

Revista da

CGU

ANO III - Nº 4
Junho/2008
ISSN 1981-674X

Controladoria-Geral da União

**CONTROLADORIA - GERAL
DA UNIÃO / PR**



Controladoria-Geral da União

CONTROLADORIA - GERAL
DA UNIÃO / PR

Revista da CGU

Brasília, DF
Junho/2008

Jorge Hage
Ministro-Chefe da Controladoria-Geral da União

Luiz Navarro de Britto Filho
Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União

Valdir Agapito Teixeira
Secretário Federal de Controle Interno

Eliana Pinto
Ouvidora-Geral da União

Marcelo Neves da Rocha
Corregedor-Geral da União

Marcelo Stopanovski Ribeiro
Secretário de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas

A Revista da CGU é editada pela Controladoria-Geral da União

Tiragem: 1.500 exemplares

Periodicidade: semestral

Distribuição gratuita

Permitida a reprodução parcial ou total desta obra desde que citada a fonte.

O conteúdo e a opinião dos artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores e não expressam, necessariamente, a opinião da Controladoria-Geral da União.

Revista da CGU./ Presidência da República, Controladoria-Geral da União. - Ano III, nº 4, Junho/2008. Brasília: CGU, 2008.

120 p. Coletânea de artigos.

1. Prevenção da corrupção. I. Controladoria-Geral da União.

ISSN 1981- 674X

CDD 352.17

umário

Apresentação5

Nota do editor7

Opinião

Sobre cartões e jornalismo..... 10

Pedro Formigli

Artigos

As agências anticorrupção como peças centrais de um sistema de integridade20

Luís de Sousa

Cultura brasileira e corrupção46

Fabiano Mourão Vieira

Regulação de combate à lavagem de dinheiro:
é possível evitar a corrupção nos bancos?63

Luiz Humberto Cavalcante Veiga

Denúncia anônima no Direito Disciplinar à luz do princípio constitucional da vedação ao anonimato79

Aline Cavalcante dos Reis Silva

Contratação de obras e serviços de engenharia por meio do pregão	90
<i>Vagner de Souza Luciano</i>	

Legislação

Atos normativos.....	106
Legislação em destaque.....	109

Jurisprudência

Julgados recentes do TCU – Acórdãos.....	112
Julgados recentes de Tribunais.....	116

Contratação de obras e serviços de engenharia por meio do pregão

Vagner de Souza Luciano, bacharel em Direito e pós-graduado em Direito Público, Coordenador-Geral de Auditoria da Área de Planejamento Orçamento e Gestão – DEPOG/CGU

1. Introdução

Na consecução de seus objetivos – em especial na persecução do bem comum para a sociedade – o Estado necessita realizar contratações de serviços, bem como adquirir bens a serem empregados em prol de sua funcionalidade, isto é, para que a máquina administrativa estatal funcione e alcance suas finalidades faz-se necessária a utilização de meios e recursos técnico-operacionais de particulares, com a devida remuneração pelos cofres públicos.

A concretização dessas contratações pela Administração se dá por intermédio de seus agentes, os quais, por sua vez, estão obrigados a observar os normativos legais que norteiam toda a atividade administrativa pública, de forma a garantir o cumprimento de metas e programas sociais de governo e, ao mesmo tempo, assegurar a preponderância dos princípios dispostos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal – *legalidade, impessoalidade,*

de, moralidade, publicidade e eficiência.

Em matéria de licitações e contratos administrativos, inúmeros são os pontos em que há discussões sobre o limite da discricionariedade desses gestores públicos diante do caso concreto. O princípio da eficiência – acrescido ao citado artigo pela Emenda Constitucional nº. 19 – impõe a esses gerentes da *res publica* o dever de agir sempre buscando melhor desempenho, maior celeridade, economicidade nos processos de trabalho, bem assim quaisquer resultados favoráveis no alcance de metas e objetivos, com o melhor emprego dos recursos disponíveis.

Nesse cenário, foi instituída a modalidade de licitação denominada “Pregão”. Diante de resultados bastante favoráveis em relação à melhora nos processos de contratação pela Administração, alguns estudiosos do ramo passaram a defender a utilização prioritária da nova modalidade e admitem, com bastante restrição, casos em

que o procedimento não tenha aplicabilidade. Por outro lado, outros entendem que os termos e conceitos trazidos no texto normativo da modalidade impedem sua aplicação prioritária, apresentando-se como mera faculdade de escolha pelo gestor, e sustentando, inclusive, sua inaplicabilidade em várias situações.

Assim, surgem dois posicionamentos opostos em relação à utilização do pregão para licitar obras e serviços de engenharia: o primeiro, favorável ao emprego do novo rito sempre que o critério de julgamento de uma licitação for o de menor preço, independentemente do objeto; o segundo, defendendo a aplicação do Pregão apenas quando o objeto a ser licitado puder ser enquadrado como bens ou serviços comuns, excluindo, de plano, sua utilização quando o objeto referir-se à contratação de obra ou de um serviço de engenharia.

Neste trabalho, pretende-se abordar alguns tópicos importantes e necessários à contextualização das licitações públicas no Brasil, com o fim de possibilitar a avaliação sobre o cabimento do Pregão nesses processos de contratação de obras e serviços de engenharia pelos órgãos e entidades que, por força dos mandamentos constitucionais, estão obrigados a observar em seus processos seletivos de contratação as disposições contidas nas Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e nº 10.520, de 17 de julho de 2002, bem como os princípios constitucionais correlacionados.

2. Evolução do Instituto no Brasil

Na contextualização histórica das licitações no Brasil, mostram-se bastante elucidativas as observações aduzidas por Carlos Pinto Coelho Motta, relativas ao seu tratamento positivo no Direito Brasileiro. Segundo o autor, questões atinentes às aquisições pelo Poder Público são tratadas no nosso ordenamento jurídico desde as Ordenações Filipinas (datadas de 1592).¹

A partir da cronologia dos atos normativos apresentados na mencionada obra, convém citar alguns exemplos dos atos legislativos que tratam das contratações pela Administração, quais sejam: a Lei 4.401/64; o Decreto-lei 200/67; o Decreto-lei 2.300/86; a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que se constitui no principal normativo objeto deste trabalho.

Em síntese, verifica-se que as licitações públicas, há tempos, são tratadas na legislação nacional com especial atenção, sobretudo por sua representatividade no campo de atuação dos gestores de recursos públicos. Nessa vertente, inúmeros estudos sobre esse tema são realizados pelos doutrinadores, bem assim pelos administradores e agentes públicos que buscam a melhoria na gestão da coisa pública.

1. MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 5-9.

3. Criação da modalidade pregão

Historicamente, as contratações pelo Poder Público quase sempre eram efetuadas em condições menos vantajosas se comparadas às relações negociais entre particulares. Na tentativa de melhorar essas ofertas de bens e serviços aos órgãos governamentais, surgiram idéias e projetos com o fim de aprimorar a forma de disputa, bem assim de proporcionar maior competitividade entre os interessados.

Em síntese, verifica-se que as licitações públicas, há tempos, são tratadas na legislação nacional com especial atenção, sobretudo por sua representatividade no campo de atuação dos gestores de recursos públicos.

Dessas idéias e projetos nasceram as regras de disputa do Pregão, previstas atualmente na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. A partir de então, a ênfase dada no novo procedimento seletivo passou a ser a obtenção de preços e condições melhores, em especial a celeridade do procedimento e a possibilidade de os licitantes renovarem suas ofertas, tanto em relação aos seus preços ini-

ciais como em relação aos de seus concorrentes.

3.1. Aspectos gerais da modalidade

Várias inovações surgiram com essa nova forma de disputa, dentre as quais abordaremos de forma bastante resumida as principais, valendo o registro de que a realização da modalidade com a utilização de recursos eletrônicos - denominado pregão eletrônico - não terá suas peculiaridades tratadas neste trabalho.

3.1.1. Inversão de fases

Nas licitações tratadas na Lei nº 8.666/93 - guardadas as proporções entre as diferentes análises de condições habilitatórias previstas para cada modalidade - avalia-se em um primeiro momento os documentos de habilitação de todos os interessados, a saber: regularidade jurídica, regularidade fiscal, qualificação econômico-financeira e qualificação técnica (os documentos que podem ser exigidos nas licitações estão previstos nos arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/93), para depois conhecer e apreciar as condições comerciais das propostas de preços apresentadas por aqueles julgados aptos a continuar no certame.

Esses procedimentos são realizados em ordem inversa no pregão, ou seja, busca-se em um primeiro momento conhecer, apreciar e obter a redução dos preços inicialmente

apresentados – cabendo o registro de que o detalhamento de todo o procedimento e sua seqüência lógica estão previstos em legislação própria – para, depois de superada tal fase, avaliar os documentos de habilitação apenas do licitante declarado vencedor da disputa de preços, o que reduz significativamente o tempo de processamento da licitação.

3.1.2. Renovação de ofertas

Diferentemente das modalidades previstas na Lei nº 8.666/93, passa a existir a possibilidade de serem os preços apresentados nas propostas escritas reduzidos mediante a oferta de lances verbais, sucessivos e decrescentes pelos licitantes, na própria sessão de abertura de propostas de preços. Sobre esses lances, Marçal Justen faz os seguintes apontamentos:

“Os novos lances serão formulados verbalmente, por parte da pessoa física que dispuser dos poderes para tanto. Será possível estabelecer uma fase de lances por via escrita, ainda que entre os presentes? Não parece que essa seja a solução mais adequada. Imagine-se, no entanto, que o representante tenha uma dificuldade de fonação (permanente ou temporária). Não se poderia impedir que formulasse seus lances sucessivos em um papel, apresentando-os ao pregoeiro. Lembre-se que o pregão eletrônico, regulado pelo Dec. nº 3.697 e objeto de comentário adiante, consiste basicamente na utiliza-

*ção de meios eletrônicos para formulação de lances.”*²

3.1.3. Responsabilidade pela condução do certame

Enquanto nas licitações tradicionais, o recebimento, a análise e o julgamento – tanto dos documentos de habilitação quanto das propostas de preços – são realizados por uma comissão formada por no mínimo três membros (cabe ressaltar a exceção trazida pelo art. 51, § 1º, da Lei nº. 8.666/93, onde a norma permite em um convite a substituição da comissão de licitação por um servidor formalmente designado pela autoridade competente), no pregão, tal incumbência está adstrita ao pregoeiro, que tem o poder de conduzir o andamento da sessão, bem como decidir quanto às negociações para redução de valores – semelhante ao comprador na iniciativa privada – e adequação de ofertas aos patamares pretendidos pela Administração.

É certo que o desempenho dessas atribuições por um único agente público, e não mais por uma comissão, implica concentração de responsabilidades e, por conseguinte, necessidade de utilizar critérios mais eficazes na seleção desse profissional, bem assim de melhor prepará-lo para o desempenho dessa função.

2. JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão – Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 3. Ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 127

3.1.4. Prazo para divulgação do ato convocatório

O pregão, dada sua aplicabilidade a contratações de quaisquer valores, inovou consideravelmente, eis que o prazo mínimo entre a divulgação do ato convocatório e o recebimento das propostas é de apenas 8 (oito) dias úteis, independentemente do valor a ser contratado, diferente da concorrência e da tomada de preços, que os prazos são 30 (trinta) dias e 15 (quinze) dias, respectivamente. Denota-se, também nesse ponto, que a intenção do legislador foi a de tornar o procedimento mais célere e livre da grande demora a qual as outras modalidades estão sujeitas. Nesse aspecto, Marçal Justen alerta:

*“A Lei 10.520 alude ao prazo mínimo de oito dias úteis. Isso não significa impossibilidade de adoção de prazos mais longos. Aplicam-se, nesse ponto os princípios gerais de Direito Administrativo. A fixação de prazo de oito dias pode ser invalidada quando caracterizar modalidade de desvio de finalidade, tendo em vista a frustração dos princípios da competitividade e da isonomia.”*³

3.1.5. Realização da sessão

Nesse particular, convém destacar que no pregão, diferentemente das modalidades concorrência, tomada de preços e convite, a apreciação, o

juízo e a comunicação dos respectivos resultados – tanto da análise das propostas de preços quanto dos documentos habilitatórios – são realizados numa mesma sessão pública.

A concentração dos atos em um mesmo momento constitui-se como um grande avanço da legislação em relação à redução no tempo de atendimento de uma demanda pela Administração, sendo abordada por Vera Scarpinella nos seguintes termos:

“no pregão a sessão pública é etapa fundamental do procedimento, pois nela estão concentrados todos os principais atos do pregão relacionados à escolha do particular. É nesta sessão que as propostas são recebidas, analisadas, julgadas e decididas.

*Diferentemente do andamento-padrão da Lei de licitações, onde a análise e a decisão quanto à habilitação dos licitantes e classificação das propostas estão diluídas no tempo – sendo, por isso, muito marcante na Lei 8.666 as chamadas fases do procedimento licitatório (edital, habilitação, julgamento, adjudicação e homologação) –, no pregão o julgamento das propostas e análise dos documentos de habilitação estão concentrados na sessão pública, o que reduz consideravelmente o tempo entre a publicação do edital e a escolha do particular a ser contratado.”*⁴

3. JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão – Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 3. Ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 103-104.

4. SCARPINELLA, Vera. Licitação na modalidade pregão. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 111-112.

3.2. Vantagens advindas do pregão

Após a sua adoção nos diversos entes da Administração Pública, restou comprovado que os resultados alcançados foram altamente satisfatórios, sobretudo pela economia de recursos financeiros e pelo melhor emprego dos recursos humanos da unidade licitadora, decorrentes da aplicação dos princípios norteadores da modalidade, definidos no art. 4º do decreto regulamentador (o Decreto nº 3.555, de 08 de agosto de 2000, regulamentou a modalidade), quais sejam: celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objetiva das propostas.

Vera Scarpinella registra as vantagens obtidas com a utilização do pregão nos seguintes termos:

*“A consequência de um rito com tais características é a celeridade no processo de contratação e a possibilidade de celebração de um melhor negócio para o Poder Público. O procedimento do pregão é rápido, em comparação com as tradicionais modalidades licitatórias existentes na Lei Geral de Contratações Públicas (Lei 8.666/1993). O pregão amplia a participação de fornecedores na disputa e desburocratiza os meios de aquisição, porque seu procedimento é simplificado em relação aos demais previstos na legislação.”*⁵

5. SCARPINELLA, Vera. Licitação na modalidade pregão. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 13.

Ainda em relação à comprovação efetiva das vantagens alcançadas com o uso do pregão, ressalta-se números divulgados pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão em várias notícias veiculadas em seu site. Como exemplo, tem-se as matérias a seguir:

“PREGÃO AGORA É LEI E VALE PARA TODO O BRASIL. Em 28/06/2002.

*Desde sua implementação na administração federal, já foram realizados 3.871 pregões, sendo que atualmente 1.279 pregões estão em andamento. Eles envolveram compras e contratações no valor total de R\$ 1,27 bilhão, com uma redução média de preços da ordem de 25% (diferença entre preço inicial e preço final). O tempo gasto para uma licitação por pregão tem sido de aproximadamente 20 dias, enquanto procedimentos como concorrência exigiam cerca de quatro meses.”*⁶

“PREGÃO ELETRÔNICO REDUZIU CUSTOS DAS COMPRAS DO GOVERNO FEDERAL EM ATÉ 30% EM DOIS ANOS. Em 17/02/2005 Nos últimos dois anos, uma lenta revolução vem ocorrendo no governo federal na hora de realizar suas licitações. As mudanças são importantes porque aumentou de forma significativa o número de fornecedores do governo e porque reduziram os custos das

6. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br>> Acesso em 14.out.2006.

compras governamentais em até 30%.

[...]

Essa mudança deve-se à prioridade dada aos pregões eletrônicos. Em 2003 e 2004, a utilização dos pregões cresceu 500% na administração federal. Somente no último ano, a União economizou 31,5% em relação ao preço-base estimado pelo governo antes de iniciar o procedimento de compra. Enquanto a expectativa inicial era gastar R\$ 567,028 milhões em produtos adquiridos por pregões eletrônicos, foram desembolsados R\$ 381,557 milhões.”⁷

É inegável que a implementação da modalidade pregão traduziu-se em um enorme passo para que o Poder Público tenha suas contratações de bens e serviços firmadas em condições e patamares semelhantes àqueles obtidos pelas empresas da iniciativa privada. Nessa esteira, as políticas públicas, os programas de governo e os atos de gestão sofreram significativas melhoras no tocante à principal forma de emprego de recursos públicos – as contratações com particulares.

4. A contratação de obras e serviços de engenharia

Em qualquer modalidade de licitação adotada pela Administração, a chamada fase interna é considerada como

7. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br>> Acesso em 11.nov.2006.

a mais importante, pois se os levantamentos necessários quanto ao objeto, quanto às condições de contratação, quanto aos orçamentos estimativos da obra, do bem ou dos serviços demandados, não forem suficientes e satisfatoriamente realizados, certamente o resultado final do processo seletivo não alcançará sua finalidade, em outras palavras, as contratações vantajosas de que trata o artigo 3º da Lei nº 8.666/93 restará frustrada se houver falhas no momento em que se define o objeto a ser licitado.

É inegável que a implementação da modalidade pregão traduziu-se em um enorme passo para que o Poder Público tenha suas contratações de bens e serviços firmadas em condições e patamares semelhantes àqueles obtidos pelas empresas da iniciativa privada.

Note-se que a premissa segundo a qual a Administração Pública, primeiramente, deverá conhecer bem o que pretende contratar – por ser uma condição *sine qua non* para o sucesso em qualquer contratação – ganhará contornos ímpares quando se tratar de obras de engenharia. A esse respeito, torna-se ilustrativa a lição de Cláudio Sarian:

“Cada projeto apresenta características ímpares que devem ser analisadas caso a caso, como, por exemplo, padrão de acabamento, concepção estrutural, custos locais, produtividades regionais de mão-de-obra, tipos de solo e prazos de conclusão. Dessa forma, é fundamental que sejam adotadas durante o processo de contratação todas as medidas para se evitar “acidentes de percurso”⁸

No caso dessas obras, em virtude da complexidade do projeto e da vultosa soma de capital envolvido, antes mesmo de definir as características detalhadas do empreendimento, são realizados estudos preliminares, com o intuito de visualizar a real viabilidade do projeto.

No caso dessas obras, em virtude da complexidade do projeto e da vultosa soma de capital envolvido, antes mesmo de definir as características detalhadas do empreendimento, são realizados estudos preliminares, com o intuito de visualizar a real viabilidade do projeto.

8. ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 20.

Ademais, são estabelecidas possíveis alternativas, como forma de otimizar ao máximo os benefícios advindos do investimento dos recursos públicos alocados.

Enfim, os estudos de viabilidade do empreendimento são essenciais para a definição dos parâmetros que nortearão toda a realização da obra e, apesar de demandarem investimentos elevados para sua realização, justificam-se por sua relevância na elaboração dos projetos básico e executivo que, posteriormente, subsidiarão a execução e a fiscalização da obra.

No “Projeto Básico” (o art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93 contém a definição de projeto básico), além da caracterização da obra e da previsão dos recursos orçamentários, são definidas as regras de estruturação da licitação, de julgamento das propostas, de habilitação das licitantes e de contratação. Ele servirá de fundamento para a elaboração do edital, que, por sua vez, definirá todas as regras do certame, vinculando a Administração e as empresas proponentes. Afinal, o projeto básico, que constitui o cerne da fase interna da licitação, visa descrever com a maior precisão possível o objeto a ser licitado, de forma a promover um ambiente de máxima competição, além de estimar todos os custos por meio de pesquisa dos valores praticados pelo mercado. A descrição detalhada da obra deverá conter um nível de precisão suficiente para dar pleno conhecimento, aos licitantes, das condições básicas da licitação.

A descrição minuciosa dos quantitativos e da estimativa dos seus respectivos custos unitários permite a fixação de critérios de aceitabilidade dos preços globais e unitários, além de constituir a principal, ou até mesmo única referência, para análise das propostas apresentadas pelas empresas concorrentes. Tendo em vista a importância da fixação dos valores de referência e a grande dificuldade encontrada na prática para obter fidedignas estimativas de preços, foi estipulado como referencial para os custos dos materiais e serviços das obras federais o Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – Sinapi (o art. 115 da Lei de Diretrizes Orçamentárias – Lei nº 11.439/2007 – estabelece que os custos das obras financiadas pela União não poderão ser superiores à mediana daqueles constantes do Sinapi. Caso os custos da obra não sejam abrangidos pelo Sinapi, poderá ser utilizado o Custo Unitário Básico – CUB). Trata-se de pesquisa realizada mensalmente em todas as capitais do país pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a partir de critérios e bases definidas pela Caixa Econômica Federal.

A estimativa de preços de obras também contém uma parcela específica denominada Bonificações e Despesas Indiretas – BDI, que reflete o lucro e as despesas com a administração da obra. A composição do BDI deverá ser detalhada pelas proponentes, para permitir a análise de compatibilidade de suas parcelas e evitar cobranças em duplicidade.

O “Projeto Executivo” (a definição para o projeto executivo está disposta no art. 6º, inciso X, da Lei nº 8.666/93) conterá todo o detalhamento necessário à completa realização da obra. Em função da complexidade do empreendimento, ele poderá ser concluído durante a execução da obra, devido a possíveis ajustes a serem efetuados nas especificações. Esse projeto também poderá ser elaborado anteriormente à execução da obra, hipótese em que servirá de base para a licitação.

5. Uso do pregão para obras e serviços de engenharia

A Lei nº 8.666/93 prevê três modalidades possíveis para licitar uma obra pública: concorrência, tomada de preços e convite. Os critérios estabelecidos para escolha da modalidade baseiam-se na natureza do empreendimento, distinguindo principalmente obras e serviços de engenharia das demais compras e serviços, e no valor estimado da contratação. No entanto, desde a edição da Medida Provisória nº 2.026/2000 – convertida na Lei nº 10.520/2002 – com a criação de nova modalidade licitatória, o Pregão, surgiu a problemática atinentemente ao cabimento ou não desse rito para a contratação de obras e serviços de engenharia, independentemente do valor envolvido.

5.1. Argumentos contrários

O fundamento mais utilizado nos posicionamentos contrários ao

uso do pregão para contratar obras e serviços de engenharia é de ordem legal, ou seja, refere-se à previsão contida no art. 5º do Anexo I do Decreto nº 3.555, de 08 de agosto de 2000, cuja redação assim dispõe:

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

Questões de ordem técnica são também apontadas como impedimentos ao uso do pregão para contratar obras. Essas argumentações – bastante utilizadas por profissionais do ramo da engenharia que não vislumbram a aplicação do novo rito às contratações de obras pelo Poder Público – se fundam, principalmente na premissa de que o pregão possibilita a contratação de uma empresa de engenharia que não possua a *expertise* necessária para realizar a obra, vez que, inicialmente, são comparados os preços no início da sessão e apenas num segundo momento o pregoeiro avalia a capacidade técnica do primeiro colocado. Por esse motivo, segundo os que defendem esse ponto de vista, a Administração estaria fadada a, quase sempre, contratar mal.

Não menos importante que as ponderações de ordem legal e de ordem técnica, são apontadas, também, questões de ordem operacional, relacionadas, por exemplo, à dificuldade de se elaborar uma pro-

posta de preços para uma obra em apenas 8 (oito) dias úteis – que é o prazo mínimo entre a divulgação do edital e da abertura do pregão –. Para a concorrência esse prazo é de 30 (trinta) dias. Outros mencionam, ainda, a dificuldade de o pregoeiro avaliar a capacidade técnica da licitante vencedora na sessão do pregão, bem como as características das propostas apresentadas.

5.2. Jurisprudência do Tribunal de Contas da União

Atualmente, predomina no Egrégio Tribunal de Contas da União (TCU) – a quem cabe o julgamento das contas dos agentes responsáveis pela aplicação de recursos públicos federais, consoante mandamentos contidos no art. 70 da Constituição Federal – o entendimento de que a contratação de obras e serviços de engenharia por meio de pregão não constitui afronta à legislação que trata das licitações e contratações pela Administração Pública. É o que se verifica em diversos julgados realizados por aquela Corte de Contas, a exemplo do Acórdão 286/2007 – Primeira Câmara (TC-027.327/2006-9 – Min. Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. DOU de 16/02/2007), cujo Relatório contém o trecho a seguir transcrito:

“11. Posteriormente, após a edição do Acórdão 817/2005 - 1ª Câmara, o entendimento do Tribunal tem evoluído no sentido de que é possível a contratação de obras e serviços de engenharia por meio de pregão, em ra-

ção, principalmente, de a Lei 10.520/2002 não excluir previamente quaisquer espécies de serviços dessa modalidade de licitação, somente condicionando a sua utilização aos serviços comuns, conforme se observa a partir do trecho do Voto do relator, Ministro Valmir Campelo, a seguir transcrito:

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

5. Como se vê, a Lei 10.520, de 2002, não exclui previamente a utilização do Pregão para a contratação de obra e serviço de engenharia. O que exclui essas contratações é o art. 5º do Decreto 3.555, de 2000. Todavia, o item 20 do Anexo II desse mesmo Decreto autoriza a utilização do Pregão para a contratação de serviços de manutenção de imóveis, que pode ser considerado serviço de engenharia.

6. Examinada a aplicabilidade dos citados dispositivos legais, recordo que somente à lei compete inovar o ordenamento jurí-

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

7. Desse modo, as normas regulamentares que proíbem a contratação de obras e serviços de engenharia pelo Pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei 10.520, de 2002. O único condicionamento que a Lei do Pregão estabelece é a configuração do objeto da licitação como bem ou serviço comum.”

5.3. Análise crítica dos argumentos contrários

O argumento de que o Decreto nº. 3.555/00 veda a adoção do pregão para licitar obras e serviços de engenharia, *per si*, não possui sustentação inatacável, senão vejamos, a Medida Provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000, que instituiu a modalidade pregão no âmbito da União, não contém qualquer dispositivo fazendo referência à vedação de se utilizar tal rito para contratar obras e serviços de engenharia, e do mesmo modo vigora atualmente a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Questiona-se a validade da previsão contida apenas no decreto regulamentador, eis que seu poder normativo – conso-

ante regra do ordenamento jurídico pátrio – não deve ultrapassar o conteúdo tratado na lei e, por assim dizer, não cabe a um normativo apenas regulamentador inovar no ordenamento jurídico. É de boa técnica que se diga que a lei regula e o decreto regulamenta.

Quanto às alegações de ordem técnica que, supostamente, induzem a Administração a contratar mal, vale salientar que esses argumentos, por si só, não determinam a qualidade da contratação, mas apenas reforçam a existência de problemas na fase interna das licitações promovidas pela Administração, qualquer que seja a modalidade escolhida. Não será a escolha do pregão que permitirá o fracasso ou a má contratação de uma obra, pois não raro são identificados pelos órgãos de fiscalização projetos básicos e/ou executivos mal elaborados, orçamentos estimados irrealistas ou, mesmo, exigências e condições desnecessárias que acabam por restringir o caráter competitivo do certame, dificultando, inclusive, o julgamento pela comissão de licitação ou pelo pregoeiro.

Outra questão importante está relacionada aos tipos de licitação. Segundo dispõe o art. 45, § 1º, da Lei nº. 8.666/93, quatro são os tipos de licitação possíveis: a) a de menor preço; b) a de melhor técnica; c) a de técnica e preço; e d) a de maior lance ou oferta (esse quarto tipo, sem importância para o estudo desenvolvido neste trabalho, é aplicável apenas nas licitações para alienação de bens ou para concessão

de direito real de uso). Importa saber que em relação ao primeiro tipo – menor preço – não serão comparadas diferentes técnicas para a futura execução do objeto – não se trata de avaliação da capacidade técnica dos licitantes, mas da atribuição de pontos aos licitantes em razão de diferentes técnicas a serem empregadas para a execução do objeto –, mas apenas o preço daqueles proponentes que possuírem o mínimo de qualificação técnica exigido no edital.

Sendo o tipo da licitação – por conseguinte o critério de julgamento – o de “Menor Preço”, o pregão teria cabimento. O que se deve priorizar nesse caso é o aprimoramento da fase interna da licitação, de modo a minimizar que o objeto especificado ou as condições de habilitação exigidas possibilitem a seleção de uma empresa licitante sem o conhecimento adequado do objeto ou mesmo desprovida de condições técnicas ou operacionais para executar o futuro contrato com qualidade e com a garantia necessária.

Os argumentos de ordem operacional merecem ser analisados com maior cautela, visto que a maioria das obras possui características singulares, seja em razão do elevado valor do empreendimento, seja pelas condições geográficas ou climáticas de seu local de realização. Assim, algumas pequenas alterações na atual legislação far-se-iam necessárias, como por exemplo, aumentar, nas licitações cujo valor estimado seja bastante elevado, o já mencionado prazo para elaboração

de propostas, de 08 (oito) dias úteis para 30 (trinta) dias.

Os argumentos de ordem operacional merecem ser analisados com maior cautela, visto que a maioria das obras possui características singulares, seja em razão do elevado valor do empreendimento, seja pelas condições geográficas ou climáticas de seu local de realização.

Em relação ao julgamento da habilitação pelo pregoeiro, não há na legislação atual a obrigação de que o mesmo seja realizado na sessão de abertura do pregão. O pregoeiro que, mesmo auxiliado por sua equipe de apoio, não se sentir em condições de julgar os atestados e documentos apresentados pela licitante classificada em primeiro lugar poderá suspender a sessão e marcar o seu reinício para um momento posterior à avaliação detalhada dessa documentação.

Outros argumentos dessa natureza demandariam um processo de discussão para promover pequenas modificações na legislação com a finalidade de esclarecer tais peculiaridades. Nesse sentido, há que ser ressaltada a tramitação de Projeto de Lei no Senado Federal, sob a identificação *SF PLC 00032/ 2007 de*

09/05/2007, contendo proposta de mudanças para a Lei nº. 8.666/93, com o fito de melhor definir alguns procedimentos e, conseqüentemente, minimizar a possibilidade de interpretações divergentes sobre o mesmo dispositivo.

6. Conclusão

A licitação pública no Brasil apresenta-se como um dos institutos do Direito Administrativo que vem atraindo a atenção de vários estudiosos do Direito Público. Tamaña importância pode ser atribuída ao fato de que a Administração Pública efetua inúmeras relações negociais com terceiros, visando à realização de seu papel frente aos interesses da sociedade. Esta pesquisa abordou, principalmente, o pregão: uma das formas de preparação e formalização dos contratos administrativos com os entes privados que se apresentarem aptos e dispostos a oferecer ao Poder Público seus produtos e serviços, em troca de uma contraprestação financeira.

Assim, o grande volume de recursos financeiros empreendidos pela Administração em suas contratações, as quais são efetivadas por seus prepostos, justifica e explica essa necessidade constante de conhecer da matéria e viabilizar a implementação de melhorias, tanto na regulamentação quanto na execução do processo de seleção de propostas. Na busca por essas melhorias foi criado o Pregão, contendo novas regras de escolha dos fornecedores de materiais e prestadores de serviços – atu-

almente regido pela Lei nº 10.520/02 e cuja premissa básica reside na redução de tempo e na melhoria das condições em que os contratos públicos eram firmados.

Pelos resultados, informações e posicionamento doutrinários sobre o tema, chegou-se ao entendimento de que os atos dos administradores devem ser norteados pela busca constante de melhores resultados no emprego dos recursos públicos.

Nesse contexto, identifica-se uma questão carente de definição, qual seja: avaliar se a modalidade licitatória pregão pode ser adotada para contratar uma obra ou um serviço de engenharia – por ser um procedimento mais eficiente na gestão de recursos públicos – ou se a modalidade não se aplica às contratações desses objetos.

Pelos resultados, informações e posicionamento doutrinários sobre o tema, chegou-se ao entendimento de que os atos dos administradores devem ser norteados pela busca constante de melhores resultados no emprego dos recursos públicos. Nesse sentido, não se identificou nos argumentos contrários grau de relevância capaz de tornar inaplicável o pregão às contratações de obras ou de serviços de engenharia que tenham como critério de julgamento o “Menor Preço”, cabendo ressaltar que o não uso desse rito seria admitido em raríssimas situações, em face das quais caberia ao administrador o ônus de demonstrar os motivos que inviabilizariam o uso da modalidade para contratar o objeto pretendido.

Não obstante o entendimento sobre a viabilidade de se realizar pregões para contratar obras ou serviços de engenharia, faz-se mister o registro de que algumas modificações na legislação atual devem ser efetuadas, de forma a evitar possibilidade de interpretações em sentido contrário, além de promover pequenos ajustes no detalhamento do rito processual, o que, em última análise, contribuirá para o aperfeiçoamento na gestão por resultados.