

**O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DAS PROPOSTAS NO PREGÃO
(SEU MOMENTO E CONTEÚDO)**

2009

GUSTAVO TEIXEIRA MORIS

Ex Pregoeiro da Secretaria de
Administração do Estado da Bahia;
Ex Diretor do Núcleo de Licitações,
Contratos e Convênios da Secretaria de
Planejamento do Estado da Bahia;
Assessor Jurídico da Federação das
Indústrias do Estado da Bahia – FIEB.

Algumas questões acerca do pregão continuam sendo bastante debatidas nos dias de hoje, dentre elas a que se refere ao momento apropriado para análise das especificações do objeto proposto pelo licitante e as exigências estabelecidas no instrumento convocatório (edital).

Entendia-se que as empresas somente teriam direito a apresentar proposta de preço se antes se submetessem a uma fase prévia de habilitação onde, neste momento, era verificado por parte da comissão de licitação o cumprimento ou não das condições de habilitação exigidas no edital.

Nesta fase preliminar os licitantes tinham seus documentos de habilitação esquadrihados por todos os participantes, assim:

LICITANTES	ENVELOPE DE HABILITAÇÃO	ENVELOPE DE PREÇO
	ENVELOPE ABERTO	ENVELOPE FECHADO
A	EM ANÁLISE	? = R\$ 100.000,00
B	EM ANÁLISE	? = R\$ 105.000,00
C	EM ANÁLISE	? = R\$ 107.000,00
D	EM ANÁLISE	? = R\$ 108.000,00
E	EM ANÁLISE	? = R\$ 109.000,00
F	EM ANÁLISE	? = R\$ 109.500,00
G	EM ANÁLISE	? = R\$ 110.000,00
H	EM ANÁLISE	? = R\$ 110.200,00
I	EM ANÁLISE	? = R\$ 112.000,00
J	EM ANÁLISE	? = R\$ 113.000,00
L	EM ANÁLISE	? = R\$ 114.000,00

No exemplo acima, doze empresas participam de um procedimento licitatório objetivando a assinatura de um contrato para fornecimento de um objeto qualquer. A fase de habilitação precede a fase da abertura dos envelopes de preço.

Estar habilitado significa o direito de alcançar a próxima etapa. Desta forma, as empresas fazem de tudo para eliminar seus concorrentes nesta fase, pois assim terão menos concorrentes na fase subsequente.

Este procedimento **obriga a comissão de licitação a analisar a documentação de habilitação de todos os licitantes**, e não só isso, induz os licitantes a comportamento extremamente exaustivo, a também analisar a documentação de

habilitação de todos os seus concorrentes. Tal procedimento pode demorar horas, tornando esta fase uma espécie de gincana. Deste modo, os licitantes se insurgem contra pequenos defeitos na documentação de habilitação de seus concorrentes, impugnam carimbo fixado em local diferente do determinado no edital, exigem a inabilitação do licitante que não tiver apresentado a documentação numerada no canto superior direito, qualquer rasura de menor importância é motivo de consignação em ata, dentre outras inúmeras situações excessivamente formais.

Os adeptos deste tipo de procedimento sustentam que deste modo estar-se-á preservado o princípio da Isonomia, entendem que a comissão de licitação, sem conhecer os preços dos licitantes, pode fazer uma análise mais imparcial sem beneficiar um ou prejudicar outro durante a fase da habilitação.

Assim, têm-se uma análise altamente isonômica, mas sem eficiência alguma, pois os procedimentos licitatórios são demasiadamente demorados, os recursos e registros em ata incontáveis, os mandados de segurança são impetrados reiteradamente como última saída para garantir a suspensão do certame até julgamento final acerca da sua habilitação.

Neste contexto, foi necessário implementar algumas mudanças no procedimento para torná-lo mais apto a uma eficiente contratação, já que o procedimento necessitava ter mais agilidade.

Alguns doutrinadores já apontavam a inversão das fases – primeiro preço, depois habilitação – como mecanismo ótimo para a adequada satisfação da eficiência nos procedimentos licitatórios.

A experiência do Banco Mundial¹ já apontava neste sentido.

Destas experiências surgiu o pregão, que se fundamenta em duas premissas:

Primeira premissa: É desnecessária a análise preliminar da habilitação, sem antes conhecer o menor preço. Primeiro, deve-se conhecer o menor preço, para então partir para análise da documentação de habilitação deste licitante, pois só assim poderá ser feita uma análise mais racional desta documentação, por um motivo evidente. Se já consigo identificar o menor preço, somente preciso analisar

¹ Organismo internacional multilateral. As regras de licitação são muito mais sintéticas e estabelecem uma única fase com um único envelope para a documentação de habilitação e preço.

os seus documentos de habilitação, pois é com este licitante que pretendo contratar.

Proceder à análise da documentação de habilitação dos demais licitantes é atividade sem sentido, vez que, mesmo habilitados, não serão contratados.

Segunda premissa: Deve ser examinada a adequação da proposta comercial (objeto), somente do licitante com menor preço, pelos idênticos motivos expostos acima. Assim, se devo contratar o menor preço, somente me interessa saber se o seu objeto está adequado às exigências do edital, e somente o seu. Proceder à análise da adequação dos objetos ofertados pelos outros licitantes acaba sendo uma grande perda de tempo, haja vista que não serão contratados, pois apresentaram preços superiores àquele.

Isto posto, tentarei, da forma mais didática possível, demonstrar a aplicação prática destas premissas no pregão, definindo qual o momento adequado para análise da conformidade entre a proposta escrita e as exigências estabelecidas no edital (especificação da proposta x especificação exigida no edital). Inicialmente, utilizarei o mesmo exemplo acima.

Imaginemos que em uma licitação na modalidade pregão tenham sido os seguintes preços ofertados:

LICITANTES	ENVELOPE DE HABILITAÇÃO	ENVELOPE DE PREÇO
	ENVELOPE FECHADO	ENVELOPE ABERTO
A	?	R\$ 100.000,00
B	?	R\$ 105.000,00
C	?	R\$ 107.000,00
D	?	R\$ 108.000,00
E	?	R\$ 109.000,00
F	?	R\$ 109.500,00
G	?	R\$ 110.000,00
H	?	R\$ 110.200,00
I	?	R\$ 112.000,00
J	?	R\$ 113.000,00
L	?	R\$ 114.000,00

Observe que neste caso, por tratar-se de pregão, os preços são apresentados preliminarmente, e somente depois de encerrada a etapa competitiva de lances e definido o menor preço e sua aceitabilidade é que será aberta e analisada a documentação de habilitação deste licitante, única e exclusivamente deste, pois é quem se pretende contratar.

Fora implantado, no pregão, a primeira premissa. Tornou-se somente necessária a verificação da documentação de habilitação do licitante com menor preço, pois é quem será a princípio contratado, restando agora saber se o licitante com menor preço atende as exigências estabelecidas como indispensáveis para sua habilitação. Estando habilitado, será declarado vencedor.

A pergunta que faço agora é: Será que poderemos aplicar a segunda premissa ao pregão? Devo analisar a adequação de todas as propostas apresentadas inicialmente ou devo esperar a definição do licitante vencedor para só então fazer a verificação de seu objeto?

A questão é complexa², para isto utilizarei novamente o mesmo exemplo.

LICITANTES	ENVELOPE DE PREÇO	FASE DE LANCE		
	ENVELOPE ABERTO	1 RODADA	2 RODADA	3 RODADA
A	R\$ 100.000,00			
B	R\$ 105.000,00			
C	R\$ 107.000,00			
D	R\$ 108.000,00			
E	R\$ 109.000,00			
F	R\$ 109.500,00			
G	R\$ 110.000,00			
H	R\$ 110.200,00	Não selecionado		
I	R\$ 112.000,00	Não selecionado		
J	R\$ 113.000,00	Não selecionado		
L	R\$ 114.000,00	Não selecionado		

Posto o exemplo, gostaria, antes, de trazer a legislação que o pregoeiro deve manejar neste momento.

² “O tema envolve a mais séria controvérsia jurídica proporcionada pela sistemática do pregão” JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico, p. 112.

LEGISLAÇÃO	
LEI 10.520/02	DECRETO FEDERAL 3.555/00
<p><i>Art. 4º - A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:</i></p>	<p><i>Art. 4º - A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:</i></p>
<p><i>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;</i></p> <p><i>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;</i></p>	<p><i>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;</i></p> <p><i>VI - o pregoeiro procederá à abertura dos envelopes contendo as propostas de preços e classificará o autor da proposta de menor preço e aquelas que tenham apresentado propostas em valores sucessivos e superiores em até dez por cento, relativamente à de menor preço;</i></p>
<p><i>XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;</i></p> <p><i>XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes 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;</i></p>	<p><i>XII - declarada encerrada a etapa competitiva e ordenada as propostas, o pregoeiro examinará a aceitabilidade da primeira classificada, quanto ao objeto e valor, decidindo motivadamente a respeito;</i></p> <p><i>XV - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes, verificando a sua aceitabilidade e procedendo a 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;</i></p>

Na legislação que deve ser aplicada ao caso, pode-se observar que a Lei 10.520/02 fixa que o momento do exame da conformidade das propostas deve ser imediatamente após a abertura das mesmas. Todavia a lei, mais adiante, indica no inciso XI que, “após a fase de lance, deve ser verificada a conformidade da proposta vencedora ao exigido no edital”.

Considerando que o objeto proposto pelo licitante não pode ser alterado durante a fase de lances, uma análise anterior tornaria dispensável uma nova análise. Isto é

verificável pelo fato de ser permitido, aos licitantes, somente a redução do preço (oferta), em hipótese alguma a alteração do objeto. O objeto deve ser o constante da proposta escrita apresentada, não sendo permitidas modificações que acompanhem a redução do preço inicialmente apresentado.

Analisando-se no início, não é necessário analisar no final, se a análise é feita no final, não é preciso analisar no início.

O decreto 3.555/00, por sua vez, indica que unicamente após o encerramento da fase da etapa competitiva é que o pregoeiro deve analisar a aceitabilidade **da primeira classificada quanto ao objeto** e valor. Solução que parece desenhar exatamente a segunda premissa fixada.

Passemos ao exemplo prático:

LICITANTES	ENVELOPE DE PREÇO	FASE DE LANCE		
	ENVELOPE ABERTO	1 RODADA	2 RODADA	3 RODADA
A	R\$ 100.000,00	Sem lance	-	-
B	R\$ 105.000,00	96.000,00	89.500,00	vencedor
C	R\$ 107.000,00	97.000,00	Sem lance	-
D	R\$ 108.000,00	98.000,00	Sem lance	-
E	R\$ 109.000,00	Sem lance	-	-
F	R\$ 109.500,00	99.900,00	90.000,00	Sem lance
G	R\$ 110.000,00	Sem lance	-	-
H	R\$ 110.200,00	Não selecionado		
I	R\$ 112.000,00	Não selecionado		
J	R\$ 113.000,00	Não selecionado		
L	R\$ 114.000,00	Não selecionado		

No quadro acima, caso o pregoeiro resolva aplicar o que determina o inciso VII, da Lei 10.520/02, terá que examinar a adequação de todas as propostas abertas, antes do início da fase de lances, procedimento que, de logo, percebe-se inapropriado, pois implica no exame de propostas que nem foram selecionadas para a fase de lances, caso das propostas H, I, J e L.

Imagine-se o tempo que não se gastaria examinando-se todas as propostas e motivando os fundamentos de suas eventuais desclassificações. Ocorreria, ao final da sessão, uma avalanche de recursos, das empresas desclassificadas que

não foram sequer selecionadas para a fase de lance, cujo julgamento tornaria, qualquer que fosse a decisão final (classificação ou manutenção da desclassificação) sem efeito prático algum, pois não seriam, em última análise, as propostas potencialmente aptas à contratação, pois antes delas existem várias propostas com preços mais baixos.

Diante deste exemplo, parece que não é difícil compreender que somente precisam ser analisadas as propostas que foram selecionadas para a fase de lance.

Mas vou mais adiante.

Entendo que se deve selecionar para a fase de lance todas as propostas apresentadas até dez por cento, em relação ao menor preço, e somente após o término da fase de lance, definido o fornecedor com menor preço, deva ser feito o exame da adequação de sua proposta, e somente da sua, às condições estabelecidas no instrumento convocatório, obedecendo ao disposto nos incisos XI da Lei 10.520/02 e XII do Decreto Federal 3.555/00.

Na prática, a questão ficaria assim:

LICITANTES	ENVELOPE DE PREÇO	FASE DE LANCE		
	ENVELOPE ABERTO	1 RODADA	2 RODADA	3 RODADA
A	R\$ 100.000,00	Sem lance	-	-
B	R\$ 105.000,00	96.000,00	89.500,00	vencedor
C	R\$ 107.000,00	97.000,00	Sem lance	-
D	R\$ 108.000,00	98.000,00	Sem lance	-
E	R\$ 109.000,00	Sem lance	-	-
F	R\$ 109.500,00	99.900,00	90.000,00	Sem lance
G	R\$ 110.000,00	Sem lance	-	-
H	R\$ 110.200,00	Não selecionado		
I	R\$ 112.000,00	Não selecionado		
J	R\$ 113.000,00	Não selecionado		
L	R\$ 114.000,00	Não selecionado		

Após o término da fase de lance, o pregoeiro examinaria a adequação da proposta B (vencedor), caso sua proposta fosse considerada inadequada por razões como prazo de entrega, especificação técnica ou inadequação a qualquer outra

exigência estabelecida no edital, seria desclassificado e convocar-se-ia o segundo colocado, empresa F, na forma dos incisos XI e XVI da Lei 10.520/02 e XVII e XV do Decreto Federal 3.555/00, procedendo-se seu respectivo exame.

De outro modo, se o licitante vencedor, empresa B, tivesse sua proposta examinada e considerada adequada pelo pregoeiro, ela teria seu envelope de habilitação aberto e, se habilitada, declarada vencedora.

Passemos a outro exemplo:

LICITANTES	ENVELOPE DE PREÇO	FASE DE LANCE		
	ENVELOPE ABERTO	1 RODADA	2 RODADA	3 RODADA
A	R\$ 100.000,00	95.000,00	85.000,00	vencedor
B	R\$ 105.000,00	96.000,00	89.500,00	Sem lance
C	R\$ 107.000,00	97.000,00	Sem lance	-
D	R\$ 108.000,00	98.000,00	Sem lance	-
E	R\$ 109.000,00	Sem lance	-	-
F	R\$ 109.500,00	99.900,00	90.000,00	Sem lance
G	R\$ 110.000,00	Sem lance	-	-
H	R\$ 110.200,00	Não selecionado		
I	R\$ 112.000,00	Não selecionado		
J	R\$ 113.000,00	Não selecionado		
L	R\$ 114.000,00	Não selecionado		

Neste caso, a mesma empresa que serviu de parâmetro³ é a empresa vencedora.

Ao final da fase de lance, duas situações podem ocorrer:

1. Se ao realizar o exame da adequação da proposta, o pregoeiro constata que a mesma atende aos requisitos estabelecidos no edital, a solução é fácil. Procede a abertura do seu envelope de habilitação a fim de declará-la vencedora.

2. De outro modo, se o pregoeiro, ao proceder o exame da sua proposta, constatar que a mesma deve ser desclassificada por uma inadequação qualquer do seu objeto, a consequência não deve ser a convocação do segundo colocado, pelo seguinte motivo:

³ Proposta que é utilizada como base para a fixação do valor mínimo que servirá de referência para a determinação dos **até 10%** estabelecidos na Lei.

A proposta parâmetro também foi vencedora ao final da fase de lances, a sua desclassificação importaria em uma reclassificação das demais propostas, tomando-se como base agora o segundo colocado para efeitos de fixação do limite de dez por cento ou quinze por cento no caso do regulamento SESI e SENAI.

A desclassificação da proposta parâmetro implica no dever de se proceder à nova seleção de propostas, tomando-se como base, agora, a segunda colocada, assim:

LICITANTES	ENVELOPE DE PREÇO	FASE DE LANCE			
	ENVELOPE ABERTO	1 RODADA	2 RODADA	3 RODADA	
A	R\$ 100.000,00	95.000,00	85.000,00	desclassificado	
B	R\$ 105.000,00	96.000,00	89.500,00	Sem lance	Nova seleção
C	R\$ 107.000,00	97.000,00	Sem lance	-	Nova seleção
D	R\$ 108.000,00	98.000,00	Sem lance	-	Nova seleção
E	R\$ 109.000,00	Sem lance	-	-	Nova seleção
F	R\$ 109.500,00	99.900,00	90.000,00	Sem lance	Nova seleção
G	R\$ 110.000,00	Sem lance	-	-	Nova seleção
H	R\$ 110.200,00	Não selecionado			Nova seleção
I	R\$ 112.000,00	Não selecionado			
J	R\$ 113.000,00	Não selecionado			
L	R\$ 114.000,00	Não selecionado			

As vantagens deste procedimento parecem ser apropriadas para atender ao princípio da eficiência e celeridade do procedimento do pregão, pelas seguintes razões:

Economizar-se-á tempo, pois o exame de todas as propostas selecionadas para a fase de lance é demorado e desnecessário, tendo em vista que somente uma empresa será contratada.

É eficiente, pois se evita recursos de empresas desclassificadas que não tem preço para competir e ganhar, mas que sob o pretexto de sua desclassificação, manifestariam a intenção de recorrer, atrasando todo o procedimento licitatório.

É transparente, uma vez que estabelece uma relação direta entre os licitantes e a Administração. As empresas que cotaram seus objetos em conformidade com o edital teriam que reduzir os seus preços até os seus reais limites, sem querer desclassificar licitantes concorrentes, para poderem ficar na disputa sozinhas ou isoladas, diminuindo as chances da Administração realizar uma contratação com preço justo. Os licitantes devem travar, no procedimento licitatório, uma relação direta com a Administração e não entre si.

Os licitantes devem ofertar seus melhores preços na disputa, independentemente se seus concorrentes atendem ou não o objeto licitado. Se o licitante tem certeza que a proposta de seu concorrente não atende ao edital, deve abster-se de ofertar lance e aguardar, ao final, o pronunciamento da Administração. Se a empresa que se suspeitava for desclassificada, outra será convocada na ordem de classificação e terá sua proposta analisada.

Qual o efeito prático do exame de todas as propostas que foram selecionadas para a fase de lances, quanto ao objeto, se somente será contratado um fornecedor? Alguns argumentam que este procedimento atenderia ao princípio da Isonomia, pois, caso contrário, examinando-se somente a proposta do vencedor, se estaria permitindo que empresas que cotaram objetos em desconformidade ao edital participassem em igual condição às empresas que apresentaram propostas adequadas, induzindo as últimas a uma redução sem necessidades.

Máxima data vênua, o princípio da Isonomia não pode ser interpretado nestes termos. Aplicar o princípio da Isonomia não significa tratar todos aritmeticamente de forma igual. É preciso considerar as diferenças existentes entre os licitantes no caso concreto, que se evidencia a todos os olhos na diferença dos preços apresentados.

Não é preciso tratar todos igualmente, analisando todas as propostas apresentadas, porque, como dito, não serão contratadas todas as propostas apresentadas. Ao contrário, será contratada apenas a primeira classificada, assim, somente ela merece ser analisada.

Não se diga que a participação de empresas inadequadas na fase de lance causaria violação ao princípio da Isonomia, por colocar numa mesma fase empresas em situações distintas. No caso em tela, o critério para a seleção ou não das empresas para a fase de lance é o preço (até 10% acima do menor preço apresentado). A empresa inadequada que tiver participado da fase de lance e eventualmente vier a ser vencedora desta fase, no momento da análise da sua proposta, receberá tratamento adequado à sua situação, a desclassificação.

Neste diapasão, cumpre conhecer a posição do Tribunal de Contas da União acerca da questão:

O TCU teve que, em no mínimo duas oportunidades, enfrentar o tema, e fixou entendimentos antagônicos nas duas oportunidades.

Na ocasião do julgamento da representação que resultou no acórdão 1598/2006, o TCU se posicionou favoravelmente à tese aqui defendida, embora com fundamentação diversa.

O julgamento, entretanto, foi vazado por uma manifestação incisiva do Procurador da República, que em seu parecer se posicionou nos seguintes termos:

“Já no pregão presencial, caso sob análise, a classificação indevida de proposta escrita, inicialmente de menor preço, ou, ainda, das propostas com preços imediatamente superiores, ou seja, de propostas que após avaliação da amostra do produto ofertado venha revelar desatendimento à condição do edital, afasta, sim, licitantes da competição face à regra contida nos incisos VIII e IX do art. 4º da Lei n. 10.520/2002 e nos incisos VI e VII do art. 11 do Anexo I do Decreto n. 3.555/2000, que assim dispõem...”

A possibilidade de somente classificar para a fase de lances verbais a proposta de menor preço e aquelas superiores até 10% (dez por cento), senão os três menores preços, demanda do administrador, condutor do certame, um exame minucioso, precedente à fase de lances verbais, do cumprimento dos parâmetros mínimos estabelecidos no ato convocatório, essencialmente os aspectos técnicos, para, a partir daí, considerar os elementos valorativos das ofertas.

Se assim não fosse, licitantes se beneficiariam indevidamente com a classificação de suas propostas, confiando no fato de que nos pregões a oferta do menor preço já influenciaria o julgamento do pregoeiro ou, ainda, contrapesaria algum defeito ou ausência de atributo no bem ou serviço oferecido.

De fato, permitir que empresas ofertantes de propostas dissonantes dos padrões impostos nos editais concorram com outras que oferecem bens ou serviços que atendem plenamente o interesse

buscado pelo órgão contratante distorce o resultado do certame em desfavor, principalmente, da própria Administração.”.

Mas ao final, o parecer do procurador não foi acolhido, prevalecendo em síntese o seguinte entendimento:

26. Basicamente, a preocupação, por demais louvável, do representante do parquet reside na possibilidade de uma determinada empresa, que ofertou proposta desconforme às exigências editalícias, competir, na fase de lances verbais, com outras que ofertaram bens e serviços que atendem ao interesse buscado pela Administração, afastando, por via de consequência, outros licitantes que não passaram à fase de lances verbais, em virtude das disposições contidas no art. 4º, incisos XVIII e IX da Lei n. 10.520/2002.

27. De fato, a situação descrita pode ocorrer, pois basta que o licitante apresente menor preço, passando, dessa maneira, a competir na disputa oral, sem que atenda às condições editalícias.

28. Entretanto, devo observar que, ainda que uma dada empresa, que tenha apresentado amostra e que tenha tido a aprovação desta pela Administração, passe a competir na fase de lances verbais, na forma dos incisos XVII e IX do art. 4 da Lei nº 10.520/2002, não há garantias reais de que esta empresa seria a que entabularia o respectivo contrato com o Poder Público, pois, após o exame da documentação relativa à habilitação, esta poderia ser inabilitada.

29. A idéia subjacente a tal raciocínio é simples: no pregão, a análise da habilitação é posterior à avaliação de preços.

30. O objetivo da União Federal, ao criar o pregão como modalidade de licitação, foi conferir maior agilidade às licitações; não por outro motivo, foi prevista a inversão de fases, ou seja, primeiro verifica-se a proposta de preço, para, em um segundo momento, serem avaliadas as condições relativas à habilitação, procedimento este que agiliza a condução do certame.

31. Em assim sendo, penso que não há sentido em se instituir uma espécie de pré-qualificação dos participantes, exigindo dos licitantes que apresentem e tenham homologadas amostras por parte da Administração, como condição para prosseguirem no certame, isto é, para que possam participar da fase de lances verbais.

32. Tal sistemática, além de contrariar o princípio da agilidade que deve nortear o instituto do pregão, não está prevista na lei regeadora da matéria, configurando dessa maneira imposição de restrição onde a lei não o fez.

33. Com efeito, se a Administração possui necessidade inafastável de checar o cumprimento das condições editalícias, antes de passar à avaliação das propostas de preços, deve se utilizar das modalidades previstas na Lei nº 8.666/1993, que prevêem tal sistemática.

34. Todavia, se deseja se valer do pregão, em função da agilidade e simplicidade do instituto, não pode postular, como condição de participação da fase de lances verbais, que o licitante apresente e tenha amostra do produto aprovada pelo órgão, haja vista a ausência de previsão legal neste sentido.

35. Ressalto que o risco de um licitante passar à fase de lances verbais, sem possuir condições efetivas de adimplemento dos requisitos editalícios, é inerente ao pregão, restando clara a opção do legislador em privilegiar a agilidade do instituto.

37. Assim, a conclusão que se imporia é a de que, caso a Administração reputasse necessária a exigência de amostras, somente impusesse tal obrigação ao licitante provisoriamente colocado em primeiro lugar, pois, como vimos, agir de modo diverso, poderia encarecer o custo de participação no certame, ocasionando, dessa maneira, restrição ao caráter competitivo que deve nortear as licitações.

38. Contudo, a exigência de amostras do licitante provisoriamente colocado em primeiro lugar também subverte a característica essencial do pregão, isto é, a agilidade.

44. Por todas essas considerações, deixo de acompanhar o ilustre representante do parquet especializado, considerando, contudo, de extrema importância a preocupação manifestada por Sua Excelência.

Em que pese a questão tratar do momento de verificação de amostras, o debate de fundo é o mesmo, ou seja, em que momento deve ser analisada a compatibilidade da proposta com os requisitos estabelecidos no edital. Debater o momento de análise das amostras é debater a verificação das propostas aos requisitos estabelecidos no edital. A amostra é exigência de edital e é elemento complementar a proposta escrita. Amostra que é incompatível ao exigido no edital implica na desclassificação da proposta, por vício no seu elemento “objeto”.

Em 2007, a questão voltou a ser examinada pelo TCU que, desta vez, adotou posição contrária ao entendimento anteriormente fixado, adotando a seguinte tese:

Em relação às ocorrências descritas no item “a”, verifico que realmente não andou bem o Pregão Eletrônico nº 240/2003 no tocante à observância do rito estabelecido na norma de regência, especialmente a seqüência prevista para a fase externa do pregão.

É que, após o recebimento das propostas das licitantes, num total de 7 (sete) empresas, passou-se à etapa de lances, sem que fosse precedida da verificação da conformidade a que se refere o art. 4º, inciso VII, da Lei nº 10.520, de 2002, bem assim a aceitabilidade das

propostas, conforme determinava o próprio edital de licitação em seu item 12.1:

Com efeito, a seqüência natural do procedimento seria, após aberta a sessão do pregão, o exame prévio da conformidade de todas as propostas das licitantes aos requisitos do edital, em especial àqueles estabelecidos no Anexo I (fls. 10/12), que discriminam as especificações técnicas dos rádios VHF/FM, portáteis e fixos.

Por conseguinte, e diante da desclassificação da STT Ltda., foi convocada a empresa Tec Tel Ltda., classificada em segundo lugar, com a proposta no valor de R\$ 1.303.400,00, o qual, após negociação junto à Sesp/PR, foi reduzido para R\$ 1.162.000,00, sendo, finalmente, o objeto adjudicado a essa licitante.

Bem de ver que, em razão do baixo valor apresentado pela STT Ltda., comparativamente às outras propostas, sequer houve no sistema eletrônico uma efetiva realização de lances, visto que as demais licitantes passaram desde logo a questionar a proposta inicialmente vencedora, situação essa que poderia ter sido remediada com a retomada dessa etapa após a desclassificação da referida empresa, o que, de fato, não ocorreu.

Penso, assim, restar comprovada a violação do rito estabelecido para o pregão eletrônico, consoante dispõe o art. 4º, inciso VII, da Lei nº 10.520, de 2002, e o próprio edital da licitação (item 12.1), resultando, principalmente, no encerramento prematuro da etapa de lances.

Com todo respeito à corte de contas, o fundamento fixado no segundo acórdão não encontra base de sustentação pelas seguintes questões:

Primeiro, ficou demonstrado durante a exposição que a análise da proposta ao final do pregão não causa nenhum prejuízo aos licitantes, ao contrário, dá celeridade e eficiência ao procedimento.

Segundo, o fundamento invocado pelo TCU não se justifica, uma vez que todas as propostas no pregão eletrônico competem na fase de lances, não há seleção parcial de empresas nesta fase, sendo todas participantes.

Não há, também, no pregão eletrônico, a necessidade de que os lances sejam menores que o menor lance registrado. No pregão eletrônico, o licitante pode ofertar um lance menor que o dele mesmo, não restando prejudicado o seu direito de ofertar lances, uma vez que o parâmetro é o próprio preço do licitante.

CONCLUSÕES:

As licitações realizadas na modalidade pregão, se adotado o entendimento defendido neste artigo, gerarão para toda a Administração uma excepcional celeridade nos procedimentos licitatórios, implicando em maior transparência, maior eficiência, menor prazo entre o dia da sessão e a efetiva contratação do licitante, diminuição considerável dos recursos e diminuição das demandas judiciais que visem discutir eventual desclassificação de licitantes.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5ª. ed. São Paulo. Malheiros

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Licitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____, **Curso de Direito Administrativo**. 19ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____, **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª. ed. São Paulo Malheiros, 2002.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do Fato Jurídico. Plano de existência**. 8ª. ed. Saraiva. 2008.

_____, **Teoria do Fato Jurídico. Plano da validade**. 8ª. ed. Saraiva. 2008.

BERLOFA, Ricardo Ribas da Costa. **A Nova Modalidade de Licitação: Pregão**. Porto Alegre: Síntese, 2002.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato Teoria Geral**. 3ª. ed. Forense. Rio de Janeiro. 1987

BITTENCOURT, Sidney. **Pregão Passo a Passo**, 2ª edição, Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002.

BORGES, Alice Gonzáles. **O Pregão criado pela medida provisória nº 2.026/2006: breves reflexões e aspectos polêmicos**. Informativo de Licitações e Contratos. Curitiba: Zênite, jul/2002.

BUENO, Eduardo. **A Coroa, A Cruz e a Espada – Lei, Ordem e Corrupção no Brasil Colônia**. Rio de Janeiro. Objetiva, (terra brasilis v. 4), 2006.

CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CALDAS AULETE, “**Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa**”, vol III, p.2.667.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 4^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____, **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 4^a. ed. São Paulo: Malheiros 2000.

DIDIER JR. Fredie. **Pressupostos Processuais e Condição da Ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de Registro de Preços e Pregão**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FERRERA NETO, Francisco Damasceno. “**A Fase Externa do Pregão: Convocação e Credenciamento**”, L&C: Revista de Direito e Administração Pública n^o. 62, Porto Alegre: Consulex, ago. 2003.

JUSTEN, Mônica Spezia. “**Ainda a propósito da Questão de Amostras**”, ILC – Informativo de Licitações e Contratos n^o 79, Curitiba: Zênite, set. 2000, p. 756/762.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão. Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. 4^a. ed. São Paulo: Dialética, 2006.

_____, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 7^a. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

MENDES, Renato Geraldo. **A Nova Modalidade de Licitação: O Pregão – de acordo com a MP nº 2.026/00**. Informativo de Licitações e Contratos. Curitiba: Zênite, maio/2000.

MONTEIRO, Vera. **Licitação na Modalidade Pregão**, São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA, Egon Bockman. **Processo Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 2000, 2ª. ed.

MOTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 9ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____, **Pregão: Teoria e Prática**, São Paulo: NDJ, 2001.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**, Curitiba: Zênite, 2004.

_____, **Princípio da Isonomia na Licitação Pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**, 6ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____, **Pregão, a sexta modalidade de licitação**, Informativo de Licitações e Contratos. Curitiba: Zênite, ago/2000.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão: Uma Nova Modalidade de Licitação**, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 14^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.