando então deverá observar a competente etapa recursal, nos termos do art. 4º, inc. XVIII, da Lei nº 10.520/02.

Ressalta-se, que o pregoeiro, terá que negociar o preço ou, ao menos, tentar. Tal prática, como acima relatado é, não só possível, como imprescindível. Para o Egrégio TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, nas licitações realizadas mediante Pregão, constitui poder-dever da Administração a tentativa de negociação para reduzir o preço final do contrato, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, mesmo que eventualmente o valor da oferta tenha sido inferior à estimativa da licitação (TCU, Acórdão n.º 2637/2015-Plenário, Relator: BRUNO DANTAS).

Caberá ao pregoeiro, dentro da discricionariedade que possui, ao final, verificar se o preço negociado era do interesse da Administração. Apenas e tão somente quando todos os licitantes forem inabilitados, que não restará outra alternativa à Administração senão a declaração de certame fracassado, realizando-se o seu arquivamento.

Essa, é a *ratio* da norma, a opção é sempre evitar prejuízos à Administração, afinal a licitação é um procedimento lento, custoso e trabalhoso e, sempre que possível, deve ser evitar repetir tal procedimento em respeito aos princípios licitatórios. A tentativa deve ser sempre de salvar o certame preservando os interesses da Administração, a fim de evitar a necessidade de realização de nova licitação.

4. Responsabilidades do pregoeiro.

De forma genérica, cabe ao pregoeiro conduzir a fase externa do certame. Suas atribuições estão definidas na Lei n.º 10.520/2002 (art. 3º inc. IV) e no Decreto n.º

¹⁸ EDITORA NDJ. Questões práticas. Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo, ano 19, n. 11, p. 1053, nov. 2006, p. 1053.

3.555/2000 (art. 9º e 18, §1º). AIRTON ROCHA NÓBREGA¹⁹ resume bem essas atribuições:

Incluem-se, dentre as atribuições confiadas ao pregoeiro, o credenciamento dos interessados; o recebimento dos envelopes das propostas de preços e da documentação de habilitação; a abertura dos envelopes das propostas de preços, o seu exame e a classificação dos proponentes; a condução dos procedimentos relativos aos lances e à escolha da proposta ou do lance de menor preço; a adjudicação da proposta de menor preço; a elaboração de ata; a condução dos trabalhos da equipe de apoio; o recebimento, o exame e a decisão sobre recursos; e, ainda, o encaminhamento do processo devidamente instruído, após a adjudicação, à autoridade superior, visando a homologação e a contratação.

Estas atribuições não esgotam, todavia, aquelas que incumbem ao pregoeiro, sendo certo que a ele se pode e se deve atribuir outras que, inclusive, impliquem em *acompanhar e orientar o desenvolvimento da fase interna*, o que lhe poderá oportunizar maior conhecimento do objeto a ser licitado e de aspectos que venham a influenciar diretamente na seleção das propostas e no julgamento final do certame.

Como se pode perceber, o pregoeiro possui inúmeras atribuições e em todas elas deve ele atuar com diligência, competência e eficiência.

Ao desatender às obrigações confiadas, submeter-se-á o pregoeiro às responsabilidades nas esferas administrativa, cível e criminal. A primeira implica em ter que avaliar no plano meramente funcional o cometimento de irregularidades que resultem, direta ou indiretamente, na afronta a normas e regulamentos que prestem a orientar condutas que deva observar. No âmbito civil, apurar-se-á a ocorrência de danos a serem reparados em razão de eventual irregularidade que lhe seja imputada. Na área criminal, a repercussão estará adstrita ao exame de cometimento de fato tipificado presente na legislação em vigor.

A responsabilidade desse agente é subjetiva. Segundo JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR e MARINÊS RESTELATTO DOTTI²⁰, deve-se extrair da conduta do pregoeiro os seguintes elementos para ele ser responsabilizado:

(a) ação ou omissão quando havia o dever de agir; (b) prejuízo ao erário, ou infração a norma legal, regulamentar ou contratual, mesmo que dela não decora prejuízo ao erário; (c) nexos de causalidade entre a ação ou a omissão e o resultado verificado; e (d) dolo (deliberada intenção) ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente.

¹⁹ NÓBREGA, Airton Rocha. Responsabilidades e Atuação do Pregoeiro. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2103>>. Acesso em: 25 set. 2017.

²⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Da responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativos de Licitação e Contratação*. São Paulo: NDJ, 2012, p. 209.

Por certo que não é exigível que o pregoeiro tenha uma visão de um profissional do Direito, mas importa que conheçam o suficiente para lhes proporcionar a correta análise das situações enfrentadas e as escolhas pertinentes.

Deixar o pregoeiro sob a tensão de ser responsabilizado por seu atuar ou, ao contrário, por sua omissão, equiparar-se no caso concreto a deixar de proteger a atuação administrativa e, conseqüentemente, o interesse público. Tal busca desenfreada por culpados pode promover o desinteresse dos bons profissionais pela atividade administrativa em razão do medo de assumir o risco de responder pessoalmente por sua conduta.

Conclusões.

A fim de não restar fracassado o procedimento licitatório instaurado, a Administração poderá convocar os licitantes remanescentes, mesmo que também tenha ocorrido o vencimento do prazo de validade de suas respectivas propostas.

Neste caso, a Administração deverá realizar a reclassificação das propostas dos licitantes que aceitaram prorrogar/manter seus termos. Caso não reste licitantes dentro da regra dos 10% (dez por cento), os licitantes restantes, que não puderam dar lances verbais, em razão de suas propostas estarem acima dessa regra poderão ser chamados.

Isto porque esses não devem ser desclassificados sumariamente, é dizer, não devem ser esses excluídos do certame, por não estarem dentro da regra dos 10% (dez por cento).

Suas propostas são consideradas válidas para todos os efeitos, independentemente do fato de não serem qualificadas para a fase de lances verbais.

Uma vez reclassificadas as propostas caberá à Administração verificar se ainda persiste a “*vantajosidade*” de contratar com o novo primeiro colocado. Nesse sentido, passará a analisar a aceitabilidade da proposta reclassificada em primeiro lugar.

No caso, o pregoeiro deverá, após o julgamento, apreciar a aceitabilidade da proposta, mirando a questão referente ao preço. Nesta etapa poderá o pregoeiro proceder à negociação a fim de obter preço melhor, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, ainda mais considerando que tal licitante não participou da fase de lances verbais.

Não há, na modalidade Pregão, obrigatoriedade do preço ser o do 1º colocado como ocorre na Lei n.º 8.666/1993. Caso essa negociação reste frutífera para a Administração,

verificar-se-á se aquele tem condições para habilitar-se (caso não seja habilitado, a mesma negociação poderá ser realizada com os demais) e, no caso de sua regularidade, será esse declarado vencedora do certame.

A tentativa deve ser sempre de salvar o certame preservando os interesses da Administração, conforme a *ratio* da norma (princípio da legalidade finalística), a fim de evitar a necessidade de realização de novo certame. Não há, nesse caso, restrição ao caráter competitivo da licitação e ofensa aos princípios da isonomia entre os licitantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BARROS, Márcio dos Santos. Fase Externa (procedimento). Art. 4º, inc. I a XVII, da Lei nº 10.520/2002 e art. 11, incisos I a XVI, do Anexo I do Decreto federal nº 3.555/2000. In: PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2016, p. 546.
- EDITORA NDJ. Questões práticas. **Boletim de Licitações e Contratos**. São Paulo, ano 25, n. 3, p. 261-262, mar. 2012.
- _____. Questões práticas. **Boletim de Licitações e Contratos**. São Paulo, ano 19, n. 9, p. 896, set. 2006.
- _____. Questões práticas. **Boletim de Licitações e Contratos**. São Paulo, ano 19, n. 11, p. 1053, nov. 2006.
- FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- GARCIA, Gisele Clozer Pinheiro. **Do número de licitantes aptos a participar da fase dos lances verbais no pregão presencial**. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 8, n. 387, 29 jul. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5512>>. Acesso em: 26 set. 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. São Paulo: Dialética, 2001.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- NÓBREGA, Airton Rocha. **Responsabilidades e Atuação do Pregoeiro**. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2103>>. Acesso em: 25 set. 2017.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Da responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativos de Licitação e Contratação**. São Paulo: NDJ, 2012, p. 209.

_____. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.