

PREGÃO ELETRÔNICO: A NOVA SISTEMÁTICA DE DISPUTA INTRODUZIDA PELO DECRETO 10.024/19

Por *Julietta Mendes Lopes Vareschini*¹

1. Aplicabilidade do Decreto nº. 10.024/19

Em 23 de setembro de 2019, foi publicado o Decreto nº. 10.024, que regulamenta o pregão eletrônico e o uso da dispensa eletrônica no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

O normativo aplica-se, também, aos entes federativos que contratem bens e serviços comuns com recursos da União repassados por transferências voluntárias, tais como convênios e contratos de repasse, **sendo obrigatório o pregão eletrônico**, salvo se a Lei ou regulamentação específica que dispuser sobre aludida transferência definir de forma diversa (art. 1º, § 3º). Altera, portanto, a sistemática do Decreto anterior (5.504/05²) que estabelecia a preferência (e não a obrigatoriedade) do pregão eletrônico.

Pode incidir, ainda, no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme definido no Regulamento de Licitações e Contratos de cada estatal, editado com supedâneo no art. 40, da Lei 13.303/16, naquilo em que não conflitar com a referida Lei (art. 1º, § 2º, Decreto 10.024/19).

Com efeito, a Lei 13.303/2016, ao estabelecer o estatuto jurídico das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, regulamentou o art. 173, § 1º, da Constituição Federal de 1988, prescrevendo um regime de licitações e contratos próprio e específico para as estatais, o que “exclui o regime tradicional de licitações, direcionado para a Administração Pública em geral, baseado na Lei n. 8.666/1993, na Lei n. 10.520/2002 (modalidade pregão) e na Lei n. 12.462/2012 (Regime Diferenciado de Contratações - RDC)”.³

Referido estatuto apresenta algumas diretrizes a serem seguidas pelas estatais em seus processos licitatórios, sendo que dentre elas está a “adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, para a aquisição de bens e serviços comuns, assim

¹ Sócia Fundadora do Grupo JML Consultoria & Eventos, empresa especializada em Direito Administrativo. Mestre em Direito. Especialista em Direito Ambiental e Gestão Ambiental. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Advogada e Consultora na área do Direito Administrativo, com ênfase em Licitações e Contratos Administrativos. Coordenadora técnica da JML Consultoria. Professora da UNIBRASIL. Palestrante na área de Licitações e Contratos perante entidades da Administração Pública e Sistema S, com atuação em todo território nacional. Autora da obra *Licitações e Contratos no Sistema S*. 7. ed. Curitiba: JML, 2017 e da obra *Discricionariedade Administrativa: uma releitura a partir da constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. Organizadora da obra *Repercussões da Lei Complementar 123/06 nas Licitações Públicas: de acordo com o Decreto 6.204/07*. Curitiba: JML Editora, 2008. Autora de diversos artigos jurídicos, dentre os quais: *Gestão Planejada do Sistema de Registro de Preços*. In: *Diálogos de Gestão: novos ângulos e várias perspectivas*. Curitiba: JML Editora, 2013.

² “Art. 1º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

§ 1º Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, **será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica**, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar.

§ 2º A inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente”. (grifou-se)

³ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Aspectos Destacados do Novo Regime de Licitações e Contratações das Estatais*. Disponível em < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/aspectos-destacados-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratacoes-das-estatais>>. Acesso em 04.10.2019.

considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (art. 32, IV).

Conforme já nos manifestamos em outros artigos, causa espanto a Lei das Estatais, que não estabelece mais modalidade de licitação, mas sim modos de disputa (aberto e fechado) prescrever a preferência à modalidade pregão. Ou seja, é de se questionar o porquê de a norma criar um procedimento específico, que não alude mais a modalidade de licitação, e sim a modos de disputa e, ao mesmo tempo, estabelecer a preferência pelo regime anterior, qual seja o do pregão. Em nosso entender, mais correto seria estabelecer a preferência pelo modo de disputa aberto e não, propriamente, à modalidade pregão⁴.

De qualquer sorte, o Decreto trouxe a aplicabilidade ao pregão eletrônico dos modos de disputa aberto e aberto e fechado, estando mais próximo ao procedimento traçado na Lei 13.303/16, se comparado com o regime anterior do Decreto 5.450/05. A partir desta alteração, portanto, entende-se mais defensável a compatibilização dos procedimentos definidos na Lei 13.303/16 e no Decreto 10.024/19.

O Tribunal de Contas da União sinalizou à determinada empresa pública sobre a necessidade de se adotar o pregão quando da contratação de bens e serviços comuns, sem, contudo, esclarecer como se daria essa compatibilização entre os normativos:

“[ACÓRDÃO]

9.3.2. verificou-se na Concorrência Emgea 01/2016 a escolha indevida da modalidade concorrência, do tipo técnica e preço, uma vez que não restou demonstrada a impossibilidade da especificação de critérios técnico-operacionais que viessem a estabelecer a capacidade mínima razoável de atendimento condizente com os padrões de qualidade, rendimento e produtividade dos serviços que se desejava contratar, **sendo a jurisprudência do TCU remansosa quanto à obrigatoriedade de utilização da modalidade pregão, de preferência na forma eletrônica, para a contratação de bens e serviços comuns, bem como diante do disposto no art. 32, inciso IV, da Lei 13.303/2016**”.⁵ (grifou-se)

Em face do exposto, cada empresa estatal deve definir em seu Regulamento de Licitações e Contratos a adoção do pregão eletrônico, segundo o procedimento traçado no Decreto 10.024/19, naquilo que não conflitar com a Lei 13.303/2016⁶.

⁴ Conforme crítica de Joel de Menezes Niebuhr: “O inciso IV do artigo 32 da Lei n. 13.303/2016 afirma que o pregão deve ser utilizado preferencialmente para a aquisição de bens e serviços comuns. **A norma é desnecessária, haja vista que o procedimento de licitação previsto na Lei n. 13.303/2016 poderia ser considerado como uma modalidade própria**, tal qual no Regime Diferenciado de Contratações – RDC. **Contudo, em face do dispositivo, será necessário conciliar as novidades da Lei n. 13.303/2016 com a sistemática da Lei n. 10.520/2002, o que deve gerar dificuldades.** A questão, em síntese, é a seguinte: em caso de aquisição de bens ou serviços comuns promovida por estatal, havendo contradição entre a Lei n. 13.303/2016 e a Lei n. 10.520/2002, qual deve prevalecer? A Lei n. 13.303/2016 não oferece resposta.” NIEBUHR, Joel de Menezes. *Aspectos...* Acesso em 20.12.2016. Também nessa linha se posiciona Murilo Jacoby Fernandes: “Apesar de trazer grandes avanços, a Lei das Estatais apresenta alguns pontos que merecem aperfeiçoamento.

Na construção de seus dispositivos afetos às modalidades de licitação, a Lei permite a utilização do modo de disputa aberto, fechado ou misto, nos moldes do RDC, mas determina o uso do pregão como modalidade preferencial.

Ora, utilizar o pregão não é compatível com os modos de disputa do RDC, o que traz ao dispositivo uma inviabilidade lógica na sua utilização. FERNANDES, Murilo Jacoby. *Lei 13.303/2016: novas regras de licitações e contratos para as estatais*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/50312/lei-13-303-2016-novas-regras-de-licitacoes-e-contratos-para-as-estatais>. Acesso em 04.10.2019.

⁵ TCU. Acórdão 2853/2016. Plenário.

⁶ Conforme posição de Dawison Barcelos e Ronny Charles Lopes de Torres: “Em conclusão, entendemos que a interpretação lógico-sistemática atende melhor ao interesse público de modernizar as licitações das estatais, admitindo que seus certames adotem procedimento adequado à pretensão contratual, sem prejuízo do uso de importantes ferramentas e opções criadas pelo legislador.

Assim, a diretriz de adoção preferencial da modalidade pregão, em nossa opinião, deve ser interpretada como uma orientação dada ao aplicador da norma, para que, diante da autonomia discricionária de montar o procedimento licitatório (já que a Lei das Estatais adotou modalidade única, porém flexível, como no RDC), ele opte preferencialmente por um rito semelhante ao do pregão (fase única recursal, lances, fase de propostas antes da habilitação) quando licitar bens e serviços comuns”. BARCELOS, Dawison, TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações e Contratos nas empresas Estatais*. Salvador: Podivum, 2018, p. 231.

2. Vigência

Nos termos dos arts. 60 e 61, do Decreto 10.024/19:

“Art. 60. Ficam revogados:

I - o [Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005](#); e

II - o [Decreto nº 5.504, de 5 de agosto de 2005](#).

Art. 61. Este Decreto entra em vigor em 28 de outubro de 2019.

§ 1º Os editais publicados após a data de entrada em vigor deste Decreto serão ajustados aos termos deste Decreto.

§ 2º As licitações cujos editais tenham sido publicados até 28 de outubro de 2019 permanecem regidos pelo [Decreto nº 5.450, de 2005](#)”. (grifou-se)

Tem-se, portanto, que o decreto entrou em vigor em 28 de outubro de 2019. Os editais publicados após esta data devem seguir o novo procedimento, ao passo que os instrumentos veiculados até o dia 28 permanecem regidos pelo regime anterior.

3. Obrigatoriedade do pregão eletrônico.

O art. 1º, § 1º, do Decreto 10.024/19 prescreve a obrigatoriedade do pregão eletrônico para bens e serviços comuns, excepcionando-o, porém, mediante prévia justificativa da autoridade competente, desde que comprovada a inviabilidade técnica ou a desvantagem para a administração, hipótese em que se cogita a adoção do formato presencial (§ 4º, do art. 1º).

Embora o Decreto anterior estabelecesse a preferência, e não a obrigatoriedade do pregão eletrônico, o Tribunal de Contas da União já preconizava que o uso do formato presencial só seria aceito mediante justificativa capaz de comprovar a inviabilidade técnica e/ou desvantagem do eletrônico⁷.

Assim, **é indispensável constar nos autos a motivação da escolha, frente ao caso concreto, evidenciando-se, mediante justificativa técnica, a razão da adoção de uma ou de outra**. Registra-se que o TCU normalmente refuta a maior parte das justificativas apresentadas para a não utilização do pregão eletrônico, admitindo a hipótese apenas em situações excepcionais, nas quais reste demonstrada a inviabilidade do uso da internet, em face do local da realização da licitação, ou comprovado prejuízo decorrente do uso de recursos de tecnologia da informação. Nos demais casos, antes mesmo da alteração promovida pelo Decreto 10.024/19, o TCU já entendia que a regra é a adoção do eletrônico, sob pena de caracterizar ato de gestão antieconômico:

A não adoção do pregão na forma eletrônica, sem a comprovação da inviabilidade ou desvantagem de sua utilização pela autoridade competente, pode caracterizar ato de gestão antieconômico, em especial quando o certame, na forma presencial, ocorrer em localidade distinta daquela em que o objeto da licitação deverá ser executado, contrariando o art. 20, caput, da Lei 8.666/93.

Representação versando sobre pregão presencial conduzido pela Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba - Codevasf, tendo por objeto o fornecimento de tubos e peças especiais de aço carbono para projeto de irrigação no estado de Pernambuco, indicara possível restrição à competitividade do certame. A restrição decorreria da opção pela realização do pregão na forma presencial e em cidade distinta (Brasília/DF) daquela em que o objeto deverá ser executado (Petrolina/PE). Analisando os argumentos contidos na inicial, o relator considerou que, a princípio, a realização do pregão naquelas condições “poderia representar

⁷ “Contratação de serviços ligados à tecnologia da informação: 2 - O uso do pregão eletrônico na aquisição de bens e serviços comuns é preferencial. Nos casos de comprovada inviabilidade, são necessárias as devidas justificativas por conta da autoridade competente no respectivo processo”. **Acórdão nº 1631/2011-Plenário**.

a violação do disposto nos arts. 20 da Lei nº 8.666/1993 e 4º, § 1º, do Decreto nº 5.450/2005, além de contrariar decisões desta Corte de Contas". Entretanto, avaliou que "a opção adotada pelo gestor pode ou não ser justificada em cada caso concreto sob exame, dependendo das circunstâncias preponderantes nas situações específicas". Em outros termos: "em princípio, o gestor dispõe de uma competência discricionária para decidir sobre a forma como se processará o pregão (presencial ou eletrônico). À luz da conjuntura fática, essa competência poderá ou não ser confirmada, uma vez que uma das opções pode ser muito mais vantajosa que a outra". No caso concreto, concluiu o relator que o certame caracterizou-se pela baixa competitividade e não obtenção de redução significativa de preços em relação ao valor orçado pela Administração, razão pela qual considerou conveniente e oportuna a concessão da medida cautelar pleiteada pelo representante. O Tribunal, ao acolher a proposição do relator, determinou cautelarmente a suspensão das contratações decorrentes da licitação, até que o TCU decida sobre o mérito da representação, bem como a promoção, nos termos regimentais, das oitivas da Codevasf e da empresa vencedora do pregão, requerendo da primeira justificativas para a não adoção da modalidade pregão na forma eletrônica e a não realização do pregão presencial no local onde se situa a repartição interessada, caso comprovada a inviabilidade de adoção do pregão na forma eletrônica. Comunicação de Cautelar, TC 018.514/2013-8, relator Ministro Benjamin Zymler, 17.7.2013.⁸

A opção por pregão presencial, em vez de pregão eletrônico, sem justificativa consistente, associada a estipulação de local de apresentação de propostas distinto daquele em que serão prestados os serviços configura, em avaliação preliminar, irregularidade e justifica a suspensão cautelar certame.

Representação apontou supostas irregularidades na condução, pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos, do Pregão Presencial 004/2012/CBTU, que visa à contratação de serviço de vigilância ostensiva e armada para 71 postos de 24h ininterruptas, nas áreas da CBTU/Recife. As possíveis ilicitudes são as seguintes: a) escolha não motivada da modalidade pregão presencial, em vez de pregão eletrônico; b) obrigatoriedade de as propostas serem apresentadas na cidade do Rio de Janeiro/RJ, embora o serviço deva ser prestado em Recife/PE. Foram credenciadas cinco empresas e a vencedora do certame ofertou proposta no valor de R\$ 9.949.900,00. O Presidente do TCU, atuando nos autos em função de férias do relator, observou que teria sido violado o disposto no art. 4º, § 1º, do Decreto 5.450/2005, visto não se ter comprovado a inviabilidade de adoção do pregão eletrônico e que a CBTU teria agido sem respaldo técnico ou legal. Acrescentou que o fato de "o local de entrega e abertura das propostas ser distante do local da prestação dos serviços licitados implica a restrição da competitividade do certame" e aparente violação ao comando contido no art. 20, caput, da Lei 8.666/1993. Por considerar presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, determinou: a) em caráter cautelar, a suspensão do certame até que o Tribunal delibere sobre o mérito da representação; b) a realização de oitiva da CBTU sobre a não adoção de pregão eletrônico e a escolha de local de apresentação das propostas distante do local de prestação dos serviços. Comunicação de Cautelar, TC007.473/2012-5, Ministro-Presidente Benjamin Zymler, 28.3.2012.⁹

Por outro lado, tese que tem sido acatada por alguns doutrinadores é a possibilidade de uso do pregão presencial para fomentar o mercado local e/ou regional. Isso porque, é preciso reconhecer que o regime jurídico aplicável às licitações ganhou novos contornos com o advento da Lei 12.349/10, que alçou o desenvolvimento nacional sustentável a objetivo da licitação. A sustentabilidade aqui deve ser vislumbrada a partir de três vetores: ambientais, sociais e econômicos. Na mesma toada, a Lei Complementar 123/06, ao instituir o Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, contemplou no art. 47 o tratamento diferenciado com o escopo de promover o desenvolvimento local e regional. A partir dessas premissas, é possível concluir que, atualmente, a licitação deve ser vislumbrada como instrumento de política pública para a promoção do desenvolvimento local e regional e, dessa feita, em âmbito nacional.

E uma das formas de se alcançar esse desiderato é fomentar o desenvolvimento de empresas locais (visto que isso permite maior geração de empregos e distribuição de renda, além de investimento por parte das empresas no local e na região). Portanto, a depender das peculiaridades do objeto, do mercado e como

⁸ TCU. Informativo de Licitações e Contratos nº 160/2013.

⁹ TCU. Informativo de Licitações e Contratos nº 99/2012.

forma, inclusive, de promover o desenvolvimento local e regional, desde que a partir de justificativa apta, alguns doutrinadores têm vislumbrado a adoção do pregão presencial. O que se pondera é que o pregão eletrônico, por ampliar em demasia a competitividade (o que, regra geral, é uma vantagem), a depender do caso concreto e do mercado no qual as empresas atuam, pode não se mostrar vantajoso.

Nesse sentido, inclusive, o Decreto 10.024/19 estabeleceu, no art. 2º, § 1º, como princípio aplicável ao pregão eletrônico a promoção do desenvolvimento sustentável em suas dimensões econômica, social, ambiental e cultural, o que corrobora a tese acima destacada. Sobre o tema, cumpre recomendar artigo de Jair Eduardo Santana e Verônica Vaz de Melo, publicado na Revista da JML de Licitações e Contratos nº 27/JUN/2013.¹⁰

Em face do exposto, como regra, a administração pública federal deve adotar o pregão eletrônico, salvo se existente justificativa que comprove sua inviabilidade técnica e/ou desvantagem, podendo-se argumentar, para este fim, a promoção do desenvolvimento sustentável nos aspectos econômico, social, ambiental e cultural, desde que acurado estudo comprove que o pregão presencial terá o condão de alcançar esse objetivo. Saliente-se, porém, que este princípio não pode ser adotado como mera retórica, ao revés, somente se cogita o uso do pregão presencial se restar comprovado que, de fato, atenderá a determinada política pública.

Conforme já destacado, a obrigatoriedade do pregão eletrônico para contratação de bens e serviços comuns alcança os demais entes que recebam recursos da União repassados por transferências voluntárias, tais como convênios e contratos de repasse, salvo se a Lei ou regulamentação específica que dispuser sobre aludida transferência definir de forma diversa (art. 1º, § 3º).

4. Adoção para bens e serviços comuns, inclusive de engenharia.

¹⁰ "4. Compulsoriedade relativa no uso do pregão eletrônico. Harmonização das regras aparentemente contrapostas: necessidade de se comprar local e regionalmente

Está evidente que o regulamento do pregão eletrônico, no âmbito federal, privilegia a forma eletrônica desde que não haja justificativas para se fazer o presencial. É dizer, a norma federal exige o pregão; sempre. E direciona para a forma eletrônica. Caso haja motivos para não se fazer o pregão eletrônico, a forma presencial deve ser adotada com justificativas.

Entendemos que as políticas públicas relativas ao desenvolvimento local e regional, fomentando as compras governamentais para microempresas e empresas de pequeno porte, podem justificar o afastamento do pregão eletrônico quando as circunstâncias recomendarem.

Pode ser que - no plano dos fatos - seja recomendável a realização do pregão presencial para melhor se adequar às políticas de compras locais. Esse é um motivo que justifica o abandono do pregão eletrônico.

Em tal caso (pregão presencial), continuará a Administração Pública a prestigiar todos aqueles valores (e princípios) existentes em torno dessa ferramenta de compras; e - ademais - se estará valorizando o desenvolvimento local sustentável.

Não há, assim, nenhum antagonismo ou contraposição entre os princípios que o pregão eletrônico ou presencial agitam.

5. Conclusão

(...)

Não confundamos a obrigatoriedade do pregão com a preferência da utilização da via eletrônica. Na realidade, o pregão eletrônico acaba sendo a trilha obrigatória porque, segundo a norma regente, apenas diante de uma impossibilidade justificada é que o pregão presencial poderá ocorrer. Uma das hipóteses em que poderá ser dispensada a utilização do pregão eletrônico para a realização do pregão presencial será para a incentivo e promoção do desenvolvimento local e regional. Mas ressalta-se que sempre há de se prestigiar essa modalidade de licitação - pregão. O seu afastamento injustificado (é nossa tese) importa em ato de gestão antieconômica passível de responsabilização. Assim, a obrigatoriedade na utilização de tal ferramenta tem que ser relativizada em algumas situações concretas para - a um só tempo - homenagear tanto as normas de incidência direta como também regras, valores e princípios descendentes do mesmo marco legal e constitucional.

Desta forma, é importante ter em mente que a facultatividade tópica no emprego do pregão eletrônico harmoniza-se perfeitamente com a necessidade de se promover o desenvolvimento local e regional quando do uso do poder de compra governamental para efetivar políticas públicas que visem a melhor distribuição de riquezas, a geração de renda e empregos. SANTANA, Jair Eduardo; MELO, Verônica Vaz de. *Relativização da obrigatoriedade do pregão eletrônico diante da necessidade de se promover o desenvolvimento local e regional. políticas públicas nas aquisições governamentais para fomento dos pequenos negócios*. Revista JML de Licitações e Contratos nº. 27, de junho de 2013, Seção Doutrina, pg. 03.

Em relação ao conceito de bens e serviços comuns, manteve-se a lógica da Lei 10.520/02, como não poderia ser diferente: “bens cujo padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações reconhecidas e usuais no mercado” (art. 3º, II, Decreto 10.024/19). Ademais, o Decreto alerta que a classificação de um bem ou serviço como comum depende de exame fático e de natureza técnica (art. 3º, §1º), o que exige, portanto, acurada pesquisa de mercado com o intuito de identificar se as especificações são, de fato, usuais. Ou seja, é em face da padronização das especificações existentes no mercado que será possível enquadrar um bem ou serviço como comuns, sendo esta atribuição da área técnica/demandante, consoante Orientação Normativa 54, da Advocacia Geral da União:

“Compete ao agente ou setor técnico da administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilização da modalidade pregão e definir se o objeto corresponde a obra ou serviço de engenharia, sendo atribuição do órgão jurídico analisar o devido enquadramento da modalidade licitatória aplicável”.

Segundo entende Marçal Justen Filho, “bem ou serviço comum é aquele que se encontra disponível a qualquer tempo num mercado próprio e cujas características padronizadas são aptas a satisfazer as necessidades da Administração Pública.”¹¹

O Decreto, no art. 3º, inciso III, afasta do conceito de comum bens e serviços que possuem alta heterogeneidade (porque nesse caso não há padronização) ou complexidade técnica. No que tange à complexidade técnica, é preciso cautela na interpretação do decreto, porquanto o TCU já entendeu que determinado objeto pode ser complexo e comum ao mesmo tempo, desde que seu padrão de desempenho e qualidade possa ser definido à luz de especificações usuais no mercado:

“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”¹².

Portanto, em nosso entender, a complexidade técnica a que alude o decreto deve ser interpretada no sentido de que ela não se amolda com a simplicidade e celeridade do pregão, justificando a adoção de outra modalidade que permita analisar de forma mais acurada a técnica utilizada na execução do objeto.

Sobre o tema, cumpre colacionar doutrina de Joel de Menezes Niebuhr:

“Para qualificar um bem ou serviço comum é necessário:

- a) que, uma vez definidas as especificações do objeto de modo objetivo, se consegue estabelecer o padrão de qualidade desejado pela Administração, sem que eventuais variações técnicas existentes entre produtos que atendam tais especificações sejam importantes ou decisivas para a avaliação da proposta que melhor satisfaz o interesse público;
- b) que as especificações técnicas do bem ou serviço sejam usuais no mercado; e
- c) que a estrutura procedimental do pregão, menos formalista e mais célere, não importe prejuízo à análise da qualidade do objeto licitado nem ao interesse público”¹³.

O novel decreto deixou clara a viabilidade do pregão eletrônico para bens e serviços de natureza intelectual, científica e técnica que possam ser definidos de acordo com os padrões usuais de mercado (art. 3º, § 2º). Trouxe, portanto, um norte ao intérprete, que sempre se via diante da celeuma em utilizar ou não pregão para serviços intelectuais. A questão, mais uma vez, requer consulta ao mercado com o escopo de aferir especificações usuais e padronizadas, pois somente nesses casos é que o pregão eletrônico será viável. Ao

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão. Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Dialética, 2013, 34.

¹² Acórdão 1667/2017, Plenário, do TCU.

¹³ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 55.

revés, havendo heterogeneidade em relação às especificações e/ou metodologias empregadas na execução de serviços de natureza intelectual, científica e técnica, não se cogita o uso do pregão eletrônico.

Outra celeuma que o Decreto 10.024/29 enfrenta diz respeito ao uso do pregão eletrônico para serviços comuns de engenharia. Cumpre rememorar a discussão que paira sobre o tema.

A Lei 10.520/2002, em seu art. 1º estabelece:

“Art. 1º **Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.**

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

Como se observa, a Lei reservou a utilização da modalidade pregão para a aquisição de **bens e serviços comuns**. E, considerando que o texto da Lei nº 10.520/2002 não impõe nenhum outro requisito ou condição para a utilização da modalidade pregão, a rigor, é possível admitir a contratação por tal modalidade de todo e qualquer objeto que devidamente se enquadre no conceito de bens e/ou serviços comuns (inclusive de engenharia). Porém, como a Lei restringiu esta modalidade a bens e serviços e obra não se confunde com serviço, conforme será destacado na sequência, não se cogita a adoção do pregão para obras de engenharia, apenas para serviços e desde que estes se enquadrem no conceito de comum.

Contudo, muitas das regulamentações infralegais do pregão, expedidas tanto no âmbito federal como nas esferas estaduais e municipais, estipularam vedação à utilização dessa modalidade para a contratação de obras e serviços de engenharia. Nesse sentido, por exemplo, os Decretos nº 3.555/2000 e nº 5.450/2005, no âmbito da Administração Pública Federal, respectivamente:

“Art. 5º. A licitação na modalidade de pregão **não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia**, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração.” (grifou-se)

“Art. 6º. A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, **não se aplica às contratações de obras de engenharia**, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.” (grifou-se)

Da leitura dos dispositivos legais acima mencionados, é fácil perceber que o Decreto nº 3.555/2000, que disciplina o pregão presencial, veda o seu uso para obras e serviços de engenharia, enquanto o Decreto nº 5.450/2005, que tratava do pregão eletrônico, proibia a sua adoção **somente para obras** de engenharia. Mas, é preciso rememorar que Decreto não pode inovar na ordem jurídica, tampouco contrariar o disposto em lei, razão pela qual as vedações dos decretos acerca do uso do pregão para serviços comuns de engenharia são questionáveis.

Diante da divergência acima apresentada, o TCU foi provocado a se manifestar sobre a questão, destacando que:

“4. Ainda como razões de decidir, recorro que a Lei nº 10.520, de 2002, condiciona o uso da modalidade Pregão somente aos serviços comuns, não excluindo previamente quaisquer espécies de serviços e contratações, e o rol de bens e serviços comuns previstos no decreto regulamentar é meramente exemplificativo. **Assim, a existência de bens e serviços comuns deverá ser avaliada pelo administrador no caso concreto, mediante a existência de circunstâncias objetivas constantes da fase interna do procedimento licitatório.**

5. **Como se vê, a Lei nº 10.520, de 2002, não exclui previamente a utilização do Pregão para a contratação de obra e serviço de engenharia.** O que exclui essas contratações é o art. 5º do Decreto 3.555, de 2000. Todavia, o item 20 do Anexo II desse mesmo Decreto autoriza a utilização do Pregão para a contratação de serviços de manutenção de imóveis, que pode ser considerado serviço de engenharia.

6. Examinada a aplicabilidade dos citados dispositivos legais, recorro que somente à lei compete inovar o ordenamento jurídico, criando e extinguindo direitos e obrigações para as pessoas, como pressuposto do

princípio da legalidade. Assim, o Decreto, por si só, não reúne força para criar proibição que não esteja prevista em lei, com o propósito de regradar a execução e a concretização, tendo em vista o que dispõe o inciso IV do art. 84 da Carta Política de 1988.

7. Desse modo, as normas regulamentares que proíbem a contratação de obras e serviços de engenharia pelo Pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei nº 10.520, de 2002. O único condicionamento que a Lei do Pregão estabelece é a configuração do objeto da licitação como bem ou serviço comum.”¹⁴ (grifou-se)

Em outros julgados, a Corte de Contas da União admitiu ser possível a utilização do pregão para **serviços de engenharia**, mas excluiu essa modalidade para **obra de engenharia**, já que a Lei 10.520/02 contempla o uso do pregão apenas para bens e serviços, o que exclui obras, como abaixo se observa:

“5. A contratação de serviços comuns de engenharia que possam ser objetivamente definidos em edital, aí incluídos os relativos à conservação de rodovia, deve se dar por meio de pregão.

O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit, ex-Diretor dessa entidade e duas empresas de engenharia interpuseram pedidos de reexame contra deliberação do Tribunal, proferida por meio do Acórdão 1.936/2011 - Plenário, em que se examinou auditoria em obras de manutenção de trechos rodoviários na BR-163/MT. No âmbito dessa auditoria, foram avaliados oito contratos firmados para execução de intervenções ao longo da rodovia. Esses contratos englobavam atividades típicas de conservação (mais simples) e também de restauração rodoviária (mais complexas). O Tribunal, com base nos achados de auditoria, considerou “indevida a licitação de serviços de conservação rodoviária por meio de concorrência pública e determinou ao Dnit, no item 9.8.1, que passasse a utilizar-se da modalidade pregão em certames para contratação do referido objeto”. A unidade técnica, ao posicionar-se favoravelmente à manutenção dessa determinação, ressaltou que “a jurisprudência desta Corte, interpretada em consonância com o Decreto 5.450/2005, definiria como obrigatória a utilização da modalidade pregão para serviços comuns, inclusive de engenharia”. E também que os serviços de conservação devem ser classificados como comuns. A relatora, contudo, ao ter em vista os objetos dos contratos examinados na auditoria, entendeu que “os serviços de manutenção rodoviária não podem, indistintamente, ser considerados comuns, ‘de prateleira’, passíveis de objetiva definição em edital”. E mais: “O escopo das intervenções é que definirá como comuns ou específicos os serviços e, por isso, penso que **cabe ao gestor público avaliar, em cada caso, se os serviços a serem licitados são comuns – o que o obrigaria a utilizar a modalidade pregão – ou complexos a ponto de afastar a referida modalidade**” – grifou-se. Acrescentou que “A existência de normativos técnicos que esboçam o escopo dos serviços não é suficiente, por si só, para definir a atividade como de baixa complexidade”. O Tribunal, então, ao acolher proposta da relatora, decidiu: a) dar provimento parcial ao recurso interposto pelo Dnit e tornar insubsistente o subitem 9.8.1 do acórdão 1.936/2011-Plenário; b) dar ciência à Autarquia de que, **“quando da contratação de serviços comuns, aí incluídos os relativos à conservação rodoviária que possam ser objetivamente definidos em edital, a utilização do pregão é obrigatória”**.”¹⁵ (grifou-se)

“5. A utilização de pregão para a contratação de obras de engenharia afronta o disposto no art. 1º e em seu parágrafo único da Lei 10.520/2002

Auditoria no Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE e no Município de Santo Antônio do Descoberto/GO apontou indícios de irregularidades no procedimento licitatório que tem por objeto a contratação das obras de construção de quadra esportiva coberta com palco na Escola Caminho da Luz, nessa localidade. Entre os supostos vícios, destaque-se a utilização da modalidade pregão, na sua forma eletrônica, para a realização da obra. Anotou a equipe de auditoria que, por se tratar de obra de engenharia, a modalidade pregão não poderia ter sido utilizada, tendo em vista o disposto no art. 1º e em seu parágrafo único da Lei 10.520/2002. Lembrou que o Tribunal já se manifestou sobre “a vedação de contratar obras e a permissão de contratar serviços comuns de engenharia mediante pregão”. Mencionou, ainda, voto condutor de deliberação do Tribunal que conceituou tais serviços: atividades em que o “emprego de mão-de-obra e equipamentos prepondera sobre a aplicação técnica” (Acórdão 2079/2007 – Plenário). Reproduziu, em seguida, o disposto na

¹⁴ TCU. Acórdão 1329/2006. Plenário.

¹⁵ TCU. Informativo de Licitações e Contratos nº 133. Acórdão 3144/2012. Plenário.

Súmula 257/2010 do TCU: "O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002". Acrescentou que objeto sob exame merece ser classificado como obra de engenharia, e não como serviço de engenharia, "visto que se trata de ação de construir uma quadra esportiva com estrutura de concreto armado e cobertura em estrutura metálica ...". Ressaltou, porém, o fato de já haver sido celebrado o respectivo contrato. O relator, por sua vez, ante "a baixa materialidade do contrato (R\$ 453,4 mil)", a falta de complexidade desse objeto e "a ausência de indícios de prejuízo aos licitantes", considerou, em linha de consonância com a unidade técnica, suficiente adotar medida visando evitar a reincidência de vício dessa natureza. O Tribunal, então, decidiu dar ciência à Prefeitura Municipal de Santo Antônio do Descoberto/GO e ao FNDE sobre a: "9.1.2. **utilização da modalidade licitatória denominada pregão, seja presencial ou eletrônico, para a contratação de obras de engenharia, em dissonância com os ditames estabelecidos pela Lei 10.520/2002 (art. 1º e seu parágrafo único)**". Precedente mencionado: Acórdão 2079/2007 – Plenário."¹⁶ (grifou-se)

"3. A modalidade pregão não é aplicável à contratação de obras de engenharia, locações imobiliárias e alienações, sendo permitida a sua adoção nas contratações de serviços comuns de engenharia.

Denúncia apresentada ao TCU apontara possível irregularidade em pregão eletrônico para registro de preços, conduzido pelo 9º Batalhão de Suprimento do Exército (9º B Sup), objetivando a contratação de empresa para manutenção de instalações daquela organização militar e das unidades participantes. Realizadas as oitavas regimentais, o relator observou que embora não tenha sido demonstrada de forma clara a destinação dos quantitativos dos serviços previstos no edital, houve a previsão de utilização desses serviços em obras. Acrescentou que 'nas tabelas apresentadas, há referências a obras como as de ampliação e reparação do Paiol 1 e execução de vias de acesso a áreas dos paióis pelo 9º B Sup, de construção de quadra poliesportiva, pavilhões e infraestrutura (...), de ampliação de pavilhão e de canil (...), de construção do túnel de teste para armamentos (...). Também estão previstas adaptações/adequações que, pela descrição sucinta e pelos altos valores envolvidos, não há como afirmar que sejam apenas com serviços de manutenção'. Ressaltou ainda que o edital, apesar de apresentar o orçamento por itens de serviços, contém disposições que demonstram 'que os custos previstos no pregão em questão contemplam obra, conforme a definição constante do art. 6º, inciso I, da Lei 8.666/1993'. Assim, lembrou o relator o Acórdão 1.540/2014 - Plenário, segundo o qual 'não se aplica a modalidade pregão à contratação de obras de engenharia, locações imobiliárias e alienações, sendo permitida nas contratações de serviços comuns de engenharia (Súmula TCU 257/2010)'. Diante do exposto, o Tribunal, em razão dessa e de outras irregularidades, julgou a Denúncia procedente, fixando prazo para que o 9º B Sup anulasse o certame. Acórdão 3605/2014-Plenário, TC 014.844/2014-1, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 9.12.2014."¹⁷

Inclusive, no que tange à possibilidade de se licitar a prestação de serviços comuns de engenharia através da modalidade pregão, o TCU já pacificou o seu entendimento com a edição da Súmula nº 257/2010, que objetivamente estabelece: "**O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002.**"

E o art. 1º do recente Decreto 10.024/19 corrobora a tese apresentada na súmula acima, **acerca da adoção do pregão para serviços comuns de engenharia¹⁸, deixando assente também a sua inaplicabilidade para obras**, locações imobiliárias, alienações e bens e serviços especiais, incluídos os serviços de engenharia enquadrados no inciso III, do art. 3º (art. 4º). Ou seja, cabe ao setor técnico, em face das peculiaridades de cada caso concreto, aferir o enquadramento do serviço de engenharia como comum, para justificar o cabimento do pregão eletrônico.

¹⁶ TCU. Informativo de Licitações e Contratos nº 121. Acórdão 2312/2012. Plenário.

¹⁷ TCU. Informativo de Licitações e Contratos nº 227. Acórdão 3605/2014. Plenário.

¹⁸ Conceituado pelo Decreto 10.024/19, no art. 3º, inciso VIII, da seguinte forma: "VIII - serviço comum de engenharia – atividade ou conjunto de atividades que necessitam da participação e do acompanhamento de profissional engenheiro habilitado, nos termos do disposto na Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, e cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pela administração pública, mediante especificações usuais de mercado;"

5. Planejamento das contratações e a realização de estudos técnicos preliminares.

Para que a contratação seja eficaz e alcance seus objetivos, deve ser observado o procedimento expressamente traçado na legislação aplicável ao tema, composto por três fases: planejamento, seleção do fornecedor e gestão do contrato.

A etapa de planejamento visa delimitar a demanda, justificar a necessidade do órgão, comprovar sua viabilidade técnica e econômica, estabelecer as regras do certame, por meio da elaboração do edital, bem como do futuro contrato (definindo os prazos de execução, vigência, as obrigações das partes, etc.). Ou seja, esta etapa serve de subsídio para as outras duas (seleção de fornecedor e gestão de contratos), de sorte que eventuais falhas nesse momento comprometerão a lisura de todo o procedimento, daí sua importância.

Com efeito, não se pode olvidar que muitos dos problemas enfrentados na seleção do fornecedor (objeto muito genérico, propostas defeituosas) e na gestão de contratos (descumprimento de prazos, aditivos superfaturados e sem qualquer fato superveniente, etc.) já nascem na etapa de planejamento, diante de equívocos na elaboração do termo de referência.

No âmbito da Administração Pública Federal, a Instrução Normativa 05/2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão¹⁹, deu ênfase à etapa de planejamento na contratação de serviços, conforme se infere do art. 20²⁰.

Os Estudos Preliminares visam identificar com precisão a demanda do órgão, bem como conhecer as soluções existentes no mercado. Nesse sentido é a previsão do art. 24, § 1º, da referida instrução normativa, que contempla o conteúdo desse estudo: I - necessidade da contratação; II - referência a outros instrumentos de planejamento do órgão ou entidade, se houver; III - requisitos da contratação; IV - estimativa das quantidades, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte; V - levantamento de mercado e justificativa da escolha do tipo de solução a contratar; VI - estimativas de preços ou preços referenciais; VII - descrição da solução como um todo; VIII - justificativas para o parcelamento ou não da solução quando necessária para individualização do objeto; IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis; X - providências para adequação do ambiente do órgão; XI - contratações correlatas e/ou interdependentes; e XII - declaração da viabilidade ou não da contratação. O § 2º estabelece como conteúdo mínimo o disposto nos incisos I, IV, VI, VIII e XII, cabendo ao órgão anexar ao processo justificativa que comprove a desnecessidade de alguns dos requisitos contemplados no § 1º do aludido art. 24. Ainda, nas

¹⁹ Que atualmente integra o Ministério da Economia.

²⁰ "Art. 20. O Planejamento da Contratação, para cada serviço a ser contratado, consistirá nas seguintes etapas:

I - Estudos Preliminares;

II - Gerenciamento de Riscos; e

III - Termo de Referência ou Projeto Básico.

§ 1º As situações que ensejam a dispensa ou inexistência da licitação exigem o cumprimento das etapas do Planejamento da Contratação, no que couber.

§ 2º Salvo o Gerenciamento de Riscos relacionado à fase de Gestão do Contrato, as etapas I e II do **caput** ficam dispensadas quando se tratar de:

a) contratações de serviços cujos valores se enquadram nos limites dos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993; ou

b) contratações previstas nos incisos IV e XI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 3º As contratações de serviços prestados de forma contínua, passíveis de prorrogações sucessivas, de que trata o art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993, caso sejam objeto de renovação da vigência, ficam dispensadas das etapas I, II e III do **caput**, salvo o Gerenciamento de Riscos da fase de Gestão do Contrato.

§ 4º Os órgãos e entidades poderão simplificar, no que couber, a etapa de Estudos Preliminares, quando adotados os modelos de contratação estabelecidos nos Cadernos de Logística divulgados pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

§ 5º Podem ser elaborados Estudos Preliminares e Gerenciamento de Riscos comuns para serviços de mesma natureza, semelhança ou afinidade".

contratações padronizadas, o estudo preliminar será feito apenas em relação ao conteúdo ainda não padronizado (§ 4º, art. 24)²¹.

Nessa toada também é a previsão do Decreto 10.024/19, que contempla as seguintes regras pertinentes à etapa de planejamento:

“**Art. 6º.** A realização do pregão, na forma eletrônica, observará as seguintes etapas sucessivas:

I - planejamento da contratação;

(...)

Art. 8º. O processo relativo ao pregão, na forma eletrônica, será instruído com os seguintes documentos, no mínimo:

I - estudo técnico preliminar, quando necessário;

II - termo de referência;

(...)

Art. 3º. Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

(...)

IV - **estudo técnico preliminar** - documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação, **que caracteriza o interesse público envolvido e a melhor solução ao problema a ser resolvido e que, na hipótese de conclusão pela viabilidade da contratação, fundamenta o termo de referência;**

(...)

XI - **termo de referência** - documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares, que deverá conter:

a) os elementos que embasam a avaliação do custo pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações:

1. a definição do objeto contratual e dos métodos para a sua execução, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem ou frustrem a competição ou a realização do certame;

2. o valor estimado do objeto da licitação demonstrado em planilhas, de acordo com o preço de mercado; e

3. o cronograma físico-financeiro, se necessário;

b) o critério de aceitação do objeto;

c) os deveres do contratado e do contratante;

d) a relação dos documentos essenciais à verificação da qualificação técnica e econômico-financeira, se necessária;

e) os procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato ou da ata de registro de preços;

f) o prazo para execução do contrato; e

g) as sanções previstas de forma objetiva, suficiente e clara.

(...)

Art. 14. No planejamento do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

I – elaboração do estudo técnico preliminar e do termo de referência;

²¹ Vide Anexo III, da Instrução Normativa nº. 05/17, que fixa as diretrizes para elaboração dos estudos preliminares.

II – aprovação do estudo técnico preliminar e do termo de referência pela autoridade competente ou por quem esta delegar;

III - elaboração do edital, que estabelecerá os critérios de julgamento e a aceitação das propostas, o modo de disputa e, quando necessário, o intervalo mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta;

IV - definição das exigências de habilitação, das sanções aplicáveis, dos prazos e das condições que, pelas suas particularidades, sejam consideradas relevantes para a celebração e a execução do contrato e o atendimento das necessidades da administração pública; e

V - designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio. (grifou-se)

A norma veio para regulamentar exigência há muito cobrada pelo TCU, pertinente à ampla pesquisa no mercado com o escopo de justificar a solução adotada na licitação:

“1. No planejamento de suas aquisições de equipamentos, a Administração deve identificar um conjunto representativo dos diversos modelos existentes no mercado que atendam completamente suas necessidades antes de elaborar as especificações técnicas e a cotação de preços, de modo a caracterizar a realização de ampla pesquisa de mercado e evitar o direcionamento do certame para modelo específico pela inserção no edital de características atípicas.

Representação autuada a partir de manifestação encaminhada à Ouvidoria do TCU noticiara possíveis irregularidades ocorridas em pregão eletrônico realizado pelo Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Mato Grosso do Sul (IFMS). O certame tinha por objeto o registro de preços para aquisição de equipamentos de TI. Em sua instrução inicial, a unidade técnica consignou haver indícios de “restrição à competitividade e ao princípio da isonomia, nos termos do art. 3º da Lei 8.666/1993, com indicação disfarçada de marca nas especificações técnicas, em afronta inclusive ao teor da Súmula TCU nº 270, uma vez que na forma em que foram definidos os itens componentes do Edital, especialmente no seu Termo de Referência, houve restrição da participação de outros concorrentes no certame, pois as especificações limitaram o fornecimento de equipamentos a um único fabricante”. Realizadas audiências dos gestores, a unidade instrutiva concluiu que as alegações apresentadas foram insuficientes para elidir a falha, mas propôs o acolhimento parcial das razões de justificativas, considerando que a conduta dos responsáveis não teria causado prejuízo ao erário. O relator concordou com a procedência parcial da Representação, mas por outros fundamentos. Observou que não restaram devidamente comprovados “o detalhamento excessivo da especificação técnica, o direcionamento da licitação a fornecedores específicos e a preferência injustificada por determinada marca, ao contrário do que aduz a unidade instrutiva”. Explicou o relator que “o direcionamento da licitação pode ocorrer, por exemplo, mediante a utilização de critério subjetivo, o favorecimento a alguma empresa, a preferência inadequada por determinada marca, a ausência do devido parcelamento ou o estabelecimento de exigências excessivas/limitadoras. O direcionamento na descrição do objeto caracteriza-se pela inserção, no instrumento convocatório, de características atípicas dos bens ou serviços a serem adquiridos”. Acrescentou que “para mitigar tal risco, é indispensável atentar para a lição contida no Acórdão 2.383/2014-TCU-Plenário, no sentido de que, em licitações para aquisição de equipamentos, havendo no mercado diversos modelos que atendam completamente as necessidades da Administração, deve o órgão licitante identificar um conjunto representativo desses modelos antes de elaborar as especificações técnicas e a cotação de preços, de modo a evitar o direcionamento do certame para modelo específico e a caracterizar a realização de ampla pesquisa de mercado”. Nesse contexto, ressaltou o relator que, no caso em exame, “o Diretor de Gestão da TI do IFMS logrou êxito em esclarecer que modelos de outros fabricantes teriam sido analisados à época da elaboração do termo de referência para a composição da configuração solicitada, sendo que seis fabricantes teriam condições de atender ao que foi especificado para cada item”. Por fim, concluiu que “a descrição do objeto de forma a atender às necessidades específicas da entidade promotora do certame não configura direcionamento da licitação, mormente quando não há no edital a indicação de marca específica e quando se verifica no mercado a existência de outros modelos que poderiam atender completamente as especificações descritas no edital”. O Tribunal, endossando a proposta da relatoria, acolheu, no ponto, as justificativas apresentadas, e julgou a Representação

parcialmente procedente em razão da ocorrência de outras impropriedades. **Acórdão 2829/2015-Plenário, TC 019.804/2014-8, relator Ministro Bruno Dantas, 04.11.2015.**²²

Assim, a realização de estudos técnicos preliminares visa identificar as soluções disponíveis no mercado, para respaldar a escolha da Administração e justificar sua pertinência e vantajosidade.

O Decreto 10.024/19, no art. 8º, inciso I, contempla que tal estudo será realizado, quando necessário, dando a conotação de faculdade e não de obrigatoriedade. Não obstante, dada a importância deste instrumento para que a Administração obtenha o real conhecimento da demanda e do mercado, sua dispensa somente será viável mediante justificativa, quando comprovado que, em virtude do histórico de contratações anteriores e/ou de outros dados, a Administração já possui plenas condições de delimitar a demanda, já que referido estudo serve de subsídio para a elaboração do termo de referência.

6. Valor estimado ou máximo aceitável.

Sabe-se que quando da instauração de processo administrativo voltado à formalização de suas contratações, a Administração tem o dever de, dentre outros, estimar o custo das despesas, elaborando o orçamento correspondente acompanhado, quando for o caso, de planilha detalhada de custos unitários e global, pois somente assim terá condições de aferir a disponibilidade de recursos orçamentários suficientes para atendimento das despesas decorrentes, verificar a aceitabilidade das propostas apresentadas, isso é, se os preços cotados encontram-se em consonância com os praticados no mercado próprio do objeto, e obter uma proposta efetivamente vantajosa.

Para tanto, deve realizar ampla pesquisa de mercado, valendo-se de todos os meios hábeis possíveis, a exemplo de pesquisa em revistas/sites especializadas, exame de preços constantes em atas de sistemas de registro de preços próprios ou de terceiros, apuração de preços constantes em tabelas oficiais, quando existentes, levantamento de valores praticados em contratos similares firmados pela própria contratante e por outros órgãos e entidades da Administração ou mesmo por particulares, solicitação de orçamentos a empresas idôneas do ramo do objeto,²³ etc., devendo, ademais, anexar ao processo a documentação pertinente para demonstrar sua procedência.

Diversas são as decisões do Tribunal de Contas da União nesse sentido:

“1. Na elaboração do orçamento estimativo da licitação, bem como na demonstração da vantajosidade de eventual prorrogação de contrato, devem ser utilizadas fontes diversificadas de pesquisa de preços. Devem ser priorizadas consultas ao Portal de Compras Governamentais e a contratações similares de outros entes públicos, em detrimento de pesquisas com fornecedores, publicadas em mídias especializadas ou em sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, cuja adoção deve ser tida como prática subsidiária.”²⁴

“2. É recomendável que a pesquisa de preços para a elaboração do orçamento estimativo da licitação não se restrinja a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, adotando-se, ainda, outras fontes como parâmetro, como contratações similares realizadas por outros órgãos ou entidades públicas, mídias e sítios eletrônicos especializados, portais oficiais de referenciamento de custos.”²⁵

“9.2.1.3. avaliação do custo, mediante orçamento detalhado, em que constem os preços unitários relativos a cada item de serviço e o valor global, elaborado a partir de fundamentada pesquisa de preços praticados no mercado, incluindo consultas a diversas fontes de informação, de modo a demonstrar, no caso das contratações diretas, a

²² TCU. Informativo de Licitações e Contratos nº. 266.

²³ Nesse sentido é a Instrução Normativa 05/2014, Secretária de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do SISG.

²⁴ TCU. Informativo de Licitações e Contratos 246 (Acórdão 1445/2015. Plenário)

²⁵ TCU. Informativo de Licitações e Contratos 220 (Acórdão 2816/2014. Plenário)

compatibilidade do preço contratado com os valores de mercado; e, nos casos de licitação, os parâmetros para verificar a adequação das propostas econômicas.”²⁶

“Há deliberações neste Tribunal tratando, inclusive, da forma como pode ser feita a estimativa de preços, conforme se verifica no voto condutor do Acórdão 2.170/2007-TCU-Plenário, em que se **orienta a adoção de uma ‘cesta de preços aceitáveis’**, ou seja, um conjunto de preços oriundo, por exemplo, de pesquisas junto a fornecedores; valores adjudicados em licitações de órgãos públicos, inclusive aqueles constantes no Comprasnet; valores registrados em atas de Sistema de Registro de Preços (SRP), dentre outras fontes disponíveis tanto para os gestores como para os órgãos de controle, desde que, com relação a qualquer das fontes utilizadas, sejam **expurgados os valores que, manifestamente, não representem a realidade do mercado**. Pode-se mencionar, ainda, a possibilidade de consulta a outras entidades integrantes dos serviços sociais autônomos.”²⁷ (grifou-se)

“6. A deflagração de procedimentos licitatórios exige estimativa de preços que pode ser realizada a partir de consultas a fontes variadas, como fornecedores, licitações similares, atas de registros de preço, contratações realizadas por entes privados em condições semelhantes, entre outras. No entanto, os valores obtidos por meio dessas consultas que sejam incapazes de refletir a realidade de mercado devem ser desprezados.”²⁸

“Na elaboração de orçamentos destinados às licitações, deve a administração desconsiderar, para fins de elaboração do mapa de cotações, as informações relativas a empresas cujos preços revelem-se evidentemente fora da média de mercado, de modo a evitar distorções no custo médio apurado e, conseqüentemente, no valor máximo a ser aceito para cada item licitado”²⁹.

“Licitação. Orçamento estimativo. Elaboração. Referência. Pesquisa. Preço.

A pesquisa de preços para elaboração do orçamento estimativo da licitação não deve se restringir a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, devendo ser utilizadas outras fontes como parâmetro, a exemplo de contratações públicas similares, sistemas referenciais de preços disponíveis, pesquisas na internet em sítios especializados e contratos anteriores do próprio órgão”³⁰.

Por óbvio que tal pesquisa deve, ainda, considerar as especificações, características e demais condições de execução do objeto desejado que possam influenciar no preço, de modo a afastar a consignação de valores referentes a objeto diverso³¹. Assim é que a quantidade do objeto, prazo de execução e vigência, local de execução e de entrega, dentre outros, conforme o caso, devem ser sopesados, dado que podem ensejar variações no custo.

A ausência de pesquisa adequada e a conseqüente estimativa de custo equivocada pode gerar a nulidade dos atos subseqüente, por afronta aos princípios da economicidade, da eficiência e da competitividade, motivo pelo qual essa (pesquisa) reveste-se de grande importância.

²⁶ TCU. Acórdão 1770/2013. Plenário.

²⁷ TCU. Acórdão 769/2013. Plenário.

²⁸ TCU. Informativo de Licitações e Contratos 147 (Acórdão 868/2013. Plenário)

²⁹ TCU. Informativo de Licitações e Contratos 175/2013 (Acórdão 2943/2013. Plenário)

³⁰ TCU. Acórdão 713/2019. Plenário.

³¹ “Condição indispensável para a Administração realizar as demais etapas do planejamento é o objeto/encargo ser definido de forma integral e completa. Não é possível realizar a pesquisa de preços sem antes ter definido integralmente a solução que se deseja contratar. Dizer que a descrição deve ser completa não significa que ela deva ser tão minuciosa que restrinja a disputa ou conduza para uma única marca ou produto. Ela deve ser completa porque deve ser suficiente e adequada para, por um lado, satisfazer a necessidade da Administração e, por outro, permitir que o mercado saiba de forma sucinta e clara qual o efetivo encargo/objeto pretendido. Se o objeto/encargo não é descrito de forma completa por ocasião do planejamento, é muito provável que haja um problema a ser administrado por ocasião da execução do contrato e que ensejará a necessidade de realização de alteração do seu objeto, seja ela qualitativa ou quantitativa.” (MENDES, Renato Geraldo. O Processo de Contratação Pública – Fases, etapas e atos. Curitiba: Zênite, 2012, p. 158-159)

Fundamental, portanto, que as contratações sejam precedidas de atualizada pesquisa de preços, a qual deve pautar-se em valores praticados no mercado, o que levou o TCU a recomendar, inclusive, a “adoção de uma ‘cesta de preços aceitáveis’.” E, consoante inicialmente apontado, uma das finalidades do preço estimado – definido em face dos valores obtidos na pesquisa de preços realizada –, é justamente servir como critério de aceitabilidade das propostas.

Saliente-se que o art. 15, do Decreto 10.024/19, refere-se tanto a preço estimado quanto máximo, sendo que o primeiro é tido como um mero referencial, que admite variação para mais ou para menos, desde que em consonância com os preços de mercado; enquanto que o segundo caracteriza um limite rígido que impõe a desclassificação de toda e qualquer proposta de valor superior, razão pela qual sua delimitação exige cautela redobrada.

Apropriada a lição de Jessé Torres Pereira Júnior:

“Estabelecido, no edital, o preço máximo, resultarão desclassificadas as propostas comerciais que o ultrapassarem, critério estritamente objetivo que facilitará a tarefa julgadora da Comissão, desde que conciliável com as características do objeto em licitação e que haja sido possível apurar-se o preço de mercado com segurança.”³²

O TCU, por sua vez, diferencia:

“O ‘valor de referência’ ou simplesmente ‘valor estimado’ não se confunde com ‘preço máximo’. O valor orçado, a depender de previsão editalícia, pode eventualmente ser definido como o preço máximo a ser praticado em determinada licitação, mas não necessariamente.”³³

Assim, ao menos em tese, em uma licitação na qual se estipulou preço de referência, mas não um preço máximo, poderá ser selecionada uma proposta cujo valor esteja acima desse patamar, desde que atenda os demais requisitos do edital e reflita a prática do mercado, o que é verificado a partir da pesquisa de preços realizada ainda na fase interna do certame (e por isso a importância desta ser realizada da forma mais consistente e ampla possível, no intuito de propiciar um adequado julgamento da licitação com a obtenção de uma proposta efetivamente vantajosa).

Sabe-se, porém, que no pregão eletrônico, a depender do sistema adotado, mesmo fixando-se preço estimado (que juridicamente não se confunde com máximo), não é possível, por imposição do próprio sistema, a classificação de proposta acima do montante estimado, impondo-se a desclassificação da oferta. Inclusive, embora a interpretação literal do art. 15, do Decreto 10.024/19 induza à conclusão de que a Administração pode fixar preço estimado ou máximo, o art. 39, do mesmo normativo, prescreve que “encerrada a etapa de negociação de que trata o art. 38, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à adequação ao objeto e à **compatibilidade do preço em relação ao máximo estipulado para contratação no edital**, observado o disposto no parágrafo único do art. 7º e no § 9º do art. 26, e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital, observado o disposto no Capítulo X”, levando à conclusão pela obrigatoriedade de preço máximo.

Outra questão relevante diz respeito ao orçamento sigiloso. Seguindo a lógica do art. 34, da Lei 13.303/16, o art. 15 do Decreto estabelece o sigilo do valor estimado ou máximo, caso não conste expressamente no edital. Porém, ainda que sigiloso, deve permanecer disponível aos órgãos de controle interno e externo. Mas, diferente da Lei 13.303/16, que foi silente sobre o assunto, o Decreto definiu o momento de divulgação do referido valor, “apenas e imediatamente após o encerramento do envio dos lances” (art. 15, § 2º).

Com isso, o Decreto visa estimular que as empresas apresentem no certame propostas mais

³² PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários a lei de licitações e contratações da administração pública*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 490.

³³ TCU. Acórdão 6452/2014. 2ª Câmara.

condizentes com a prática de mercado, evitando assim o sobrepreço e, também, viabiliza a etapa de negociação, com a divulgação do valor após o encerramento da fase de lances.

Ademais, importa frisar que a obrigatoriedade ou não de divulgação do preço estimado na modalidade pregão já despertava divergências. Com efeito, a Lei 10.520/02 não estabelece como requisito obrigatório do edital a divulgação do preço estimado, diferente do que ocorre com as modalidades processadas pela Lei 8.666/93, cuja obrigatoriedade consta no art. 40, inciso X e § 2º, II. Por conta disso é que o TCU já entendeu ser desnecessária a divulgação do valor estimado no edital, consoante esclarece Lucas Rocha Furtado:

“Uma dúvida que inicialmente se apresentou em relação aos pregões está relacionada a saber se o orçamento detalhado, com a planilha de custos individualizada, deveria constar do edital, por força da aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/93. No âmbito do TCU, a orientação atualmente adotada pela jurisprudência é no sentido de que tendo a Lei n. 10.520/2002, que trata do pregão, tratado do tema, não seria hipótese de buscar a aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/93. Essa tese foi adotada por ocasião do julgamento do Acórdão n. 117/2007 – Plenário. Transcrevemos trecho do voto condutor: O fato dessa planilha ter sido inserida no edital sem o preenchimento dos valores não traduz prática que viola os dispositivos legais atinentes à matéria. Como visto, na licitação da modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas e preço unitários não constituiu um dos elementos obrigatórios do edital, devendo estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame. Ficará a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir esse orçamento no edital ou de informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-lo. Esse tem sido o entendimento exarado por este Tribunal em recentes decisões acerca da matéria, ex vi dos Acórdãos n. 1.925/2006 – Plenário e 201/2006 – Segunda Câmara.”³⁴

“REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇO. AQUISIÇÃO DE EMBARCAÇÕES PARA O TRANSPORTE DIÁRIO DE ALUNOS DA REDE PÚBLICA DE ENSINO. SUSPOSTAS IRREGULARIDADES NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO NA LICITAÇÃO DOS PREÇOS ESTIMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. DESNECESSIDADE DE DIVULGAÇÃO DO ORÇAMENTO ESTIMATIVO E JUSTIFICATIVA PARA INDEFERIMENTO DO FORNECIMENTO DE CÓPIAS PELA ADMINISTRAÇÃO. INSUFICÊNCIA DE INFORMAÇÕES PARA ELABORAÇÃO DAS PROPOSTAS. DIFICULDADE NO CÁLCULO DO FRETE PARA LOTE ESPECÍFICO DA LICITAÇÃO. RETIFICAÇÃO DO EDITAL. SANEAMENTO DA IRREGULARIDADE. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DEFERIMENTO DE VISTAS, COM RESSALVA AO CONTEÚDO DO ORÇAMENTO FORNECEDIDO PELO FNDE ATÉ A FASE DE LANCES. COMUNICAÇÕES. ARQUIVAMENTO. Em sede de licitação, na modalidade pregão, não se configura violação ao princípio da publicidade o resguardo do sigilo do orçamento estimado elaborado pela Administração até a fase de lances, sendo público o seu conteúdo após esse momento.”³⁵

Em outros julgados, porém, o TCU apontou a necessidade de divulgação do valor estimado se esse for adotado como critério de admissibilidade das propostas. Ou seja, se a proposta for julgada em função do valor estimado, significa que o preço de referência serviu como um critério de admissibilidade (ou de julgamento) e, assim sendo, deve ser divulgado previamente no edital.

Observe-se a jurisprudência selecionada:

“10. Quanto à ausência no edital de valor estimado da contratação, a jurisprudência deste Tribunal tem se firmado no sentido de que, na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, mas deve estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame. **Todavia, sempre que o preço de referência ou o**

³⁴ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de licitações e contratos administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 373.

³⁵ TCU. Acórdão 2080/2012 – Plenário.

preço máximo fixado pela Administração for utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a sua divulgação em edital torna-se obrigatória.”³⁶

“33. O orçamento deverá ser elaborado (fixado) em quaisquer situações, haja vista o disposto no art. 7º, § 2º, II (específico para obras e serviços de engenharia), c/c o art. 40, § 2º, II (aplicado a obras, serviços – de engenharia ou não – e compras), ambos da Lei de Licitações. Já a fixação do preço máximo está disciplinada no art. 40, X, da Lei nº 8.666/93, com a interpretação que lhe foi conferida pela Súmula TCU nº 259.

34. Diferente é a situação da divulgação do valor de referência e do preço máximo, quando este for obviamente fixado. Para as modalidades licitatórias tradicionais, a regra está contemplada no art. 40, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93, ou seja, tem que haver necessariamente a divulgação do orçamento elaborado, contemplando o preço estimado e, se for o caso, o preço máximo que a Administração se dispõe a pagar. No caso do pregão, a jurisprudência do TCU acena no sentido de que a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa.

35. Portanto, nas licitações na modalidade de pregão, os orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários – e, se for o caso, os preços máximos unitários e global – não constituem elementos obrigatórios do edital, devendo, no entanto, estar inseridos nos autos do respectivo processo licitatório. Caberá aos gestores/pregoeiros, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tais orçamentos – e os próprios preços máximos, se a opção foi a sua fixação – no edital, informando nesse caso, no próprio ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-los.

35.1 É claro que, na hipótese de o preço de referência ser utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a divulgação no edital é obrigatória. E não poderia ser de outra maneira. É que qualquer regra, critério ou hipótese de desclassificação de licitante deve estar, por óbvio, explicitada no edital, nos termos do art. 40, X, da Lei nº 8.666/1993.

36. Vê-se, portanto, inexistir qualquer tipo de divergência entre deliberações anteriores do TCU, a suscitar incidente de uniformização de jurisprudência. No caso concreto, haja vista a natureza do objeto do certame (não se trata de obra ou serviço de engenharia), não seria obrigatória a fixação de preço máximo, tampouco a divulgação do valor orçado, por se tratar de pregão. Pelas razões já expostas, ficaria a critério do órgão fixar o preço máximo, sendo igualmente discricionária a sua divulgação.”³⁷

“2. É obrigatória a divulgação do preço de referência em editais de licitação, na modalidade pregão, quando for utilizado como critério de aceitabilidade das propostas.

Representação formulada por sociedade empresária apontara possíveis irregularidades em pregão eletrônico realizado pelo Comando Logístico do Exército (Colog), tendo por objeto o registro de preços para a aquisição de materiais de intendência (fardamento, coturno, gorro, espora e cobertor). Em síntese, alegara a representante ter sido irregularmente desclassificada para o item 3 do certame (coturno), após a fase de lances, “*mesmo tendo ofertado o menor preço, em razão de a sua proposta ter se mostrado superior ao valor estimado para a contratação*”. Ademais, destacara que “*teria solicitado ao pregoeiro a informação quanto ao preço de referência, mas que ela lhe foi negada sob o argumento de que a publicidade do preço de referência consistiria em mera faculdade da administração*”. O relator, após a realização das oitivas regimentais, anotou que a controvérsia derivava de “*intelecções distintas sobre o alcance do [Acórdão 392/2011-TCU-Plenário](#), que pugnara pela obrigatoriedade da divulgação do preço de referência em editais de licitação, na modalidade pregão, quando esse preço for utilizado como critério de aceitabilidade de preços*”. A propósito, transcreveu excerto do voto condutor do aludido julgado, no qual se lê: “*É claro que, na hipótese de o preço de referência ser utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a divulgação no edital é obrigatória. E não poderia ser de outra maneira. É que qualquer regra, critério ou hipótese de desclassificação de licitante deve estar, por óbvio, explicitada no edital, nos termos do art. 40, X, da Lei nº 8.666/1993*”. Considerou, assim, procedente a irrisignação da representante, já que “*quando erigido a critério de aceitabilidade, o preço de referência deve ter divulgação prévia e obrigatória, na forma da lei e como corolário, mesmo, do princípio do julgamento objetivo (v. g.: [Acórdão 392/2011-Plenário](#)), de sorte que haveria de constar, do edital do Pregão Eletrônico nº 39/2014, o preço referencial adotado pelo Colog,*

³⁶ TCU. Acórdão 2166/2014 – Plenário.

³⁷ TCU. Acórdão 2.796/2013-Plenário.

vez que se tratava, no presente caso, de critério de aceitabilidade de preços". No caso concreto, aduziu, "o pregoeiro do Comando Logístico do Exército, ao interpretar o [Acórdão 392/2011-Plenário](#), se ateuve à condição geral contemplada no aresto do TCU, que faculta a divulgação do valor orçado e dos preços referenciais no edital do pregão, esquecendo que essa faculdade subsistiria apenas no caso de o preço referencial não funcionar como critério de aceitabilidade de preços". Nesse sentido, prosseguiu, "houve, sim, prejuízo à licitante até então vencedora do certame e, também, ao interesse público, já que a fase de negociação das propostas foi conduzida sem a clara e prévia definição do preço usado como critério de aceitabilidade, a despeito de o pregoeiro até ter dado oportunidade às licitantes (cujas propostas ficaram acima do preço de referência) para que, respeitada a ordem classificatória, reduzissem os seus lances até um patamar inferior ao valor referencial, o qual, todavia, não estava clara e previamente declarado no certame". Assim, acolheu o colegiado a proposta da relatoria, para julgar procedente a Representação, fixando prazo para a adoção de providências necessárias à anulação dos atos atinentes e consequentes ao item da licitação impugnado, e determinar ao Comando Logístico do Exército (Colog) que "se abstenha de incorrer nas falhas apontadas nestes autos, esclarecendo que há necessidade de divulgação do preço de referência no edital do pregão, quando o aludido preço for adotado como critério de aceitabilidade de preços, em consonância com a jurisprudência do TCU (e.g.: [Acórdão 392/2011-TCU-Plenário](#))".³⁸

A JML Consultoria sempre questionou essa orientação do TCU, porquanto induz à interpretação de que em algumas situações o valor estimado não servirá de parâmetro para aferir a aceitabilidade das propostas, o que não procede. E foi justamente essa crítica que motivou o Ministro Revisor do Acórdão 2989/2018, do Plenário, a suscitar a modificação da jurisprudência que até então prevalecia na Corte de Contas:

"II – Da não obrigatoriedade de divulgação dos preços unitários no edital do pregão, mesmo quando eles forem utilizados como critério de aceitabilidade das propostas

9. A matéria foi enfrentada em algumas ocasiões pelo TCU, que decidiu no sentido de que "é obrigatória a divulgação do preço de referência em editais de licitação, na modalidade pregão, quando for utilizado como critério de aceitabilidade das propostas" (Acórdãos 10051/2015-2ª Câmara, 2.166/2014-Plenário e 7.213/2015-2ª Câmara).

10. Todavia, o aludido entendimento parece despido de qualquer aplicação prática, pois o orçamento estimativo será sempre critério de aceitabilidade da proposta em licitações na modalidade pregão eletrônico, nos exatos termos do art. 25 do Decreto 5.450/2005, **in verbis**:

"Art. 25. Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital." (grifos acrescidos).

11. Como decorrência lógica, a administração estaria sempre obrigada a divulgar os preços unitários do orçamento estimativo no edital do pregão, que, nessa linha de entendimento, constituiria elemento obrigatório do edital".

De forma acertada, entendeu o Ministro Revisor que defender que o valor estimado deve ser divulgado sempre que servir de parâmetro para análise da aceitabilidade das propostas, na prática, representa a obrigatoriedade da divulgação, já que esse critério sempre serve de subsídio para o julgamento. Ademais, "admitir que os licitantes obtenham tais informações mediante a solicitação de cópia do processo de licitação, nos casos em que tais elementos não constem do edital, significa impor custos administrativos desnecessários aos interessados. Afinal, ou a publicidade é obrigatória e o orçamento deve ser divulgado desde logo ao universo de potenciais licitantes, no edital do pregão, ou ela é facultativa e a administração pode manter o orçamento em sigilo, inclusive no processo administrativo da licitação"³⁹.

Por estas razões e pelo fato de a norma que regulamenta a modalidade pregão não estabelecer como obrigatória a divulgação, prevaleceu no julgado em tela a orientação de que, nessa modalidade, a

³⁸ TCU. Acórdão 10051/2015. Segunda Câmara.

³⁹ TCU. 2989/2018. Plenário. Excerto extraído do voto do Ministro Revisor.

Administração Pública não está obrigada a divulgar o preço estimado no edital, tampouco para empresas que eventualmente questionem:

“VOTO

Portanto, não cabe ao TCU determinar, desde logo, que haja a divulgação dos valores estimados por parte do FNDE. Entretanto, este deverá demonstrar a vantagem da sistemática adotada antes do próximo registro de preços nacional com mesmo objeto.

(...)

Voto do Ministro revisor

(...)

17. A meu juízo, a possibilidade de os licitantes acessarem o orçamento não divulgado no edital, mas aposto no procedimento de licitação, torna meramente burocrático e sem efeito prático o art. 4º, inciso III c/c o art. 3º da Lei 10.520/2002, supramencionado.

18. Se o legislador excluiu o orçamento estimativo do rol de elementos obrigatórios do edital do pregão, que deve conter todas as informações reputadas como necessárias para a apresentação das propostas e, por essa razão, constitui a norma interna de regência do certame, é porque aceitou que tais informações fossem mantidas desconhecidas do universo de licitantes.

(...)

20. Por esses motivos, compreendo que a Lei 10.520/2000 admite que o orçamento seja mantido em sigilo, mesmo que ele seja adotado como critério de julgamento da proposta.

(...)

8. Conquanto a ampla publicidade seja imperativa na Administração Pública, julgo que, em situações semelhantes a que se apresenta, o acesso ao referido orçamento colidiria com outros princípios não menos importantes, como o da busca da proposta mais vantajosa para a administração, de modo que a reserva do seu conteúdo não se configura violação ao princípio da publicidade, nem mesmo ao seu propósito de assegurar o controle pela sociedade da legalidade e legitimidade dos atos administrativos.

9. Ademais, a prática tem se revelado, inclusive no âmbito do próprio FNDE, que a manutenção do sigilo do orçamento estimativo tem sido positiva para Administração, com a redução dos preços das contratações, já que incentiva a competitividade entre os licitantes, evitando assim que os concorrentes limitem suas ofertas aos valores previamente cotados pela Administração.

Acompanhando a jurisprudência do TCU e outras recentes normas, a exemplo da Lei 13.303/16, é que o Decreto 10.024/19, no art. 15, trouxe a possibilidade de sigilo no orçamento, até o encerramento da etapa de lances, salvo se adotado como critério de julgamento o maior desconto, hipótese em que referido valor deverá constar obrigatoriamente no instrumento convocatório (art. 15, § 3º).

7. Processamento do pregão eletrônico.

O art. 6º inova no processamento desta modalidade, prescrevendo a seguinte sequência:

“Art. 6º. A realização do pregão, na forma eletrônica, observará as seguintes etapas sucessivas:

I – planejamento da contratação;

II – publicação do aviso de edital;

III – apresentação de propostas e de documentos de habilitação;

IV – abertura da sessão pública e envio de lances, ou fase competitiva;

V – julgamento;

VI – habilitação;

VII – recursal;

VIII – adjudicação; e

IX – homologação”.

Já vimos em outro tópico a importância da etapa de planejamento. Concluída esta fase, com a aprovação do edital, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93, aplicável subsidiariamente à modalidade pregão, o aviso deve ser publicado, a fim de informar aos potenciais interessados sobre a realização da licitação.

O art. 20, do Decreto 10.024/19, em consonância à Medida Provisória 896⁴⁰, dispensou a publicação do aviso do edital em jornal de grande circulação, conforme o vulto da contratação, exigindo apenas a veiculação em Diário Oficial e no sítio eletrônico oficial do órgão ou entidade promotora da licitação:

Art. 20. A fase externa do pregão, na forma eletrônica, será iniciada com a convocação dos interessados por meio da publicação do aviso do edital no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico oficial do órgão ou da entidade promotora da licitação.

Parágrafo único. Na hipótese de que trata o § 3º do art. 1º, a publicação ocorrerá na imprensa oficial do respectivo Estado, do Distrito Federal ou do Município e no sítio eletrônico oficial do órgão ou da entidade promotora da licitação”.

Publicado o edital, qualquer interessado poderá encaminhar pedido de esclarecimento e/ou impugná-lo.

A impugnação ao edital é o direito assegurado ao interessado de se insurgir contra as cláusulas do edital, em face de ilegalidade ou inconveniência, e está prevista no artigo 41 da Lei 8.666/93, sendo a Lei 10.520/02 omissa. Vejamos o que dispõe o art. 41:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (grifou-se)

§ 3º A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.

§ 4º A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subseqüentes.”

Sendo a licitação um procedimento público, deve a Administração possibilitar aos interessados, bem como a qualquer cidadão, o controle sobre seus atos, principalmente quanto ao edital, instrumento que regerá todo o procedimento.

Portanto, pode-se entender a impugnação como um meio de saneamento de eventuais falhas existentes no edital, uma vez que tal instrumento possibilita o apontamento e a correção das irregularidades pela entidade promotora do certame. Esse procedimento facilita o controle exercido pelo próprio órgão licitante, evitando que a identificação de eventuais vícios ocorra somente quando o procedimento já esteja mais avançado, o que acarretaria a necessidade de anulação de toda a licitação.

⁴⁰ Cumpre destacar que a referida Medida Provisória foi suspensa por Medida Cautelar na ADI nº. 6229, por decisão do Supremo Tribunal Federal.

A impugnação se dá por meio de uma petição dirigida ao signatário do edital, assinada pelo próprio impugnante ou por seu advogado regularmente constituído. Nesse caso deverá ser juntado à petição o devido instrumento de mandato.

Na petição o impugnante deve ser identificado e qualificado, apontando a irregularidade editalícia e as razões ou fundamentos que o levaram a tomar essa medida. A petição deverá ser protocolada dentro do prazo legal no setor competente.

Verifica-se que a lei fixou prazo diverso para o cidadão e para o licitante. Uma questão que surge é quem pode ser considerado licitante, para fins de impugnação ao edital, se ainda não se instaurou a licitação? Considera-se licitante a pessoa física ou jurídica do ramo do objeto. O pretense licitante terá até o segundo dia útil que anteceder a abertura da licitação para se insurgir contra o ato convocatório. Para o cidadão interessado, referido prazo será de 05 dias úteis.

O Decreto 10.024/19, porém, de forma questionável definiu prazo diverso para impugnação:

“Art. 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.

§ 1º A impugnação não possui efeito suspensivo e caberá ao pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos, decidir sobre a impugnação no prazo de dois dias úteis, contado da data de recebimento da impugnação.

§ 2º A concessão de efeito suspensivo à impugnação é medida excepcional e deverá ser motivada pelo pregoeiro, nos autos do processo de licitação.

§ 3º Acolhida a impugnação contra o edital, será definida e publicada nova data para realização do certame”.

Com efeito, considerando que a Lei 8.666/93 define normas gerais de licitações e contratos e é aplicável subsidiariamente ao pregão, por força do art. 9º, da Lei 10.520/02, o aludido decreto não poderia ter restringido o direito à impugnação, fixando prazo menor do que o previsto em Lei.

O art. 24, § 1º, do Decreto, fixou prazo de 02 (dois) dias úteis para que o pregoeiro decida, motivadamente, acerca da impugnação apresentada. Sobre o tema esclarece Joel de Menezes Niebuhr: “percebe-se que, em qualquer hipótese, os licitantes têm o direito de receber a resposta da impugnação no dia antecedente ao da apresentação das propostas. Quer-se evitar a prática costumeira de alguns órgãos administrativos de manifestarem-se acerca da impugnação apenas durante a sessão de apresentação dos envelopes, impedindo que os licitantes tomem medidas judiciais prévias ou outras providências”.

Na impossibilidade de resposta antes da data prevista para abertura, deve-se proceder ao adiamento da sessão. Ainda que o Decreto estabeleça que a impugnação não tem efeitos suspensivos, o adiamento da sessão evita que a entidade, após instaurado o procedimento licitatório, seja compelida a alterar o edital, em face dos vícios suscitados e, portanto, tenha que anular os atos praticados anteriormente.

Seguindo o mesmo raciocínio, qualquer interessado poderá pedir esclarecimentos acerca das cláusulas do instrumento convocatório. Esse procedimento se diferencia do anterior pelo fato de que, aqui, não há alegação de irregularidade, mas apenas solicitação de esclarecimento sobre cláusulas que, eventualmente, tenham ficado obscuras. Cumpre destacar que os esclarecimentos passam a fazer parte do edital, desde que dados a conhecer a todos que retiraram tal instrumento.

Sobre o cabimento de pedido de esclarecimento, dispõe o Decreto 10.024/19:

“Art. 23. Os pedidos de esclarecimentos referentes ao processo licitatório serão enviados ao pregoeiro, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública, por meio eletrônico, na forma do edital.

§ 1º O pregoeiro responderá aos pedidos de esclarecimentos no prazo de dois dias úteis, contado da data de recebimento do pedido, e poderá requisitar subsídios formais aos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos.

§ 2º As respostas aos pedidos de esclarecimentos serão divulgadas pelo sistema e vincularão os participantes e a administração”.

É dever da Administração conferir publicidade às respostas dadas aos pedidos de esclarecimentos ou as impugnações propostas por terceiros, a fim de que todos os interessados no certame possam tomar conhecimento das decisões tomadas pelo Poder Público, uma vez que tais manifestações podem levar a alterações do edital e são vinculantes, interessando a todos os licitantes .

E, neste aspecto, cumpre rememorar que o princípio da vinculação ao edital determina que uma vez fixadas as regras que orientarão o procedimento, tanto a Administração Pública quanto as empresas concorrentes devem seguir tais preceitos. A observância das regras fixadas em edital resguarda, ademais, outro princípio relevante do Estado Democrático de Direito – o da isonomia –, posto que ao estabelecer os requisitos mínimos no edital a Administração já delimita o universo de potenciais prestadores, bem como viabiliza o julgamento objetivo, uma vez que nada além do previsto no edital poderá ser exigido. Assim, por meio da vinculação ao instrumento convocatório, as empresas têm a segurança jurídica de que nada além do lá previsto será cobrado, evitando-se surpresas e/ou tratamentos diferenciados.

Conforme explica Marçal Justen Filho:

“(…) a vinculação à lei é complementada pela vinculação ao ato convocatório. A Administração dispõe de margem de autonomia para configurar o certame. Mas incumbe à Administração determinar todas as condições da disputa antes de seu início e as escolhas realizadas vinculam a autoridade (e aos participantes do certame).

(…)

Uma vez realizadas as escolhas atinentes à licitação e ao contrato, exaure-se a discricionariedade, que deixa de ser invocável a partir de então – ou, mais corretamente, se a Administração pretender renovar o exercício dessa faculdade, estará sujeita, como regra, a refazer toda a licitação, ressalvadas as hipóteses de inovações irrelevantes para a disputa”.⁴¹

Na basilar lição de Hely Lopes Meirelles, “o edital é a lei interna da licitação e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu (art. 41)”.⁴² Ainda, continua o autor: “assim, estabelecidas as regras do certame, tornam-se inalteráveis para aquela licitação, durante todo o procedimento. Se no decorrer da licitação a Administração verificar sua inviabilidade, deverá invalidá-la e reabri-la em novos moldes, mas, enquanto vigente o edital ou convite, não poderá desviar-se de suas prescrições, quer quanto à tramitação, quer quanto ao julgamento”.⁴³

Conforme pontuado por Lúcia Valle Figueiredo, ao referir-se ao ato convocatório, “se é lícito à Administração usar de alguma discricionariedade em sua elaboração, uma vez publicado torna-se imutável durante todo o transcurso do procedimento”⁴⁴. Sendo assim, definidas as condições e publicado o instrumento convocatório, fica a Administração estritamente vinculada aos seus termos, não podendo estabelecer exigências ou condições nele não previstas, tampouco praticar atos não amparados pelo edital.

Considerando que os pedidos de esclarecimento, em última análise, têm função de uniformização da interpretação das regras editalícias, o entendimento externado pela Administração ao prestar o

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 111.

⁴² MEIRELLES, Direito..., p. 257.

⁴³ MEIRELLES, Direito..., p. 257.

⁴⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Direito dos licitantes. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 44.

esclarecimento é vinculante, não sendo crível mudar sua posição durante o processo, sob pena de flagrante insegurança jurídica. Isso porque, não haveria sentido em o ordenamento jurídico viabilizar a realização de pedido de esclarecimento, que visa justamente informar a empresa acerca de pontos obscuros do edital se, posteriormente, a Administração pudesse alterar sua interpretação. Esse raciocínio, por evidente, teria o condão de esvaziar o propósito do pedido de esclarecimento.

A respeito, Marcio Pestana expõe:

“Havendo procedência no pedido de esclarecimentos, deverá a Administração respondê-lo diretamente ao interessado, ao mesmo tempo que tornará público para todos os potenciais interessados o esclarecimento ou informação prestada.

A comunicação a todos os interessados, nas situações de relevância do esclarecimento prestado ou da retificação implementada, é condição para prosseguimento do processo, sob pena de, não ocorrendo, serem prejudicados os atos jurídicos subsequentemente praticados, sendo ferido de morte o princípio da isonomia dos licitantes, assim como o da publicidade. **Trata-se de ato vinculante, a todos, obrigando, isto é, tanto à própria Administração, quanto aos interessados.**”⁴⁵ (grifou-se)

Por sua vez, Marçal Justen Filho destaca que:

“(…) **A resposta formulada administrativamente apresenta cunho vinculante para todos os envolvidos, sendo impossível invocar o princípio da vinculação ao edital para negar eficácia à resposta apresentada pela própria Administração.**”⁴⁶ (grifou-se)

Na mesma esteira é a posição de Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Dotti:

“Qual o efeito jurídico da resposta a pedido de esclarecimento?

A resposta a tal pedido (...) produz efeito vinculante para a administração e para os licitantes⁴⁷.

E o Superior Tribunal de Justiça sinaliza:

“ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONSULTA. **A resposta de consulta a respeito de cláusula de edital de concorrência pública é vinculante;** Recurso especial não conhecido.”⁴⁸ (grifou-se)

Pacífica, também, é a jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre o tema:

“**3. Esclarecimentos prestados administrativamente para responder a questionamento de licitante possuem natureza vinculante para todos os participantes do certame, não se podendo admitir, quando da análise das propostas, interpretação distinta, sob pena de violação ao instrumento convocatório.**

Pedido de Reexame interposto por sociedade empresária contraditou deliberação do TCU que, ao analisar representação formulada por licitante, determinara à Universidade Tecnológica Federal do Paraná a anulação do ato de classificação da recorrente como vencedora de lote de pregão eletrônico – destinado ao registro de preços de equipamentos de informática – e dos demais atos dele decorrentes, bem como a retomada da licitação exclusivamente para esse item (notebook tipo 1) à fase de classificação das propostas. A decisão decorreria da constatação de que a empresa vencedora no lote teria apresentado proposta em desacordo com as especificações do edital. Analisando o mérito recursal, o relator anuiu às conclusões do titular da unidade instrutiva, no sentido de negar provimento ao recurso, ‘haja vista que a dúvida acerca da apresentação da interface HDMI, se integrada ou por meio de adaptador, foi dirimida após esclarecimento prestado pela administração’. Ademais, prosseguiu o relator, ‘considerando que os esclarecimentos prestados administrativamente, emitidos justamente para responder a questionamento da ora recorrente, possuem natureza vinculante para todos os

⁴⁵ PESTANA, Marcio. Licitações..., p. 578.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 907.

⁴⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres e DOTTL, Marinês Restelatto. Mil perguntas e respostas necessárias sobre licitação e contrato administrativo na ordem jurídica brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 449.

⁴⁸ STJ. REsp 198.665/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/03/1999, DJ 03/05/1999, p. 137.

licitantes, não se poderia admitir, quando da análise das propostas, interpretação distinta, sob pena de violação ao instrumento convocatório'. Nesse sentido, acolheu o Plenário a proposta do relator, negando provimento ao Pedido de Reexame. Acórdão 299/2015-Plenário, TC 010.641/2013-0, relator Ministro Vital do Rêgo, 25.2.2015.”⁴⁹

Como corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, modificações no edital serão divulgadas nos mesmos veículos utilizados para o texto original e o prazo inicialmente estabelecido será reaberto, exceto se, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas, resguardado o tratamento isonômico aos licitantes (art. 22, do Decreto 10.024/19). Entendendo-se como tal alteração substancial, que exige reabertura de prazo para apresentação das propostas, aquelas que possam modificar o interesse na participação (a exemplo das características do objeto, condições de habilitação e critérios de julgamento das propostas, etc.).

Cumprir rememorar que o prazo mínimo de divulgação do edital – data entre a publicação e a prevista para instauração da sessão – é de 08 (oito) dias úteis, consoante previsão do art. 4º, da Lei 10.520/02 e do art. 25, do Decreto 10.024/19.

Divulgado o edital no sítio eletrônico, os licitantes encaminharão, exclusivamente por meio do sistema, **concomitantemente** com os documentos de habilitação exigidos no edital, proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço, até a data e o horário estabelecidos para abertura da sessão pública (art. 26, do Decreto 10.024/19). Os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que constem do SICAF (ou em cadastros semelhantes mantidos pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, quando a licitação for realizada por esses entes federativos), assegurando-se aos demais licitantes o direito de acesso aos dados constantes nestes sistemas.

Infere-se que o Decreto alterou o processamento do pregão eletrônico ao estabelecer que os documentos de habilitação devem ser apresentados juntamente com as propostas. À primeira vista, a questão pode aparentar ilegalidade em face do procedimento previsto na Lei 10.520/02, que definiu fases distintas e independentes. Não obstante, compulsando-se a norma com mais cautela, infere-se que embora os licitantes devam enviar a documentação pelo sistema quando do cadastramento das propostas, a documentação somente ficará acessível ao pregoeiro após a etapa de lances (art. 26, § 8º), respeitando-se, em nosso entender, a sistemática da Lei 10.520/02.

Os licitantes devem declarar, em campo próprio do sistema, o cumprimento dos requisitos para a habilitação e a conformidade de sua proposta com as exigências do edital, sendo que eventual falsidade da declaração sujeitará o licitante às sanções previstas na legislação e no edital.

Até a abertura da sessão pública, na data e horário previamente definidos no edital, os licitantes poderão retirar ou substituir a proposta e os documentos de habilitação anteriormente encaminhados pelo sistema.

Aberta a sessão, o pregoeiro analisará a conformidade das propostas às exigências previstas em edital, desclassificando aquelas que não cumpram tais exigências, mediante decisão motivada e registrada no sistema. Ato contínuo, o sistema ordenará automaticamente as propostas classificadas pelo pregoeiro para a etapa de lances.

Classificadas as propostas, o pregoeiro dará início à etapa competitiva, oportunidade em que os licitantes poderão encaminhar lances exclusivamente por meio do sistema eletrônico e não serão aceitos dois ou mais lances iguais, prevalecendo aquele que for registrado primeiro. O licitante será imediatamente informado do recebimento do lance e do valor consignado no sistema.

⁴⁹ TCU. Informativo de Licitações e Contratos nº 231/2015.

O Decreto 10.024/19, no art. 30, § 3º, manteve a regra de que o licitante somente poderá oferecer valor inferior ou maior percentual de desconto ao último lance por ele ofertado e registrado pelo sistema, não estando obrigado, desta feita, a cobrir o menor lance. É possível que, em determinado momento da disputa, o intuito do licitante seja apenas alcançar uma melhor classificação, apostando em eventual desclassificação ou inabilitação do primeiro.

O edital poderá definir intervalo mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação ao que cobrir a melhor oferta, sendo referida previsão obrigatória no modo de disputa aberto (art. 31, parágrafo único⁵⁰, do Decreto 10.024/19).

Durante a sessão pública, os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado, vedada a sua identificação, a fim de resguardar a competitividade e lisura do certame. Com efeito, o anonimato visa minimizar a possibilidade de conluio entre licitantes e entres estes e o próprio pregoeiro.

Agora, substancial alteração se verifica no processamento da fase de lances, que poderá adotar os modos de disputa aberto, bem como a combinação do aberto com o fechado. Conforme art. 31, no primeiro “os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com prorrogações, conforme o critério de julgamento adotado no edital”, enquanto no modo aberto e fechado “os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com lance final e fechado, conforme o critério de julgamento adotado no edital”.

Os arts. 32 e 33 definem o processamento dos modos de disputa:

“Modo de disputa aberto

Art. 32. No modo de disputa aberto, de que trata o inciso I do **caput** do art. 31, a etapa de envio de lances na sessão pública durará dez minutos e, após isso, será prorrogada automaticamente pelo sistema quando houver lance ofertado nos últimos dois minutos do período de duração da sessão pública.

§ 1º A prorrogação automática da etapa de envio de lances, de que trata o **caput**, será de dois minutos e ocorrerá sucessivamente sempre que houver lances enviados nesse período de prorrogação, inclusive quando se tratar de lances intermediários.

§ 2º Na hipótese de não haver novos lances na forma estabelecida no **caput** e no § 1º, a sessão pública será encerrada automaticamente.

§ 3º Encerrada a sessão pública sem prorrogação automática pelo sistema, nos termos do disposto no § 1º, o pregoeiro poderá, assessorado pela equipe de apoio, admitir o reinício da etapa de envio de lances, em prol da consecução do melhor preço disposto no parágrafo único do art. 7º, mediante justificativa.

Modo de disputa aberto e fechado

Art. 33. No modo de disputa aberto e fechado, de que trata o inciso II do **caput** do art. 31, a etapa de envio de lances da sessão pública terá duração de quinze minutos.

§ 1º Encerrado o prazo previsto no **caput**, o sistema encaminhará o aviso de fechamento iminente dos lances e, transcorrido o período de até dez minutos, aleatoriamente determinado, a recepção de lances será automaticamente encerrada.

§ 2º Encerrado o prazo de que trata o § 1º, o sistema abrirá a oportunidade para que o autor da oferta de valor mais baixo e os autores das ofertas com valores até dez por cento superiores àquela possam ofertar um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento deste prazo.

⁵⁰ “No modo de disputa aberto, o edital **preverá** intervalo mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta”. (grifou-se)

§ 3º Na ausência de, no mínimo, três ofertas nas condições de que trata o § 2º, os autores dos melhores lances subsequentes, na ordem de classificação, até o máximo de três, poderão oferecer um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento do prazo.

§ 4º Encerrados os prazos estabelecidos nos § 2º e § 3º, o sistema ordenará os lances em ordem crescente de vantajosidade.

§ 5º Na ausência de lance final e fechado classificado nos termos dos § 2º e § 3º, haverá o reinício da etapa fechada para que os demais licitantes, até o máximo de três, na ordem de classificação, possam ofertar um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento deste prazo, observado, após esta etapa, o disposto no § 4º.

§ 6º Na hipótese de não haver licitante classificado na etapa de lance fechado que atenda às exigências para habilitação, o pregoeiro poderá, auxiliado pela equipe de apoio, mediante justificativa, admitir o reinício da etapa fechada, nos termos do disposto no § 5º.

Nos termos do art. 32, no modo de disputa aberto a fase de lances terá duração inicialmente de 10 minutos. Caso seja oferecido lance nos últimos 02 (dois) minutos, o tempo será prorrogado por mais 02 (dois) minutos e assim sucessivamente, sempre que um novo lance seja ofertado nesse intervalo de tempo.

Essa mudança é substancial e tende a conferir maior vantagem à Administração Pública. Com efeito, no procedimento descrito no Decreto 5.450/05, a fase de lances é encerrada pelo tempo randômico, prazo aleatório de até 30 (trinta) minutos. Sendo aleatoriamente definido pelo sistema, não raro a etapa de lances se encerra em frações de segundos, quando ainda eventuais licitantes têm interesse em cobrir o menor preço, sem qualquer vantagem competitiva à Administração Pública. Ou seja, muitas vezes a seleção do vencedor ocorre por pura sorte. Com as alterações promovidas pelo Decreto 10.024/19, a cada novo lance o sistema prorroga o prazo, viabilizando que os licitantes cubram a oferta, o que garante maior competitividade e economicidade.

Na hipótese de não haver novos lances nos últimos dois minutos, ou no prazo prorrogado, a sessão pública será encerrada automaticamente. Encerrada a sessão pública sem prorrogação automática pelo sistema, o pregoeiro poderá, assessorado pela equipe de apoio, admitir o reinício da etapa de envio de lances, em prol da consecução da proposta mais vantajosa (art. 32, § 3º).

Já no modo de disputa aberto e fechado, nos termos do art. 33, o prazo inicial da etapa de lances é de 15 (quinze) minutos, seguido de tempo aleatório (randômico) de até 10 (dez) minutos, sem qualquer prorrogação. Encerrado o tempo randômico, os licitantes que apresentaram valores até 10% (dez por cento) acima do menor terão nova oportunidade de oferecer proposta fechada, no prazo de até 05 (cinco) minutos. Caso não haja o mínimo de três propostas no percentual de 10%, serão selecionadas as três melhores. Após esse lapso temporal de cinco minutos, o sistema divulga as propostas finais.

Na ausência de lance final e fechado, haverá o reinício da etapa fechada para que os demais licitantes, até o máximo de três, na ordem de classificação, possam ofertar um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento deste prazo. E, por fim, na hipótese de não haver licitante classificado na etapa de lance fechado que cumpra as condições de habilitação, o pregoeiro poderá, auxiliado pela equipe de apoio, mediante justificativa, admitir o reinício da etapa fechada. Mais uma vez, além de contribuir para a seleção do fornecedor de forma mais justa, minimiza o risco de robôs (envio automático de lances).

Encerrada a etapa de lances, o sistema deve identificar eventual situação de empate, nos termos da Lei Complementar 123/06, concedendo-se à pequena empresa melhor classificada oportunidade de cobrir o menor lance, seguido do critério definido no art. 3º, da Lei 8.666/93, se não houver licitante que se enquadre no primeiro benefício. Persistindo o empate, a proposta vencedora será sorteada pelo sistema eletrônico, tornando a escolha mais justa, se comparado com o critério anterior que considerava aquela primeiro registrada no sistema.

Após a fase de lances e exercido eventual direito de preferência, a etapa seguinte é de negociação, nos termos do previsto no art. 38, do Decreto 10.024/19:

“**Art. 38.** Encerrada a etapa de envio de lances da sessão pública, o pregoeiro deverá encaminhar, pelo sistema eletrônico, contraproposta ao licitante que tenha apresentado o melhor preço, para que seja obtida melhor proposta, vedada a negociação em condições diferentes das previstas no edital.

§ 1º A negociação será realizada por meio do sistema e poderá ser acompanhada pelos demais licitantes.

§ 2º O instrumento convocatório deverá estabelecer prazo de, no mínimo, duas horas, contado da solicitação do pregoeiro no sistema, para envio da proposta e, se necessário, dos documentos complementares, adequada ao último lance ofertado após a negociação de que trata o **caput**”.

Encerrada a etapa de negociação, o pregoeiro examinará a aceitabilidade da proposta classificada em primeiro lugar. Conforme art. 26, § 9º, do Decreto 10.024/19, os documentos complementares à proposta e à habilitação, quando necessários à confirmação daqueles exigidos no edital e já apresentados, ou mesmo para adequação em face do último lance ofertado, serão encaminhados pelo licitante melhor classificado após o encerramento da etapa de lances, observado o prazo mínimo de duas horas, contado da solicitação do pregoeiro no sistema (art. 38, § 2º).

Cumprе rememorar a importância de aferir a exequibilidade do último lance ofertado. Nesse ponto convém esclarecer que a questão da inexecuibilidade das propostas é tema bastante delicado em termos práticos, visto que não há uma fórmula ou um critério absoluto para aferir se uma proposta é inexecuível ou não, gerando incerteza ao administrador para fundamentar a decisão de desclassificar uma proposta por inexecuibilidade.

Nas palavras de Marçal Justen Filho, “existe uma grande dificuldade prática na identificação do patamar mínimo de inexecuibilidade. A Administração não dispõe de condições precisas e exatas sobre os custos do particular, o que torna a discussão sempre muito problemática”.⁵¹

O TCU também já observou que “(...) a apreciação da exequibilidade de propostas não é tarefa fácil, pois há dificuldades em se fixar critérios objetivos para tanto e que não comprometam o princípio da busca da proposta mais vantajosa para a administração”.⁵²

A questão da inexecuibilidade da proposta, então, deve ser aferida diante das peculiaridades de cada caso concreto, observadas as práticas de mercado e as condições de execução efetivamente evidenciadas pelo proponente, respeitadas, por óbvio, as regras estabelecidas no instrumento convocatório para o julgamento das propostas.

Mesmo quando o objeto da licitação refere-se a serviços de engenharia, para os quais a Lei 8.666 (aplicada subsidiariamente ao pregão) previu uma espécie de fórmula matemática para tal fim, **os valores ali definidos apenas indicam uma presunção de inexecuibilidade**, cabendo à Administração, antes de abrir mão do menor preço apresentado no certame, diligenciar no intuito de verificar efetivamente a seriedade⁵³ da proposta em cada caso concreto e em face das peculiaridades do objeto da contratação.

É como reiteradamente orienta o TCU:

“Súmula 262/TCU: O critério definido no art. 48, inciso II, §1º, alíneas ‘a’ e ‘b’, da Lei 8.666/93 conduz a uma **presunção relativa de inexecuibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade**

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 870.

⁵² TCU. Acórdão 2143/2013. Plenário.

⁵³ “Proposta ajustada às condições do edital e da lei, como intuitivamente se percebe, é a que se contém no interior das possibilidades de oferta nela permitidas. Proposta séria é aquela feita não só com o intuito mas também com a possibilidade de ser mantida e cumprida.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, Malheiros Editores, Rio de Janeiro, 2003, p. 547.

de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.” (grifou-se)

“1. Os critérios objetivos, previstos nas normas legais, de aferição da exequibilidade das propostas possuem apenas presunção relativa, cabendo à Administração dar oportunidade ao licitante para demonstrar a viabilidade de sua proposta.

Pedidos de Reexame interpostos pelas empresas Petrobras e MPE Montagens e Projetos Especiais S/A contra o Acórdão 3.344/2012-Plenário requereram a reforma de item da deliberação que determinara à Petrobras que procedesse à anulação de todos os atos praticados desde a injustificada desclassificação de três concorrentes por inexecução das propostas. Pretenderam as recorrentes que fossem consideradas lícitas as desclassificações das propostas, de forma a permitir a continuidade da execução do contrato firmado entre elas. O relator observou que ‘a apreciação da exequibilidade de propostas não é tarefa fácil, pois há dificuldades em se fixar critérios objetivos para tanto e que não comprometam o princípio da busca da proposta mais vantajosa para a administração. Nessa linha, esta Corte já se manifestou em diversas oportunidades que os critérios objetivos, previstos nas normas legais, de aferição da exequibilidade das propostas possuem apenas presunção relativa, cabendo à administração propiciar ao licitante que demonstre a viabilidade de sua proposta’. Contudo, diante da situação fática evidenciada nos autos (contrato assinado e em execução) e considerando os efeitos reversos e prejuízos decorrentes da interrupção contratual naquele momento, o relator entendeu cabível tornar insubsistente a determinação impugnada. Destacou, entretanto, que ‘esse entendimento não afasta a necessidade de adequada apuração dos atos inquinados de desclassificação das propostas de licitantes’. O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, deu provimento parcial ao recurso de forma a tornar insubsistente a determinação recorrida, sem prejuízo de restituir os autos à relatora a quo para a continuidade das apurações. Acórdão 2143/2013-Plenário, TC 006.576/2012-5, relator Ministro Benjamin Zymler, 14.8.2013.”⁵⁴

“O juízo do pregoeiro acerca da aceitabilidade da proposta é feito após a etapa competitiva do certame (fase de lances), devendo o licitante ser convocado para comprovar a sua exequibilidade antes de eventual desclassificação. Apenas em situações extremas, quando os lances ofertados configurarem preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero, gerando uma presunção absoluta de inexecução, admite-se a exclusão de lance durante a etapa competitiva do pregão.

Empresa participante de licitação representou ao Tribunal noticiando supostas irregularidades em pregão eletrônico conduzido pelo Serpro para aquisição de software juntamente com serviços técnicos especializados, mediante criação de ata de registro de preços. Em sua peça inicial, a representante aponta, entre outras ocorrências, tratamento privilegiado que teria sido conferido pelo pregoeiro à empresa vencedora do certame, que, por três vezes, teve lances supostamente inexequíveis excluídos, quando deveria ter ocorrido a desclassificação da proposta. No entender do relator, é “definitiva a conclusão de que, nos termos da Lei do Pregão e dos decretos regulamentadores, a análise da aceitabilidade da proposta deve ser feita após a fase competitiva do certame”. Portanto, “contrario sensu, o exame da exequibilidade não deve ocorrer durante a etapa competitiva, a não ser em casos extremos, onde se perceba, por exemplo, evidente erro de digitação”. Prosseguindo no raciocínio, o ministro enfatizou que não existe fundamento normativo para que o pregoeiro, com base em juízo subjetivo acerca da exequibilidade do lance oferecido, faça a exclusão de proposta no decorrer da fase de lances do pregão. Destacou, ainda, que “apenas em situações excepcionais admite-se a desclassificação da proposta quando os preços ofertados configurarem valor irrisório (na dicção do § 3º do art. 44 da Lei 8.666/1993), gerando uma presunção absoluta de inexecução”. Relativamente ao objeto licitado, o relator frisou que “a inexecução de preços é ainda mais difícil de ser atestada quando se trata de licenças de software, visto que os custos de produção são relativamente baixos, proporcionando ao licitante a possibilidade de ofertar preços reduzidos como estratégia de mercado ou, por exemplo, para que o representante atinja determinada meta imposta pelo fornecedor”. Tal fato vem ao encontro do entendimento consolidado no TCU “de que não cabe ao pregoeiro fazer juízo acerca da exequibilidade da proposta sem que o licitante seja convocado para se pronunciar”. Deste modo, lembrando que “é o licitante quem deve comprovar a exequibilidade de sua oferta, e não a Administração, sem ouvir a empresa, quem deve desconsiderar a proposta”, o relator concluiu que “a exclusão de lances deve ser feita somente em situações excepcionais”. Seguindo esse entendimento, o plenário do TCU, entre outras deliberações, assinou prazo para que o Serpro tornasse sem efeito a exclusão dos lances, anulando o certame caso a empresa vencedora não honrasse a

⁵⁴ TCU. Informativo de Licitações e Contratos nº 164/2013.

proposta de preço apresentada, e deu ciência à entidade que "a exclusão de lances considerados inexequíveis deve ser feita apenas em situações extremas, nas quais se veja diante de preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero". Acórdão 1620/2018 Plenário, Representação, Relator Ministro José Múcio Monteiro."⁵⁵ (grifou-se)

Assim, o pregoeiro não pode desclassificar proposta supostamente inexequível, antes de conferir ao licitante a oportunidade de comprovar, por meio de planilhas, contratos anteriores, etc., a exequibilidade da oferta. A decisão acerca da inexequibilidade das propostas não pode ser presumida, nem mesmo decorrer de mera aplicação de determinada fórmula matemática, pois cabe ao pregoeiro agir de forma diligente e oportunizar ao licitante melhor classificado no pregão (ou aos próximos na ordem de classificação e cujas propostas estejam sob exame de aceitabilidade) que comprove, mediante documentos, a viabilidade econômica de sua proposta, nos termos do próprio art. 48 da Lei 8.666 que remete o ônus da comprovação da exequibilidade da proposta ao próprio interessado.

Apenas na hipótese de o particular não lograr êxito nessa demonstração de exequibilidade dos valores propostos é que o pregoeiro deverá promover sua desclassificação, fundamentando a decisão.

Em suma tem-se que diante da presunção de inexequibilidade de uma proposta, em face de seu valor encontrar-se bem abaixo do custo estimado da contratação (considerado esse como coerente com os de mercado) ou em relação ao valor proposto pelos demais licitantes, não deve a Administração desclassificá-la de plano. Ao revés, deve oportunizar que o licitante comprove ter condições de executar o objeto pelo custo proposto, o que deverá ser feito mediante a apresentação de documentos aptos a exemplo de planilha detalhada de custos, dentre outros.

Confirmada a aceitabilidade da proposta apresentada pelo primeiro colocado, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro analisar a documentação de habilitação, consultando-se o SICAF (ou cadastros equivalentes no âmbito dos Estados e Municípios), bem como eventuais documentos complementares enviados quando do cadastro da proposta⁵⁶. Na hipótese de necessidade de envio de documentos

⁵⁵ TCU. Informativo de Licitações e Contratos nº 350/2018.

⁵⁶ Nesse sentido é a regulamentação do Decreto 10.024/19:

"Art. 40. Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação relativa:

I - à habilitação jurídica;

II - à qualificação técnica;

III - à qualificação econômico-financeira;

IV - à regularidade fiscal e trabalhista;

V - à regularidade fiscal perante as Fazendas Públicas estaduais, distrital e municipais, quando necessário; e

VI - ao cumprimento do disposto no [inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição](#) e no [inciso XVIII do caput do art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993](#).

Parágrafo único. A documentação exigida para atender ao disposto nos incisos I, III, IV e V do **caput** poderá ser substituída pelo registro cadastral no Sicaf e em sistemas semelhantes mantidos pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, quando a licitação for realizada por esses entes federativos.

Art. 41. Quando permitida a participação de empresas estrangeiras na licitação, as exigências de habilitação serão atendidas mediante documentos equivalentes, inicialmente apresentados com tradução livre.

Parágrafo único. Na hipótese de o licitante vencedor ser estrangeiro, para fins de assinatura do contrato ou da ata de registro de preços, os documentos de que trata o **caput** serão traduzidos por tradutor juramentado no País e apostilados nos termos do disposto no [Decreto nº 8.660, de 29 de janeiro de 2016](#), ou de outro que venha a substituí-lo, ou consularizados pelos respectivos consulados ou embaixadas.

Art. 42. Quando permitida a participação de consórcio de empresas, serão exigidas:

I - a comprovação da existência de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, com indicação da empresa líder, que atenderá às condições de liderança estabelecidas no edital e representará as consorciadas perante a União;

II - a apresentação da documentação de habilitação especificada no edital por empresa consorciada;

III - a comprovação da capacidade técnica do consórcio pelo somatório dos quantitativos de cada empresa consorciada, na forma estabelecida no edital;

IV - a demonstração, por cada empresa consorciada, do atendimento aos índices contábeis definidos no edital, para fins de qualificação econômico-financeira;

complementares, estes deverão ser apresentados em formato digital, via sistema, após a solicitação do pregoeiro, no prazo definido no edital, respeitado o mínimo de 02 (duas horas), nos termos do art. 38, § 2º, do Decreto 10.024/19.

Também nesta etapa faz-se necessário identificar a participação de microempresas ou empresas de pequeno porte que façam jus ao prazo de 05 (cinco) dias úteis, prorrogáveis por igual período, para regularização de pendências na documentação fiscal e trabalhistas, conforme arts. 42 e 43, da Lei Complementar 123/06.

Ademais, deve o pregoeiro realizar diligências para regularizar eventuais falhas na documentação. Nesse sentido é a previsão do art. 47, do Decreto 10.024/19:

“**Art. 47.** O pregoeiro poderá, no julgamento da habilitação e das propostas, sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, e lhes atribuirá validade e eficácia para fins de habilitação e classificação, observado o disposto na [Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999](#).”

Parágrafo único. Na hipótese de necessidade de suspensão da sessão pública para a realização de diligências, com vistas ao saneamento de que trata o **caput**, a sessão pública somente poderá ser reiniciada mediante aviso prévio no sistema com, no mínimo, vinte e quatro horas de antecedência, e a ocorrência será registrada em ata”.

Com efeito, embora os licitantes se responsabilizem pela correta apresentação da proposta e documentação exigida na licitação em consonância ao estipulado no instrumento convocatório, respondendo cada licitante por eventuais falhas e erros detectados que afetem o conteúdo dos documentos apresentados, sabe-se que, atualmente, tem prevalecido a teoria do formalismo moderado, como forma de prestigiar os princípios da supremacia do interesse público, economicidade e eficiência, em detrimento ao apego exacerbado e aplicação irrestrita do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.⁵⁷

A tese do formalismo moderado tem por fim evitar o afastamento de licitantes da disputa em razão de defeitos sanáveis identificados na documentação de habilitação (a exemplo de certidões vencidas, mas disponíveis eletronicamente) ou nas propostas (a exemplo de meros erros de cálculo), mas que mesmo assim são as mais vantajosas ao interesse público.

Assim, falhas que não afetam de modo substancial a avaliação da habilitação dos particulares ou o conteúdo de suas propostas, e que possam ser supridas com os dados nelas constantes ou através de diligências, sem configurar a inovação de seus termos, não devem ensejar a inabilitação ou desclassificação dos licitantes, posto que tais medidas não violam a isonomia que deve revestir o certame, não prejudicam o direito público envolvido na contratação nem os direitos de terceiros, privilegiando, na verdade, a competitividade da licitação e a obtenção de proposta mais vantajosa, em benefício do ente licitante.

V - a responsabilidade solidária das empresas consorciadas pelas obrigações do consórcio, nas etapas da licitação e durante a vigência do contrato;

VI - a obrigatoriedade de liderança por empresa brasileira no consórcio formado por empresas brasileiras e estrangeiras, observado o disposto no inciso I; e

VII - a constituição e o registro do consórcio antes da celebração do contrato.

Parágrafo único. Fica vedada a participação de empresa consorciada, na mesma licitação, por meio de mais de um consórcio ou isoladamente.

Art. 43. A habilitação dos licitantes será verificada por meio do Sicaf, nos documentos por ele abrangidos, quando os procedimentos licitatórios forem realizados por órgãos ou entidades integrantes do Sisg ou por aqueles que aderirem ao Sicaf.

§ 1º Os documentos exigidos para habilitação que não estejam contemplados no Sicaf serão enviados nos termos do disposto no art. 26.

§ 2º Na hipótese de necessidade de envio de documentos complementares após o julgamento da proposta, os documentos deverão ser apresentados em formato digital, via sistema, no prazo definido no edital, após solicitação do pregoeiro no sistema eletrônico, observado o prazo disposto no § 2º do art. 38.

§ 3º A verificação pelo órgão ou entidade promotora do certame nos sítios eletrônicos oficiais de órgãos e entidades emissores de certidões constitui meio legal de prova, para fins de habilitação”.

⁵⁷ Sobre o tema, pertinente o post “Princípio do procedimento formal x formalismo”, veiculado no Blog JML em 15.07.2015. Disponível em <<http://www.blogjml.com.br>>.

É como tem sinalizado a jurisprudência dos tribunais pátrios e do Tribunal de Contas da União:

“4. É indevida a desclassificação de licitantes em razão da ausência de informações na proposta que possam ser supridas pela diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei de Licitações.”⁵⁸

“3. A inabilitação de licitante em virtude da ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, de que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes, caracteriza inobservância à jurisprudência do TCU.”⁵⁹

“2. É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame.”⁶⁰

“[RELATÓRIO]

De fato, a administração não poderia prescindir do menor preço, apresentado pela empresa vencedora, por mera questão formal, considerando que a exigência editalícia foi cumprida, embora que de forma oblíqua, sem prejuízo à competitividade do certame. Sendo assim, aplica-se o princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas ainda as formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados, tudo de acordo com o art. 2º, § único, incisos VIII e IX, da Lei nº 9.784/1999”.⁶¹

“Princípio da vinculação ao instrumento convocatório x princípio do formalismo moderado

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades na Concorrência Internacional n.º 004/2009, promovida pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) com vistas à contratação de serviços de fornecimento de oito Veículos Leves Sobre Trilhos – VLTs, para a Superintendência de Trens Urbanos de Maceió. Após terem sido considerados habilitados os dois participantes do certame (um consórcio e uma empresa), o consórcio interpôs recurso, por entender que a empresa teria descumprido a exigência editalícia quanto ao registro ou inscrição na entidade profissional competente, ao apresentar “Certidão de Registro e Quitação de Pessoa Jurídica”, emitida pelo CREA/CE, inválida, “pois continha informações desatualizadas da licitante, no que concerne ao capital e ao objeto social”. Após examinar as contrarrazões da empresa, a comissão de licitação da CBTU decidiu manter a sua habilitação, sob o fundamento de que a certidão do CREA “não tem o fito de comprovação de capital social ou do objeto da empresa licitante, o que é realizado mediante a apresentação do contrato social devidamente registrado na Junta Comercial”. Para o representante (consórcio), o procedimento adotado teria violado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, pois a comissão de licitação habilitara proponente que “apresentou documento técnico em desacordo com as normas reguladoras da profissão, sendo, portanto, inválido, não tendo o condão de produzir qualquer efeito no mundo jurídico”. Cotejando o teor da certidão emitida pelo CREA/CE em favor da empresa habilitada, expedida em 05/03/2009, com as informações que constavam na “18ª Alteração e Consolidação de Contrato Social” da aludida empresa, datada de 30/07/2009, constatou o relator que, de fato, “há divergências nos dados referentes ao capital social e ao objeto”. No que tange ao capital social, “houve alteração de R\$ 4.644.000,00 para R\$ 9.000.000,00”, e no tocante ao objeto, “foi acrescentada a fabricação de veículos ferroviários ou sobre pneus para transporte de passageiros ou cargas, bem como a sua manutenção, assistência técnica e operação”. Ponderou o relator que embora tais modificações não tenham sido objeto de nova certidão, seria de rigor excessivo desconsiderar o efetivo registro da empresa no CREA/CE, entidade profissional competente, nos termos exigidos no edital e no art. 30, I, da Lei n.º 8.666/93, até porque tais modificações “evidenciam incremento positivo na situação da empresa”. Acompanhando a manifestação do relator, deliberou o Plenário no sentido de considerar a representação improcedente. Acórdão n.º 352/2010, TC-029.610/2009-1, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer

⁵⁸ TCU. Informativo de Licitações e Contratos n.º 151/2013.

⁵⁹ TCU. Informativo de Licitações e Contratos n.º 192/2014.

⁶⁰ TCU. Informativo de Licitações e Contratos n.º 252/2015.

⁶¹ TCU. Acórdão 7.334/2009 Primeira Câmara

Costa, 03.03.2010⁶².

“(…) o apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao Erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece o interesse público e passa a conferir os pontos e vírgulas como se isso fosse o mais importante a fazer. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor conseqüências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do edital devem ser interpretadas como instrumentais⁶³.”

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA TÉCNICA. INABILITAÇÃO. ARGÜIÇÃO DE FALTA DE ASSINATURA NO LOCAL PREDETERMINADO. ATO ILEGAL. EXCESSO DE FORMALISMO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta.

2. O ato coator foi desproporcional e desarrazoado, mormente tendo em conta que não houve falta de assinatura, pura e simples, mas assinaturas e rubricas fora do local preestabelecido, o que não é suficiente para invalidar a proposta, evidenciando claro excesso de formalismo. Precedentes.

3. Segurança concedida⁶⁴.

“PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO AFASTADA. LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE OXIGENOTERAPIA. AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO ANVISA. EDITAL. NÃO-EXIGÊNCIA.

(…)

2. O acórdão recorrido concluiu que tanto o objeto - contratação de serviços de oxigenoterapia domiciliar-, quanto o edital do certame dispensavam Licença de Funcionamento expedida pela Anvisa, porquanto a licitação não objetivava a "comercialização de equipamentos" que exigiria a autorização do órgão de vigilância, nos termos da lei.

3. Não se deve exigir excesso de formalidades capazes de afastar a real finalidade da licitação, ou seja, a escolha da melhor proposta para a Administração em prol dos administrados.

4. Recurso especial não provido⁶⁵.

“ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – FORMALIDADES: CONSEQÜÊNCIAS

1. Repudia-se o formalismo quando é inteiramente desimportante para a configuração do ato.

2. Falta de assinatura nas planilhas de proposta da licitação não invalida o certame, porque rubricadas devidamente.

3. Contrato já celebrado e cumprido por outra empresa concorrente, impossibilitando o desfazimento da licitação, sendo de efeito declaratório o mandado de segurança.

4. Recurso provido⁶⁶.

“O precedente tem grande utilidade por balizar a atividade de julgamento das propostas pelo Princípio da Proporcionalidade. Não basta comprovar a existência do feito. É imperioso verificar se a gravidade do vício é suficientemente séria, especificamente em face da dimensão do interesse público. Admite-se, afinal, a aplicação do princípio de que o rigor extremo na interpretação da Lei e do edital pode conduzir à extrema injustiça ou ao

⁶² TCU. Informativo de Licitações e Contratos nº06.

⁶³ TCU. Processo 004809/1999-8.

⁶⁴ STJ. MS nº 5.869/DF, rel. Ministra LAURITA VAZ.

⁶⁵ STJ. 2ª Turma: REsp nº 1.190.793/SC, rel. Ministro CASTRO MEIRA.

⁶⁶ STJ. 2ª Turma: RMS nº 15.530/RS, rel. Ministra ELIANA CALMON.

comprometimento da satisfação do interesse público".⁶⁷

“EMENTA: LICITAÇÃO: IRREGULARIDADE FORMAL NA PROPOSTA VENCEDORA QUE, POR SUA IRRELEVÂNCIA, NÃO GERA NULIDADE.[...] Distante de qualquer juízo discricionário, pertencente à fase anterior a qual é possível a liberdade de escolha do objeto, especificação, condições de pagamento, entre outros pertinentes ao momento preparatório e inicial da licitação, procede-se agora o exame objetivo, vinculando-se a Comissão Julgadora a que foi traçado no edital, passa-se à adjudicação e à celebração do contrato entre a Administração e o administrado (concorrente bem-sucedido). (...) Assim, o agente da Administração, ao dar efeito aos critérios estabelecidos na fase da licitação, deve propiciar, com praticidade, a resolução de problemas de cunho condizente com sua competência, sem “engessar” o procedimento, de modo a que o licitante não fique vulnerável à exclusão por qualquer tipo de desconexão com a regra estabelecida, ainda que de caráter formal, salvo quando de todo justificável. (...) Vale também ressaltar a prevalência do bom senso do condutor da licitação e da Comissão especialmente designada para tal fim, que deverão também se basear no princípio da competitividade, relevando formalismos que se sobreponham à finalidade do certame, sem, contudo, deixarem de considerar a legalidade e a impessoalidade dos atos praticados”⁶⁸.

Vê-se, portanto, que prepondera o entendimento de que o exame do cumprimento de exigências consignadas em instrumento convocatório deve ser feito sob o prisma da finalidade, de modo que propostas e/ou documentação de habilitação que não contenham todos os elementos formais exigidos no edital não sejam afastadas se o conjunto das informações permitir a sua compreensão e aptidão, mesmo que implicitamente, devendo o pregoeiro, sempre que necessário, promover de ofício diligências para elucidar dúvidas acerca de documentos/dados apresentados, confirmar fatos, etc., dado que a decisão só poderá ser tomada após o esclarecimento desses.

Mas é importante, nesse caso, que o pregoeiro atue com cautela e transparência, de modo a não ferir o princípio da isonomia, do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório. Tais princípios, embora acabem sendo, de certo modo, flexibilizados com a aplicação da teoria do formalismo moderado, não podem ser lesionados, como aponta Marçal Justen Filho:

“A matéria tem sido objeto de continua manifestação do Poder Judiciário, que reiteradamente reconhece que os vícios irrelevantes devem ser desconsiderados e que mesmo vícios inquestionáveis podem ser superados **quando não produzirem lesão a valores prestigiados pelo direito**”.⁶⁹ (grifou-se)

A realização de diligências com o fito de esclarecer ou complementar a instrução do processo é um dever a ser exercitado pelo pregoeiro e independe de previsão no edital⁷⁰.

Na hipótese de desclassificação da proposta ou inabilitação do licitante primeiro colocado, o pregoeiro examinará a proposta subsequente e assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração de uma proposta que atenda ao edital.

⁶⁷ STJ. MS nº. 5.418/DF.

⁶⁸ STF, ROMS nº 23.714-1/DF, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 13.10.2000.

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1001.

⁷⁰ Como bem esclarece Marçal Justen Filho:

“A realização da diligência não é uma simples “faculdade” da Administração, a ser exercitada segundo juízo de conveniência e oportunidade. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um poder-dever da autoridade julgadora. Se houver dúvida ou controvérsia sobre fatos relevantes para a decisão, reputando-se insuficiente a documentação apresentada, e dever da autoridade julgadora adotar as providências apropriadas para esclarecer os fatos. Se a dúvida for sanável por meio da diligência, será obrigatória a sua realização. Daí seguem duas decorrências inafastáveis. A primeira reside em que a realização de diligência não depende de prévia autorização no edital nem de pleito do particular. Deve ser realizada de ofício pela autoridade julgadora. É evidente, no entanto, que a omissão da autoridade autoriza que o interessado provoque a sua realização. A segunda consiste em que a efetivação da diligência é obrigatória. A ausência de sua realização depende de uma decisão motivada satisfatoriamente.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei ...*, p. 949.

Constatado o atendimento às exigências estabelecidas no edital, o licitante será declarado vencedor, momento em que qualquer licitante poderá, no prazo concedido na sessão pública e exclusivamente por meio do sistema eletrônico, manifestar a intenção de recorrer, sob pena de decadência do direito. Conforme § 3º, art. 44, do Decreto 10.024/19, a ausência de manifestação imediata e motivada do licitante quanto à intenção de recorrer importará na decadência desse direito, e o pregoeiro estará autorizado a adjudicar o objeto ao licitante declarado vencedor. O art. 46, do aludido decreto, prescreve que “na ausência de recurso, caberá ao pregoeiro adjudicar o objeto e encaminhar o processo devidamente instruído à autoridade superior e propor a homologação, nos termos do disposto no inciso IX do **caput** do art. 17”.

Havendo manifestação, o sistema disponibilizará campo próprio para interposição das razões recursais, no prazo de 03 (três) dias. Os demais licitantes ficarão intimados para, caso tenham interesse, apresentar suas contrarrazões, no prazo de três dias, contado da data final do prazo do recorrente, assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.

Analisados os recursos e contrarrazões e constatada a regularidade do certame, a autoridade competente adjudicará e homologará o certame, convocando o licitante adjudicatário para assinar o contrato ou a ata de registro de preços, conforme o caso.

Por derradeiro, cumpre apenas destacar que o Decreto 10.024/19 definiu a dispensa eletrônica para contratações diretas em razão do valor e demais hipóteses de dispensa previstas no art. 24, da Lei 8.666/93, quando cabível, também na hipótese de bens e serviços comuns, procedimento este que será obrigatório para os órgãos e entidades integrantes do SISG, após a regulamentação a que alude o § 1º, do art. 51⁷¹, sendo vedado o referido procedimento nas situações descritas no art. 4º, do novel Decreto: I - contratações de obras; II - locações imobiliárias e alienações; e III - bens e serviços especiais, incluídos os serviços de engenharia enquadrados no disposto no inciso III do **caput** do art. 3º.

⁷¹ Art. 51. As unidades gestoras integrantes do Sisg adotarão o sistema de dispensa eletrônica, nas seguintes hipóteses:

I - contratação de serviços comuns de engenharia, nos termos do disposto no [inciso I do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993](#);

II - aquisição de bens e contratação de serviços comuns, nos termos do disposto no [inciso II do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993](#); e

III - aquisição de bens e contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, nos termos do disposto no [inciso III e seguintes do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993](#), quando cabível.

§ 1º Ato do Secretário de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia regulamentará o funcionamento do sistema de dispensa eletrônica.

§ 2º A obrigatoriedade da utilização do sistema de dispensa eletrônica ocorrerá a partir da data de publicação do ato de que trata o § 1º.

§ 3º Fica vedada a utilização do sistema de dispensa eletrônica nas hipóteses de que trata o art. 4º”.