



PARECER JURÍDICO Nº 01907.PROC.HRZ/2021

REF. CONTRATOS NºS 2021.12.14.4 e 2021.12.14.5 – PREGÃO ELETRÔNICO Nº 2021.09.30.1-SRP.

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE HORIZONTE – CE.

INTERESSADA: SECRETARIA DE EDUCAÇÃO.

OBJETO: POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO DE PREÇOS COM FINS À REDUÇÃO DO VALOR/AFASTAMENTO DE SOBREPREGO E CELEBRAÇÃO DE ADITIVOS DE SUPRESSÃO AOS CONTRATOS Nº 2021.12.14.4 e 2021.12.14.5.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. EXAME DA POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO, NO PREGÃO ELETRÔNICO, POR PARTE DA PREGOEIRA, COM AS LICITANTES VENCEDORAS, APÓS A CONTRATAÇÃO E RECEBIMENTO DO OBJETO, COM FINS À REDUÇÃO DO VALOR, DE MODO A AFASTAR POSSÍVEL SOBREPREGO IDENTIFICADO PELA CONTROLADORIA GERAL DO MUNICÍPIO EM AUDITORIA. RECOMENDAÇÕES EMITIDAS QUANTO À RETIFICAÇÃO DA LICITAÇÃO E CONSEQUENTE AVENÇA, OU ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO. CELEBRAÇÃO DE ALTERAÇÃO CONTRATUAL, MEDIANTE ADITIVOS DE SUPRESSÃO DE VALOR.

I. RELATÓRIO





Trata-se de solicitação emanada da Secretaria de Educação do Município de Horizonte - CE, acerca da possibilidade legal de ser realizada negociação com as licitantes vencedoras/contratadas no Pregão Eletrônico nº 2021.09.30.1-SRP – empresas Pedro Paulo Paiva Rodrigues-EPP (Contrato nº 2021.12.14.4) e Washington Barros de Sousa-ME/Personaliza.com (Contrato nº 2021.12.14.5), que tem como objeto “o registro de preços visando futuras e eventuais contratações para aquisição de brinquedos infantis, destinados aos alunos de 02 anos a 12 anos matriculados na rede de ensino municipal, como execução do Projeto Educar com Amor, realizado pela Secretaria de Educação de Horizonte/CE”, por parte da Pregoeira condutora da licitação, após adjudicação, homologação, contratação e recebimento do objeto, visando afastar possíveis sobrepreços de alguns dos itens contratados.

Consta dos autos o documento intitulado “RECOMENDAÇÕES DO CONTROLE INTERNO N.º 2712001/2021-CGM”, mediante o qual a Controladoria Geral do Município, em auditoria de rotina realizada na Secretaria consulente, identificou as situações de superfaturamento/sobrepreço na licitação em comento, já consolidadas nos Contratos de nºs 2021.12.14.4 e 2021.12.14.5, firmados entre Secretaria de Educação do Município e as mencionadas Contratadas, e, após, pediu os autos à Comissão de Pregões passando a proceder detalhado exame de seu teor.

Na sequência, veio a douta Controladoria Geral do Município a posicionar-se sobre a situação de sobrepreço detectada e emitindo as ditas Recomendações, cujo teor consta, em síntese:

“Que a Secretaria de Educação do Município de Horizonte em conjunto com a Comissão Permanente de Pregão do Município revejam os atos do Pregão Presencial nº 2021.09.30.1-SRP, tendo em vista que os preços apresentados pelas empresas Pedro Paulo Paiva Rodrigues EPP (DESTAK) e Washington Barros de Sousa (Personalize.com) estão em descompasso com o preço de mercado, momento que a Administração Pública pode anular seus próprios atos, a qualquer tempo, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, conforme entendimento concretizado na Súmula nº 473 do STF;





Que a Secretaria de Educação solicite Parecer Jurídico da Procuradoria Geral do Município para as devidas providencias;
Que a Pasta encaminhe este Parecer da Controladoria para a Comissão de Licitação para as devidas providências;

Que as empresas devolvam os valores recebidos pela Prefeitura de Horizonte, até o julgamento final deste Processo Administrativo;

Em ultimo caso, que a Secretaria de Educação ou qualquer outro Órgão competente da Administração Pública Municipal de Horizonte anule os atos praticados inconvenientes e inadequados à satisfação do interesse público, por entender que a Administração Pública deve seguir os preceitos da Constituição Federal e Leis afins.”

Relata a Secretaria consultante que o objeto já foi recebido, tendo os brinquedos adquiridos sido entregues às crianças beneficiárias do “Projeto Educar com Amor”, assim como foi realizado um pagamento em favor da empresa contratada Pedro Paulo Paiva Rodrigues-EPP, no valor de R\$ 35.400,00 (trinta e cinco mil e quatrocentos reais) e um outro em favor da contratada empresa Washington Barros de Sousa-ME, no valor de R\$ 197.520,00 (cento e noventa e sete mil quinhentos e vinte reais).

Indaga, outrossim, sobre a possibilidade de uma vez realizada a negociação, serem celebrados Termos Aditivos aos Contratos de nºs 2021.12.14.4 e 2021.12.14.5, decorrentes da mencionada licitação, voltados à supressão de valor, de acordo com os novos valores obtidos nas negociações realizadas junto às mencionadas empresas e as novas Propostas de Preços readequadas, apresentadas pelas mesmas na licitação.

É o que se tem a relatar. Passaremos a opinar.

II - PARECER

O questionamento proposto se refere à possibilidade de, na licitação na modalidade pregão, em sua forma eletrônica, após o encerramento da etapa de lances da sessão pública, mais precisamente, no caso vertente, após a contratação e entrega do objeto,





diante da constatação de possíveis sobrepreços de alguns dos itens contratados, por parte da Controladoria Geral do Município, a Pregoeira condutora do certame vir a realizar negociação com as vencedoras/contratadas na licitação, mediante o encaminhamento, pelo sistema eletrônico, de contraproposta às mesmas, para que sejam obtidas melhores propostas e, dessa forma, afastar a situação de sobrepreço indicada pelo órgão de controle interno, por meio de Recomendações emitidas nesse sentido.

Iniciamos por registrar que no pregão, a busca pela proposta mais vantajosa prevê a realização de uma fase de lances, após a apresentação das propostas de preços iniciais, momento do procedimento no qual os licitantes, mediante disputa, têm a oportunidade de reduzir os preços inicialmente indicados em suas propostas.

Toda a negociação proposta pelo Pregoeiro responsável pela condução do certame tem como base legal o disposto no art. 4º, incisos XI, XVI e XVII da Lei 10.520/2002, os quais dispõem, *in verbis*:

“Art. 4º. (...)

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;

(...)

XVI – se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor.

XVII – nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido o melhor preço.”

De se realçar que nas licitações na modalidade pregão, mais do que uma faculdade, constitui poder-dever do Pregoeiro a tentativa de negociação para reduzir o preço final alcançado, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, mesmo que eventualmente o valor da oferta tenha sido inferior à estimativa





de preços da licitação, eis que tal prerrogativa se encontra expressa na Lei nº 10.520/2002, consoante a transcrição acima.

A legalidade, como princípio de Administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Pois bem, o dever de negociação se encontra expressamente previsto no inciso XVII, suso transcrito, o qual indica que a mesma deve se dar “nas situações previstas nos incisos XI e XVI”, sendo de se considerar que o caso vertente se subsume à letra do inciso XI, de uma feita que a Pregoeira da licitação, após o exame da proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, decidiu motivadamente a respeito da sua aceitabilidade, o que fez com lastro nas pesquisas de preços constantes dos autos, de modo que, à luz do Mapa de Preços, os preços declarados como aceitáveis se revelaram, na ocasião, como sendo o “menor preço”, que é o critério de julgamento a nortear as licitações na modalidade pregão.

Ocorre que, conforme constatado pela Controladoria do Município, *a posteriori*, em auditoria realizada, os preços praticados na espécie, que se revelaram como o menor preço dos autos, não condiziam com o menor preço praticado no mercado, o que poderia vir a denotar que a proposta vencedora, ainda que se mostrasse como a mais vantajosa diante dos preços coletados nos autos que parametrizaram o valor estimado da licitação, não assumiam tal condição, uma vez confrontados com os preços do mercado.

Nesses moldes, as propostas vencedoras, após preenchidos os critérios formais, poderiam ser, como foram, tida por “aceitáveis”, quanto ao objeto e valor, sendo que, no entanto, repise-se, quanto ao valor constante dos autos.

Note-se que a redação do inciso XVII da Lei nº 10.520/2002 já não fala em “menor preço”, mas se refere à busca, por parte do Pregoeiro, através da negociação, de um “melhor preço”, que se transmuda justamente, na proposta mais vantajosa para a Administração



Pública, oportunidade em que, respeitadas as suas próprias limitações e as do mercado, o licitante, em havendo possibilidade, poderá, já vencedor na disputa, reduzir ainda mais o preço da sua proposta, o que, no nosso entender, pode ocorrer em qualquer momento da licitação e inclusive após a sua finalização, como no caso vertente, de uma feita que se trata de uma interpretação pró-erário, que homenageia a vantajosidade e economicidade perquiridas numa licitação, que se transmudam, numa concepção finalística, no fim primeiro e último de um certame, vindo a consolidar a regra constitucional insculpida no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal Brasileira.

Como dito acima, o poder-dever de negociação por parte do Pregoeiro, no pregão, tem assento legal, ao que se aduz que a Lei do Pregão não estabeleceu qualquer limitação de tempo ou de fase a que possa se dar essa negociação, após a seleção da proposta mais vantajosa, sendo entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante de que a busca pela proposta mais vantajosa possa se dar a qualquer tempo, no sentido de que *“no pregão, constitui poder-dever da Administração a tentativa de negociação para reduzir o preço final, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, mesmo que eventualmente o valor da oferta tenha sido inferior à estimativa da licitação. Nesse sentido, os Acórdãos 3.037/2009 e 694/2014, ambos do Plenário”*.

De se realçar que **uma das características mais relevantes da licitação na modalidade pregão é a possibilidade de negociação direta com o licitante por parte do pregoeiro**, é essa atuação do agente público com sentido de mercância, de se baixar o preço, o que se demonstrou uma inovação da modalidade que, desde o princípio, representou um contraponto às licitações convencionais, assim entendidas como aquelas previstas na Lei nº 8.666/1993, cujas propostas de preços se apresentavam “engessadas” e onde não se encontra prevista a possibilidade de negociação, a qual permeia todos os regramentos do pregão desde a sua criação via Medida Provisória nº 2.026, de 28/07/2000 (e suas reedições), assim como está disciplinada na Lei Federal nº 10.520/2002, na nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), no Decreto Federal nº 3.555/2000, no já revogado Decreto Federal





nº 5.450/2005 e, ainda, no novo Decreto do Pregão Eletrônico - Decreto Federal nº 10.024/2019.

Entretanto, os mencionados regramentos, a despeito de privilegiar a negociação, repise-se, uma das características mais relevantes da modalidade, rejeitam a possibilidade de negociação no âmbito privado do pregoeiro e do particular, **tendo se consolidado o entendimento de que a negociação deverá sempre ser realizada por meio de sistema**, podendo (e devendo) ser acompanhada por todos os demais licitantes. Inclusive o recente Decreto Federal n.º 10.024/2019, manteve o mesmo entendimento, conforme as disposições do § 1º do art. 38, comportando inovação somente no sentido de tornar obrigatória a negociação, uma vez que o *caput* do art. 38 traz a palavra "deverá", enquanto que o § 8º do art. 24 do Decreto Federal nº 5.450/2005 traz a palavra "poderá".

Sendo assim, **o novo Decreto do Pregão Eletrônico ratifica, de forma inquestionável, a necessidade imperativa de negociação**, o que tem sido o entendimento da jurisprudência da Corte de Contas Federal, traduzido em diversos Acórdãos, cujo teor de um dos mais recentes abaixo transcrevemos, *in verbis*:

Na modalidade pregão, a negociação com o licitante vencedor visando obter melhor proposta para a Administração deve ser realizada mesmo se o valor ofertado for inferior àquele orçado pelo órgão ou pela entidade promotora do certame (art. 38, caput, do Decreto 10.024/2019).
Acórdão 2622/2021 – Plenário TCU

No mesmo sentido, a abalizada orientação doutrinária. Vejamos:

José Calasans Júnior:

“O regulamento permite que o pregoeiro negocie com o proponente da melhor oferta para a obtenção de melhor preço” (O pregão nas licitações de bens e serviços. ILC – Informativo de Licitações e Contratos, v.7, n.º 80).

Coelho Motta:

“Em qualquer dos casos em que for determinada a aceitabilidade de uma proposta, é admissível a negociação direta com o ofertante, objetivando a

