

## Pregoeiro: Condutas Tendentes a Realizar a Melhor Contratação para a Administração Pública<sup>1</sup>

*Jair Eduardo Santana*

Mestre em Direito do Estado pela PUC – SP

*Sumário: 1. Introdução. 2. Quem pode ser designado pregoeiro? 3. Perfis do pregoeiro. 4. Atribuições. 5. Investidura. 6. Direitos, deveres e responsabilidades. 7. Remuneração. 8. Capacitação e treinamento. 9. O pregoeiro e a melhor contratação.*

I. Em que medida o pregoeiro pode, no exercício das suas funções legais, propiciar a melhor contratação para a Administração Pública?

II. Quais as principais providências a serem tomadas pelo pregoeiro visando à melhor contratação?

III. Qual é o grau de interferência das medidas tomadas na etapa interna (ou etapa preparatória) no desenrolar das atividades do pregoeiro?

IV. O (in)sucesso do pregão, em sua expressão monetária, pode ser atribuído com exclusividade ao pregoeiro?

### 1. INTRODUÇÃO

Gabam-se muitos, não sem razão, alardeando na mídia, de que o pregão gerou economia de milhões e bilhões de reais aos cofres públicos nos últimos tempos, propiciando, ainda, transparência, segurança e agilidade nas contratações.

Não obstante a relatividade dessa *economia gerada*,<sup>2</sup> que aqui não pretendemos discutir, o fato é que detectamos um vitando equívoco, ou esquecimento talvez, no trato da matéria.

Sentimos a ausência quase que absoluta de debate em torno do papel do pregoeiro no contexto da contratação. Por certo não estamos a reivindicar o (in)sucesso ou resultado final do pregão para o pregoeiro. Não se trata disso, em absoluto. No entanto, é notório que a sua atuação é fundamental para o respectivo desfecho. E, por ser assim, por ser o pregoeiro o protagonis-

ta de diversas cenas, o seu *script* há de ser visto, revisto, pensado e repensado a todo instante.

Por isso é que propositadamente perguntamos no início deste trabalho:

*I. Em que medida o pregoeiro pode, no exercício das suas funções legais, propiciar a melhor contratação para a Administração Pública?*

*III. Qual é o grau de interferência das medidas tomadas na etapa interna (ou etapa preparatória) no desenrolar das atividades do pregoeiro?*

Resolvemos aprofundar tais questões entendendo ser necessário, a partir das nomenclaturas jurídicas que informam o assunto, esboçar estudo que avalie tanto o papel do pregoeiro quanto o seu desempenho no bojo não do pregão em si mesmo, mas no contexto da contratação levada a efeito pela Administração Pública.

1. Texto desenvolvido pelo palestrante a partir do painel de debates nas Jornadas de Estudos NDJ de Direito Administrativo realizado no dia 29 de setembro de 2006, em São Paulo, integrando a mesa a professora Vera Monteiro.

2. Aprofundamos tal discussão em nosso livro *Pregão Presencial e Eletrônico – Manual de Implantação, Operacionalização e Controle*, Belo Horizonte, Fórum, 2006, pp. 28 e ss.

Não é mais compreensível nos dias de hoje que se continue a pensar que a licitação (seja ela realizada em que modalidade for) é realidade *compartimentalizada* nas suas duas clássicas etapas, as *fases interna e externa*. Tal postura – escusem-nos os que pensam o contrário – equipara-se àquele *pensamento atomizado*<sup>3</sup> de outrora.

Não é de hoje que propagamos a necessidade de adotar uma postura e leitura mais abertas, abrangentes e sistêmicas de todo o processamento de uma licitação, buscando-se integrar a sua etapa interna à externa e agregar outros *instantes* nessa compreensão, como é o caso da *fase dos contratos* (e de sua respectiva execução) e do *módulo do controle* que, para nós, não é aquele *controle de legalidade* pura e simplesmente, mas o monitoramento dos *resultados*, buscando-se eficiência e qualidade.

Aliás, temos para nós que um dos grandes *males* de que padece a Administração Pública reside exatamente na *deficiência grave em torno do compartilhamento de informações* e de *conhecimento*. Uma das causas dessa patologia é, pensamos, o *pensamento atomizado* ao qual nos referimos anteriormente.

Mas indo ao ponto que nos importa, a partir da postura sistêmica, tomamos o pregoeiro como figura de destaque no contexto respectivo e a ele vamos agregando os seus atributos, destilando seus perfis, narrando suas prerrogativas, para, então, podermos avaliar seu papel e *performance*, sugerindo, quando o caso, medidas que

venham a demonstrar que a eficiência e a economia geradas pela Administração – fossem esses os únicos trunfos do pregão – passam necessariamente por aí.

## 2. QUEM PODE SER DESIGNADO PREGOEIRO?

Para responder à questão tenhamos cautela para que não sejamos traídos pela simples leitura dos textos normativos que solucionariam objetivamente a pergunta. Não estamos sugerindo resposta simplista.

É óbvio que, segundo a lei, toca à autoridade superior (autoridade competente) designar, “dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio<sup>4</sup>(...)”. Tal mandamento, não poderia ser diferente, é repetido quase que na literalidade pelos Decs. n<sup>os</sup> 3.555/00<sup>5</sup> e 5.450/05.<sup>6</sup>

Saber quem é “servidor do órgão ou da entidade promotora da licitação” não ensejaria maiores dificuldades. Com efeito, nota-se que “servidor” é expressão designativa de toda pessoa física que possui relação de trabalho com o Estado, mediante pagamento. Ou seja, se a lei do pregão tomou a expressão “servidor público” em seu sentido amplíssimo, está referindo-se tanto ao “efetivo”, ao “empregado”, ao “cedido”, ao “requisitado”, quanto ao “ocupante de cargo comissionado” etc. E, por ser assim, por certo incluem-se nessa rubrica – “servidores” – até mesmo os “temporários” (art. 37, IX, da CF).<sup>7</sup>

3. É que o *átomo*, enquanto partícula menor caracterizadora de elementos químicos, já fora considerado *indivisível*, até que – há séculos – comprovou-se o contrário. De fato, a tese atribuída a Leucipo de Mileto e a Demócrito de Abdera (filósofos gregos), segundo a qual a matéria não poderia ser dividida infinitamente, é afirmação que não resistiu ao passar dos tempos.

4. Art. 3º, IV, da Lei nº 10.520/02, a saber: “Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte: (...) IV – a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor”.

5. Art. 8º, III, d, a saber: “Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras: (...) III – a autoridade competente ou, por delegação de competência, o ordenador de despesa ou, ainda, o agente encarregado da compra no âmbito da Administração, deverá: (...) d) designar, dentre os servidores do órgão ou da entidade promotora da licitação, o pregoeiro responsável pelos trabalhos do pregão e a sua equipe de apoio;”.

6. “Art. 10. As designações do pregoeiro e da equipe de apoio devem recair nos servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, ou de órgão ou entidade integrante do SISG.”

7. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; (...)”

E, por fim, como “militar” também é servidor público,<sup>8</sup> a lei deles não se esqueceu, sendo expressa a possibilidade de serem designados pregoeiros.<sup>9</sup>

Interessante notar que a Lei nº 10.520/02 estabeleceu critérios diversos para a designação dos membros da equipe de apoio. Assim, determinou em seu art. 3º, § 1º,<sup>10</sup> que a equipe de apoio seja escolhida preferencialmente entre os integrantes do quadro permanente da Administração e que sejam ocupantes de cargo efetivo ou emprego, em sua maioria. Essa regra é de observância obrigatória, salvo exceções justificadas.

Mas tornemos ao nosso foco de preferência para dizer que não é essa a única preocupação que encontramos em relação ao pregoeiro enquanto servidor público.

É que, para nós, não basta ser servidor. Este deve, além disso, desfrutar e ostentar outras características que, juntas, informam e conformam esse que é, para nós, o instrumental humano de tal modalidade licitatória.

Ainda não estamos nos referindo àquela sorte de habilidades especiais e destacadas, igualmente necessárias ao bom desempenho das funções correlatas. Voltamo-nos enfática e significativamente a aspectos que decorrem diretamente do “ser servidor”. É dizer, tanto melhor se dito servidor apresentar características que funcionalmente recomendem a sua designação.

Exemplifica-se: um servidor (efetivo, cedido, temporário – não importa) cujas atividades relacionadas ao cargo, emprego ou função sejam

ligadas, de algum modo, às licitações certamente terá potencializadas as possibilidades de êxito no “ser pregoeiro”. Mas tal aproximação funcional com o núcleo das atividades licitatórias pode não ser bastante para a escolha e designação do servidor.

Sua escolaridade (tema correlato com a complexidade do cargo, tal como determina a Constituição Federal em seu art. 37, II)<sup>11</sup> e outros atributos funcionais (que não se confundem com os atributos eminentemente individuais – vide “Perfis do pregoeiro”, item 3) serão, pois, fundamentais e não podem ser deixados de lado pela Administração.

Em linhas gerais, deve-se atentar que qualidades e condutas exigidas de todo o servidor público – honestidade, integridade, responsabilidade e ética, por exemplo – serão de extrema valia para a designação do pregoeiro. Tais “qualidades comuns” aos servidores públicos em geral devem, portanto, ser acentuadas (destacadas) naqueles a quem se incumbirem as atividades de pregoeiro.

A soma desses atributos (pessoais e individuais) deve ser, de outra parte, registrada, decantada e, se possível, normatizada pela unidade administrativa (UA), pois constitui critério de seleção, que orienta e influencia na designação do pregoeiro.

Em resumo, para ser pregoeiro *não basta ser servidor público*; tampouco ostentar as qualificações pessoais que são correlatas ao seu cargo de origem. É preciso, além disso, possuir o servidor um determinado *perfil* que revele ser ele

8. Veja-se a classificação que abraçamos em nosso *Direito Administrativo – Série Resumos*, 2ª ed., Belo Horizonte, Inédita Editora, 1999.

9. Art. 3º, § 2º, da Lei nº 10.520/02, a saber: “Art. 3º (...) § 2º No âmbito do Ministério da Defesa, as funções de pregoeiro e de membro da equipe de apoio poderão ser desempenhadas por militares”.

10. “Art. 3º (...) § 1º A equipe de apoio deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento.”

11. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”. Ainda que o texto legal se refira à investidura em cargos ou empregos na Administração Pública, não se pode olvidar que a sintonia entre o nível de escolaridade e de cognição do servidor e a complexidade do cargo, emprego ou função devem ser observados a cada atribuição a ele designada.

portador de certos atributos que não apenas de ordem *funcional*.

### 3. PERFIS DO PREGOEIRO

Tal como já esboçado, a escolha e designação do pregoeiro não poderá prescindir, ainda, de um dado *perfil* individual. Tais atributos são relativos à pessoa, e não ao “cargo de origem”; referem-se à maneira de ser do servidor.

Sabendo que sob tal aspecto nem todos nascem iguais, é possível afirmar que uns têm *habilidades inatas* em relação ao desempenho de certas atividades; outros, que não as têm, podem desenvolvê-las. Ou não.

Mas isso é um fator de extrema importância, já que não se concebe imaginar que o pregão se resume a um simples monitoramento (presencial ou virtual) de “quem oferece por menos”.

Pontualidade, organização, disposição ao exercício de suas funções (motivação), discrição (sigilo), serenidade, domínio da legislação pertinente, disposição ao estudo (seja do procedimento licitatório, seja das peculiaridades de cada aquisição), defesa dos direitos da Administração e respeito aos direitos dos administrados, segurança e alto poder decisório para a resolução de conflitos são todas qualidades necessárias a qualquer pregoeiro, as quais contribuirão em bom grau para o sucesso do certame, refletindo positivamente na contratação.

Em tal sentido, faz-se importante lembrar que o perfil do pregoeiro que realiza o pregão presencial demandará certos atributos individuais distintos daqueles necessários ao pregoeiro que realizará pregão eletrônico. Isso é inafastável.

O domínio, ainda que mínimo, de equipamentos de computador, o trânsito pela Internet, o conhecimento de algumas funcionalidades disponibilizadas pela tecnologia de informação são exigências que não podem deixar de ser feitas para o pregoeiro eletrônico.

Qualidades como boa aparência, capacidade para liderar (tanto a equipe de apoio quanto os licitantes presentes), indispensáveis ao pregoeiro que realiza sessões presenciais, não fazem muita diferença no de sessões eletrônicas. O mesmo se diga quanto a segurança, boa articulação, boas maneiras, tolerância a críticas e a

possíveis situações de conflito ocorridas durante a sessão.

O perfil individual de que falamos não é necessariamente fruto de inferências ou de suposições. A autoridade superior dispõe de meios para a detecção dessas qualidades em seus servidores. Dessa feita, uma vez constantes de instrumento normativo válido e eficaz, tais critérios munirão a autoridade superior da base legal para amparar sua decisão, que deve voltar-se para os servidores cuja conduta e perfil se destaquem no ambiente da unidade administrativa, propiciando a conclusão pela idoneidade ao exercício das funções de pregoeiro.

Haverá servidores que parecerão “ter nascido” para o exercício das funções de pregoeiro, com *habilidades inatas*, o que não demandará esforço da autoridade superior na conclusão acerca da designação desse servidor. Por outro lado, haverá outros que, mesmo não possuidores de todas as qualidades necessárias ao perfil do pregoeiro, têm propensão ao desenvolvimento destas (qualidades), as quais podem por ele ser desenvolvidas na capacitação, no decorrer do exercício das funções de pregoeiro e nos cursos de aperfeiçoamento. Podemos dizer que esses servidores têm *habilidades natas*, isto é, *adquiridas*, uma vez levados ao contato com a função de pregoeiro.

No perfil do pregoeiro podemos destacar algumas habilidades, tal como agrupamos a seguir:

- a) habilidades correlatas ao ato de decidir:
  - serenidade;
  - objetividade;
  - persuasão;
  - organização;
  - respeito ao formalismo do procedimento;
  - domínio emocional (autocontrole, segurança) e do ambiente (liderança);
- b) habilidades relativas ao “negocial”:
  - agilidade;
  - persuasão;
  - domínio da realidade mercadológica e da realidade interna (referimo-nos a sua própria unidade administrativa);

c) qualidades (voltadas para as do *tipo* morais):

- honestidade;
- integridade;
- ética;
- sinceridade;
- responsabilidade;
- competência;
- pontualidade.

As habilidades descritas nos itens “a” e “b” podem ser adquiridas pelos servidores designados pela autoridade superior. Já as qualidades definidas no item “c” estão mais ligadas à formação moral e ética do servidor, devendo ser inatas aos servidores em geral e, especialmente, naqueles a quem se pretende designar pregoeiro.

#### 4. ATRIBUIÇÕES

Um fenômeno que há tempos se passa no âmbito das Comissões de Licitação migrou para a modalidade pregão, enfatizando a ausência de mínima ou razoável estrutura orgânico-funcional no interior da Administração Pública.

Com efeito, o problema revela, não raro, superposição de atribuições, imputação indevida dessas mesmas tarefas, culminando, como não poderia deixar de ser, com a assunção de responsabilidades erroneamente.

Há, então, no cenário desenhado, dois mundos, com duas realidades: aquele das atribuições “legais”, convivendo nem sempre harmoniosamente com o mundo “real”, é dizer, no primeiro plano encontramos as atribuições legais, pertinentes, verdadeiras “competências”, porque tais decorrem diretamente da lei formal; no outro plano toparemos com aquelas atribuições tidas não por “ilegais”, mas sobretudo por “impertinentes”, fruto de fatores negativos à boa gestão, tais como a exigüidade de pessoal, o que acarreta o acúmulo indevido de atividades, ou mesmo por uma desorganização da unidade administrativa, que sobrecarrega os seus servidores com muitas atividades.

É comum, portanto, que o servidor que preparou toda a etapa interna do pregão – elaborou or-

çamentos, providenciou a reserva orçamentária, elaborou todo o edital – seja o mesmo designado pregoeiro para a realização da sessão e das demais atividades a ele legalmente estipuladas.

Isso é vedado pelos princípios regentes da atividade da Administração Pública, notadamente pelo da *segregação de funções*, posto que condutas assim, dentre outros fatores, levam o servidor a “abraçar” a causa – no sentido pejorativo –, apaixonando-se por ela.

Dessa forma, as decisões proferidas por um pregoeiro em esclarecimentos, impugnações, nas sessões de julgamento ou em recursos podem ser contaminadas pelas suas paixões e vaidades, se for ele o “pai e mentor” de todo o procedimento.

Diante disso, as decisões do pregoeiro que deveriam nortear-se pela legalidade e seus princípios correlatos tornam-se maculadas pela parcialidade, o que não é bom a nenhum dos envolvidos no procedimento – nem à unidade administrativa, nem aos licitantes.

Mas as chamadas *impertinentes* são atribuições por vezes necessárias e indispensáveis, não obstante o potencial negativo de que se revestem. É que a realidade da unidade administrativa muitas vezes não deixa outra escolha aos servidores, que trabalham em número demasiadamente reduzido, impondo-lhes a cumulação indevida das atribuições de um e de outro servidor, causando esse cenário de “impertinências”.

Para analisar as atribuições do pregoeiro não há outro caminho a trilhar a não ser percorrer a via legal.

Em se tratando de pregão, a lei de regência, todos sabem, é a Lei nº 10.520/02. Nela encontraremos as competências do pregoeiro, especialmente nos arts. 3º, IV, e 4º, VI a XX. Pelos dispositivos citados, logo se vê que suas competências se adstringem à fase externa do pregão. Assim, após a publicação dos avisos, o pregoeiro “entra em cena” para atuar junto ao público interessado. Os pedidos de esclarecimentos, as impugnações, a condução da sessão de julgamento, a recepção de recursos, a retratação quando da impoção destes, a adjudicação do objeto ao vencedor,<sup>12</sup> tudo isso – além daquilo que se situe circunstancialmente na relação da-

12. Se não forem impostados recursos.

queles núcleos – consiste em atribuições legais do pregoeiro.

Mas as atribuições não se resumem a isso e diferem no plano prático acaso se trate de pregão presencial ou de pregão eletrônico. As atribuições pertinentes ao pregoeiro em cada uma dessas formas de pregão podem ser relacionadas conforme quadro a seguir:

Do quadro abaixo é possível extrair também as “atribuições comuns”, assim intituladas pela coincidência numa e noutra forma de pregão.

Mas não é só isso. Outras tarefas são incumbidas ao pregoeiro, tal como já se falou anteriormente. Essas atribuições, por não serem delimitadas pelas normas regentes do procedimento licitatório – sejam gerais, sejam subalternas – e

| <b>QUADRO DE ATRIBUIÇÕES PERTINENTES (OU LEGAIS) AO PREGOEIRO<br/>(ATIVIDADES PRINCIPAIS)</b>  |   |
|--|---|
| <b>PREGÃO PRESENCIAL</b>   | <b>PREGÃO ELETRÔNICO</b>  |
| Abertura da sessão.<br>Fazer o credenciamento dos interessados.  | O credenciamento é feito perante o gestor do sistema.   |
| Recebimento das propostas e documentos de habilitação na sessão pública.   | O sistema se incumbem do recebimento das propostas e de sua manutenção sob sigilo até a respectiva abertura.  |
| Abertura dos “envelopes proposta” e verificação da conformidade desta com os requisitos do edital.   | Abertura e análise das propostas lançadas pelos interessados no sistema (verificação de conformidade).  |
| Classificação/desclassificação das propostas.  | Classificação/desclassificação das propostas.   |
| Condução da etapa de lances: participação ativa, estímulo à oferta, orientação na elaboração da disputa, coordenação da sessão, decisão quanto ao encerramento da sessão, que, no geral, ocorre com a cessação, pelos licitantes, da oferta de lances. | Abertura da sessão (disputa por lances). Estímulo à disputa por meio do envio de mensagens. Decisão quanto ao início do tempo randômico (ou aleatório).                   |
| Possibilidade de negociação com o licitante que ofertou a melhor proposta.   | Possibilidade de negociação com o licitante que ofertou a melhor proposta.  |
| Aceitabilidade do menor (melhor) lance – decisão motivada.   | Aceitabilidade do menor (melhor) lance – decisão motivada para não-aceitabilidade.  |
| Verificação do atendimento às exigências habilitatórias pela abertura do “envelope habilitação” e/ou conferência em cadastros ou sites oficiais, de acordo com o edital.   | Verificação do atendimento às exigências habilitatórias pela análise de documentos enviados por meio de fax, ou conferência em cadastros internos ou por meio eletrônico. |
| Decisão quanto à habilitação ou inabilitação.  | Decisão quanto à habilitação ou inabilitação.   |
| Após habilitação, conferência de oportunidade para impugnação de recursos.   | Após habilitação, conferência de oportunidade para impugnação de recursos.  |
| Juízo de (in)aceitabilidade do recurso.<br>Resumir e mandar reduzir a termo a impugnação de cada interessado ou a motivação do não-conhecimento do recurso.<br>Juízo de retratação.  | Juízo de (in)aceitabilidade do recurso.<br>Motivação do não-conhecimento do recurso.<br>Juízo de retratação.  |
| Se não houver recurso, adjudicação do objeto ao vencedor.  | Se não houver recurso, adjudicação do objeto ao vencedor.   |
| Leitura da ata redigida pela equipe de apoio mediante orientação do pregoeiro; colheita de assinatura dos presentes; assinatura da ata.  | Geração da ata; além das informações já inseridas pelo sistema, inserção das que entender necessárias. Publicação da ata.   |
| Remessa dos autos do processo à autoridade superior para homologação.  | Remessa dos autos à autoridade para homologação.  |

por causarem acúmulo indevido de tarefas a um só servidor,<sup>13</sup> são por nós chamadas de “impertinentes”.

São claros exemplos de atribuições impertinentes geralmente “deixadas” ao pregoeiro:

- a) a elaboração de editais;
- b) a especificação do objeto;
- c) a parametrização dos critérios objetivos de julgamento das propostas;
- d) a fixação de exigências para a habilitação;
- e) a convocação do adjudicatário para firmar contrato, dentre outras.

Ocorre, entretanto, que ao realizar essas tarefas citadas há infringência à legalidade, posto que a Lei Geral do Pregão – nº 10.520/02 – reservou à autoridade superior as atribuições acima citadas. Dessa forma, se a autoridade superior deixa a cargo do pregoeiro as incumbências que pela lei pertencem àquela e não a este, fatalmente se cria ao pregoeiro um campo de atribuições impertinentes, gerando os efeitos perniciosos por nós já comentados.

Não se pode olvidar, ainda, de que a sobrecarga gerada pela cumulação de atribuições pertinentes e impertinentes reserva ao pregoeiro um maior âmbito de responsabilidade no certame, a qual, diante da prática de ilícito, é imputada tão-somente a ele – pregoeiro –, posto que no pregão inexistente a figura da solidariedade, tal como se passa com as demais modalidades por força do comando do art. 51, § 3º, da Lei nº 8.666/93.

Quanto a isso, deve-se levar em conta que eventual responsabilização por falha no procedimento tem caráter “unipessoal” e, por isso, acarretará ao pregoeiro o ônus de suportar a suas expensas as despesas para a elaboração de defesa, bem assim para o pagamento de possíveis multas aplicadas pelos órgãos de controle pertinentes (em geral, Tribunal de Contas ou Poder Judiciário).

A ausência de razoável estrutura orgânico-funcional no interior da Administração Pública gera, como se torna explícito, situação de risco ao pregoeiro, que pode sofrer, pela prática de

seus atos, sanções que atinjam diretamente seu universo pessoal – a moral e o patrimônio, por exemplo –, sem que, muitas vezes, tenha possibilidade de agir distinta da adotada por ele, de forma que evite a conduta reprovada pelas instâncias de controle. Isso será mais bem abordado no item “Direitos, deveres e responsabilidades”.

Discussão interessante é aquela gerada acerca de o julgamento dos recursos ser ou não atribuição pertinente ao pregoeiro. Os Decs. nºs 3.555/00 e 5.450/05, em seus arts. 9º, VIII, e 11, VII, respectivamente, mencionam que a decisão quanto aos recursos pertence ao pregoeiro. A Lei nº 10.520/02 é silente quanto a isso.

Entendemos que o pregoeiro exerce a retratação, mas não julga propriamente o recurso. É que o recurso na instância administrativa é único, não comportando outra hipótese de revisibilidade das decisões, a não ser da decisão de não-retratação do pregoeiro.

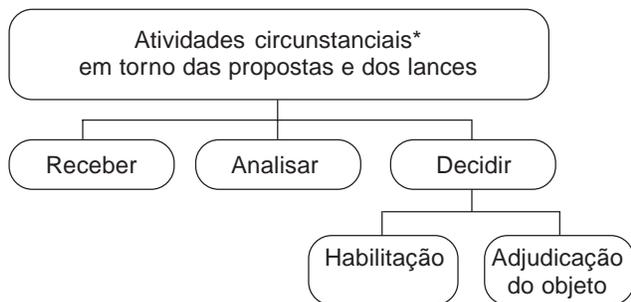
Pelas entrelinhas dos textos legais, o que se percebe é a intenção de permitir a retratação ao pregoeiro, e não propriamente o julgamento do recurso. Tanto é verdade que, se houver retratação, o recurso não deve ser submetido à autoridade superior ou, melhor dizendo, se, impostado o recurso, o pregoeiro se retratar da decisão anteriormente proferida, não haverá apreciação do recurso pela autoridade superior.

Ainda quanto ao recurso, importante enfatizar que o momento de sua impoção é único e ocorre ao final da sessão de julgamento, após declarado o vencedor. O licitante que for prejudicado por qualquer decisão tomada pelo pregoeiro durante toda a sessão de julgamento (desde o credenciamento até o proferimento da decisão do vencedor) tem o direito de ter-lhe franqueada a palavra, naquele momento, para a impoção do recurso. O recurso é impostado por meio da descrição sucinta das irregularidades cometidas pelo pregoeiro. As razões recursais poderão ser ofertadas em três dias após conferida vista dos autos ao recorrente.

Pela abordagem até então efetuada e pela descrição das atribuições legais – ou pertinentes – reservadas ao pregoeiro, extrai-se que o nú-

13. Em flagrante ofensa ao já citado princípio da segregação das funções.

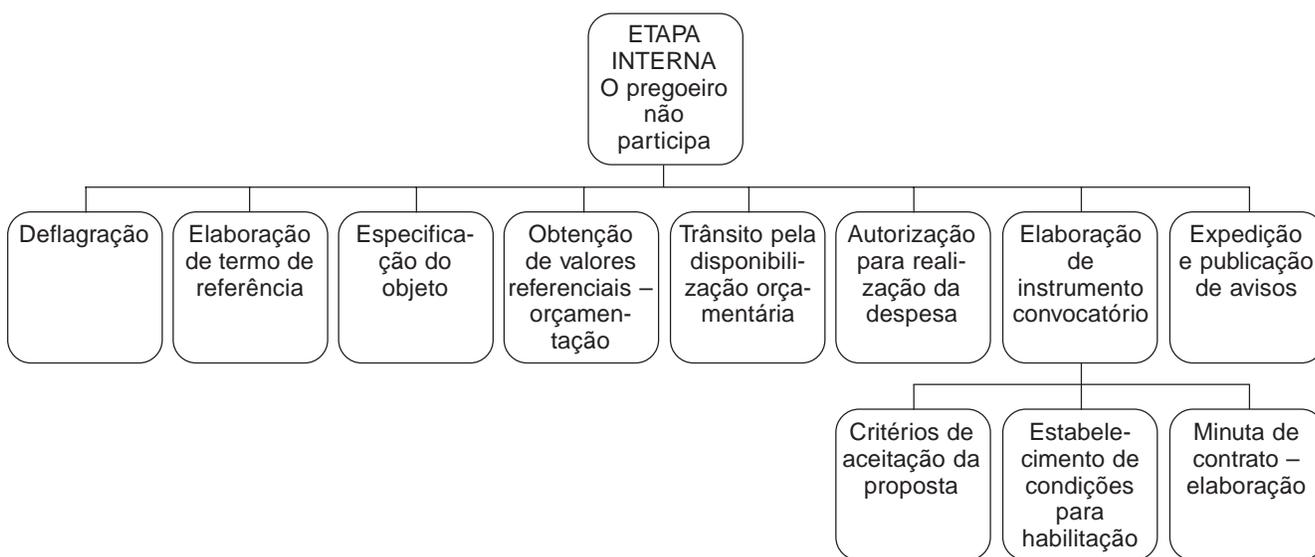
cleo de suas funções reside na sessão pública de julgamento e é o seguinte:



\* No item atividades circunstanciais abarcamos as atribuições peculiares, a depender da forma de pregão. Por exemplo, no pregão presencial, o credenciamento.

É possível notar uma semelhança entre o núcleo de atribuições do pregoeiro e o da Comissão Permanente de Licitação que, em geral, é o mesmo. A grande diferença é que o pregoeiro, no que tange à responsabilidade, está sozinho, diferentemente do órgão colegiado, no qual há presunção de decisão conjunta. Essa diferença denota, mais uma vez, a grande necessidade de diferir as atribuições do pregoeiro, respeitando o campo de delimitações legais, evitando-se assim a sobrecarga e as punições decorrentes do exercício de atribuições que nem sequer lhe pertencem.

Em resumo, poderíamos esquematizar a participação do pregoeiro no pregão por meio dos seguintes diagramas:



\* No item atividades circunstanciais abarcamos as atribuições peculiares, a depender da forma de pregão. Por exemplo, no pregão presencial, o credenciamento.

## 5. INVESTIDURA

Ao ser investido para desempenhar as atribuições que lhe são correlatas, o pregoeiro assume diversos deveres e sujeita-se a responsabilidades. Mas deve-se perguntar, inicialmente: de que modo se dá essa *investidura*? e por quanto tempo?

Pode ser, a depender do regramento administrativo específico, que o pregoeiro, ao ser designado, tenha de cumprir alguma solenidade para poder *investir-se nas funções de pregoeiro*.

Citamos como exemplo a necessidade de se *registrar*, perante o setor correspondente, algo que se assemelhe a uma espécie de *declaração de bens*. Medida do gênero, se existente, é salutar tanto para o servidor designado quanto para a própria Administração que o designou, pois, a qualquer tempo, poderá fazer a verificação necessária em torno do patrimônio individual daquele. E, assim, resguardam-se todos.

Cumpre-nos lembrar, de outra parte, que a nomeação geralmente é feita juntamente com a da equipe de apoio por meio de ato jurídico de cunho administrativo, cuja fisionomia se afeiçoa às práticas da unidade administrativa designante (portaria, decreto, resolução etc.).

Não há delimitação temporal pelos textos normativos em relação ao *mandato de pregoeiro* (expressão imprópria, aliás). Levando-se em conta que a Administração efetuará despesas com a capacitação do pregoeiro e de sua equipe, bem assim a relativa dificuldade em se reunirem as qualidades mencionadas no item “Perfis do pregoeiro”, como também a agilidade que tomam os trabalhos na medida em que se solidificam prática e conhecimento, recomendam-se também por isso *mandatos* mais longos.

Não se deve, entretanto, designar apenas um pregoeiro, pois isso fatalmente sobrecarregaria o servidor, como também causaria uma dependência da unidade administrativa para com ele – o que é prejudicial.

Recomenda-se, então, designar alguns servidores do órgão, tanto para atuar como pregoeiros quanto para auxiliar como equipe de apoio, devendo-se efetuar rodízio entre eles, prática bastante saudável, segundo pensamos.

## 6. DIREITOS, DEVERES E RESPONSABILIDADES

O pregoeiro não pode recusar-se à nomeação. Uma vez decidida a designação pela autoridade superior, cumpra-lhe assumir o desempenho das atividades respectivas. Esse o seu primeiro dever, decorrente da *lealdade* para com os interesses públicos e da *obediência* às determinações superiores.

Ao assumir o *posto*, muitos outros deveres surgirão. Esses deveres, em alguns momentos, confundem-se até mesmo com o perfil do pregoeiro, na medida em que honestidade, integridade, responsabilidade, organização, pontualidade, ética, confiabilidade, sinceridade, competência, além de serem atributos perseguidos em seu perfil, são também obrigações que devem informar a sua conduta.

Em contrapartida, possui direitos que devem ser assegurados pela unidade administrativa. O primeiro deles é a promoção de capacitação e de aperfeiçoamento contínuo.

Outro direito, apesar de na prática não ser muito respeitado, é o da existência de ambiente seguro para o exercício de seus atributos. Isso envolve desde recursos humanos e materiais – apoio para o exercício das atividades cotidianas, assessoria jurídica, munição de programas de auxílio, sistemas de informática, maquinário etc. – até a distribuição adequada de atividades de cada servidor dentro do *script* do todo que é o procedimento de aquisições, levando-se em conta desde a formulação do pedido até os mecanismos de controle das despesas.

O pregoeiro é responsável pela condução do certame; pelo cumprimento dos prazos da etapa externa, tais como produção de resposta e esclarecimentos e a impugnações a tempo e modo devidos; por providências outras que se mostrarem necessárias diante das peculiaridades do certame como, por exemplo, o adiamento de uma sessão de julgamento. Ele é responsável pelo cumprimento da legislação e das regras estabelecidas no edital na etapa externa, pela condução e pela boa orientação dos trabalhos da equipe de apoio.

Importante lembrar também da responsabilidade unipessoal atribuída ao pregoeiro, a qual

lhe reserva suportar sozinho os ônus legais da prática de irregularidades ou de ilícitos na condução do certame. Multas e outras sanções administrativas são primeiramente a ele atribuídas, reservando-se à equipe de apoio responsabilização em casos esporádicos, nos quais seja óbvia a participação de membro de referida equipe.

## 7. REMUNERAÇÃO<sup>14</sup>

Não há previsão legal expressa que determine a remuneração do pregoeiro pela sua atuação em pregões. As disposições da Constituição Federal, entretanto, em seus arts. 37 e 39, evidenciam que não pode haver trabalho prestado à Administração Pública sem que seja efetuada a devida contraprestação.

É bem verdade que, em geral, os servidores designados para atuar como pregoeiros não abandonam seus postos de trabalho na unidade administrativa, exercendo as funções de forma cumulada. Mas o fato de o servidor perceber a remuneração pelo cargo que ocupa não impede a percepção de remuneração decorrente do efetivo desempenho das atividades de pregoeiro.

Assim, se a designação for exclusivamente para a atuação como pregoeiro, tanto melhor, posto não haver dúvida acerca da obrigatoriedade de se instituir a remuneração. Mas se o exercício da função for cumulado com aquela decorrente do cargo que o servidor já ocupa, mesmo assim não há óbice para se efetivar a contraprestação pelas atividades de pregoeiro.

Na verdade, a contraprestação se justifica, especialmente, pela relevância do papel do pregoeiro dentro da unidade administrativa. Os procedimentos de compras e contratações alimentam todos os setores da unidade administrativa, exercendo, assim, papel fundamental para a continuidade dos serviços da Administração. Ademais, trabalha-se, ainda que não diretamente, com o dinheiro público, que deve ser gasto com parcimônia, responsabilidade e muito zelo.

O trato com o dinheiro público é encarado com tanta seriedade, que diversos são os meca-

nismos de controle a que se submetem os que lidam com licitações. Tanto é verdade, que o pregoeiro pode ser responsabilizado com seu patrimônio pessoal, se restar evidenciado o cometimento de atos atentatórios aos interesses públicos – tal como já comentado. Por isso, mais do que justificada a necessidade de se estabelecer a remuneração pelo exercício das funções de pregoeiro.

Entendemos que a remuneração deve ocorrer pelo efetivo exercício das atividades de pregoeiro, e não pelo simples ato de nomeação. Defendemos, pois, que a remuneração se materialize à vista de uma atuação concreta, efetiva e real, e não por *simples designação*. Ou seja, há de se instituir mecanismo normativo que preveja tal circunstância para que não haja *locupletamento sem causa*.

Faz-se importante ressaltar que usamos o termo “remuneração” não em sua acepção técnica, mas no sentido corrente que designa o somatório dos valores recebidos pelo servidor público.

Tal ressalva é importante por entendermos que o caráter da remuneração paga aos pregoeiros é “indenizatório” e, por isso, não integra os vencimentos – ou a genuína remuneração – dos servidores para quaisquer fins,<sup>15</sup> tampouco necessita ser instituído por lei formal, podendo sê-lo por outro ato normativo, desde que se espelhe na lei que autoriza o pagamento da importância respectiva (indenizações em geral).

Passos fundamentais na implantação dessa parcela indenizatória destinada aos pregoeiros são a prévia estipulação em regimentos próprios, instituída por meios formalmente válidos, bem assim a prévia dotação orçamentária. Isso é importante por caracterizar exigências legais, corolário dos princípios da legalidade, da transparência, do planejamento orçamentário, da programação financeira, além de outros.

No estabelecimento de valor para a indenização ao pregoeiro pelas suas atividades no pregão recomendamos se levem em conta parâmetros constitucionais – art. 39, § 1º, I –, a saber: a

14. Consulte o nosso trabalho “Remunerabilidade do pregoeiro e da equipe de apoio”, no *BLC – Boletim de Licitações e Contratos* nº 2/06, São Paulo, Editora NDJ, p. 130.

15. É que as parcelas indenizatórias são, por natureza, eventuais, isoladas, referenciadas a fatos e circunstâncias, e não à pessoa do servidor.

natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade do cargo. Já foi demonstrada neste trabalho a relevância das atividades desenvolvidas pelo pregoeiro. Entendemos que qualquer remuneração decorrente dessas atividades deve guardar pertinência lógica, diretamente proporcional à natureza, às responsabilidades e ao grau de complexidade das atribuições conferidas ao servidor.

Práticas não recomendáveis por nós são a tentativa de vincular a remuneração do pregoeiro ao percentual de economia que gera para a unidade administrativa, como também a fixação de indenização em valor que supere os vencimentos percebidos pelo servidor no cargo que exerce concomitantemente com as atividades de pregoeiro.

A primeira conduta acima transcrita não é recomendável porque ainda há dificuldades em concluir pela economia real que o pregão gera, bem assim por haver uma oscilação de valores muito grande para se ter como parâmetro para a remuneração do pregoeiro.

Já a segunda conduta, igualmente, deve ser evitada posto não se pretender gerar na unidade administrativa disputas pelo exercício das atividades de pregoeiro, já que, conforme visto, as atividades desenvolvidas por este demandam um perfil específico, nem sempre preenchido por todos os servidores.

Adotadas as práticas aqui recomendadas, acreditamos possa ser proveitoso o estabelecimento de remuneração aos pregoeiros.<sup>16</sup>

## 8. CAPACITAÇÃO E TREINAMENTO

Já falamos que para ser pregoeiro é preciso perfil adequado, mas não é só isso. É necessário também que ele tenha a capacitação específica para o exercício da função. Por ser o pregão procedimento licitatório distinto dos demais, faz-se importante que o servidor – mesmo aquele que já tenha experiência em licitações processadas nos moldes da Lei nº 8.666/93 – realize cursos que o capacitem.

Nem nos preocupa tanto o comando escrito no art. 7º, parágrafo único, do Dec. nº 3.555/00. É que ter o servidor público realizado algum curso de capacitação não o qualifica, somente por isso, a conduzir com sucesso o procedimento.

Tanto o treinamento quanto o aperfeiçoamento do pregoeiro para os procedimentos de pregão devem ser estimulados pela unidade administrativa. E esse treinamento é de caráter *contínuo*.

A Constituição Federal vigente estimula e recomenda a capacitação de servidores, visando o desenvolvimento de programas de qualidade, produtividade, bem como a modernização e a racionalização do serviço público. Os cursos e treinamentos podem ainda ser considerados para o estabelecimento de adicional ou prêmio de produtividade – art. 39, §§ 2º e 7º.

Como se vê, o estímulo à capacitação do servidor – em geral – tem origem na Lei Maior, que visa ao aperfeiçoamento do serviço público.

Dessa feita, justifica-se a necessidade de capacitação ou de aperfeiçoamento; escolhe-se a entidade prestadora dos serviços – a qual deve gozar de boa reputação no mercado; observa-se se os seus preços estão compatíveis com os praticados no mercado;<sup>17</sup> leva-se o procedimento à autoridade superior para ratificação; publica-se a ratificação; contrata-se; publica-se o resumo do contrato.

Esse procedimento é obrigatório, sob pena de invalidade da contratação.

Inexiste limitação quantitativa para a efetiva capacitação do servidor, podendo-se ofertar a ele tantos cursos quantos se entenderem convenientes ao interesse público. Não se devem disponibilizar, de uma só vez, os cursos a todos os integrantes da unidade administrativa que realizem as atribuições de pregoeiro; recomenda-se o rodízio – isso se dá pela necessidade de continuidade dos serviços na unidade administrativa.

E, por fim, pensamos não possa haver desconto do dia de ausência na unidade administra-

16. A equipe de apoio igualmente deve perceber a remuneração aqui defendida, devendo-se observar, entretanto, que as atribuições do pregoeiro, por maiores e de maior responsabilidade, impõem a fixação de valor diferenciado em relação à sua equipe.

17. A pesquisa orçamentária é fundamental.

tiva pelo servidor para a participação nos cursos e eventos, devendo-se considerar como de efetivo serviço prestado, já que ali está para melhor servir à Administração.

## 9. O PREGOEIRO E A MELHOR CONTRATAÇÃO

Em se tratando de pregão, em que o critério básico de julgamento é o menor preço, poder-se-ia afirmar que a melhor contratação deriva da oferta de valor mais baixo? Ou seja, o melhor contratado seria aquele que se fez à vista do menor valor a ser desembolsado?

Podem alguns ficar tentados a responder afirmativamente. Porém não é tão simples. Não se pode deixar de olhar para o texto da Constituição Federal que expressa o primeiro esboço daquilo que se entende por “contratação mais vantajosa”.

A melhor aquisição para a Administração, segundo a Constituição Federal, é aquela que satisfaz o interesse público e que é realizada em obediência aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência e de outros que lhes são correlatos.

O art. 37, XXI, da Constituição Federal reza que, salvo as exceções legais, as obras, serviços, compras e alienações se processarão em obediência ao procedimento licitatório. Elege, portanto, o princípio da licitação como a via obrigatória das aquisições pelo Poder Público.

Esse princípio obriga à busca da proposta mais vantajosa, oferecida por aquele que, em igualdade de condições com os demais ofertantes, detém o melhor produto por preço mais acessível. Os critérios e parâmetros de avaliação são fixados pelo órgão licitante. É regra geral a que deve submeter-se toda e qualquer licitação, portanto, que, para se concluir pela melhor proposta, devem ser avaliados critérios como a idoneidade de quem oferta, a adequação do produto às necessidades da Administração, bem assim o menor (melhor) preço ofertado.

Nota-se, de antemão, que antes do menor preço a Constituição elenca a melhor proposta como critério de prioridade. Aliás, a busca pela melhor contratação é conduta inafastável já que é a Cons-

tituição Federal, e não somente a lei, que assim determina. E, para se concluir pela melhor proposta, outros fatores, além do menor preço, são levados em conta, tal como já demonstrado.

Mas como, enfim, compreender essa vantagem (ou melhor contratação) no interior do pregão, no qual é o menor preço fator decisivo para o julgamento? Pensamos que a questão não possa ser avaliada de maneira reducionista, tampouco de modo compartimentalizado.

É preciso enxergar o pregão como procedimento e vê-lo não apenas nas etapas interna e externa, mas sobretudo nas fases que a estas sucedem – contratação ou execução do objeto e controle.<sup>18</sup>

Insiste-se com isso para estipular-se que a menor expressão monetária seja o decisivo para se ponderar acerca do que venha a ser casuisticamente a melhor contratação. De fato, o tempo da contratação, os custos administrativos, a segurança, a eficiência e a presteza na execução do objeto podem ser elementos que preponderem até mesmo sobre o menor preço, visto de maneira global. Note que aqui já elencamos pesos que transcendem até mesmo a avaliação realizada quanto ao objeto, passando-se a quantificar outros fatores que indiretamente vão influenciar a melhor proposta.

Dessa forma, o que se advoga no presente instante é que a melhor contratação não é apenas quanto ao resultado de um certame no qual o menor preço decidiu a questão.

Mas de que modo isso se materializa na prática?

Particularmente, cremos que pregões realizados no menor tempo possível, resultando em boas aquisições (em atendimento ao binômio qualidade-preço justo), sem conflitos entre os públicos interno e externo, e que satisfaçam aos interesses dos requisitantes, e com procedimento a baixo custo são indicadores de que a equipe trabalha primando pela qualidade e está efetivamente obtendo sucesso. O desenvolvimento de programa de controle das aquisições e dos gastos igualmente contribui para o sucesso das con-

18. O controle a que aqui nos referimos não é o da “legalidade”. Reverbera no monitoramento dos resultados obtidos.

tratações, constituindo inegável indicador de sucesso.

O pregoeiro, não há dúvida, é ator indispensável nesse trabalho, pois se envolve e se compromete em grande parte dos processos acima citados e, em especial, nos de maior relevância.

Por fim, cumpre, em resposta às proposições efetuadas no princípio deste trabalho, registrar que:

O pregoeiro indicado dentre os servidores da unidade administrativa que melhor atenda ao perfil aqui registrado contribui de forma relevante para a melhor contratação se cumprir com os prazos e as determinações legais e editalícias, especialmente no que tange aos critérios de classificação e seleção das melhores propostas – inegavelmente atrelados a definições efetuadas

na etapa interna, as quais devem ser de conhecimento e domínio do pregoeiro. Estará também desempenhando relevante papel o pregoeiro que age com seriedade, que trata os participantes de forma igual, sem estabelecer distinções, que busca a redução dos preços, orientado pelas pesquisas realizadas na etapa interna, que contribui para o controle das aquisições, enfim, que tem por meta a eficiência e a satisfação dos interesses públicos.

Por ser “ator” de um procedimento de atos compartilhados, o pregoeiro não pode ser considerado o único responsável pelo (in)sucesso do pregão. Mas o seu trabalho influencia consideravelmente o resultado das aquisições, merecendo por isso toda a atenção e respeito por parte da unidade administrativa.