

Título : O PREGOEIRO PODE SER O RESPONSÁVEL PELO FRACASSO DO CERTAME?

Autor : Raphael Gabriel Leandro

O PREGOEIRO PODE SER O RESPONSÁVEL PELO FRACASSO DO CERTAME?

RAPHAEL GABRIEL LEANDRO

Pós-graduado em direito administrativo pela Universidade Estácio de Sá, MBA em gestão de contratos e licitações pela PUC/MG e pós-graduando em MBA de gestão pública e inovação pela Universidade Estadual do Centro-Oeste do Paraná. Servidor militar federal desde 2008. Exerce a função de Agente da Contratação/Pregoeiro e atua em contratações públicas desde 2013.

O advento da nova Lei de Licitações e Contratos materializa um novo marco de modernização dos processos licitatórios, exigindo maior profissionalização, técnica e transparência de todos os atores envolvidos nos processos de contratação pública, em especial, o pregoeiro, a quem compete a seleção da proposta mais vantajosa.

Nesse contexto, o protagonista da fase externa do pregão eletrônico, por vezes, pode ser intitulado como o algoz do insucesso do certame, não sendo incomum a verborragia nos corredores das repartições públicas, no sentido de o pregoeiro não ter sido diligente o bastante, ou por ter atuado legalista demais e eficiente de menos. Mas, será que o insucesso do certame está intrinsecamente ligado à atuação do pregoeiro?

Bem, a Lei nº 14.133/21 passou a exigir do pregoeiro uma condução e coordenação mais técnica do certame, seja pela ampliação das atribuições do responsável pela seleção da proposta mais vantajosa para a Administração ¹, que agora também deve supervisionar o fluxo regular da instrução processual da fase interna, seja pelo maior alcance dos objetivos da licitação ².

Mas, o pregoeiro pode ser mesmo o carrasco do pregão eletrônico? A resposta é depende. Em sede de contratação pública qualquer alegação ou constatação demanda uma análise criteriosa do caso concreto, pois não se trata de uma fórmula de bolo, mas sim de um processo dinâmico, cujo resultado depende das nuances que permeiam as condutas dos envolvidos.

Na proposta deste estudo, pode-se partir de 3 premissas para a apreciação da contenda: o planejamento da contratação, as diligências no certame, e a incidência dos princípios da legalidade e da eficiência.

Sob a ótica do planejamento da contratação, geralmente, o pregoeiro não pode ser considerado como o responsável pelo insucesso de um certame e a doutrina se apresenta nessa linha:

“É o planejamento (fase interna) que condiciona todas as demais fases e etapas do processo e determina ou não o sucesso da contratação. Logo, ela é a mais importante de todas as fases, e não a licitação ou o contrato. MENDES, Renato Geraldo. O Processo de Contratação Pública Fases, Etapas e Atos. 1ª ed. Curitiba: Zênite, 2012. p 30.”

“Por que a licitação saiu errada? A resposta não está radicada na licitação propriamente dita, na fase ou etapa operativa, mas em suas fases antecedentes. Mais especificamente, na fase de planejamento, finalizada com a construção do Termo de Referência ou Projeto Básico. SANTANA, Jair Eduardo; CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte. Título: Termo de Referência: O Impacto da Especificação do Objeto e do Termo de Referência na Eficácia das Licitações e Contratos. 6ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020. p 23.”

“O planejamento corresponde à fase preparatória do processo licitatório e consiste na etapa mais relevante, porquanto todas as demais estarão condicionadas. ZOCKUN, Carolina Zancaner. CABRAL, Flávio Garcia. BEZERRA ANTINARELLI, Mônica Éllen Pinto. Manual prático de contratações públicas:

Na mesma trilha, tem-se a jurisprudência da Corte de Contas da União:

“As contratações públicas ocorrem por meio de um processo de trabalho composto por três etapas interconectadas: o planejamento da contratação, a seleção do fornecedor e a gestão do contrato. Essas fases estão inter-relacionadas e o resultado da fase subsequente depende do resultado da fase anterior. Acórdão 1321/2014 - Plenário.”

“Não cabe ao pregoeiro avaliar o conteúdo da pesquisa de preços realizada pelo setor competente do órgão, pois são de sua responsabilidade, em regra, apenas os atos relacionados à condução do procedimento licitatório. Acórdão 1372/2019 - Plenário.”

“Exigências para habilitação são inerentes à etapa de planejamento da contratação, razão pela qual irregularidades apuradas nessa fase não devem ser imputadas a pregoeiro ou a membros de comissão de licitação, designados para a fase de condução do certame. Acórdão 3213/2019 - Primeira Câmara.”

“O pregoeiro não deve ser responsabilizado pela ausência, no edital, de critérios objetivos para a desclassificação de propostas, uma vez que não lhe cabe a elaboração do edital e do termo de referência. Acórdão 2692/2019 - Primeira Câmara.”

Como se observa do sólido entendimento doutrinário e jurisprudencial, o pregoeiro não pode ser responsabilizado por falhas nos documentos que compõem a fase interna do certame³, pois este agente não integra a equipe de planejamento, e tão pouco participa da elaboração dos documentos típicos desta fase. E, na linha do que o TCU reverbera, se a contratação pública apresenta fases inter relacionadas, e o resultado da fase seguinte depende da fase antecedente, então, se a fase interna do certame foi mal planejada, a fase externa tende a ser fracassada ou a selecionar bens ou serviços ruins.

Quanto a isso, o acompanhamento e a supervisão da instrução processual da fase interna⁴ pelo pregoeiro, observada a segregação de funções, pode contribuir para mitigar falhas perceptíveis à diligência ordinária do homem médio, com vistas a identificar a presença de erro grosseiro ou grave inobservância à norma licitatória, o que não significa adentrar nas questões técnicas e de mérito do planejamento, não afetas ao condutor do certame. Além dessa atuação supervisora antecedente, não há o que possa ser feito pelo pregoeiro durante a fase externa do pregão eletrônico, sob pena de ser responsabilizado se adotar critérios por conta própria⁵, não previstos no edital e anexos, na intenção de “salvar” a licitação.

E, nesse ponto, é importante frisar que pregoeiro nenhum salva licitação, seja ela mal ou bem planejada. O pregoeiro segue um roteiro pré-estabelecido, grosso modo, como um ator de filmes e novelas, mas, diferente do artista, que poderá ser aplaudido pelo improvisado, o pregoeiro poderá ser responsabilizado se atuar fora da regra do jogo licitatório - o edital.

No âmbito federal, as competências do pregoeiro encontram-se descritas em regulamento⁶, assim como nas esferas dos demais entes federados. E, não se observa qualquer disposição, que esteja presente nas normas primárias ou secundárias, que autorizem ao pregoeiro a adoção de iniciativa própria de alguma ação ou omissão para evitar o fracasso de um certame em sua fase externa. Por óbvio, não subsiste disposição nesse sentido, pois, o basilar da atuação de qualquer agente público é o princípio da legalidade, no qual resta cristalino que a Administração Pública, assim como seus agentes, apenas atua quando e como a Lei permite. É que o se extrai do magistério de Di Pietro⁷:

“a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite (...) não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.”

Não por acaso, a Constituição prevê remédios específicos contra a ilegalidade administrativa, como a ação popular e o mandado de segurança, sem falar do controle do Tribunal de Contas, e do fiscal da lei - Ministério Público.

Sendo assim, a fase externa é condicionada pela interna e o inadequado planejamento - causa do fracasso do certame -, tende a se repetir de forma cíclica e crônica, enquanto não houver atuação da

Administração para extirpar a causa do problema, superando-se o tradicional pensar de que o problema está na operação do certame.

E a eventual falta de diligência do pregoeiro durante a fase externa, pode contribuir para o fracasso do pregão eletrônico? Sem dúvida, esse é um ponto com potencial de causar o fracasso do certame, pois vários são os momentos durante o certame que a diligência por parte do pregoeiro é fundamental para a persecução do objetivo primordial da licitação, a seleção da proposta mais vantajosa.

Nessa linha, pode-se exemplificar como diligências a serem efetivadas pelo pregoeiro: a negociação dos valores, ainda que se apresentem abaixo do estimado⁸; a comprovação pela licitante mais bem classificada da exequibilidade de sua proposta⁹; o esclarecimento de dúvida quanto à veracidade das informações apresentadas pela licitante; o saneamento de erros e falhas na proposta¹⁰; o ateste de condição preexistente à abertura da sessão pública¹¹, dentre outras situações. Todas essas são situações cujo sucesso depende da realização de diligências pelo pregoeiro, sem as quais o certame poderá resultar em fracasso ou na seleção de uma proposta não vantajosa.

Nessa lide, urge a responsabilidade da autoridade competente, de exercer seu papel de controle *in vigilando*, com vistas a fiscalizar os atos e procedimentos exercidos pelo pregoeiro, função da qual não pode se eximir¹². Afinal, a homologação do certame não se trata de ato meramente formal ou chancelatório, em que a autoridade competente apenas insere sua assinatura e toma ciência do resultado do certame, mas sim de ato de controle sobre a legalidade do procedimento, para averiguar a regularidade da licitação¹³."

No entanto, essa atuação fiscalizatória da autoridade competente deve ocorrer em estrita sintonia com o princípio da legalidade e da segregação de funções, não cabendo a ela atuar de forma concomitante com o pregoeiro na sessão pública, fazendo as vezes do condutor do certame. Não se pode, também, violar a independência funcional do pregoeiro que, para fins de exercício de sua competência legal de selecionar a proposta mais vantajosa, não age em cumprimento a ordens do titular do órgão ou entidade. Nessa perspectiva, versa Carlos Wellington Leite de Almeida, auditor do Tribunal de Contas da União:

Não deve o ordenador de despesas, portanto, interferir nas decisões das comissões de licitação. (...) Da mesma forma que a comissão de licitação é independente do ordenador de despesas para analisar e julgar o procedimento licitatório, o ordenador também é independente da comissão para homologá-lo, não se aceitando a ideia de que a homologação constituiria mero impulso processual. É na homologação que o ordenador de despesas decide definitivamente acerca da licitação, convalidando todos os atos praticados e tornando-se por eles responsável. (ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de. Ordenador de despesas: gestão, discricionariedade e responsabilidade pessoal. Revista do TCU nº 148. Brasil. 2021. p. 148 e 149).

Assim, caso se vislumbre alguma irregularidade nos atos praticados pelo pregoeiro, a autoridade competente deve atuar no momento autorizado pelo art. 71 da NLLC, convalidando atos ou rejeitando no todo ou em partes a homologação, que se realizada em procedimento viciado implicará a responsabilização da autoridade homologadora¹⁴.

E o pregoeiro deve promover diligências, a todo custo, para selecionar a proposta de menor valor? Sem dúvida, não. Primeiramente, o conceito de proposta mais vantajosa, por vezes, é deturpado, pois menor valor não significa melhor proposta. Menor preço é um critério de julgamento, que aliada a verificação da conformidade do objeto, trata da forma de julgar a proposta, que ainda terá seu emitente analisado na fase de habilitação, com vista a aferir suas capacidades jurídicas, fiscais, técnicas e econômicas, frente ao objeto. O entendimento errôneo, de que apenas o menor preço é sinônimo de proposta mais vantajosa, pode levar o pregoeiro a tomada de decisão equivocada quanto às diligências a se realizar.

De toda forma, qualquer diligência perpetrada pelo pregoeiro, em busca de selecionar a proposta mais vantajosa, deve observar, no mínimo, se a norma autoriza a atuação e o procedimento vinculado (princípio da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório), se o meio de atuação adota forma simples e suficiente para propiciar adequado grau de certeza e segurança para o resultado exigido pela norma (princípio do formalismo moderado) e, ainda, a igualdade de oportunidade aos

interessados na contratação (princípio da isonomia entre os licitantes).

O caso concreto pode demandar a aplicação de outros princípios, exigindo detida análise do pregoeiro. Nessa trilha, Humberto Ávila ¹⁵ ensina que os princípios possuem uma dimensão de peso, que se evidencia na colisão de princípios, onde um terá peso relativo maior que o outro. Esse sopesamento dos princípios objetiva saber qual dos interesses, abstratamente no mesmo nível, tem maior peso, no caso concreto, de modo que nenhum princípio será extinguido, mas apenas relativizado, em detrimento de outro prevalecente na situação específica.

Como exemplo, tem-se um pregão eletrônico, que demandava pelo setor requisitante uma certa celeridade para sua conclusão, mas que esteve sob pedido de impugnação logo após a publicação, tendo uma licitante alegando haver cláusula restritiva no edital (raio de participação de 100 km), sem a devida justificativa no estudo técnico preliminar ¹⁶. O pregoeiro, diante de sua competência de receber e decidir sobre pedidos de impugnações e esclarecimentos, e em razão de seu dever de revisão criteriosa das cláusulas editalícias, sob pena de violação do princípio da autotutela ¹⁷, observou haver veracidade nas alegações da peça insurgente, ao visitar o ETP e não encontrar qualquer justificativa para a exigência restritiva. Diante disso, o pregoeiro não teve outro caminho a seguir: acolher a impugnação ao certame.

Havia uma ilegalidade em curso, pois o edital restringia a competitividade, com o raio de participação sem qualquer justificativa nos autos licitatórios. E, como o agente público tem o dever de adotar providências de ofício, com vistas à correção de eventuais ilegalidades que cheguem ao seu conhecimento ¹⁸, o pregoeiro agiu corretamente, não sendo cabível assegurar a celeridade processual, almejada pelo setor requisitante, em detrimento da legalidade, com uma eventual recusa injustificada do pedido de impugnação, calcada apenas numa dita celeridade de tramitação.

Ainda que as razões do setor requisitante, explicitadas após a diligência do pregoeiro, quando do recebimento do pedido de impugnação, demonstrassem justa causa para a exigência restritiva, as considerações do setor requisitante não poderiam ser consideradas pelo pregoeiro para não acolher a impugnação, pois tal justificativa já deveria constar no instrumento convocatório publicado.

Outro exemplo dos limites das diligências do pregoeiro, é o caso de convocações para sanar erros e falhas nos documentos dos licitantes. Imagine que, num pregão eletrônico, durante a verificação da habilitação do licitante mais bem classificado, o pregoeiro tenha observado que a certidão de falência presente no SICAF encontrava-se vencida. Como primeira ação, o pregoeiro diligenciou ao sítio oficial do tribunal de justiça respectivo, não logrando êxito em obter a certidão atualizada, pois neste tribunal apenas a empresa teria acesso a tal documento, mediante pagamento de custas. Em seguida, o pregoeiro, então, imprimiu diligência direta à licitante, convocando-a no chat do sistema para o envio da documentação, com vista a complementar o documento vencido. A licitante não atendeu a convocação do pregoeiro, que a reconvoceu mais duas vezes, sem sucesso de retorno.

Numa situação dessa, o pregoeiro deve avaliar se subsiste razoabilidade, economicidade e interesse público que justifiquem novas reconvoções, antes de passar à 2ª colocada - se houver -, com vistas a obtenção da proposta mais vantajosa, ante a desídia da licitante mais bem classificada. Afinal, o pregoeiro não pode permanecer em eternas e reiteradas convocações, nem obrigar a licitante a entregar o documento requisitado. Nesse ponto, o alerta pelo pregoeiro, quanto às disposições dos arts. 155 e 156 da Lei 14.133/2021, podem figurar como alerta as condutas irregulares ou desidiosas dos licitantes, uma vez que agora, deixar de entregar documento exigido para o certame resultará, obrigatoriamente, em impedimento de licitar e multa ¹⁹.

Assim, o pregoeiro deve observar atentamente a incidência dos princípios no caso concreto, pois o edital não constitui um fim em si mesmo, mas sim um instrumento, por meio do qual a interpretação e aplicação de suas regras devem se direcionar para a consecução da finalidade principal do certame licitatório: a contratação da proposta mais vantajosa.

Nesse contexto, temos o gancho para um último questionamento: o pregoeiro deve focar mais na eficiência, deixando de lado a atuação legalista, para o sucesso do certame? Antes de responder ao quesito, é necessário trazer os conceitos de legalidade e eficiência. O princípio da legalidade, como supracitado, deriva que a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite, a *rule of law* que a

Administração deve submissão. Sobre o princípio da eficiência, importa ressaltar os ensinamentos de Di Pietro ²⁰ e Bandeira de Mello ²¹:

“a eficácia que a Constituição exige da administração não deve se confundir com a eficiência das organizações privadas nem é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais. Agora, o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último, que haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para a gestão eficaz dos interesses gerais, porém nunca poderá se justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de pura eficiência.”

“tal princípio [da eficiência] não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência.”

Pelas lições da doutrina pátria, pode-se afirmar que a conduta do pregoeiro, que busca o melhor desempenho possível, com a finalidade de obter o melhor resultado no certame, às custas do que preconiza as normas licitatórias, sob a justificativa de eficiência do processo, fragiliza a Administração Pública. Afinal, a eficiência é princípio que se agrega aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao princípio de legalidade, um dos principais pilares do Estado de Direito.

Assim, a eficiência a ser alcançada pelo pregoeiro deve se encontrar no espectro de simplificação e racionalidade de métodos e procedimentos destinados à otimização do certame, o que se vincula ao atendimento dos interesses de toda a sociedade. Contudo, isso não significa a inobservância de ritos e procedimentos vinculados e esculpido no ordenamento jurídico, o que se apresenta dissociado do interesse da coletividade.

Com efeito, o pregoeiro não deve focar na eficiência e abdicar da legalidade, sob pena de perpetrar ilegalidades em sua atuação, que além de colocá-lo na trajetória de responsabilização pela Corte de Contas, causará o insucesso do certame. A busca pela eficiência é bem-vinda, mas apenas será possível se estiver alinhada à legalidade da atuação.

Concluindo o presente estudo, não se afigura como hipótese de relevante probabilidade que o pregoeiro possa ser o responsável pelo insucesso do pregão eletrônico. Isso não significa que tal fato não seja possível de ocorrer, caso esse agente atue com grave inobservância do dever de cuidado e zelo com a coisa pública, empregando nível de diligência aquém do homem médio no desempenho de suas funções.

O planejamento segue sendo, ainda atualmente, o calcanhar de Aquiles da Administração, que segue promovendo contratações mal planejadas, cuja crônica não guarda qualquer relação com o pregoeiro.

Por derradeiro, a prática dos atos do gerente da fase externa deve-se guiar pelo basilar princípio da legalidade, pois não há como se promover a eficiência administrativa sem a estrita observância do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm

_____. Decreto no 11.246, de 27 de outubro de 2023. Regulamenta o disposto no § 3º do art. 8º da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre as regras para a atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, o funcionamento da comissão de contratação e a atuação dos gestores e fiscais de contratos, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em:

_____. Tribunal de Contas da União. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/jurisprudencia/>

ZOCKUN, Carolina Zancaner. CABRAL, Flávio Garcia. BEZERRA ANTINARELLI, Mônica Éllen Pinto. Manual prático de contratações públicas: redigido por advogados públicos - Londrina: Editora Thoth, 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 35ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹ Art. 14, Decreto nº 11.246/2022.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 35 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 915.

³ Acórdão 3.213/2019 – 1ª Câmara; Acórdão 1.372/2019 – Plenário.

⁴ Art. 14, § 2º, Decreto nº 11.246/22.

⁵ Acórdão 2692/2019-Primeira Câmara.

⁶ Art. 17, Decreto nº 10.024/19; Art. 14, Decreto nº 11.246/22.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 35 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 244 e 245.

⁸ Acórdão 2049/2023-Plenário.

⁹ Acórdão 2189/2022-Plenário.

¹⁰ Acórdão 370/2020-Plenário.

¹¹ Acórdão 2443/2021-Plenário.

¹² Acórdão 1001/2018-Primeira Câmara; Acórdão 2818/2015-Plenário.

¹³ Acórdão 9117/2018-Segunda Câmara; Acórdão 2318/2017-Plenário.

¹⁴ Acórdão 368/2022-Plenário.

¹⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 37.

¹⁶ Acórdão 1973/2020-Plenário.

¹⁷ Acórdão 1414/2023-Plenário.

¹⁸ Acórdão 7289/2022-Primeira Câmara.

¹⁹ Art. 155, IV, c/c Art. 156, III, §§ 3º e 4º, Lei 14.133/21.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 35 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 279.

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.122.

Como citar este texto:

LEANDRO, Raphael Gabriel. O pregoeiro pode ser o responsável pelo fracasso do certame? Zênite Fácil, categoria Doutrina, 07 dez. 2023. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.