

JORNADAS DE ESTUDOS NDJ

**DIREITO
ADMINISTRATIVO**

Organizadas por:

Cerdônio Quadros

Editor e Coordenador Técnico e

Marcello Rodrigues Palmieri

Gerente da Consultoria NDJ

Tema em Destaque

Pregoeiro: Condutas Tendentes a Realizar a Melhor Contratação para a Administração Pública*

Palestra proferida por:

Jair Eduardo Santana

Mestre em Direito do Estado pela PUC – SP

O painel de hoje estudará o pregoeiro e a nossa análise está voltada para as condutas tendentes a realizar a melhor contratação para a Administração Pública. Eu falarei sobre o perfil e as atribuições do pregoeiro, tema extremamente sedutor e que permite investigar algumas questões que estão a me preocupar desde sempre, desde que o pregão veio à luz. Causa sempre muita dúvida saber, por exemplo, em que medida o pregoeiro pode, no exercício das suas funções, propiciar a melhor contratação para a Administração Pública, ou seja, de que maneira o pregoeiro influencia no resultado prático e concreto daquela contratação. É uma questão fundamental que irei enfrentar no decorrer da minha fala, mas não é só isso, pois também me preocuparei com outras questões: quais são as providências principais que o pregoeiro pode e deve tomar visando a melhor contratação? Ou seja,

quais os limites das suas atribuições? Nós vamos ver que a coisa é um pouco difusa, embora o tema venha sendo tratado nesses últimos seis anos com uma certa freqüência, mas não com profundidade. Também em razão dessa difusão de atividades dadas ao pregoeiro na prática, me preocupa saber de que maneira as medidas tomadas na etapa interna influenciam no trabalho do pregoeiro, porque para bem da lei o pregoeiro tem uma atuação a partir de um certo ponto no fluxo do procedimento a partir da parte externa. Assim temos que saber de que forma a etapa interna, os atos preliminares, vamos chamar assim, estão influenciando a ação do pregoeiro. E mais: será que o insucesso ou o sucesso do pregão, em termos de expressão monetária, poderia ser atribuído com exclusividade ao pregoeiro? Porque hoje vende-se uma imagem que o governo tal está economizando X com o pregão.

* Painel de Debates nas Jornadas de Estudos NDJ de Direito Administrativo, realizado no dia 29 de setembro de 2006, em São Paulo – SP.

Essa circunstância posta em evidência, embora seja muito relativa, é objeto de discussão, e eu vejo isso com uma certa reserva. De qualquer maneira é o que nós encontramos nos jornais, nos noticiários e na mídia: economia, celeridade e transparência, todos motivadores do pregão, mas parece que se esquecem do protagonista que é o pregoeiro. Não que eu esteja reivindicando em absoluto o sucesso ou o insucesso do procedimento para o pregoeiro, mas reivindico nesse instante um debate sobre a sua atuação. Sabemos que o papel desse protagonista é fundamental, e se é fundamental deveríamos estar sempre a dedicar um tempinho maior para poder debater essas questões. E de que forma podemos fazer essa análise? Obviamente que não tem como tomar um outro ponto de partida a não ser aquele das nomenclaturas que nós chamamos de “nomenclaturas normativas” – isso já é texto de lei e não há como fugir da norma, pois é o primeiro local para a gente começar a compreender essas questões todas. Com a liberdade que tenho para conduzir a minha exposição resolvi primeiro retomar aquela questão: quem pode ser designado pregoeiro? Alguém pensará assim: “– Puxa professor, mas essa questão é tão simples”. É simples sob certo aspecto, pois se nós formos encarar o dispositivo normativo que trata dessa questão vamos encontrar ali – a regra é clara – “a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro...”. Porém a questão é saber quem é servidor público e aí há várias classificações que nós poderíamos utilizar para responder essa mesma questão. É claro que me parece que a lei quis se referir a servidor num sentido amplíssimo. E nesse sentido podemos trazer quem para o interior do pregão? Aquele que ostente essa condição de maneira ampla. E quem seria esse? Ora, tanto aquele que é o ocupante de cargo efetivo como aquele que ocupa cargo em comissão, aquele que é cedido, enfim, devemos consultar os manuais de Direito Administrativo para saber quem é o servidor público. Daí podem surgir algumas questões pouquíssimo debatidas; por exemplo, saber se um membro de Poder poderia ser designado pregoeiro. Um vereador, um magistrado poderiam exercer a função de pregoeiro? O conhecido e amigo de todos nós, o Desembargador Jessé, com o conhecimento todo que tem de licitações,

poderia ser designado pregoeiro pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro? Não tenho dúvida que o amigo Jessé poderia, sem dúvida alguma. Antes de enfrentar o ponto central desse enfoque me lembrei, vendo aqui a minha anotação, que a Lei nº 10.520/02 fez um direcionamento específico para tratar da questão dos militares. Nem precisava, pois *lato sensu* os militares também integram as carreiras próprias e títulos do Estado. Enfim, isso tudo é muito simples e a minha preocupação não é efetivamente essa. O que eu reclamo é que a designação do pregoeiro se faz só tendo em conta essa questão mínima, ou seja, esse atributo que chamo de “funcional”, e a Administração deveria agregar outros tantos. Por quê? Não falo do Jessé, mas eu que também ostento a qualidade de membro de Poder infelizmente não tenho qualificação para ser pregoeiro. Por quê? Faltam-me atributos, talvez não funcionais, mas atributos outros que não compõem o meu perfil, eu sou péssimo para negociar. Então, é nesse sentido que a qualificação “servidor público” deve ser decantada na Administração Pública, tanto do ponto de vista dos atributos funcionais quanto do ponto de vista dos atributos pessoais, individuais, das habilidades diversificadas que são natas e inatas. Algumas nós já temos desde o nascimento e outras podemos desenvolver com o passar do tempo e com muito treinamento, ou seja, a Administração talvez devesse pensar um pouco se aquele servidor público que ocupa um cargo X, e desempenha funções Y, possui atividades correlatas para o exercício das funções de pregoeiro.

O que eu quero dizer em termos práticos é o seguinte: servidor público numa determinada estrutura, num determinado quadro de uma organização ou instituição governamental, nós vamos encontrar inúmeros, mas será que seria correto pinçarmos um servidor em relação ao qual nunca foi vista uma nota de empenho, um contrato, um edital, e colocá-lo para cuidar das questões de licitação?

Imaginemos que esse servidor tenha trabalhado no setor de recursos humanos toda a vida. Obviamente, por ostentar a condição de servidor público pode, num primeiro momento, ser designado, mas os atributos funcionais certamente não

correspondem ao exercício da sua função. O que eu estou querendo desenhar é o seguinte: o servidor público deve ter em sua bagagem algumas características funcionais cujas atribuições do cargo de origem tenham alguma relação com o próprio exercício da função de pregoeiro. Por quê? Porque essa pessoa estará melhor qualificada para o exercício das suas atividades. E como isso se faz na prática? Diversas instituições, diversos órgãos já fazem isso – a minoria infelizmente – mas a maioria deveria se preocupar com isso, deveriam escrever, pensar, reescrever se for o caso, fazer um *script*, um roteiro, enfim, estabelecer os chamados “requisitos mínimos” para a designação do pregoeiro. Isso é apenas uma sugestão de minha parte. Bom, esse rol, esse catálogo, é muito casuístico, e cada Administração saberá onde é que a sua dificuldade se apresenta. Não acho que é despropositado o que eu estou dizendo porque se nós formos olhar a essência de “servidor público” na sua matriz, que é a Constituição Federal, encontraremos lá um mecanismo que diz que o concurso público é elaborado porque é a porta natural de ingresso no serviço público, tendo em consideração, vamos dizer assim, a própria complexidade das atividades que forem ser desenvolvidas a partir do instante em que o servidor público tomar posse e entrar em exercício. Assim, o concurso público também já exige, ou deveria exigir do candidato, algo correlato com a função que ele vai desempenhar durante a sua vida funcional – ou seja, a idéia que aqui esboço é uma imitação, pois peguei essa matriz constitucional e apliquei nessa situação. Logo, se para um cargo X nós temos exigências Y, segundo o arcabouço administrativo constitucional, para o exercício da função de pregoeiro a Administração Pública deve escrever o seu roteiro e estabelecer rotina e regras. Se a Administração Pública tiver e contar com um grande número de pessoal nada impede que seja exigido grau de escolaridade e o exercício de funções correlatas ao exercício da atividade de pregoeiro. Isso se aplicaria ao apoio – embora o foco não seja o apoio? Sim, também poderia se aplicar ao apoio. Acho até que, dependendo das circunstâncias, o candidato a pregoeiro poderia ou deveria ser apoio antes – sem diminuir a função – mas é que o apoio não deixa de ter uma função subalterna em relação ao protagonista. Aliás, poderia ser pré-requisito ter sido

apoio para vir a ser pregoeiro. Bem, quando então eu mencionei “quem pode ser designado” não quis ficar no plano simplista da lei, porque a lei se referiu ao servidor público e ponto final. Bem, ostentando essa condição de servidor público e agregando ao servidor público essas características funcionais que eu estou chamando de atributos funcionais, ainda assim, a designação não poderia ser feita de plano, porque o sujeito pode ser servidor público, pode estar ali sentado no setor das licitações, pode ter pós-graduação em licitação, ser PhD na matéria, mas não ter perfil. Na verdade, eu até escrevi “perfis” na minha anotação. Por que perfis? Porque há pregoeiros e pregoeiros.

O pregoeiro do eletrônico exigirá um perfil diferenciado em relação ao perfil do pregoeiro presencial; o pregoeiro presencial no mínimo tem que saber se relacionar com o público, pois se tiver dificuldade em se comunicar o exercício da função estará de todo comprometido.

Aqui também, quero crer, a Administração pode estabelecer um perfil para que o seu pregoeiro seja bem escolhido e bem designado, ou seja, eu estou falando especificamente de atributos pessoais, por isso não confundam esses atributos pessoais com aqueles que eu chamei de atributos funcionais. Cada servidor tem o seu perfil, as suas habilidades, que eu chamei de habilidades natas, e outras que poderão ser adquiridas, desenvolvidas, as que eu chamei de inatas. E que habilidades seriam estas? Eu recortei da Prof^a Tânia Maria Araújo, da Anvisa, algumas habilidades porque ela condensou isso tudo numa palestra, e eu achei interessante a relação que ela coloca, até mesmo porque didaticamente fica mais fácil expor para vocês. Essas habilidades dizem respeito ao ato de decidir. Não sei se traduzem a função do pregoeiro para essa dimensão, mas o certo é que o pregoeiro decide, julga, é a primeira instância de decisão no processo licitatório. Tudo aquilo que vou falar, a partir desse instante, citando a professora, tem por objetivo a boa decisão que por sua vez estará ligada à chamada melhor contratação, que é o nosso foco. Quase ninguém fala, mas a habilidade mais desenvolvida que o pregoeiro deve ter – e se ele não tem isso de uma forma nata deve desenvolver – é a serenidade; eu sempre falo

isso nos cursos. Quando lemos a legislação do pregão observamos que tudo é muito concentrado, muito rápido, célere e eu noto que os pregoeiros às vezes ficam um pouco afoitos, ansiosos, a meta é adjudicar, acabar com a sessão; assim quando consta na ata “adjudicou” parece que é um troféu, a vitória. E eu já vi várias vezes pregoeiros presenciais mais do que afoitos que, após obtido o menor preço, já adjudicam e, porque estão com pressa, esquecem até de habilitar, tamanha é a vontade de acabar o expediente! Exercendo a função de magistrado há quase quinze anos digo que é a serenidade que comanda tudo, e se precisar resgatar o brocardo que a pressa é a inimiga da perfeição, que contraria os pressupostos do Pregão, que se resgate porque um momento de insegurança, uma decisão tomada de afogadilho, poderá destruir todo o procedimento e tudo aquilo que foi feito. E as demais habilidades? Também tem que ser posta em discussão a objetividade. No pregão eletrônico – e eu assisto a muitos – vejo conversas na sala de mensagens, no bate-papo, que são inúteis, fúteis, às vezes até transcendendo para situações mais exasperadas, e que não levam a nada, porque quem perdeu, é claro, está irredimido. O poder de persuasão, domínios – no plural – é uma habilidade que o pregoeiro deve ter ou desenvolver. Que domínios são esses? Os domínios, tanto emocional quanto o ambiental, seja para o presencial ou para o eletrônico. Como ele é o diretor, o presidente da sessão, tem que saber conduzir, mas essas habilidades são todas correlatas ao ato de decidir, além de outras relativas ao ato negocial propriamente dito. São questões que vão se agregar aos atributos funcionais, pois agora são os atributos pessoais que podemos chamar de “perfis”. Eu nem sei se isso teria que ser falado, mas se fala que o pregoeiro tem que ostentar honestidade – me parece tão lógico –, integridade, responsabilidade, ética, pontualidade, organização – essa é importantíssima –, motivação, ser sigiloso em suas atividades e saber lidar com as críticas. Uma outra coisa que agrego em decorrência de minha própria experiência: uma virtude do pregoeiro é saber “redecidir”, voltar atrás. Um dia desses o nosso pregoeiro deu um rumo ao pregão, eu estava assistindo e vi que não estava correto; logo em seguida conversamos e ele foi a público e disse: “– Eu estou errado”, e foi bom

porque todo mundo via que ele estava errado e só ele não, e era um erro crasso.

Veio à minha memória um caso em que o pregoeiro chegou às raias da insanidade! A Administração Pública desejava 360 cartuchos de impressora, mas desejava que esses 360 cartuchos viessem embalados dois a dois, ou seja, 180 caixinhas com dois cartuchos dentro. Quando foi feita a classificação das propostas todos tinham situado num determinado patamar, imaginemos, de R\$ 50.000,00, e apenas um no de R\$ 25.000,00. Esse da hipótese de R\$ 25.000,00 disse: “– Eu cotei errado porque pensei que eram 180”, e estava visível que havia mesmo cotado em 180, que ele havia errado, não podia nem ser classificado, mas a Administração quis classificá-lo, e o pior, não admitiu que ele desistisse da proposta, porque ele pediu: “– Quero desistir da proposta. – Não, não cabe a desistência da proposta, porque tem um artigo x...”. Enfim, o pregoeiro errou, não voltou atrás, e é lógico que esse licitante ganhou porque tinha o menor preço; a Administração adjudicou, homologou, chamou para contratar e, evidentemente, o sujeito não apareceu. E pasmem, abriu-se contra ele um processo administrativo e ele foi punido! Aí sim ele foi ao Judiciário e o caso veio à tona, e é do conhecimento de todos. Em sede de procedimento defensivo para impedir a efetivação da punição foi dito que não havia razoabilidade no que se fez. Enfim, a Administração deveria no curso daquele procedimento, na pior das hipóteses, ter “redecidido”, voltado atrás, pois nesse caso específico causou mal a si própria e a terceiros.

Bom, na lista encontramos ainda as boas maneiras, a capacidade de liderança, o bom relacionamento e a boa aparência. É evidente que em cada tópico desses que estou relatando poderíamos abrir uma série de observações. Quando eu falo em boa aparência, o que isso tem a ver com o perfil do pregoeiro? Ora, ele é o representante da sua Casa; eu não estou falando de beleza, não é isso, mas de boa aparência, pois aquela é a cara do seu funcionário e, eventualmente, a cara da sua instituição. O pregoeiro também deve ostentar como habilidade – isso pessoal, insisto, não tem a ver com a funcional – a sinceridade, a competência e a responsabilidade. Aqui vamos ingressando naquilo que eu cha-

mei de “habilidades relativas ao negocial”. A questão negocial, a compra e venda, é algo que se cerca de diversas técnicas, é uma ciência. O pregoeiro não precisa virar um *expert*, um perito, mas deve minimamente conhecer, saber utilizar, enfim, ter um domínio, ainda que superficial, sobre essas questões porque há pregoeiros que são mais agressivos no sentido negocial e há os que são menos agressivos, e outros são totalmente passivos. E aí entra um pouco daquele componente humano que é o diferencial entre homens e mulheres. Eu brinco também nos cursos dizendo que as pregoeiras costumam ser mais detalhistas nessa questão da negociação. É fato, não sou eu que digo, eu repito apenas o que nós constatamos por meio dos estudos daqueles que são os versados na matéria. Recentemente vimos na televisão a diferença entre um homem e uma mulher fazendo compras num *shopping center*: o homem se vestiu todo em três minutos, comprou terno, uma gravata, um sapato, o cinto e a meia etc. Porém sabemos que não é assim com as mulheres! Via de regra isso é uma condição nata! Enfim esses perfis têm que também ser levados em consideração.

Bem, e o que faz o pregoeiro? Quais são as suas atribuições? Aqui nós temos problemas e problemões. Por quê? Porque me parece que houve uma espécie de migração fenomenológica. Aquele fenômeno que nós sempre experimentamos nas comissões de licitação agora foi transposto para a figura do pregoeiro. Que fenômeno é esse? O fenômeno das atribuições impertinentes, como diz o Prof. Diogenes Gasparini, aquela dificuldade em saber quem faz o quê. Porém não podemos deixar de lembrar um ponto muito importante: quando em Direito nós falamos em atribuições, esse termo abriga a questão da competência que por sua vez se atrela à Lei.

Ou seja, desvendar quais são as atribuições do pregoeiro nos leva, antes de qualquer coisa, a saber quais são ou qual é a regra de regência de suas atribuições; então, vamos encontrando no curso da história das comissões de licitação e do pregoeiro o acometimento de funções que não têm nada a ver com suas funções. O pregoeiro e a comissão de licitação acabam fazendo coisas que não deveriam fazer em decorrência da lei, porque a lei não autoriza que eles façam e

executem tais atividades. Por que isso acontece? Talvez por deficiência ou ineficiência, ou ausência de uma estrutura organizada. Somente nos últimos tempos é que a Administração Pública está se preocupando um pouquinho mais com essa questão da organização, mas pode haver também na estrutura desconhecimento normativo. E o que isso gera? Qual o problema do pregoeiro redigir o edital? Vamos direto ao ponto: a lei não lhe deu atribuição para tanto. Mas vamos partir do pressuposto que essa seja uma atribuição que não é ilegal, mas é impertinente. Qual o problema que isso gera? Gera uma dispersão indevida dos *scripts* entre os diversos atores que informam o processo administrativo licitatório, ou seja, acabamos fazendo com que as atribuições dentro de um fluxo estejam, além de dispersas, confusas. Essa dispersão gera, conseqüentemente, a chamada difusão nas responsabilidades, porque os senhores sabem tanto quanto eu que em Direito Administrativo nós que somos servidores públicos devemos seguir a lei; se não seguimos a lei é porque nos desviamos e se nos desviamos é porque há desvio funcional. Logo, se eu tenho uma dispersão de função, tenho uma difusão também nas responsabilidades correlatas e co-respectivas. Bem, além disso estou praticando uma ofensa gravíssima àquele princípio, ou enunciado, da segregação de funções. Muitas vezes um único sujeito da Administração cria as regras, julga, decide em grau de recurso, enfim, não há separação de atividades como a lei manda. E com isso nós olhamos para a Administração e para o fluxo do procedimento e observamos essa questão da divisão de tarefas de uma forma muito opaca, como se nós tivéssemos aqui a nossa frente um vidro todo embaçado sem saber muito bem quem está fazendo o que do lado de lá do vidro. Chamei isso de opacidade na distribuição das funções, e isso é muito ruim por diversos motivos, não só por esses que eu elenquei, mas porque estamos ferindo a questão da própria transparência tão exigida pelas normas que disciplinam esse procedimento relativamente novo. Eu dei alguns exemplos e falei da problemática que nós temos em torno das atribuições do pregoeiro. Eu acho que a gente podia perguntar onde começa o papel do pregoeiro no curso do processo. Onde ele tem a sua primeira atuação positivada? Quando ele entra em cena? Bem, se eu tenho que saber quando

ele entra em cena, tenho que saber também quando ele sai de cena, quando terminam as suas funções. Como é que nós fazemos isso? Uma técnica, eu acho que é interessante para bem compreender essa situação, é desenhar, ainda que mentalmente, o fluxo todo nas suas quatro etapas – alguns professores mais conservadores falam de duas fases da licitação: a fase interna e a externa. Não. Há quatro fases no mínimo, porque a visão que hoje nós temos disso tudo não é cartesiana e sim sistêmica, é uma visão mais abrangente, aberta. Nós passamos para a contratação, passamos para o controle – não é o controle só de legalidade, é do resultado de tudo o que aconteceu durante todo o fluxo. Nós não podemos segregar os instantes da licitação pensando que tem uma etapa interna e outra externa somente; é necessário olharmos o fluxo por completo, sejam duas, três ou quatro, ver etapa por etapa e dizer: “– Ah, o pregoeiro atua aqui porque tem atribuição legal, a lei manda que ele faça isso e ele faz aqui; ali ele não faz porque a lei não deixa ele atuar”, e assim percorremos todo esse fluxo. Basicamente há uma espécie de equivalência entre a atribuição do pregoeiro e as atribuições das comissões de licitação.

O art. 3º, inciso IV, da Lei nº 10.520/02 diz: “... 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”. Assim, o papel do pregoeiro seria o de ter o processo pronto em suas mãos, gerenciar uma fase de instrução onde são dados os elementos para que ele decida sobre dois aspectos básicos, proposta mais lance, e a habilitação, e estando tudo ok a adjudicação. Há diversas atividades circunstanciais. E o que são atividades circunstanciais? São aquelas que gravitam ao redor do núcleo das atividades do pregoeiro.

Alguém aí pode dizer: “– Puxa vida, mas na prática não é assim que funciona. O pregoeiro muitas vezes não fica disponibilizado para o procedimento só a partir desse instante – recebimento das propostas – ele acaba fazendo outras coisas”. É, realmente o pregoeiro acaba fazendo

outras coisas, mas nós temos que nos perguntar se isso está correto, se pode ser assim, se não pode, se podemos otimizar, melhorar; enfim, estamos em busca de quê? Sempre de uma otimização na *performance* da Administração. Então, há meios para que essa otimização se verifique. Bem, na etapa interna que se inicia com a deflagração do expediente, com a requisição, ordem de serviço, autorização de compra, comunicação interna – enfim, há diversas maneiras de se dar o pontapé inicial no processo administrativo – não há espaço para a figura do pregoeiro, como também não há espaço para a figura do pregoeiro em termos normativos no passo subsequente, que é a elaboração do termo de referência, a elaboração de um projeto básico – quando se tratar de um objeto que exija a elaboração; porém, muitas vezes, o pregoeiro está botando o dedinho ali, e eu sei disso na prática. Por quê? Porque ele está no setor, é requisitado, é solicitado a atuar, então dá também um auxílio nessa etapa, se embaralha todo com questões difíceis, complexas, a própria especificação do objeto. Por isso o pregoeiro não deveria estar em cena nesse instante. A obtenção de valores para a instrução do próprio processo também é uma tarefa que, vez ou outra, um pregoeiro ou outro, reclamam de estar realizando e pela lei não tem atribuição legal, não tem autorização normativa para tanto. Vejam que até esse ponto o pregoeiro não teria que ter entrado em cena, deflagrou, elaborou os termos de referência, toda aquela etapa interna que vai se desenrolando até chegar na elaboração do instrumento convocatório.

Não me canso de dizer – acho que em todo curso repito isso – que o pregão é um pouco traiçoeiro por criar uma expectativa até mesmo psicológica em quem não o conhece, e essa expectativa vira, no mais das vezes, frustração. Vemos na mídia que o governo tal economizou não sei quantos bilhões de reais. “– Nossa, que maravilha! – Vai acabar com os problemas da minha Administração. – Puxa, vamos adotar o Pregão. Vamos ver como é que o pessoal está fazendo lá. – Olha, parece que é a solução de todos os problemas da Administração Pública”. Só que essa Administração Pública se esquece que muitas vezes tem problemas crônicos e patológicos na etapa interna. O pregão não resolve isso, nunca resolveu e nunca vai resolver. Ou seja, as

patologias do procedimento administrativo já incrustadas na Administração Pública, numa determinada unidade administrativa, não saem com o pregão, aliás muito pelo contrário, pois a enfermidade se agrava, fica mais evidente porque a cobrança, a transparência e a visibilidade são maiores. Essa face perversa do pregão tem que ser trabalhada para que se reverta o cenário, ou seja, essas patologias todas encontráveis nessas circunstâncias têm que ser cuidadas.

Bem, chegamos na elaboração do instrumento convocatório. Essa fase, segundo a norma, também não é um mister que deva ser realizado pelo pregoeiro. “– Ah, mas é o pregoeiro que faz na minha unidade administrativa”. É, mas aqui nós temos que tratar desse assunto com calma, porque é um pouco problemático. Eu já disse, e todos sabem disso, que o ponto de partida é a norma, é a lei; então, ao olhar para a lei vamos ver que essa atribuição está dada à autoridade competente, e é essa autoridade que deve preencher esse “buraco”. Qual “buraco”? Ora, as condições para a aceitação da proposta, as exigências para a habilitação, as sanções por eventual inadimplemento etc. Todo aquele conteúdo do edital, é óbvio, é intuitivo, que deve ser feito por uma pessoa estranha ao pregoeiro. Isso é claro. Mas o que acontece na prática? O pregoeiro acaba fazendo o edital. Então, nós temos que nos perguntar: ele tem competência para assim fazê-lo? Não, não tem. O decreto permite que ele assim o faça? Não, o decreto não permite também. Há alguma determinação interna para se fazer isso? Que determinação interna? Sei lá, alguma rotina interna na sua unidade administrativa que dê poder e competência para assim proceder. É isso que nós temos que investigar casuisticamente, porque senão nós corremos o risco de ter esse quadro do pregoeiro exercendo as suas atividades de elaboração de edital sem ter competência para fazê-lo. Por isso é interessante que o pregoeiro se informe perante a unidade administrativa, saiba como a matéria está sendo tratada. Bem, uma vez publicado o aviso a norma já direciona o procedimento para o pregoeiro, mas fica um hiato, um vácuo entre a elaboração do edital e a própria sessão, porque a lei fala que compete ao pregoeiro receber as propostas, os lances, etc. E qual é o hiato ao qual estou me referindo? É o hiato da impugnação,

dos esclarecimentos entre a publicação do aviso e a realização da sessão propriamente dita. Bem, abriu-se um paralelo, porque essa atividade também está dada ao pregoeiro, todo mundo consente com isso, processar e responder a impugnação e esclarecimentos, é ele quem materializa essas atividades. Vocês já olharam a Lei nº 10.520/02 para ver se é dada essa competência ao pregoeiro? São treze artigos, eu já li todos mais de uma vez e não vi. De onde nós tiramos essa ilação? Bom, a lei não tratou disso, é fato, e aí começamos a pensar em termos subalternos. Vejam que o decreto do pregão presencial cuida da matéria de uma forma e o decreto do pregão eletrônico de outra. O Decreto nº 3.555/00 fala de impugnação e esclarecimentos em dois dias; já o do pregão eletrônico fala em impugnação em dois dias e esclarecimentos em três dias. Então, isso é uma coisa para se pensar também, não só na diferença de prazo, mas sobretudo na questão do tratamento normativo, porque vejam que situação interessante: o pregoeiro está dando resposta, interpretando um instrumento que, em tese, não foi ele quem elaborou, e os senhores sabem, há uma interpretação modificativa na maioria das vezes. Pois se não foi o pregoeiro que escreveu aquela disposição como é que o sujeito escreveu abacaxi e ele vai ler maçã? Não tem condições, mas essa é uma dificuldade sobre a qual nós temos sempre que nos debruçar. De qualquer forma teremos que sempre pensar se o pregoeiro sabe processar, receber, responder, essa tarefa está dada a ele, e isso tudo tem que ser visto nesse contexto. Qual contexto? O contexto da grande contratação, porque às vezes um esclarecimento prestado pelo pregoeiro diz respeito a especificação do objeto e isso obviamente poderá reverberar no resultado. Então, em relação à impugnação nós temos problemas aqui, problemas de entendimento, esclarecimento. Aí temos as outras fases subseqüentes: credenciamento, recebimento de propostas, disputa, aceitação, negociação, habilitação –, mas essas questões todas não me tocarão abordar.

Entretanto surgirá ao final uma outra atribuição do pregoeiro, a dos recursos. E o que tem a ver o recurso com a melhor contratação?

Olha, às vezes o processamento equivocado de um recurso pode causar um desastre para a Administração Pública; muitas vezes,

é preferível, dependendo das circunstâncias, exercer um juízo positivo de admissibilidade recursal a exercer um juízo negativo.

Eu quero dizer com isso que às vezes é preferível decidir um recurso administrativamente do que correr o risco de receber uma medida judicial. Então, todas essas questões relativas ao pregoeiro, seus atributos funcionais, pessoais, onde eu destaquei o perfil, as atribuições propriamente ditas, as atribuições impertinentes que ele vem executando ao longo do tempo por uma série de questões, de deficiências, mesmo da própria Administração, isso tudo visto num contexto maior propiciará e permitirá que a Administração Pública obtenha uma melhor contratação. E qual é o papel do pregoeiro na melhor contratação? O papel dele é de ser um componente de um todo sistêmico em que exerce um papel fundamental. Não é possível segmentar o fluxo e imaginar que o pregoeiro recebeu o processo pronto, acabado e que a sua função se resume efetivamente àquilo, ou seja, quando a Administração prepara a especificação do seu objeto,

prepara as condições de aceitação de proposta e isso tudo vai influenciar naquele trabalho que o pregoeiro realizará mais adiante. Não há como estancar esses momentos dizendo: “– A função do pregoeiro é receber, processar e julgar os papéis da Administração”. Não, em absoluto. Creio que a Administração Pública deve repensar essas situações todas, sempre rever esse fluxo com muito cuidado, reescrever o *script* desse ator, que para mim é um protagonista, dar-lhe cursos, treinamentos, porque somente assim a melhor contratação será efetivamente atingida.

Como recado final não pensem que a coisa é tão simples como se pensa por aí. É preciso profissionalizar um pouco essa questão do pregoeiro, é preciso dar a ele a dignidade que o exercício da função recomenda, decantando melhor os seus direitos, as suas responsabilidades, os seus deveres, esclarecendo os seus efetivos poderes, enfim, redesenhando o quadro e rumando para a melhor contratação.

Muito obrigado.