



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
MESTRADO PROFISSIONAL EM GESTÃO PÚBLICA
PARA O DESENVOLVIMENTO DO NORDESTE**

Ulysses José Beltrão Magalhães

**USO DO PREGÃO EM LICITAÇÕES DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA
NO ESTADO DE PERNAMBUCO**

Recife

2011

ULYSSES JOSÉ BELTRÃO MAGALHÃES

**USO DO PREGÃO EM LICITAÇÕES DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA
NO ESTADO DE PERNAMBUCO**

**Dissertação apresentada ao MPANE
como requisito à obtenção do grau de
Mestre, sob a orientação do Professor
Doutor Marcelo de Almeida Medeiros e
co-orientação da Professora Doutora
Sylvana Maria Brandão de Aguiar.**

Recife

2011

Magalhães, Ulysses José Beltrão

Uso do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia no Estado de Pernambuco / Ulysses José Beltrão Magalhães. - Recife : O Autor, 2011.

117 folhas : il., tab., abrev. e siglas.

Orientador: Prof^o. Dr. Marcelo de Almeida Medeiros e co-orientadora Prof^a Dr^a Sylvana Maria Brandão de Aguiar.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCSA. Administração, 2011.

Inclui bibliografia.

1. Licitações. 2. Pregão. 3. Obras e serviços de engenharia. 4. Legalidade. 5. Competitividade. I. Medeiros, Marcelo de Almeida(Orientador). II. Aguiar, Sylvana Maria Brandão(Co-orientadora) III. Título.

658 CDD (22.ed.) UFPE/CSA 2012 - 011

Dissertação de Mestrado apresentada por **Ulysses José Beltrão Magalhães** ao Curso de Mestrado Profissional em Gestão Pública para o Desenvolvimento do Nordeste, da Universidade Federal de Pernambuco, sob o título: "**Uso do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia no estado de Pernambuco**", orientado pelo Professor **Marcelo de Almeida Medeiros** e aprovado pela Banca Examinadora formada pelos professores doutores:

Prof. Dr. Marcelo de Almeida Medeiros
Presidente

Prof. Dr. Marcos Antônio Rios Nóbrega
Examinador Externo

Prof^ª. Dr^ª. Sylvana Maria Brandão de Aguiar
Examinadora Interna

Recife, 03 de agosto de 2011

Prof^ª. Dr^ª. Sylvana Maria Brandão de Aguiar
Coordenadora do Mestrado

Dedico,

À minha família e a todos que colaboraram para a realização deste trabalho.

Agradeço,

A Deus, sem ele eu nada seria.

RESUMO

A busca por instrumentos que propiciem maior eficiência na gestão dos recursos públicos é um desafio que se impõe à Administração Pública brasileira. Dentro deste contexto, o pregão desponta como modalidade licitatória inovadora, sintonizada com as modernas práticas administrativas, e tida, por muitos, como solução para boa parte das mazelas que assolam o universo das licitações. Entretanto, não obstante as vantagens apregoadas, o uso da modalidade encontra resistências e desconfiças em alguns setores estatais, sobretudo daqueles que atuam no segmento das obras públicas. Neste diapasão, a pesquisa tem por objeto investigar aspectos concernentes à legalidade e à competitividade no uso do pregão em licitações destinadas à contratação de obras e serviços de engenharia, com vistas a dirimir dúvidas e a confirmar expectativas geradas em torno da questão. Assim, as discussões iniciais recaem na polêmica ao redor da possibilidade de se empregar a modalidade em licitações de obras e serviços de engenharia, com o intento de esclarecer sob quais condições é juridicamente admissível tal emprego. Demais disto, a pesquisa contempla o estudo analítico de características comportamentais do mercado de obras públicas que permitam inferir o nível de competitividade nos certames licitatórios. Com espeque no arcabouço teórico assentado na fase exploratória da pesquisa, analisaram-se descritivamente dados e informações oriundos de procedimentos licitatórios na modalidade pregão, que tiveram por objeto obras ou serviços de engenharia, realizados por órgãos e entidades do governo do estado de Pernambuco, nos anos de 2009 e 2010. Os resultados de tais análises comprovam as suposições levantadas de que o uso do pregão, nas condições delimitadas temporal e territorialmente na pesquisa, respaldou-se no ordenamento jurídico vigente, assim como exerceu uma influência positiva na competitividade dos certames. Vislumbra-se que as conclusões extraídas deste estudo contribuam para o incentivo ao emprego legítimo e eficiente do pregão na seara das obras e serviços de engenharia, abrindo-se novas e promissoras perspectivas para a modalidade.

Palavras-chaves: licitações, pregão, obras e serviços de engenharia, legalidade, competitividade.

ABSTRACT

The demand for instruments that can provide greater efficiency in public resources management has been a challenge for Brazilian Public Administration. In this context, the public outcry (in Portuguese, "pregão") represents a new way of competitive bidding process to contract public works and services and it was introduced in Brazil through the law nº 10.520/02. This bidding process intends to be an innovative institute and it has been often considered as a solution to the majority problems of public works contracts. However, in spite of all announced advantages, the use of this kind of bidding modality face opposition and suspicion in some government areas, especially those who operate in the public works sector. In this scenario, the research aims to investigate some aspects which concern the question of legality and the competitiveness in bidding process to contract public works. This way, initial discussion is about the possibility of using public outcry to contract public works. Furthermore, the research includes an analytical study about the competitiveness in the public works market. Based on developed theory, it was analyzed data from public outcries used to contract public works by government agencies in Pernambuco, during 2009 and 2010 years. Obtained results show that there is legal possibility to use public outcry to contract public work and its use plays an important role in the bidding competitiveness. One hopes that conclusion resulting from the research can stimulate the use of public outcry as an efficient and economic method of procurement that can be used for Public Administration to contract public works and services.

Keywords: bidding, public outcry, public works, legality, competitiveness.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Ilustração 1 - Comportamento do IPCC em função do número de participantes classificados.....	73
Ilustração 2 - Comportamento da média do IPCC em função do número de participantes classificados.....	74
Ilustração 3 - Comportamento do IPCC em função da modalidade licitatória.....	76
Ilustração 4 - Histograma de IPCC com licitações realizadas em condições competitivas.....	78
Ilustração 5 - Histograma de IPCC com licitações realizadas em condições não competitivas.....	79
Ilustração 6 - Composição dos pregões eletrônicos quanto à natureza dos objetos licitados.....	87
Ilustração 7 - Composição dos pregões presenciais quanto à natureza dos objetos licitados.....	88
Ilustração 8 - Composição da amostra quanto à natureza do objeto licitado.....	90
Ilustração 9 - Composição da amostra quanto às unidades gestoras.....	90
Ilustração 10 - Histograma do NC amostral.....	93
Ilustração 11 - Histograma do IPCC da amostra.....	94
Ilustração 12 - Comportamento do IPCC em função do NC.....	96
Ilustração 13 - Comportamento da média do IPCC em função do NC.....	96
Ilustração 14 - Média e Intervalo de Confiança do IPCC com base na escala de competitividade proposta por Pereira (2002).....	97
Ilustração 15 - Comparativo do IPCC por faixa de competidores.....	98
Ilustração 16 - Comportamento do NC em função do orçamento estimado para a obra.....	99
Ilustração 17 - Comportamento do IPCC em função do orçamento estimado para a obra.....	100
Ilustração 18 - Composição da amostra quanto às faixas de valores estimados para os objetos licitados.....	101
Ilustração 19 – Comparativo do NC por faixa de valores estimados.....	101
Ilustração 20 – Comparativo do IPCC por faixa de valores estimados.....	102
Ilustração 21 – Histograma do número de competidores na faixa convite.....	102
Ilustração 22 – Histograma do IPCC na UG SEFAZ.....	103
Ilustração 23 – Histograma do IPCC na UG POLÍCIA CIVIL.....	104
Ilustração 24 – Histograma do IPCC na UG HUOC.....	104
Ilustração 25 – Comparativo entre as médias amostrais do IPCC e do IPCL.....	106

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Características das modalidades licitatórias aplicáveis a obras e serviços de engenharia.....	25
Tabela 2 - Média dos licitantes classificados e do IPCC nas licitações na modalidade convite.....	75
Tabela 3 - Escala de competitividade nas licitações tradicionais.....	77
Tabela 4 - Amostra dos pregões analisados.....	91
Tabela 5 – Redução nos preços resultante da fase de lances.....	106

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações
ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas
CAT - Certidão de Acervo Técnico
CONFEA - Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura
CONMETRO - Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial
CREA - Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura
EDAL-E - Equipe Dedicada de Análise de Procedimentos Licitatórios do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco
HUOC - Hospital Universitário Osvaldo Cruz
IPCC - Índice de Preço Custo do Contrato
IPCL – Índice Preço-Custo da fase classificatória do pregão
NEG - Núcleo de Engenharia do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco
NC - Número de Competidores no pregão
PCPE - Polícia Civil de Pernambuco
SEFAZ - Secretaria da Fazenda de Pernambuco
TCU - Tribunal de Contas da União
TCE/PE - Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco
UG - Unidade Gestora

SUMÁRIO

LISTA DE ILUSTRAÇÕES.....	8
LISTA DE TABELAS.....	9
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.....	10
INTRODUÇÃO.....	13
1. A LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO.....	19
1.1. Licitação pública.....	19
1.1.1. Definição.....	19
1.1.2. Evolução histórica no Direito brasileiro.....	20
1.1.3. Princípios informadores das licitações.....	21
1.1.4. Procedimento licitatório na sistemática da Lei nº 8.666/93.....	23
1.1.5. Modalidades licitatórias.....	24
1.2. O Pregão.....	26
1.2.1. Conceituação.....	26
1.2.2. Disciplina geral.....	26
1.2.3. Características.....	27
1.2.4. O pregão no estado de Pernambuco.....	29
2. POSSIBILIDADES DO USO DO PREGÃO EM LICITAÇÕES DE OBRAS OU SERVIÇOS DE ENGENHARIA.....	30
2.1. Contextualização.....	30
2.2. Comunidades epistêmicas e o dilema legalidade x eficiência.....	31
2.3. O pregão e as licitações de obras ou serviços de engenharia	34
2.3.1. Na Lei nº 10.520/02.....	34
2.3.2. Em leis locais e nas normas infralegais.....	37
2.4. Bens e serviços comuns.....	46
2.4.1. Da Definição legal.....	46
2.4.2. Da indeterminação jurídica do conceito.....	47
2.4.3. Dos elementos conceituais.....	49
2.5. Obras e serviços de engenharia.....	56
2.5.1. Traços comuns e notas distintivas.....	56
2.5.2. Da subsunção no conceito de bens e serviços comuns.....	62

3. COMPETITIVIDADE NAS LICITAÇÕES DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA.....	69
3.1. O princípio da competitividade nas licitações.....	69
3.2. Competitividade e igualdade.....	70
3.3. Accountability.....	71
3.4. A competitividade no mercado de obras públicas.....	72
3.5. O pregão e as perspectivas de ampliação da competitividade.....	79
4. ANÁLISE DA LICITUDE E DA COMPETITIVIDADE NO USO DO PREGÃO EM LICITAÇÕES DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA REALIZADAS PELO GOVERNO DO ESTADO DE PERNAMBUCO.....	83
4.1. Considerações preliminares.....	83
4.2. Análise da licitude.....	84
4.3. Análise da competitividade.....	88
4.3.1. Amostra analisada.....	89
4.3.2. Variáveis de estudo.....	92
4.3.3. Das análises perpetradas.....	94
4.3.3.1. Comportamento dos preços em função do número de competidores.....	94
4.3.3.2. Influência do valor estimado da obra no preço final licitado.....	98
4.3.3.3. Mecanismos probabilísticos dos preços atuantes nas unidades gestoras.....	103
4.3.3.4. Influência da fase de lances nos preços finais licitados.....	105
CONCLUSÃO.....	107
REFERÊNCIAS.....	112

INTRODUÇÃO

Instituído como modalidade licitatória autônoma através da Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, o pregão foi concebido com o objetivo de imprimir maior agilidade às licitações, tendo em vista uma maior eficiência da atuação estatal no cumprimento de sua finalidade primordial: a satisfação do interesse público.

Outrossim, apesar da disciplina legal relativamente recente, o pregão vem adquirindo um *status* bastante privilegiado no meio acadêmico, o que tem ensejado a realização de vários trabalhos científicos a respeito.

Há, contudo, alguns aspectos atinentes à modalidade ainda pouco estudados e, destarte, carecedores de análises mais detidas e aprofundadas, dentre os quais avulta a temática do uso do pregão na seara das licitações de obras e serviços de engenharia.

Nesta esteira, algo frequentemente suscitado pelos estudiosos do assunto é que, inobstante a boa intenção, o legislador não foi muito feliz na elaboração de alguns dispositivos da lei nº 10.520/02, os quais careceram de uma técnica legislativa mais apurada, gerando-se dúvidas e incertezas acerca da interpretação e aplicabilidade dos mesmos.

Dentre tais dispositivos, por sua vez, ressalta-se o art. 1º da referida Lei Federal, o qual preconiza que a utilização da nova modalidade se destina somente à aquisição dos denominados “bens e serviços comuns”, cuja definição se contém no parágrafo único deste mesmo artigo, *verbis*:

Art. 1º [...]

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

À primeira vista, a redação do dispositivo acima transcrito parece suficiente, não carecendo de maiores esforços intelectivos para a sua perfeita compreensão e aplicação.

Ocorre que, na realidade fática, verifica-se uma série de situações que não permitem avaliar, de modo seguro e incontroverso, se alguns tipos de objetos podem ser devidamente enquadrados no conceito de comum para fins do pregão.

Isto é o que se sucede com as obras e os serviços de engenharia, cuja incerteza acerca da inclusão no conceito de comum faz com que muitos gestores públicos, em que pese vislumbrarem vantagens no uso do pregão, hesitem em empregar a modalidade para licitar tal sorte de objetos.

À toda evidência, a perpetuação desta situação de indefinição acerca da possibilidade de se licitar obras ou serviços de engenharia mediante pregão é indesejável e prejudicial ao interesse público .

Registre-se, ainda, a difícil situação dos órgãos de controle externo, e do próprio Poder Judiciário, os quais se veem, com frequência, obrigados a apreciar demandas referentes ao uso do pregão em certames licitatórios de obras e serviços de engenharia, sem dispor dos subsídios técnico-jurídicos necessários para a perfeita elucidação dos questionamentos suscitados.

Assim é que superar o obstáculo de dar juridicidade e legitimidade às contratações de serviços de engenharia por pregão pressupõe um aprimorado exercício de hermenêutica sobre a complexidade do ordenamento vigente, dos fatos sociais envolvidos, bem como das tendências da grande parcela da sociedade envolvida (JACOBY FERNANDES, 2008).

Sob tais perspectivas, um dos pontos fulcrais a ser equacionado na pesquisa em comento diz respeito à plausibilidade de enquadrar obras e serviços de engenharia no conceito de bens e serviços comuns, com vistas a esclarecer se, e sob quais circunstâncias, é admissível a utilização do pregão nas licitações destes tipos de objetos.

O outro ponto a ser contemplado no corrente estudo atine à investigação acerca da influência do uso da modalidade na competitividade dos certames licitatórios de obras e serviços de engenharia.

Com efeito, generalizou-se o sentimento de que o pregão, ante as suas características inovadoras no tocante à ampliação da publicidade e simplificação procedimental, teria o condão de potencializar a disputa nas pelejas licitatórias por ele regidas.

Desta feita, espera-se que o aumento da competitividade repercuta positivamente no resultado final da licitação, haja vista a tendência de se obter propostas mais vantajosas quanto maior o número de licitantes.

De fato, a literatura acadêmica já conta com trabalhos que mostram que o uso do pregão tem produzido melhores resultados do que os verificados nas modalidades licitatórias tradicionais.

A este respeito, salientem-se os estudos de Alencar (2006) o qual, ao analisar gerencialmente o uso do pregão em compras governamentais no âmbito do estado de Pernambuco, constatou que, em regra, o mesmo se mostrara uma ferramenta útil para Administração Pública Estadual, capaz de aumentar a competitividade dos certames e, por conseguinte, gerar maior economia e agilidade nas compras públicas.

Registre-se, todavia, que os estudos disponíveis se cingiram ao uso do pregão em licitações de cujos objetos eram compras. Entretanto, é cediço que as obras e os serviços de engenharia são permeados de especificidades e peculiaridade, o que torna sua sistemática licitatória bastante diferenciada em relação às demais.

Assim, a crença de que a utilização do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia também conduzirá a resultados mais vantajosos para a Administração pode não ser necessariamente verdadeira, carecendo, destarte, de ser testada cientificamente, consoante se propõe no presente trabalho.

Por fim, para que a pesquisa se desenvolva dentro de uma perspectiva factível, a mesma se delimitará temporal e espacialmente à experiência com o uso do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia por parte de unidades gestoras (UG) do governo do estado de Pernambuco, no período compreendido entre janeiro de 2009 a dezembro de 2010.

Diante do quadro traçado, a Dissertação se propõe, fundamentalmente, a responder aos seguintes questionamentos:

- 1 – A utilização do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia no estado de Pernambuco tem respaldo no ordenamento jurídico vigente?
- 2 – Qual a influência do uso do pregão na competitividade das licitações de obras e serviços de engenharia realizadas no estado de Pernambuco?

Vê-se, destarte, que a pesquisa tem por objetivo primordial avaliar a licitude no uso do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia no estado de Pernambuco, nos anos de 2009 e 2010, bem como se tal uso fomentou ou não a competitividade dos certames licitatórios.

Outrossim, para esse desiderato, far-se-á necessário o atendimento aos seguintes objetivos intermediários:

- a) Revisão bibliográfica com vistas a aprofundar o conhecimento da temática das licitações, com ênfase nas notas características das diversas modalidades licitatórias previstas em nosso ordenamento jurídico;
- b) Estudo sistemático da legislação federal do pregão, bem como cotejo da mesma com as normas regulamentadoras da matéria no Estado de Pernambuco;
- c) Análise, à luz da melhor doutrina e jurisprudência, dos pontos polêmicos que gravitam em torno da discussão acerca da plausibilidade de se utilizar do pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia, com vistas a obter os elementos necessários ao adequado enfrentamento e equacionamento da questão;
- d) Emolduramento das bases teóricas para a identificação dos parâmetros indicativos da competitividade nos certames de obras e serviços de engenharia;
- e) Levantamento, tratamento e análise estatística dos dados referentes aos pregões de obras e serviços de engenharia investigados.

Ante os objetivos traçados pela pesquisa, supõe-se que:

- a) O uso do pregão em licitações de obras ou serviços de engenharia, por parte de UG do estado de Pernambuco, no biênio 2009-2010, teve respaldo no ordenamento jurídico vigente;
- b)** O pregão exerceu uma influência positiva nos certames licitatórios de obras e serviços de engenharia realizados por UG do estado de Pernambuco, no biênio 2009-2010, fomentando a competitividade dos mesmos.

No que concerne à metodologia a ser empregada no estudo, adota-se a classificação taxonômica apregoada por Vergara (2007), que tipifica a pesquisa científica relativamente a dois aspectos: quanto aos fins e quanto aos meios.

Assim, a quanto aos fins, a pesquisa será exploratória e descritiva.

Exploratória, porque terá por finalidade percorrer uma área na qual há pouco conhecimento científico acumulado e sistematizado, tal seja a utilização do pregão em licitações que tenham por objeto a contratação de obras ou serviços de

engenharia.

Descritiva, porque se propõe a explicitar os resultados da experiência do estado de Pernambuco com o uso do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia, a partir do levantamento e análise estatística de dados e informações oriundos de procedimentos licitatórios realizados por UG estaduais nos anos de 2009 e 2010.

Os dados a serem explorados na pesquisa descritiva serão processados e tratados estatisticamente com o auxílio do software STATISTICA, versão 6.1.

No que diz respeito aos meios, a pesquisa será, ao mesmo tempo, bibliográfica, documental, estudo de caso e *ex post facto*.

Bibliográfica, porque, para a fundamentação teórico-metodológica do trabalho e para a consistência das análises a serem perpetradas, será necessário o estudo sistematizado desenvolvido com base em materiais publicados em livros, revistas, jornais, artigos, dissertações e sites na internet.

Documental, porque se valerá de documentos emanados pelos órgãos e entidades contemplados na amostra pesquisada, tais como: editais de licitação, propostas dos licitantes, atas, recursos, termos de homologação, termos de adjudicação, dentre outros.

Estudo de casos, uma vez que se propõe a investigar procedimentos licitatórios na modalidade pregão, que tiveram por objeto obras de engenharia, realizados por UG do estado de Pernambuco, nos anos de 2009 e 2010.

Ex post facto: pois se refere a fatos já ocorridos e a variáveis não manipuláveis e incontroláveis.

A Dissertação se encontra estruturada da seguinte forma:

“Introdução”: Nesta parte, será destacado analiticamente o tema proposto, com sua delimitação, objetivos, suposições, bem como a metodologia a ser adotada para a consecução da pesquisa.

“1. A Licitação na Modalidade Pregão”: Neste capítulo, serão tecidas considerações gerais acerca do instituto da licitação com o objetivo de fornecer uma visão global acerca de suas principais características. Demais disto, será dado um enfoque específico para a modalidade pregão, com ênfase na sua evolução histórica no direito pátrio e pernambucano, conceitos, objetivos, princípios e demais peculiaridades.

“2. Possibilidades do Uso do Pregão em Licitações de Obras ou Serviços de Engenharia”: Neste capítulo, serão analisados os pontos polêmicos e controversos que gravitam em torno da temática da plausibilidade jurídica de se licitar obras e serviços de engenharia mediante pregão, com a finalidade precípua de esclarecer se, e sob quais condições, é admissível a utilização da modalidade em tais circunstâncias.

“3. Competitividade em Licitações de Obras e Serviços de Engenharia”: Neste capítulo, serão fincadas as premissas e parâmetros que alicerçarão as análises acerca da influência do pregão na competitividade dos certames licitatórios de obras e serviços de engenharia;

“4. Análise da Legalidade e da Competitividade no Uso do Pregão em Licitações de Obras e Serviços de Engenharia no Estado de Pernambuco”: Com base no arcabouço teórico construído nos capítulos antecedentes, neste Capítulo serão perpetrados estudos com vistas a avaliar se o uso do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia, por parte de órgãos e entidades do Governo do Estado de Pernambuco, no período de janeiro de 2009 e dezembro de 2010, se deu consoante os pressupostos de legalidade e de competitividade que dão sustentação às suposições levantadas na pesquisa.

“Conclusão” : Neste capítulo, serão expostos os aspectos principais da pesquisa, consignando-se as considerações, conclusões, limitações e perspectivas resultantes do estudo.

1. A LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO

1.1 Licitação pública

1.1.1 Definição

Definir licitação é uma missão arriscada, que requer muita perspicácia por parte do doutrinador.

Com efeito, muitas das definições pecam por demasiadamente genéricas e abstratas e, destarte, imprestáveis para traçar os limites do objeto a ser definido, ou por bastante circunstanciadas, fazendo com que percam sua universalidade.

Assim, é ilusório acreditar numa definição única, completa, absoluta, pois, o que se consegue expressar, nas maiorias das vezes, não passa de simples noções ou idéias.

Outrossim, cumpre aos estudiosos da matéria, ao menos, delinear o conjunto de elementos que melhor represente o significado do instituto.

Sob tal perspectiva, na lição de Bandeira de Mello (2007), a licitação consiste em um procedimento através do qual a Administração Pública tem como objetivo contratar determinado objeto de seu interesse, segundo condições por ela estipuladas previamente, tendo por norte a seleção da proposta que se revele mais conveniente, em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

Nesta mesma esteira, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2004, p. 299) define licitação como

procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para celebração do contrato.

Outrossim, vislumbra-se em Hely Lopes Meirelles (2004) a definição que melhor capta os elementos essenciais do instituto. Com efeito, para o renomado autor, licitação é procedimento administrativo que visa selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, através de uma sucessão ordenada de atos vinculados para a Administração e para os licitantes, permitindo a igualdade de

oportunidade aos interessados e a eficiência e moralidade nas contratações administrativas.

Observa-se que tal definição, além de enfatizar a característica procedimental da licitação, contempla a finalidade precípua do instituto, tal seja, selecionar a proposta mais vantajosa ao interesse público, respeitando-se a isonomia e demais princípios constitucionais que devem reger toda a atividade administrativa.

1.1.2 Evolução histórica no Direito brasileiro

Segundo Maurano (2004), a licitação foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro há mais de cento e quarenta anos, pelo Decreto nº 2.926, de 14.05.1862, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Públicas.

Mas foi com o Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, que, pela primeira vez, observou-se um estatuto jurídico disciplinador de normas gerais sobre licitações, aplicável a todos os entes da federação.

Outrossim, apenas com o advento da Constituição de 1988 é que a licitação passou a receber status de princípio constitucional, de observância obrigatória pela Administração Pública direta e indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

De fato, nos termos do inciso XXI, do artigo 37 da nova Carta Magna, *verbis*:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Embora consagrado no texto constitucional, o instituto da licitação exigia a edição de uma lei regulamentadora, que lhe propiciasse aplicabilidade.

Tal regulamentação, por sua vez, segundo o art. 22, inc. XXVII da Carta Magna, estava a cargo da União, visto que lhe compe, privativamente, legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim, aos 21 de junho de 1993, foi sancionada a Lei Federal nº 8.666, com o propósito de estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Lei de Licitações surgiu, assim, para disciplinar e sistematizar os procedimentos a serem adotados pela Administração Pública em suas licitações, prevendo, ainda, casos de sua desnecessidade, tendo em vista que há situações em que a contratação direta possibilita a obtenção de melhor negócio.

O estatuto geral das licitações e contratos administrativos constitui-se de 126 (cento e vinte e seis) artigos, agrupados em 06 (seis) capítulos, que dispõem sobre: disposições gerais sobre licitações (conceitos, princípios, elementos fundamentais), disposições específicas (modalidades, habilitação, registros cadastrais, procedimento e julgamento), contratos, sanções administrativas e tutela judicial, recursos administrativos e disposições finais (prazos, fiscalização, pré-qualificação e convênios).

Saliente-se que a Lei nº 8.666/93 vem sofrendo constantes alterações desde a sua publicação, existindo, ainda, no Congresso Nacional, um número considerável de projetos de lei em tramitação que visam à promoção de novas modificações em seu texto.

Outrossim, uma das alterações mais significativas na disciplina normativa licitatória, ainda que não tenha se dado com modificações no texto da Lei nº 8.666/93, ocorreu com o advento da Lei nº 10.520/2002 que, ao instituir o pregão como nova modalidade licitatória, alterou profundamente a sistemática das licitações até então conhecida.

1.1.3 Princípios informadores das licitações

Na lição de Bandeira de Mello (2007, p. 932), princípio é

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Na linguagem comum, princípio significa o começo, o início, o ponto de

partida. Como se vê, este sentido é aproveitado no Direito, já que os princípios jurídicos consubstanciam a base, o suporte, a estrutura sobre a qual se constrói o ordenamento jurídico.

Daí a importância dos princípios, porque, para se compreender as leis, é fundamental que se compreenda o que deu origem e serviu de inspiração a elas (NIEBUHR, 2005).

O estudo dos princípios não constitui mero interesse científico-acadêmico. Sua importância prática se revela na medida em que todos os atos de um procedimento devem estar ancorados nas proposições de referência, eleitas pelos estudiosos como alicerce de todo um ramo do conhecimento.

Assim, mister se faz, para a compreensão do instituto da licitação, o conhecimento dos princípios que o informa, ou seja, o que verdadeiramente está por trás ou na base das leis e demais instrumentos normativos que o disciplina.

Sem recorrer aos princípios, infrutífera será a missão de alcançar a essência da licitação e, em razão disto, muitas das questões a respeito dela acabam sendo interpretadas de forma equivocada.

Todavia, não há uniformidade entre os doutrinadores na indicação do rol dos princípios informativos da licitação.

Uma primeira observação é no sentido de que a própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Com efeito, ela mesma é uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante. Isto obriga a Administração a ter de escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público (DI PIETRO, 2004).

Afora o princípio da licitação, existem outros que se referem ao próprio procedimento, princípios estes que informam que, nas diversas fases da licitação, vão se colocar em confronto o interesse público, na escolha da melhor oferta, e o interesse particular, em contratar com a Administração (DI PIETRO, 2004).

Por ser um procedimento administrativo, incidem necessariamente sobre a licitação os princípios constitucionais norteadores da atuação da Administração Pública, materializados no caput de seu art. 37, tais sejam os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Demais disto, as licitações também são informadas por princípios específicos, explicitados em normas infra-constitucionais, dentre os quais notabilizam-se os

princípios da igualdade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e do sigilo das propostas, todos eles preconizados no art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Há, ainda, os princípios que, inobstante não estejam consignados em textos legais, resultam de construção doutrinária e elaboração jurisprudencial, dentre os quais se destacam os princípios da competitividade, da adjudicação compulsória, da ampla defesa e o da economicidade.

1.1.4 Procedimento licitatório na sistemática da Lei nº 8.666/93

Para a realização de uma licitação, visando ao fim para a qual foi criada, faz-se necessária a observância de certos atos preparatórios do ato final objetivado pela Administração. A licitação é, assim, um procedimento que exige uma sucessão de atos e fatos por parte da Administração e do licitante (DI PIETRO, 2004).

Para Mukai (1999), é possível se afirmar que o certame licitatório é composto de duas fases: a interna e a externa.

Na fase interna, ou preparatória, realizam-se procedimentos prévios à instauração do certame licitatório (MUKAI, 1999).

Estes procedimentos decorrem da verificação da necessidade de aquisição de um bem, serviço ou obra. Após esta verificação, o objeto é definido, a estimativa de custo é realizada e é feita a verificação orçamentária. No caso das obras e serviços de engenharia, é nesta fase que é elaborado o projeto básico.

O sucesso do procedimento licitatório depende diretamente destes procedimentos preparatórios, haja vista que a especificação inadequada do objeto ou uma estimativa de preços supra ou superdimensionada comprometerão os resultados do certame (ALENCAR, 2006).

Finalizado o edital, deve-se proceder às publicações oficiais, terminando-se, assim, a fase interna do procedimento licitatório.

Já a fase externa, ou executória, inicia-se com a publicação do edital ou com a entrega do convite (MUKAI, 1999).

Em regra, a fase externa compreende cinco etapas cronologicamente ordenadas e denominadas de acordo com sua finalidade, tais sejam: a) abertura da licitação; b) habilitação dos licitantes; c) classificação das propostas; d) homologação; e e) adjudicação.

Após a abertura da licitação, que deve ser realizada em sessão pública previamente designada no edital, inicia-se a fase de habilitação, a qual consiste no momento em que o licitante demonstra sua aptidão para executar o objeto do certame, mediante a apresentação dos documentos exclusivamente à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal.

Na fase de classificação, por sua vez, há o julgamento das propostas dos licitantes previamente habilitados, julgamento este que deverá ser objetivo e em conformidade com os critérios estabelecidos no edital. A primeira verificação diz respeito à constatação da conformidade das propostas com o instrumento convocatório. Ignorada a proposta por estar em desacordo com o ato convocatório, esta não poderá ser levada em consideração, mesmo que tenha apresentado o menor preço.

Num segundo momento, aceitas as propostas, os preços apresentados devem ser analisados em conformidade com a pesquisa prévia realizada na fase interna, a fim de que a Administração não corra o risco de contratar com empresas que tenham ofertado preços manifestamente inexeqüíveis ou excessivos, que possam vir a onerar, sobremaneira, os cofres públicos.

Para a realização do julgamento das propostas, deve-se levar em consideração os tipos de licitação previstos no § 1º, do art. 45 da Lei de Licitações: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta.

Finalizado o certame, a autoridade competente - que também é responsável pela contratação - deve homologar a licitação, ou seja, confirmar a regularidade e legalidade de todos os atos praticados pela comissão licitatória ao longo do procedimento.

Posteriormente à homologação, a autoridade superior deve promover a adjudicação do objeto da licitação, ato que se constitui na atribuição ao vencedor do certame a garantia de poder contratar com o órgão licitante, nas condições do instrumento convocatório e da proposta apresentada.

1.1.5 Modalidades licitatórias

Modalidade de licitação é forma específica de conduzir o procedimento licitatório, a partir de critérios definidos em lei (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2010, p. 38).

De forma esclarecedora, Justen Filho (2009, p. 251) observa que

As diversas “modalidades” representam, na verdade, as diversas formas de regular o procedimento de seleção. As diversas espécies de procedimentos distinguem-se entre si pela variação quanto à complexidade de cada fase do procedimento e pela variação quanto à destinação de cada uma dessas fases. No entanto, qualquer que seja a espécie (“modalidade”) de licitação, sempre nela se verificam determinadas etapas.

As Modalidades de licitação preconizadas pela Lei nº 8.666/93 se encontram elencadas no artigo 22, e são elas:

- I - concorrência;
- II - tomada de preços;
- III - convite;
- IV - concurso;
- V - leilão.

Entretanto, para os fins do estudo em tela, interessam tão somente as modalidades licitatórias aplicáveis à contratação de obras e serviços de engenharia, tais sejam: concorrência, tomada de preços e convite.

Na Tabela 1, estão sintetizadas as principais características das modalidades concorrência, tomada de preços e convite.

Tabela 1 – Características das modalidades licitatórias aplicáveis a obras e serviços de engenharia

MODALIDADE	CARACTERÍSTICAS
CONCORRÊNCIA (§1º, artigo 22 da Lei nº 8.666/93)	1) Podem participar quaisquer interessados que comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação; 2) Prazo mínimo para a realização do evento: - 45 (quarenta e cinco) dias após publicação do Edital, no caso de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”; - 30 (trinta) dias após publicação do Edital nos demais casos. 3) Utiliza-se, no caso de obras e serviços de engenharia, para valores estimados da contratação superiores a R\$ 1.500.000,00.
TOMADA DE PREÇOS (§2º, artigo 22 da Lei nº 8.666/93)	1) Podem participar interessados devidamente cadastrados ou que atenderem aos requisitos do cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento da proposta, observada a necessária qualificação; 2) Prazo mínimo para a realização do evento: - 30 (trinta) dias após publicação do Edital, quando a licitação for do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”; - 15 (quinze) dias após publicação do Edital nos demais casos. 3) Utiliza-se, no caso de obras e serviços de engenharia, para valores estimados da contratação de até R\$ 1.500.000,00.
CONVITE (§3º, artigo 22 da Lei nº 8.666/93)	1) É o procedimento mais simplificado. Podem participar interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 03 (três) pela unidade administrativa; 2) Prazo mínimo para a realização do evento: - 5 (cinco) dias após a expedição do convite ou efetiva disponibilidade do mesmo, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde. 3) Utiliza-se, no caso de obras e serviços de engenharia, para valores estimados da contratação de até R\$ 150.000,00.

Fonte: Lei nº 8.666/93

Elaboração própria

Observa-se que a definição da modalidade de licitação na Lei nº 8.666/93 atende, preponderantemente, a um critério quantitativo, alicerçado no preço estimado pela Administração para o objeto a ser contratado.

Tal regra, todavia, não se aplica na realização de uma licitação na modalidade pregão que, conforme se verá adiante, respalda-se em um critério qualitativo, tal seja a natureza “comum” do objeto licitado.

1.2 O Pregão

1.2.1 Conceituação

No magistério de De Plácido e Silva (1998), a palavra pregão provém do latim *praiconium*, do verbo *praeconari*, que significa apregoar, proclamar notícias publicamente. Designa, ainda, segundo o mesmo estudioso, as palavras ditas em voz alta para se fazer algum aviso.

A etimologia do vocábulo pregão ajuda à compreensão do instituto enquanto modalidade de licitação, pois a Administração Pública, por ele, anuncia que deseja, em tais ou quais condições, contratar determinado objeto.

Sob tal perspectiva, Jacoby Fernandes (2006, p. 455), define o pregão como

nova modalidade de licitação pública e pode ser conceituada como o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, garantindo a isonomia, seleciona fornecedor ou prestador de serviço, visando à execução de objeto comum no mercado, permitindo aos licitantes, em sessão pública presencial ou virtual, reduzir o valor da proposta por meio de lances verbais e sucessivos.

1.2.2 Disciplina geral

O pregão, como modalidade de licitação autônoma, aplicável na esfera da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, foi inserido legalmente em nosso ordenamento jurídico através da Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, como expressamente indicado em sua ementa.

Por se tratar de modalidade licitatória, aplicam-se ao pregão as normas e princípios relacionados à licitação que se encontram consubstanciados na Constituição Federal.

A Lei nº 10.520/2002 é de natureza nacional, pois que veicula normas gerais sobre essa nova modalidade de licitação. É uma lei concisa, de apenas 13 artigos. Diga-se, ainda, que se trata de lei ordinária (art. 59, III, da CF), como o é a maioria das leis. É, portanto, da mesma natureza e hierarquia da Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública (GASPARINI, 2006).

Assim, no que tange ao pregão, em princípio, deve-se observar a Lei nº 10.520/02. Nas situações em que ela for omissa, deve-se recorrer às normas e soluções da Lei nº 8.666/93. Nos casos em que houver contradição entre a Lei nº 10.520/02 e a Lei nº 8.666/93, deve prevalecer a primeira, porque especial, cujo conteúdo versa principalmente sobre a modalidade pregão (NIEBUHR, 2005).

Além das Leis nºs 10.520/02 e 8.666/93, a modalidade pregão força os agentes administrativos e jurídicos a trabalharem, também, com regulamentos expedidos pelos chefes do Executivo.

Assim, com espeque no inc. IV do art. 84 da Constituição Federal, que permite ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a fiel execução da lei, essa autoridade editou os Decretos Federais n.ºs 3.555 e 3.697, ambos de 2000.

O primeiro disciplinou o chamado pregão presencial e ainda está em vigor em tudo que não contrariar as disposições da Lei nº 10.520/02.

O segundo regulamentou o denominado pregão eletrônico, mas se encontra expressamente revogado pelo art. 33 do Decreto Federal nº 5.450/2005, que deu nova regulamentação à matéria.

1.2.3 Características

Na interpretação das regras do pregão, muitos autores tendem a destacar características que distinguem essa modalidade das demais, mas que não são essenciais à sua definição e que acabam por dificultar a operacionalização do novo instituto.

Para Justen Filho (2005, p. 19), “o que diferencia uma modalidade de outra é a estrutura procedimental, a forma de elaboração de propostas e o universo de possíveis participantes”. Sob esse enfoque, pregão é modalidade licitatória inconfundível com aquelas constantes na lei nº 8.666/93.

Neste diapasão, Jacoby Fernandes (2006, p. 455) elenca as seguintes

características essenciais ao pregão:

- a) limitação do uso a bens e serviços comuns;
- b) possibilidade de o licitante reduzir o valor da proposta durante a sessão;
- c) inversão das fases de julgamento da habilitação e da proposta; e
- d) redução dos recursos a apenas um, que deve ser apresentado no final do certame.

Adicionada a estas, Justen Filho (2005) ressalta, ainda, uma quinta característica da modalidade, tal seja a possibilidade de participação de quaisquer pessoas, inclusive aquelas não inscritas em cadastros.

Quanto à primeira característica, já se acenou que grande parte dos esforços a serem envidados na pesquisa serão no sentido de discutir a amplitude da definição legal de bens e serviços comuns, com vistas a identificar em que medida obras e serviços de engenharia podem ser incluídos no conceito.

Quanto à possibilidade de o licitante reduzir o valor da proposta durante a sessão, tal aspecto pode se revelar em dois momentos previstos no procedimento do pregão: na fase de lances e na de negociação entre pregoeiro e licitante.

A possibilidade de realização de lances está contemplada nos incisos VII e IX, do artigo 4º da Lei do Pregão. Conforme anota Justen Filho (2005, p. 128), “a disputa encerra-se quando se obtiver um lance que não venha a ser superado por outros. A sistemática é idêntica à do leilão, apenas que é oposta: vencerá a menor oferta, não a maior”.

No que concerne à possibilidade de negociação do preço final, tal hipótese se encontra materializada no inciso XVII, do artigo 4º da lei nº 10.520/02. O objetivo da regra, segundo Vera Monteiro (2010, p. 177), é claro: “autorizar a negociação pública entre o proponente e o pregoeiro no caso deste último não estar satisfeito com o valor conseguido após a etapa de lances”.

A inversão das fases de julgamento da habilitação e da proposta é outro traço marcante do pregão. Por força do inciso XII, do artigo 4º da Lei nº 10.520/2002, no pregão se examina primeiro as propostas de preços e só depois a documentação habilitatória, e apenas a do vencedor. Deste modo, com a inversão das fases de exame, a Administração Pública restringe o julgamento da habilitação, em tese, a de um licitante: o vencedor (JACOBY, 2006).

Acerca da unificação da fase recursal, diferentemente do que ocorre nas modalidades previstas na Lei nº 8.666/93, nas quais existem pelo menos duas fases,

no pregão ocorre a concentração do direito de recurso ao final do certame. Este procedimento está estabelecido no inciso XVIII, do artigo 4º, da Lei n.º 10.520/2002, que assim dispõe:

XVIII – declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

Por derradeiro, convém acentuar como nota característica do pregão a possibilidade de participação de quaisquer pessoas, independentemente de cadastramento. Com efeito, o artigo 4º da Lei n.º 10.520/02, que dispõe sobre o processamento do pregão, tratando das condições para participação e do procedimento de habilitação, dispensa qualquer cadastramento prévio, bastando apenas que o licitante, antes da abertura da sessão, declare possuir os documentos de habilitação exigidos no edital.

1.2.4 O pregão no estado de Pernambuco

No âmbito do estado de Pernambuco, a disciplina legislativa do pregão se inaugurou com o advento da Lei Estadual nº 12.340, de 27 de janeiro de 2003, regulamentada pelos Decretos nºs 25.662/03 e 26.945/04.

Por sua vez, aos 17 de março de 2006, foi sancionada a Lei estadual nº 12.986, que revogou a Lei 12.340/03, dando novo trato à matéria.

Pouco mais de dois anos após a publicação da Lei nº 12.986, foi publicado o Decreto nº 32.541, de 24 de outubro 2008, que revogou expressamente o Decreto nº 25.662, conferindo nova disciplina ao pregão presencial no âmbito do Poder Executivo Estadual.

Nesta mesma oportunidade, foi publicado o Decreto nº 32.539, de 24 de outubro 2008, que disciplinou o pregão na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns no âmbito do Poder Executivo Estadual.

2. POSSIBILIDADES DO USO DO PREGÃO EM LICITAÇÕES DE OBRAS OU SERVIÇOS DE ENGENHARIA

2.1 Contextualização

Quase uma década após a publicação da lei nº 10.520/02, discussão que ainda gera insegurança na Administração Pública, provocando relativa cizânia doutrinária e jurisprudencial, diz respeito à licitude na utilização do pregão em licitações voltadas à contratação de obras e serviços de engenharia.

Com efeito, a lei nº 10.520/02 circunscreveu o âmbito de aplicação do pregão ao fixar que a modalidade se destina tão somente à contratação dos ditos “bens e serviços comuns”.

Ocorre que a expressão “bem e serviço comum” e a definição que lhe é atribuída pela lei geral do pregão são um tanto quanto vagas, suscitando controvérsias acerca das possibilidades de emprego da nova modalidade.

Outrossim, em que pese a relativa fluidez dos termos legais, percebem-se situações indúvidas de cabimento ou não do pregão, pela certeza da natureza comum do objeto ou pela clareza de sua não submissão a esse qualificativo.

Há, porém, zonas de obscuridade quanto à aplicabilidade da modalidade, problema particularmente sensível em contratações na área de engenharia.

Daí ser necessária a identificação de parâmetros mais seguros que permitam melhor compreender o âmbito de incidência do pregão, com vistas a reduzir as incertezas na adoção da modalidade.

À toda evidência, interpretações divergentes ou colidentes são indesejáveis, pois geram discussões e polêmicas que obstruem a atividade administrativa e a judicial, prejudicando, destarte, a eficiência da máquina pública.

Sob tal perspectiva, o presente capítulo se propõe a analisar o tema da plausibilidade jurídica de se utilizar o pregão em licitações de obras e serviços de engenharia, com vistas a superar os principais imbróglis com que se deparam os operadores do Direito e gestores públicos, de forma a contribuir para o uso seguro, responsável e eficiente da modalidade.

2.2 Comunidades epistêmicas e o dilema legalidade x eficiência

Muito embora a problemática que se põe em tela tenha um viés proeminentemente jurídico, para a sua adequada compreensão e enfrentamento, necessário se faz tecer algumas reflexões acerca da componente política a ela subjacente.

Neste diapasão, chama a atenção o papel desempenhado por certos agentes do mercado que, valendo-se da expertise em determinado ramo do conhecimento, participam, através de seus discursos, ideias e argumentos, da formulação e execução de políticas públicas.

Tais agentes fazem parte do que as ciências políticas e sociais denominam de comunidades epistêmicas.

Segundo Inoue (2003), o termo comunidade epistêmica foi colocado em pauta por Peter Haas, para o qual

uma *comunidade epistêmica* é uma rede de profissionais com reconhecida especialização e competência num domínio particular e com uma afirmação de autoridade sobre conhecimento politicamente (*policy*) relevante naquele domínio ou área. Embora uma comunidade possa consistir de profissionais de várias disciplinas e origens, esses compartilham (1) um conjunto comum de crenças normativas e de princípios, que provê uma "rationale" de base valorativa para ação social dos membros da comunidade; (2) crenças causais, ou seja, aceitam as mesmas relações causais para problemas, que são derivadas de suas análises de práticas, gerando, ou contribuindo para um conjunto central de problemas no seu domínio e que servem, então, como base para elucidação de múltiplos laços entre ações políticas possíveis e resultados desejáveis; (3) noções compartilhadas de validação, isto é, critérios intersubjetivos, internamente definidos para avaliar e validar conhecimento no domínio de sua especialidade; (4) um empreendimento político (*policy*) comum, isto é, um conjunto de práticas comuns associadas com um conjunto de problemas para os quais sua competência profissional é dirigida, presumivelmente resultante da convicção que o bem estar humano será aumentado como uma consequência dessas práticas (INOUE, 2003, 83).

Na esteira do conceito de comunidades epistêmicas, é possível se identificar, no cenário em que se travam os debates em torno da plausibilidade jurídica de se utilizar o pregão em licitações de obras e serviços de engenharia, ao menos duas formações discursivas que assumem posições antagônicas em relação à matéria.

Uma dessas formações constitui a comunidade epistêmica que adota como paradigma o princípio da legalidade.

Comentando a respeito de tal princípio, Di Pietro (2004, p. 67) observa que

este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo

tempo em que os define, estabelece os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

Outrossim, para os adeptos de tal comunidade, o princípio da legalidade é compreendido em sua acepção mais estrita, de tal sorte que qualquer ato da Administração Pública, para ser considerado válido, requer, necessariamente, previsão expressa no texto da lei. Sob tal perspectiva, não seria admissível a utilização do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia pelo fato de inexistir dispositivo legal explícito neste sentido.

Ademais, percebe-se, nos afiliados a esta vertente de pensamento, uma tendência a identificar no conceito de *comum* do pregão um qualificativo incompatível ou pejorativo para com as obras e os serviços engenharia.

Doutro lado, há a comunidade epistêmica que alicerça seus argumentos não em previsões legais, mas sim nas apregoadas vantagens, sobretudo em termos econômicos, advindas do uso do pregão em certames de obras e serviços de engenharia.

Os membros desta comunidade desenvolvem suas análises e situam o debate sobre o tema no contexto das reformas gerenciais do Estado contemporâneo, e têm como referencial paradigmático o princípio da eficiência na gestão pública.

Hely Lopes Meirelles (2004) fala na eficiência como um dos deveres da Administração Pública, definindo-a como o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. Para o ilustre autor, o princípio da eficiência é o mais moderno da função administrativa, a qual já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Já Niebuhr (2005), assevera que a eficiência, em licitação pública, gira em torno de três aspectos fundamentais: preço, qualidade e celeridade. Para o renomado jurista, daí que, do princípio da eficiência, mais abrangente, decorrem outros princípios, entre os quais o do preço justo, o da seletividade, o da celeridade e o da finalidade.

A modalidade pregão, por sua vez, traz inovações de monta, cujos propósitos são, justamente, propiciar tal eficiência, especialmente em relação aos aspectos

preço e celeridade (NIEBUHR, 2005).

Assim, na visão dos adeptos a tal comunidade, o que justificaria a opção pelo pregão em licitações de obras e serviços de engenharia seria o aumento da eficiência administrativa, refletida em ganhos econômicos, de celeridade processual e de competitividade nos certames por ele regidos.

Analisando-se os argumentos oferecidos pelos partidários de cada uma destas comunidades, percebem-se virtudes e defeitos de ambos os lados.

De fato, há de se reconhecer que sujeição à ordem jurídica não pode ser confundida com submissão cega e imponderada à letra da lei. Com efeito, a lei é produto do homem e, como tal, suscetível a falhas, lacunas e imperfeições, próprias da natureza humana.

Por outro lado, eficiência é princípio que se deve somar aos demais, não podendo se sobrepor a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado Democrático de Direito.

Assim, o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficiência que a Constituição propugna é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico e, em nenhum caso, ludibriando este último.

Nestas situações de indefinição acerca de qual princípio deva preponderar num caso concreto, há de se prestigiar outro importante princípio norteador da atuação administrativa: o da razoabilidade.

Tal princípio se concretiza através da escolha da solução que esteja em mais harmonia com as regras jurídicas existentes e que, por isso, pareça ser a mais satisfatória, atentando-se à preocupação primária de segurança, temperada pela justiça, que é a base do Direito (DAVID, 1996).

Por sua vez, em matéria de licitações, o princípio da razoabilidade se traduz, antes de tudo, na necessidade de equilíbrio dos fins buscados pelo Estado.

Disto tudo, a conclusão a que se chega é que legalidade e eficiência não podem ser compreendidas como valores antagônicos, mutuamente excludentes, mas sim como princípios que se completam e se limitam reciprocamente, em prol do interesse público.

2.3 O pregão e as licitações de obras e serviços de engenharia

2.3.1 Na Lei nº 10.520/02

Um dos argumentos oferecidos pelos opositores à utilização do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia é que própria lei nº 10.520/02, na literalidade do *caput* de seu art. 1º, já estaria por afastar tal possibilidade.

Assim, para os adeptos a essa tese, o simples fato do referido dispositivo legal se referir tão somente a “bens e serviços”, não fazendo menção expressa a “obras e serviços de engenharia”, seria motivo bastante para excluir estes objetos do âmbito de incidência da lei geral do pregão.

Na esteira deste entendimento, Porto Neto (2005, p.3) apregoa que, de plano e sem dificuldade, deve ser descartada a “adoção do pregão para a contratação de obra, independentemente da noção que se possa ter do adjetivo ‘comum’ empregado pela lei”.

Continuando sua explanação, aduz o autor:

É que obra não se insere nem mesmo nos conceitos de bens e serviços.

[...]

É irrelevante, portanto, para verificação da aplicabilidade do pregão, investigar se materialmente obra pode ser considerada um conjunto de serviços, porque a lei descarta esse sentido. Para fins legais, obras e serviços não se confundem, e o pregão está reservado exclusivamente para contratação destes, quando sejam de natureza comum (PORTO NETO, 2005, p. 4).

Comungando de análogo raciocínio, Jacoby Fernandes (2006) preconiza que, em virtude da lei nº 10.520/02 estabelecer que o pregão só deve ser utilizado para bens e serviços comuns, estaria, portanto, excluída a possibilidade de contratação de obras, por mais comuns que estas sejam.

Em que pese a proficiência dos insígnis doutrinadores, não se vislumbra no entendimento esposado pelos mesmos a melhor solução para a inteligência do real alcance e sentido da norma legal *sub examine*.

Sem embargo, se a intenção do legislador fosse excluir obra ou serviço de engenharia do campo de aplicabilidade da lei do pregão, a teria manifestado expressamente, nos exatos moldes em que o fez no art. 54 da lei nº 9.472/97, que dispunha sobre a criação e funcionamento da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), e de onde remontam as origens do pregão.

Em verdade, atendo-se tão somente à literalidade do art. 1º da lei geral do pregão, nada se pode atestar de forma peremptória, haja vista a questionável técnica legislativa empreendida em sua feitura.

Comentando a respeito da atecnia na redação do referido dispositivo legal, Niebuhr (2005) adverte que a Administração só conseguirá adquirir bens, jamais serviços, uma vez que estes são somente prestados. Por isso não se diz que alguém adquiriu uma obra ou um serviço, mas que alguém contratou a execução dos mesmos.

Neste mesmo diapasão, Monteiro (2010) apregoa que não se deve tirar da referência a aquisição, constante no art. 1º da lei, a proibição de aplicação do procedimento do pregão para contratos que envolvam obras e serviços de engenharia, pois o termo, da forma com que se encontra colocado no texto legal, é sinônimo de contratação.

A mesma inteligência é compartilhada por Gasparini (2006), para o qual não se compra serviço, e sim se contrata sua execução. O autor atenta, ainda, que nada se adquire com o pregão, como nada se adquire ou se aliena com os procedimentos da concorrência, da tomada de preços e do convite. Em verdade, a aquisição ocorre apenas após a conclusão do procedimento do pregão e a celebração do ato transmissor do domínio, entrega e pagamento do bem objeto do certame, tudo conforme estabelecido no edital do pregão.

Atestada a impropriedade na colocação do vocábulo aquisição no *caput* do art. 1º da lei do pregão, impende desvendar em que acepção os termos bens e serviços se acham inseridos no contexto da lei. Para tanto, faz-se mister recorrer a alguns preceitos orientadores da exegese jurídica.

Um destes preceitos informa que não podem os textos legais abranger, explicitamente, todas as relações e circunstâncias a serem regradas. Assim, releva verificar se as palavras foram empregadas em acepção geral ou especial, ampla ou estrita; se não se apresenta às vezes exprimindo conceitos diversos do habitual. (MAXIMILIANO, 2006)

Por sua vez, também é cediço que nas situações em que o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplica-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral. Daí, quando o texto menciona o gênero, presumem-se incluídas as espécies respectivas; quando regula o todo, compreendem-se também as partes (MAXIMILIANO, 2006).

Assim, “na dúvida, prefere-se o significado que torna geral o princípio em a norma concretizado, ao invés do que importaria numa distinção, ou exceção” (GIANTURCO, 1909, pag. 118).

Em suma, “*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*: Onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir” (MAXIMILIANO, 2006, p.201).

Assim considerada a questão, observa-se que a única restrição ou ressalva imposta pela lei geral do pregão é que os bens e serviços licitáveis através da modalidade não de ser qualificáveis por “comuns”. Sob esse ângulo, restariam excluídos do âmbito de incidência do pregão tão somente os bens e serviços tidos por “incomuns”.

A lei, por sua vez, não se vale de nenhum sistema classificatório para distinguir “bem comum” de “bem incomum”. Desse modo, em linha de princípio, todas as possíveis categorias de bens, sejam móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, de uso comum ou especial, ou consoante qualquer outro critério albergado pela taxonomia jurídica, podem ser enquadrados como “comuns” ou “incomuns”.

Da mesma forma, a lei alude genericamente ao qualificador “comum” para delimitar a hipótese de cabimento dos serviços licitáveis mediante o pregão, sem recorrer a qualquer outro expediente taxonômico para tal desiderato.

Percebe-se, pois, que a lei nº 10.520/02 condiciona o uso da modalidade pregão tão somente a objetos comuns, sem excluir, de antemão, quaisquer espécies de bens e serviços. Portanto, se há obra ou serviço de engenharia de natureza comum, simples, sem maiores especificidades, em princípio, é permitida a adoção do pregão (NIEBUHR, 2005).

Em recentes decisões, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem afirmado a inexistência de dispositivo na Lei nº 10.520/02 que vede o uso do pregão para a contratação de obras ou serviços de engenharia. Isto é o que se depreende do seguinte excerto do voto condutor do Acórdão nº 286/2007, *verbis*:

7. Primeiramente, ressalto o exame efetuado pela unidade técnica demonstrando que a recente jurisprudência do Tribunal já consolidou o entendimento de que a Lei 10.520/2002 não veda a contratação de obras e serviços de engenharia por meio da modalidade de Pregão. (Acórdãos 331/2006 e 1.329/2006, do Plenário, e 817/2005 da Primeira Câmara). (BRASIL ..., 2007)

2.3.2 Em leis locais e nas normas infralegais

Atestada a ausência de dispositivo na Lei nº 10.520/02 que vede expressamente a utilização da modalidade pregão em licitações de obras e serviços de engenharia, insta analisar em que medida leis locais e decretos regulamentares podem dispor sobre matéria.

Conforme já ressaltado, a União produziu a lei geral do pregão com espeque no art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, que lhe atribuiu competência para dispor sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades.

Assim, com fulcro no aludido dispositivo constitucional, a Lei nº 10.520/02, tal qual a Lei nº 8.666/93, foi concebida pela União como norma geral ou nacional, devendo, destarte, incidir obrigatoriamente sobre todos os entes políticos componentes da Federação.

Ocorre que, em decorrência do sistema constitucional de competências, também é dado aos Estados Federados legislarem suplementarmente à lei geral do pregão.

Isto é o que se depreende da leitura do § 2º, do art. 24 da Carta Magna, que dispõe que os Estados têm competência legislativa para suplementar as normas gerais de competência da União.

Analisando a matéria, José Afonso da Silva (2010) atenta que não apenas Estados, mas também Distrito Federal e Municípios, têm competência suplementar em matéria de licitações. Transcrevem-se, a seguir, os valiosos argumentos esposados pelo renomado constitucionalista.

[...] nos termos do § 2º do art. 24, a competência da União para legislar sobre *normas gerais* não exclui (na verdade até pressupõe) a competência suplementar dos Estados (e também do Distrito Federal, embora não se diga aí), e isso abrange não apenas as normas gerais referidas no § 1º desse mesmo artigo no tocante à matéria neste relacionada, mas também as *normas gerais* indicadas em outros dispositivos constitucionais, porque justamente a característica da *legislação principiológica* (normas gerais, diretrizes, bases), na repartição de competências federativas, consiste em sua correlação com competência suplementar (complementar e supletiva) dos Estados.

Tanto isso é uma técnica de repartição de competência federativa que os §§ 3º e 4º complementam sua normatividade, estabelecendo, em primeiro lugar, que, inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades, e, em segundo lugar, que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrária.

[...]

Ainda uma observação. A Constituição não situou os Municípios na

área de competência concorrente do art. 24, mas lhes outorgou competência para *suplementar a legislação federal e a estadual no que couber*, o que vale possibilitar-lhes disporem especialmente sobre as matérias ali arroladas e aquelas a respeito das quais se reconheceu à União apenas a normatividade geral (Silva, 2010, p. 504).

Vê-se, destarte, que Estados, Distrito Federal e Municípios, observadas as normas gerais contidas na Lei nº 10.520, também estão autorizados a editar leis estabelecendo outros direitos e obrigações para a modalidade pregão.

Anote-se que a criação de novos direitos e obrigações, bem como a imposição de um regime uniforme para todos os poderes, materializa-se através de lei em sentido formal, ou seja, norma jurídica escrita, com disposições de caráter genérico e abstrato, produzida validamente pelo órgão do poder legislativo na respectiva esfera federativa. Tal exigência decorre do princípio da legalidade e da separação dos poderes, e é nessa acepção que deve ser compreendido o termo *lei local*.

Mas o estabelecimento de normas complementares à lei geral do pregão não demanda, necessariamente, a edição de lei em sentido formal. Isso também pode se dar através dos chamados atos administrativos normativos que, na lição de Hely Lopes Meirelles (2004, p. 176), “são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando a correta aplicação da lei”.

O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam, em minúcia, o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas. Tais atos, conquanto estabeleçam regras gerais e abstratas de conduta, não são leis em sentido formal e, por isso, estão necessariamente subordinados aos limites jurídicos definidos na lei formal. São leis apenas em sentido material, vale dizer, provimentos executivos com conteúdo de lei, com matéria de lei (MEIRELLES, 2004, p. 176).

Por sua vez, a depender da autoridade da qual emana o ato administrativo normativo, o mesmo pode assumir a feição de decreto, resolução, instrução normativa, portaria, dentre outras espécies. De fato, tanto o chefe do Executivo, quanto os do Legislativo, do Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, podem editar normas complementares para fins de adequar a norma geral às competências locais.

Contudo, interessa à presente análise o ato administrativo normativo de

competência exclusiva dos chefes do Executivo, tal seja, o decreto regulamentar.

Na proficiente lição de Meirelles (2004, p. 177), os decretos são “destinados a prover situações gerais ou individuais, abstratamente previstas de modo expreso, explícito ou implícito, pela legislação”. Para o renomado administrativista, o decreto regulamentar se presta para explicar a lei e facilitar sua execução, aclarando seus mandamentos e orientando sua aplicação.

Como ato administrativo, o decreto está sempre em situação inferior à da lei e, por isso mesmo, não a pode contrariar ou ir além do que ela permite. O decreto geral tem, entretanto, a mesma normatividade da lei, desde que não ultrapassada a alçada regulamentar de que dispõe o Executivo (MEIRELLES, 2004).

Urge registrar, todavia, que a ausência de regulamentação específica não impede a atuação direta da disciplina legislativa geral, a não ser quando houver carência dos elementos normativos necessários à aplicação da lei geral. Para utilizar a terminologia consagrada, não há necessidade de regulamentação para dispositivos legais auto-aplicáveis. Nestas situações, a maior virtude de leis locais e decretos é a uniformização de condutas por eles produzidos o que, à toda evidência, propicia maior certeza e segurança jurídica aos seus destinatários.

No caso da Lei nº 10.520, suas normas são, na quase totalidade, perfeitamente auto-aplicáveis. Assim, é perfeitamente possível aplicá-la sem a edição de leis locais, tampouco de decretos regulamentares. Ressalve-se que pode haver dificuldades no tocante ao chamado pregão eletrônico, que demanda claramente uma disciplina concreta e determinada sobre o modo de operacionalização. Mas o pregão comum, que tem sido qualificado como presencial, pode ser adotado com base exclusivamente na disciplina constante da Lei nº 10.520 (Justen Filho, 2005).

Outrossim, a despeito da auto-aplicabilidade da Lei nº 10.520 no tocante ao pregão presencial, o Presidente da República expediu o Decreto Federal nº 3.555/00, que a regulamentou a nível federal.

Ocorre que, inobstante a Lei nº 10.520/02 não trazer proibição expressa à utilização do pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia, o referido Decreto Federal contém dispositivos objetivos nesse sentido. Assim, caso se entenda que a regulamentação federal da Lei nº 10.520/02 também seja de aplicação compulsória para as demais esferas federativas, estarão, obviamente, Estados, Distrito Federal e Municípios sujeitos à referida proibição.

Surge, então, a primeira questão a ser equacionada: até que ponto disposições contidas no decreto federal regulamentador do pregão têm aplicação compulsória para os demais entes da federação?

Para o deslinde da questão, de início remeta-se ao parágrafo único do art. 1º do referido decreto, *verbis*:

Subordinam-se ao regime deste Decreto, além dos órgãos da Administração Federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

Percebe-se que o próprio texto do decreto não deixa pairar qualquer dúvida de que suas prescrições incidem apenas sobre órgãos e entidades federais, sem se estenderem para os entes dos estados membros, Distrito Federal e Municípios.

Todavia, em que pese a peremptoriedade do dispositivo regulamentar supratranscrito, alguns doutrinadores defendem que as normas do Decreto Federal nº 3.555/00 – ou outras que regulamentem a modalidade pregão – são obrigatórias para todos os entes políticos integrantes da Federação.

Nessa linha de raciocínio, Bittencourt (2003, p. 29) sustenta que, “em virtude da Lei nº 10.520/02 prescrever normas gerais de aplicação obrigatória para os Estados, Distrito Federal e Municípios, da mesma forma o seu regulamento federal também deve versar sobre normas gerais, sendo, portanto, aplicável em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios”.

Outrossim, majoritária corrente doutrinária professa a tese da não aplicabilidade compulsória de decretos federais para Estados membros, Distrito Federal e Municípios.

Nesta esteira, Niebuhr (2005) atenta que a função outorgada aos regulamentos é afirmar como as normas gerais devem ser efetivadas pela Administração, a fim de que a mesma disponha de elementos para adequar as prescrições nacionais às suas estruturas locais.

Assim, antes de concluir que as normas do Decreto Federal nº 3.555/00 só têm incidência sobre os órgãos e entidades federais, sem se estenderem aos Estados, Distrito Federal e Municípios, que, se quiserem, deverão produzir os seus próprios regulamentos, Niebuhr (2005, p. 33), com propriedade, preconiza que:

Como os entes políticos componentes da Federação gozam de autonomia administrativa, cada qual dispõe de competência para determinar como devem cumprir as prescrições de caráter nacional, estabelecidas em norma geral, tal qual ocorre com a Lei nº 10.520/02. Em decorrência disso, por exemplo, não cabe ao Presidente da República assinalar como a

Administração de cada Município deve cumprir e operacionalizar qualquer tipo de norma, inclusive as de caráter nacional, sob pena de violar a autonomia administrativa municipal. É o Município, e não a União, quem deve determinar como devem ser executadas e cumpridas as normas gerais dentro do seu respectivo território, pelos órgãos ou entidades administrativas municipais.

Semelhante juízo é externado por Sundfeld (1995) para o qual os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não devem acatar os decretos editados pelo Presidente da República a título de regulamentar a lei de Licitações. E o fundamental para tanto é que o que é geral em matéria de licitação decorre de competência legislativa da União, e não regulamentar.

De fato, não há regra constitucional permitindo ao chefe do Executivo Federal, através de decreto, impor pautas de conduta às demais pessoas políticas, tampouco hierarquia entre União, os Estados (ou Distrito Federal) e os Municípios. Todos eles são isônomos e, por isso, não se submetem às determinações dos demais, ainda mais quando estejam contidas em ato de hierarquia menor, como o administrativo (SUNDFELD, 1995, pp. 33-34).

Outro renomado doutrinador que vaticina, com veemência, o descabimento de decretos federais incidirem no âmbito das demais esferas da Federação é Marçal Justen Filho. No seu entender, admitida formalmente pela Lei nº 10.520 que todas as órbitas federativas se valham da modalidade do pregão, torna-se evidente que os regulamentos federais editados pela União não podem ser aplicados além dos limites da competência federal. Assim, a competência do Chefe do executivo federal para regulamentar leis federais não pode ser utilizada para dispor sobre normas gerais, com força vinculante para os demais entes federais (Justen Filho, 2005).

Por derradeiro, imperioso se faz registrar a interessante observação de Gasparini (2006), o qual não vê óbice legal para a adoção da regulamentação federal por lei da entidade política obrigada a utilizar o pregão para a aquisição de bem comum ou contratação de serviço comum, ainda que lhe pareça inconveniente tal expediente, dado que a mesma é editada para atender a uma realidade, a federal, incompatível com a dos Estados, do Distrito Federal e em especial a dos Municípios.

Disto tudo, a conclusão a que se chega é que os decretos federais editados para regulamentar o pregão no âmbito federal somente têm incidência obrigatória para Estados, Distrito Federal e Municípios se houver o acolhimento, em remissão

expressa, por parte das normas locais editadas por tais entes federativos.

Outra questão merecedora de ponderação concerne à validade ou não, ante o silêncio da lei geral do pregão, das disposições contidas em leis locais ou decretos regulamentares que vedam expressamente a utilização da modalidade em licitações de obras e serviços de engenharia.

Para o adequado enfrentamento da questão, necessário se faz, preliminarmente, esclarecer se, no regime da lei nº 10.520/02, e em se tratando de bens ou serviços “comuns”, o uso do pregão é ou não obrigatório para a Administração Pública.

A elucidação deste ponto, por seu turno, não aparenta oferecer maiores dificuldades hermenêuticas. Com efeito, nos termos do caput do art. 1º da Lei nº 10.520/02, “para a aquisição de bens e serviços comuns, *poderá* ser adotada a licitação na modalidade pregão, que será regida por esta Lei”.

Assim, ante o emprego do verbo *poderá* no referido dispositivo, não parece pairar dúvidas de que a intenção do legislador foi *facultar* a utilização do pregão a quem está obrigado a licitar, quando o objeto a ser licitado se tratar de um bem ou serviço comum.

Ocorre que alguns estudiosos vislumbram no vocábulo *poderá* não uma faculdade, mas sim uma obrigação para a Administração Pública.

Este é entendimento de Gasparini (2006, p. 29), para o qual, “no Direito Público, como é o caso, generaliza-se a acepção peremptória dessa expressão e o *poderá* torna-se *deverá*”.

Para o autor, ante a acepção impositiva atribuída à expressão *poderá*, somente quando for inviável a realização do pregão e a razão da inviabilidade for devidamente justificada, o órgão ou entidade, seja de qual for a esfera federativa, terá condições legais para promover outra modalidade licitatória (GASPARINI, 2006).

A mesma inteligência é compartilhada por Motta (2008, p. 804), que identifica no vocábulo “*poderá*” um “poder-dever, na medida em que a modalidade pregão, comparativamente com as demais modalidades previstas no art. 22 da Lei 8.666/93, possa se evidenciar mais ágil e menos onerosa”.

Não obstante a notoriedade dos ilustres autores, pede-se vênias para discordar de seus entendimentos.

Ora, se o desejo do legislador fosse impor a obrigatoriedade no uso do

pregão para a licitação de bens e serviços comuns o teria consignado claramente no texto legal. Ademais, na lição de De Plácido e Silva (1998), na linguagem técnica-jurídica o verbo *poder* há de ser compreendido como sinônimo de *autorizado*, *permitido* ou *facultado*. Assim, não há razões para recorrer a malabarismos interpretativos no sentido de conferir ao termo um significado diverso daquele que é reconhecido pelo Direito e pelo senso comum.

Contraopondo-se à obrigatoriedade no uso pregão, Niebuhr (2005) assevera que o artigo 1º da lei nº 10.520/02 é de invulgar clareza ao estabelecer que o pregão pode ser adotado. Para o autor, a opção pelo pregão se trata de uma faculdade da Administração, desde que o objeto licitado seja qualificado como bem ou serviço comum.

Noutras palavras, “considerando-se que o objeto da licitação constitua de bem ou serviço comum, o agente administrativo pode optar entre o pregão e as demais modalidades de licitação constantes da lei nº 8.666/93, conforme os critérios fixados nos seus artigos 22 e 23” (NIEBUHR, 2005, p. 51).

Continuando sua explanação, Niebuhr (2005, p.51) atenta, ainda, que “o pregão não exclui as demais modalidades previstas na Lei nº 8.666/93, porém convive com elas, mesmo que o objeto da licitação envolva bem ou serviço comum”. Assim, o agente administrativo, no uso de sua competência discricionária, é quem deve escolher adotar o pregão ou não, analisando o que é mais conveniente para o interesse público.

Também corroborando da tese da facultatividade na escolha do pregão, o professor Justen Filho (2005, p.42), com propriedade, vaticina que

o pregão pode ser utilizado em hipóteses que seria cabível concorrência, tomada de preços ou convite. A opção pelo pregão é facultativa, o que evidencia que não há um campo específico, próprio e inconfundível para o pregão. Não se trata de uma modalidade cuja existência se exclua a possibilidade de adotar-se convite, tomada ou concorrência, mas se destina a substituir a escolha de tais modalidades, nos casos em que assim seja reputado adequado e conveniente pela Administração.

Neste mesmo sentido, à guisa de encerramento desta discussão, convém trazer à colação a interpretação adotada pelo TCU, no Acórdão nº 313/2004 – Plenário (Rel. Min. Marcos Vilaça), *verbis*:

[...] o uso do pregão, nos casos em que ele seja admissível, é facultativo ou obrigatório? Entendo que, nessa hipótese, a decisão pelo emprego ou não do pregão, em substituição a alguma modalidade prevista na Lei nº 8.666/93, está inserida no âmbito da competência discricionária do administrador, devendo, sempre, ser devidamente motivada...

Reconhecida a facultatividade no uso do pregão, resta avaliar se, no exercício dessa faculdade, é dado ao ente político proibir, através de leis locais ou decretos regulamentares, a utilização da modalidade quando o objeto a ser licitado se tratar de obras ou serviços de engenharia.

Reitere-se que tal avaliação há de ser feita se levando em conta que é sempre vedado, tanto à União, quanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, criarem normas regulamentares incompatíveis com as normas gerais. Neste contexto, é oportuno trazer à baila a lição de Niebuhr (2005), para o qual os regulamentos de quaisquer dos entes políticos se prestam apenas a dizer como as normas legais devem ser cumpridas e operacionalizadas, jamais podendo se rivalizar com as normas legais, porquanto estão abaixo dela, em patamar hierárquico inferior.

Sob tal perspectiva, o cerne da discussão consiste em verificar se as normas regulamentares que impedem a licitação de obras e serviços de engenharia pelo pregão encontram fundamento de validade na Lei nº 10.520/02.

Analisando o tema, Reis (2004) assevera que somente à lei compete inovar o ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações para as pessoas, como pressuposto do princípio da legalidade. Em virtude de tal consideração, o autor chega à conclusão de que as normas regulamentares que proíbem a contratação de obras e serviços de engenharia pelo Pregão carecem de fundamento de validade, porquanto não possuem embasamento na Lei nº 10.520/02.

Compartilhando de semelhante raciocínio, Niebuhr (2005, p.68) preconiza que “Decreto não reúne força para criar proibição não necessariamente pressuposta em lei, haja vista a incidência restrita da competência regulamentar, sempre abaixo da lei, com o propósito específico de regrar-lhe a execução e a concretização”.

Por sua vez, ao examinar o dispositivo do Decreto Federal nº 3.555/00 que veda a utilização da modalidade pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia no âmbito federal, o TCU, através do Acórdão nº 817/2005, concluiu que, diante da inexistência dessa vedação no texto da Lei, não poderia o Decreto criá-la, inovando o ordenamento jurídico. Transcreve-se, abaixo, excerto do voto condutor do aludido acórdão, que versa a respeito deste específico ponto:

5. Como se vê, a Lei nº 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, recorro que somente à lei compete inovar o ordenamento jurídico, 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 regram-lhe 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 nº 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. (BRASIL ..., 2005).

Malgrado as opiniões e os julgados em contrário, vislumbra-se na corrente doutrinária que não vê óbice jurídico à existência das aludidas vedações, a solução mais apropriada para a questão.

À toda evidência, a posição defendida por tal corrente é corolário direto da existência de facultatividade no emprego do pregão, já reconhecida neste tópico. Com efeito, em sendo o uso do pregão uma faculdade conferida pela lei, significa dizer que compete ao ente político destinatário da norma geral decidir se um determinado tipo de bem ou serviço comum deve ser licitado mediante o pregão, ou através de uma das modalidades previstas na Lei nº 8.666/93.

Por outro lado, nada impede que tal decisão se exteriorize, em caráter amplo e generalizado, mediante a edição de uma lei local ou de um decreto que disponha expressamente quais categorias de bens e serviços comuns podem ou não ser licitados mediante pregão.

Demais disto, na medida em que se reconhece a auto-aplicabilidade da Lei nº 10.520/02 para o exercício da referida faculdade, é dispensável, inclusive, a existência de normas regulamentares que vedem expressamente o uso do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia.

Com efeito, na ausência de tais normas, o próprio agente público responsável pela licitação, no exercício de sua competência discricionária, tem o poder de decidir, no caso concreto a ele submetido, se uso do pregão é conveniente e oportuno para a Administração. Em tais situações, a decisão do gestor é externada no próprio Edital da licitação.

A posição aqui defendida resta prestigiada por Monteiro (2010), em proficiente análise acerca da legalidade de dispositivos regulamentares que expressamente

excluem obras e serviços de engenharia do alcance do pregão, no Governo Federal e no Estado de São Paulo.

Vejam-se as palavras da autora:

Há, sem dúvidas, perfeita margem de liberdade para a autolimitação federativa. Todas essas soluções são válidas, inclusive a mais restritiva delas, que é a solução federal, para o pregão presencial. Poder-se-ia especular sobre sua conveniência, mas não maculá-la de ilegal, uma vez que ela não anula o conteúdo da norma federal (Lei 10.520) que definiu o âmbito de aplicabilidade do pregão com base em conceito indeterminado (bem e serviço comum), apenas consagra uma interpretação restritiva a seu respeito, uniformizando-a em caráter geral e abstrato para toda a Administração Pública Federal. O mesmo se deu em todas as esferas que assim procederam (MONTEIRO, 2010, pp. 97-98).

Para finalizar a discussão, traz-se ao lume a percuciente síntese de Porto Neto (2005, p. 3):

se a Lei nº 10.520/02 proibir ou estabelecer limites à adoção do pregão para contratação de obras e serviços de engenharia, a legislação específica das demais pessoas políticas deve respeitá-la. O inverso não é verdadeiro. Se a Lei Federal admitir o emprego do pregão para a finalidade em tela, nada impede que leis específicas ou regulamentos próprios de outras pessoas restrinjam seu âmbito de aplicação em suas respectivas esferas de competência.

2.4 Bens e serviços comuns

2.4.1 Da definição legal

A Lei nº 10.520/02 circunscreveu o âmbito de aplicabilidade do pregão ao prescrever, no caput de seu art. 1º, que o mesmo se destina à “aquisição de bens e serviços comuns”.

Outrossim, a lei geral do pregão, no afã de ser didática, procurou estabelecer os contornos para a expressão “bens e serviços comuns”, definindo-a, nos termos do parágrafo único do seu art. 1º, *verbis*:

Art. 1º

[...]

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

À primeira vista, o dispositivo legal retro-transcrito dá a impressão de ter sido redigido de forma suficiente, não carecendo maiores esforços intelectivos para a sua perfeita interpretação.

Ocorre que, na prática administrativa, aparecem situações que não permitem avaliar, de modo seguro e incontroverso, se algumas categorias de objetos licitados podem ser devidamente compreendidas e enquadradas na definição legal de bens e serviços comuns.

Isto tem levado a doutrina administrativista a se debruçar sobre a matéria, a fim de obter uma conceituação mais precisa e elaborada da expressão bens e serviços comuns, de modo a minimizar as divergências quanto a sua maior ou menor abrangência.

2.4.2 Da indeterminação jurídica do conceito

A definição de bens e serviços comuns, estabelecida na Lei Geral do Pregão, encerra o que, na doutrina jurídica, se costuma qualificar de *conceito jurídico indeterminado*.

Tal qualificativo se aplica às definições dotadas de larga fluidez semântica, cuja aplicação à realidade demanda alguma dificuldade de ordem operacional, na medida em que desperta relativa controvérsia acerca da submissão ou não da situação fática ao conceito normativo.

Conforme, anota Niebuhr (2005, pp. 53-54), “nessas situações de imprecisão, que ocorrem com freqüência, é possível, no máximo, exprimir outra opinião, carregada de subjetividade, que não pode pretender aceitação universal”.

Analisando o mesmo tema, Justen Filho (2005) atenta que todos os conceitos apresentam algum tipo de dificuldade de aplicação à realidade, em virtude das próprias limitações do conhecimento humano e das inseguranças proporcionadas pelas palavras.

Continuando sua explanação, o ilustre doutrinador vaticina que, por se traduzir numa linguagem, o Direito incorpora essas dificuldades e que, por isso, há uma variação de determinação e certeza no tocante aos conceitos jurídicos. Assim, “difundi-se a expressão *conceito jurídico indeterminado* para indicar as hipóteses que apresentam um grau mais elevado de indeterminação” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 22).

Entretanto, por mais vago e plurissignificativo que seja um conceito jurídico indeterminado, não é dado concluir que a lei, ao se utilizar de tal instituto, tenha outorgado uma competência amplamente discricionária para a Administração Pública.

Conforme bem pontua Justen Filho (2005, p. 22), "se o legislador quisesse atribuir discricionariedade administrativa, não se valeria de conceitos jurídicos indeterminados. Atribuiria, desde logo, a liberdade de escolha para o agente administrativo".

Proferindo juízo similar, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que:

A discricionariedade ensejada pela fluidez significativa do pressuposto ou da finalidade da norma cingir-se-á sempre ao campo de inelimináveis dúvidas sobre o cabimento dos conceitos utilizados pela regra de direito aplicanda. Fora daí não haverá discricionariedade, mas, vinculação (BANDEIRA DE MELO, 2010, p. 31).

A partir destes pressupostos, deve-se reconhecer que, em que pese a definição usada pela lei ser indeterminada, tal indeterminação não tem o condão de autorizar a Administração a aplicar o pregão em hipóteses em que não se configurar um bem ou serviço comum.

Com efeito, se esta fosse a intenção do legislador, teria deixado ao livre alvedrio do gestor público a opção de se utilizar do pregão para a licitação de qualquer tipo de objeto, sempre que o mesmo reputasse adequado e conveniente ao interesse público.

A dificuldade em definir bem e serviço comum não pode, destarte, jamais servir de supedâneo para a aplicação do pregão em situações nas quais, inquestionavelmente, não se verifique a presença de um objeto com tal qualificativo.

Decerto, a prática administrativa mostra que há hipóteses que se submetem, sem qualquer margem de dúvida, ao conceito de bem e serviço comum. Por outro lado, há outras que, com igual certeza, a ele não se submetem. O problema reside, pois, nas situações que se encontram na zona cinzenta, que medeia a certeza positiva e a negativa.

Para estas situações é que se põem as dificuldades para os destinatários da lei, havendo a necessidade de avaliação mais detida, na busca de identificar as características nucleares e essenciais do conceito de bem e serviço comum. Com efeito, conquanto não seja determinado, o conceito de bem ou serviço comum pode

ser determinável, mesmo que em linhas gerais, para servir de baliza para os agentes jurídicos e administrativos.

2.4.3 Dos elementos conceituais

Para que a definição legal de bens e serviços comuns se revista de utilidade prática, há de se demarcar os elementos essenciais que lhe dão identidade, de tal modo que seja possível traçar um esquema que permita aos agentes administrativos aferirem, com relativa margem de segurança, se dado objeto a ser licitado pode ou não ser considerado comum.

Outrossim, o conceito de comum para fins do pregão, à semelhança dos demais conceitos jurídicos indeterminados, há de ser apreendido, antes de tudo, em razão da teleologia da norma geral a que se prende. Assim, na busca dos referidos elementos essenciais, cumpre sempre levar em consideração os motivos e as finalidades pelas quais o legislador houve por bem criar a modalidade e restringir o seu uso a objetos “comuns”.

Tecidas estas considerações, o primeiro aspecto merecedor de atenção na análise da definição contida no parágrafo único do art. 1º da Lei 10.520 diz respeito à possibilidade dos bens ou serviços comuns terem seus *padrões de desempenho e de qualidade objetivamente definidos pelo edital*.

Justen Filho (2005) vislumbra, nesta passagem da definição legal, uma identificação entre bem e serviço comum e bem e serviço padronizado. Na concepção do autor, a padronização seria uma das características essenciais dos bens e serviços comuns, sendo tal característica configurada quando predeterminados, de modo objetivo e uniforme, a qualidade e os atributos essenciais do objeto.

Assim, a padronização resultaria de regras técnicas formalmente adotadas por entidades especializadas (em especial, a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT)) ou geradas por procedimentos internos à própria Administração. O resultado imediato da padronização consistiria, pois, na ausência de variações relevantes das características do objeto a ser selecionado, o que permitiria a sua negociação simples e rápida e o seu fornecimento imediato, na medida em que as partes não têm dúvidas ou exigências peculiares relativamente ao mesmo (JUSTEN FILHO, 2005).

Da padronização do bem ou serviço comum, decorreria a sua fungibilidade, ou seja, a possibilidade do mesmo ser substituído por outro idêntico ou de qualidade similar. Desta feita, o conceito de bem ou serviço comum compreenderia uma pluralidade de bens ou serviços de espécies distintas, mas equivalentes entre si, indistintamente aptos a satisfazer o interesse da Administração (JUSTEN FILHO, 2005).

Continuando sua explanação, o autor assevera, ainda, a existência de uma segunda característica presente no conceito de bem e serviço comum, tal seja a disponibilidade no mercado próprio.

Para o renomado administrativista, o bem ou serviço *disponível no mercado* significa a possibilidade de aquisição e fornecimento do mesmo a qualquer tempo, tendo em vista a existência de atividade empresarial estável. Isto implicaria a existência de um mercado próprio, no qual os bens e serviços de que necessita a Administração sejam usualmente negociados. Daí decorreria a impossibilidade de aplicação do pregão para objetos que apresentassem características peculiares ou que demandassem inovações destinadas a atender necessidades próprias e exclusivas da Administração. (JUSTEN FILHO, 2005).

Vê-se, destarte, que consoante tal concepção, *comum* se opõe a *com especialidade* e a *produzido sob encomenda*, pois o bem ou serviço comum tem um perfil qualitativo definido e conhecido no mercado.

O entendimento de Justen Filho é, grande medida, corroborado por Jessé Torres Pereira Júnior (2007, p. 1053), para o qual os bens e serviços comuns, para os fins de aplicação do pregão, apresentam como notas distintivas básicas “o fato de serem adquiridos habitualmente no dia-a-dia administrativo e de se referirem a objetos cujas características encontrem no mercado padrões usuais de especificação”.

Sem desmerecer os argumentos oferecidos pelos ilustres doutrinadores, propõe-se uma interpretação mais ampla para o parágrafo único do art. 1º da Lei 10.520, de modo a delinear o conceito da expressão bens e serviços comuns numa perspectiva mais abrangente.

Reconheça-se, de início, que tanto o bem ou serviço *padronizado*, quanto o contratado *habitual e rotineiramente* pela Administração Pública, reúnem requisitos para estarem incluídos na categoria de *comum*, para fins de licitação por pregão.

Outrossim, há também de se reconhecer que bens ou serviços que apresentem características técnicas peculiares ou específicas em seu processo produtivo, assim como os prestados ou fornecidos sob encomenda, para atender a uma necessidade específica da Administração, são igualmente passíveis de enquadramento na hipótese de cabimento do pregão.

Tal inteligência é defendida por Monteiro (2010), que identifica na necessidade do bem ou serviço comum ter uma especificação usual no mercado, conforme consta na definição legal, o traço peculiar do pregão.

Para a autora, tal prescrição significa dizer que o “fornecimento e o método de produção e execução exigidos no edital relativamente ao objeto ofertado devem envolver uma técnica comum, já conhecida pelo específico mercado de ofertantes do objeto licitado” (MONTEIRO, 2010, p. 88)

Assim, o fato de determinado item não estar pronto no mercado para ser consumido poderia não mudar sua natureza comum. O importante é que o objeto pretendido pela Administração Pública envolvesse tecnologia ou solução conhecida pelo mercado, ainda que tal objeto fosse complexo, que o número de seus possíveis ofertantes fosse reduzido e que o mesmo fosse produzido ou executado sob encomenda. (MONTEIRO, 2010).

Jessé Torres Pereira Júnior (2007, p. 1054) comunga de semelhante raciocínio, ao prelecionar que

em aproximação inicial do tema, pareceu que “comum” também sugeria simplicidade. Percebe-se, a seguir, que não. O objeto pode portar complexidade técnica e ainda sim ser “comum”, no sentido de que essa técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado. Sendo tal técnica bastante para atender às necessidades da Administração, a modalidade pregão é cabível a despeito da maior sofisticação do objeto.

Outro estudioso que não identifica na ausência de padronização do bem ou serviço, ou na necessidade de sua encomenda, um impedimento à qualificação do mesmo como “comum” é Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Em seu magistério, para a caracterização de um bem ou serviço comum estariam afastadas:

- a) A pretensão de que se trate de bem padronizado, pois o que se está a exigir é que o padrão se refira a desempenho ou características que definam qualidade;
- b) A pretensão de que se trate de bem com características definidas em normas técnicas, como ABNT;
- c) A pretensão que esteja constante de elenco definido em Decreto ou regulamento;
- d) A pretensão de restringir o pregão a bens prontos, vedando seu uso para bens de encomenda (JACOBY FERNANDES, 2006, p. 22).

Disto tudo, infere-se que bens e serviços com metodologia de fornecimento, produção ou execução já conhecida pelo específico mercado de ofertantes, sejam simples ou complexos tecnologicamente, com ou sem especificidades técnicas, feitos ou não sobre encomenda, apresentam especificações usuais no mercado, sendo, destarte, passíveis de serem considerados *comuns* para fins do pregão.

Outra questão aparentemente tormentosa em relação à matéria concerne à exigência de *objetividade* na definição dos padrões de qualidade e desempenho pretendidos para o objeto a ser licitado mediante pregão.

À primeira vista, tal exigência parece um tanto quando despicienda, visto que não se pode cogitar de um certame licitatório, em quaisquer das modalidades, cujo objeto não seja descrito de forma *objetiva* no edital.

Neste sentido, Niebuhr (2005) assevera que, em princípio, todos os objetos licitados precisam ser descritos objetivamente nos respectivos editais, conforme a expressão unívoca do inciso I do artigo 40 da Lei 8.666/93. Na lição do autor, “tudo o que for licitado deve ser descrito com objetividade, em todos os detalhes, no edital, até mesmo para que os licitantes saibam o que oferecer à Administração Pública” (NIEBUHR, 2005, p. 54).

Outrossim, em que pese a aparente superfluidade desta expressão, incumbe ao intérprete encontrar um significado para a mesma. Com efeito, na hermenêutica há uma máxima de que não se presumem, na lei, palavras inúteis. Assim, deve-se dar valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto, porque este deve ser entendido de modo que tenham efeitos todas as suas provisões e que nenhuma de suas partes resulte inoperativa, supérflua, nula ou sem significação alguma (MAXIMILIANO, 2006).

Neste diapasão, a exegese que se afigura mais condizente com a teologia do pregão identifica na expressão *objetivamente*, contida na definição legal, uma referência ao critério de julgamento e classificação das propostas preconizado para a modalidade que, por força do inciso X do artigo 4º da Lei nº 10.520/02, é sempre do tipo *menor preço*.

Filiando-se a esta vertente interpretativa, Niebuhr (2005) explica que há bens e serviços que podem ser definidos inteiramente por meio de especificações objetivas no edital de tal modo que, ainda que existam variações técnicas nas especificações, elas não são importantes ou decisivas para a avaliação de qual a proposta mais vantajosa para o interesse público.

Nessas situações, que para o autor são a maioria,

a Administração descreve o bem ou serviço pretendido por ela no edital de modo objetivo, estabelecendo o padrão de qualidade desejado por ela, e no final das contas, como não há variação substancial que influa na determinação do que é melhor para o interesse público, ela escolhe a proposta mais vantajosa unicamente com base no preço. Esses bens e serviços que podem ser definidos no edital de maneira objetiva, sem que variações técnicas sejam importantes ou decisivas para a determinação de qual proposta melhor contempla o interesse público, são os considerados comuns. Nessa ordem de idéias, bens e serviços comuns comportam julgamento centrado unicamente no preço, sem que seja conveniente à Administração Pública avaliar as propostas por meio de critérios técnicos, dado que eles não são importantes ou decisivos para escolher a proposta que melhor atenda o interesse público (NIEBUHR, 2005, p. 55).

Doutro lado, existem certas situações em que, não obstante o edital descreva o objeto da licitação com objetividade, há, dentre os bens ou serviços à disposição no mercado que atendem à descrição editalícia, variações no que tange ao desempenho ou à qualidade que são decisivas para avaliar qual objeto ofertado é o mais vantajoso para o interesse público.

Ou seja, mesmo atendendo aos padrões das especificações definidos no edital, o mercado oferece espécies do bem ou serviço requerido que apresentam características que os diferenciam, características estas que repercutem nas qualidades técnicas dos mesmos.

Para Niebuhr (2005), bens e serviços com estas características são tidos por *não comuns* para fins de pregão, devendo o julgamento da licitação que os envolva se dar pelo critério da melhor técnica ou da técnica e preço, em que a Administração se vale de instrumentos para mensurar tais variações técnicas, levando-as em consideração para cotejar as propostas, determinando qual a mais vantajosa.

Jessé Torres Pereira Júnior é outro estudioso a realçar a incompatibilidade das licitações dos tipos melhor técnica e técnica e preço com o pregão. Com efeito, para o insigne parecerista, uma das notas distintivas básicas dos bens e serviços comuns é o fato dos fatores e critérios de julgamento das propostas serem rigorosamente objetivos e centrados no menor preço (PEREIRA JÚNIOR, 2007).

Ao ensejo de encerramento desta questão, convém trazer à baila a esclarecedora lição de Monteiro (2010, p. 90), para a qual

A licitação por pregão pressupõe a apresentação de propostas, pelos licitantes, reportadas ao mesmo objeto, sendo o preço o único e exclusivo fator de oposição entre as várias propostas.

A clara e exaustiva definição do objeto do certame quando da confecção do instrumento convocatório é a condição necessária para a comparação objetiva entre as propostas no pregão. Quando a

Administração define todas as características do objeto esperado, exaustivamente, ela terá a tranquilidade de, por meio de pregão, e diante das propostas que lhe sejam apresentadas, encontrar exatamente aquilo que necessita, contratando com o proponente do menor preço.

A derradeira questão a ser equacionada na delimitação do conceito de bem e serviço comum é de índole operacional e consiste na aferição da adequabilidade do objeto a ser licitado às peculiaridades da estrutura procedimental do pregão.

Isto significa dizer que a Administração Pública só deve se utilizar do pregão se a prática administrativa mostrar que o objeto pretendido pode ser adequadamente licitado através da modalidade, sem prejuízo da segurança e certeza na avaliação da melhor proposta ao interesse público.

Corroborando desta tese, Monteiro (2010) defende que um dos elementos de fundamental importância na caracterização da hipótese de cabimento da modalidade de pregão é a possibilidade de os bens e serviços envolvidos nos diversos casos concretos serem utilmente adquiridos através da modalidade.

Para a autora, isto implica adequação da estrutura procedimental da modalidade ao caso concreto. Assim, considerando que o procedimento do pregão é abreviado, que o critério de julgamento é objetivo (sempre pelo menor preço) e que a inversão das fases de habilitação e julgamento impossibilitam aferição especial a respeito do fornecedor ou do objeto licitado, somente serão compatíveis com esta modalidade as aquisições de bens e serviços comuns, na forma acima definida, que garantam a celebração de contratos em total consonância com as necessidades da Administração Pública (MONTEIRO, 2010).

Semelhante entendimento é corroborado por Berloff (2002, p. 46) para o qual a interpretação do conceito de bem e serviço comum deve se fazer em “função das exigências do interesse público e das peculiaridades procedimentais do próprio pregão, visto que a natureza da modalidade deve ser considerada para determinar o próprio conceito de bem e serviço comum”.

Nesta mesma esteira, Justen Filho (2005, p. 42) assevera que:

Caberá à Administração avaliar se a modalidade do pregão será adequada, em face das circunstâncias. Essa decisão deverá ser motivada, sendo insuficiente a pura e simples asserção de que “o objeto da licitação é um bem ou serviço comum”. Mais além do que isso, deverá verificar-se se as circunstâncias aconselham ou não a utilização da modalidade do pregão.

Com base em tais considerações, Niebuhr (2005) propõe que todos os bens ou serviços que possam ser licitados através do pregão, sem prejuízo no que tange

à avaliação de suas qualidades, sejam considerados bens e serviços comuns. “Noutras palavras, todos os bens que puderem ser licitados adequadamente através da modalidade pregão devem ser considerados comuns” (NIEBUHR, 2005, p. 59).

Enalteça-se a proposição de Niebuhr. Com efeito, por força do princípio da eficiência, se uso da modalidade pregão em um caso concreto se mostrar mais vantajoso ao interesse público, não há razões para restringi-lo se o gestor não vislumbra óbices de ordem procedimental que comprometam ou inviabilizem a realização do certame licitatório.

Ressalte-se que não se quer aqui, de modo algum, fazer apologia ao uso indiscriminado e irresponsável do pregão. À toda evidência, há situações em que o objeto pretendido pela Administração indiscutivelmente não pode ser licitado através do pregão, em face de sua absoluta incompatibilidade com a sistemática da modalidade. O que se defende é que o pregão possa ser utilizado sempre que o gestor público avaliar que a natureza do objeto a ser licitado seja compatível com a singeleza e simplicidade do rito procedimental da modalidade.

Registre-se, todavia, que tal avaliação há sempre de envolver um juízo subjetivo por parte do agente responsável pela licitação. Sem embargo, há de se ter em mente que a subjetividade é algo imanente ao conceito de bem e serviço comum que é, relembre-se, indeterminado. Ocorre que todo conceito indeterminado autoriza uma avaliação subjetiva por parte do interprete. Isto implica que o entendimento a respeito do que se subsume no conceito de bem e serviço pode legitimamente variar em função do tempo e do espaço, e de sujeito para sujeito.

Em face das análises e ponderações apresentadas, é dado concluir que um objeto, para que possa ser qualificado como *comum* para fins do pregão, há de atender, cumulativamente, às seguintes premissas:

(a) a técnica envolvida em seu fornecimento, produção ou execução há de ser conhecida e dominada pelo específico mercado de ofertantes, seja o objeto simples ou complexo tecnologicamente, com ou sem especificidades técnicas, feito ou não sobre encomenda;

(b) suas especificações, definidas em edital, por si sós viabilizem o julgamento objetivo das propostas, consoante o critério do menor preço;

(c) a estrutura procedimental do pregão, mais sumária e célere do que a prevista para as demais modalidades licitatórias, não seja fator comprometedor da segurança e certeza na avaliação das suas características primordiais.

Essas são as idéias centrais subjacentes ao conceito de bem e serviço comum e que devem, pois, servirem de balizadoras para que o agente administrativo, num caso concreto sujeito à sua apreciação, avalie se um dado objeto pode ou não ser subsumido no referido conceito e, dessarte, legitimamente licitado mediante pregão.

2.5 Obras e serviços de engenharia

2.5.1 Traços comuns e notas distintivas

Conforme já anotado, a lei nº 10.520/02 não excluiu, de antemão, a utilização do pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia, condicionando tão somente o uso da modalidade para os chamados *bens e serviços comuns*.

Demais disto, demonstrou-se que a adoção do pregão se trata de uma *faculdade* conferida pela norma geral ao seu destinatário, faculdade esta que pode ser exercida episodicamente, para uma determinada licitação, ou exteriorizada em caráter amplo e generalizado, mediante a edição de uma lei local ou de um decreto regulamentar.

Valendo-se desta faculdade, alguns entes federativos editam normas locais vedando expressamente a utilização do pregão para a licitação de obras, sem, contudo, estender tal vedação para os serviços de engenharia.

Isto se deu, por exemplo, no âmbito do Governo Federal, através do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que regulamentou o pregão eletrônico, e proibiu expressamente, em seu art. 6º, a aplicação da modalidade eletrônica para “contratações de obras de engenharia”.

Esta mesma solução foi adotada pelo Governo do Estado de São Paulo através do Decreto nº 47.297, de 6 de novembro de 2002, alterado pelo Decreto nº 49.722, de 24 de junho de 2005, que disciplinou o pregão no âmbito da administração pública estadual e estatuiu, em seu art. 2º, § 2º, que estariam excluídas da modalidade de pregão as “contratações de obras, as locações imobiliárias e as alienações em geral”.

Assim é que, para que o pregão seja validamente aplicado nestas situações, é imperioso que se faça a distinção entre obra e serviço de engenharia.

A Lei n.º 8.666/93 tenta realizar tal distinção através dos incisos I e II de seu art. 6º, *verbis*:

- I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;
- II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

Observa-se, todavia, que o estatuto geral das licitações e contratos administrativos não oferece propriamente uma definição para obra e uma definição para serviço, mas sim uma relação exemplificativa daquilo que pode ser enquadrado em uma ou noutra categoria.

Comentando a respeito da insuficiência e do defeito na técnica legislativa empreendida na feitura dos incisos I e II do art. 6º da lei de licitações, Justen Filho (2009, p.119) critica a solução legal por, ao invés de definir e explicar o que se entende por obra, apenas indicar as atividades que podem, em tese, produzi-la, limitando-se a editar um elenco exaustivo de exemplos.

No que se refere ao conceito de serviço, o autor acusa, ainda, a adoção de uma espécie de definição legal genérica e inútil. A uma, porque inclui, na mesma definição, todas as espécies de serviços, apesar do regime jurídico dos serviços de engenharia não ser o mesmo aplicável às demais espécies. A duas, porque a afirmação de que serviço é toda a atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração pode ser aplicada relativamente a qualquer contratação administrativa (JUSTEN FILHO, 2009).

Assiste razão a Marçal Justen em suas críticas. De fato, ante a relevância das obras e dos serviços de engenharia no cenário das contratações administrativas, cabia à Lei nº 8.666/93 dedicar-lhes uma atenção redobrada.

Ademais, no que concerne especificamente aos serviços de engenharia, o tratamento dispensado pelo legislador foi ainda mais reprovável, visto que para os mesmos inexistem sequer uma definição contemplada no texto legal.

Daí que diferenciar *obra* de *serviço de serviço de engenharia*, com base tão somente na lei de licitações, não é missão das mais fáceis, mormente naquelas situações limítrofes em que as atividades elencadas nas respectivas definições se deixam confundir.

Assim, com o intento de estabelecer notas distintivas entre obras e serviços de engenharia, alguns estudiosos tem envidado esforços no sentido de delinear os traços característicos de cada uma das figuras.

Nesta esteira, Hely Lopes Meirelles (2007, p.55) preconiza que “obra, em sentido administrativo amplo, é toda realização material a cargo da Administração, executada diretamente por seus órgãos, ou indiretamente por seus contratados e delegados”.

Doutro lado, Justen Filho atenta, com razão, que, para efeitos da Lei nº 8.666/93, a expressão obra deve ser interpretada na acepção restrita de obra de engenharia. Para o autor, “ainda que o inc. I do art. 6º aluda a ‘fabricação’, afigura-se inquestionável que a disciplina jurídica diferenciada prevista na Lei nº 8.666 aplica-se apenas no tocante àquelas obras que envolvam o desempenho de atividade de engenharia” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 121) .

Já no que se refere ao conceito de serviço, Hely Lopes preconiza que, “para fins de licitação, é toda atividade prestada à Administração para atendimento de suas necessidades ou de seus administrados mediante remuneração da própria entidade contratante” (MEIRELLES, 2007, pp. 57-58).

Sob tal perspectiva, o autor vaticina que os *serviços*, para serem considerados *de engenharia*, hão de ser obrigatoriamente contratados com profissionais ou firmas que atendam às disposições da Lei Federal nº 5.194, de 24.12.1966, e do Decreto nº 64.345, de 10.4.1969, e satisfazerem às exigências pertinentes das resoluções do Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura (CONFEA), dentre as quais o registro no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA) (MEIRELLES, 2007, p. 62).

Semelhante entendimento é prelecionado por Jacoby Fernandes (2000, p.292)

[...] os serviços de engenharia, objeto da aplicação do inciso I do art. 24 da Lei nº 8.666/93, são todos aqueles que a lei exige sejam assinados por engenheiro, dentre aqueles declarados privativos da profissão pela legislação regulamentadora respectiva, além do que, sua execução deve estar voltada para bens imóveis [...]

e por Niebuhr (2005, p.66)

Pois bem, serviço de Engenharia diz respeito ao serviço que pressupõe o emprego e técnicas de engenharia e, que, portanto, de acordo com a legislação regulamentar da profissão, exige a intervenção de engenheiro.

Disto tudo, pode-se extrair que um ponto em comum na caracterização da obra e do serviço de engenharia é que ambas as figuras envolvem o exercício de uma profissão regulamentada. Sem embargo, parece consensual entre os doutrinadores que, tanto uma quanto a outra figura, só pode ser executada sob a responsabilidade técnica de um profissional inscrito perante o CREA.

A doutrina, contudo, não é uníssona quanto à identificação dos elementos diferenciadores de obras e serviços de engenharia.

No afã de por termo à discussão, Hely Lopes explica que o que caracteriza a obra e a distingue do serviço é o emprego predominante do material sobre o trabalho (mão-de-obra). Para o autor, em toda construção entram serviços, mas estes são absorvidos pela conjugação dos materiais que compõem a obra final. Por outro lado, a atividade operativa é que define e diversifica o serviço, abrangendo desde o trabalho braçal do operário até o labor intelectual do artista ou a técnica do profissional mais especializado (MEIRELLES, 2007, p. 58).

O Tribunal de Contas da União parece acolher o entendimento esposado pelo mestre Hely Lopes, conforme se depreende do seguinte excerto do voto condutor do Acórdão nº 2079/07:

Convém que se tenha em mente, desde logo, que o objeto licitado no Pregão n.º (...) refere-se a serviços de engenharia, segundo a conceituação doutrinária que classifica as atividades do ramo nas quais o emprego de mão-de-obra e equipamentos prepondera sobre a aplicação técnica.

Outro critério para diferenciar obra de serviço é proposto por Lucas Rocha Furtado (2009), que vislumbra na verificação da tangibilidade ou materialidade do objeto, o elemento nuclear para tal diferenciação. Sob tal perspectiva, contrato de obra seria aquele que cria nova materialidade, o mesmo não se verificando nos contratos de serviços. Assim, de acordo com o autor, no caso de um edifício necessitar de uma reforma, como será criado novo aspecto material, deverá ser licitada e contratada a execução de uma obra. Por sua vez, se o edifício necessitar de conservação, como não há criação de nenhum aspecto material visualmente novo, o objeto da licitação e da contratação será um serviço.

Oportuno, também, colacionar-se o magistério de Justen Filho (2009) o qual, albergado na doutrina francesa, afirma que tanto a obra quanto o serviço de

engenharia consistem numa atuação voluntária do ser humano destinada a promover modificações no meio ambiente.

Para o ilustre professor, no caso das obras, tal atuação teria por objeto a edificação de um bem imóvel ou a realização de modificações significativas, autônomas e permanentes sobre um bem imóvel pré-existente. Já para os serviços de engenharia, a referida atuação voluntária incidiria especificamente em edificações realizadas sobre imóveis sem, contudo, revelar uma modificação significativa, autônoma e permanente nos mesmos (JUSTEN FILHO, 2009).

Isto posto, para diferenciar hipóteses configuradas como serviço de outras qualificadas como obras, far-se-ia necessário dimensionar a atividade envolvida. Nas palavras de Justen Filho (2009, p. 122), “haverá serviço quando a atividade não se traduzir em modificações significativas, autônomas e permanentes. Se a modificação for significativa, autônoma e permanente, haverá obra”.

Reconheça-se o valor teórico de cada uma destas propostas. A prática administrativa, contudo, mostra que, por mais elaborado que seja o conceito e mais sofisticado e minucioso que seja o critério diferenciador, sempre haverá situações em que não será possível distinguir, com clareza e segurança, se objeto a ser licitado se trata de uma obra ou de um serviço de engenharia.

De fato, há casos em que mesmo o critério da predominância da mão-de-obra sobre o material ensejará dúvidas na classificação do objeto, sobretudo nas hipóteses de instalação, montagem e manutenção de edifício, todos qualificados pela Lei como serviços. Nestas situações, inobstante prevaleça a atividade laboral, muitas vezes é o elemento material que se destaca na aparência. Assim, pela pouca representatividade na diferença entre obra e serviço em tais circunstâncias, não parece possível que se consolide um conceito universal, aplicável para todos os casos.

Este parece ser o entendimento de Motta (2008, p. 135), para o qual “equivocos práticos podem ocorrer, na caracterização do objeto licitatório, entre, por exemplo, recuperação e reparação, ampliação e adaptação. Assim, é de se reconhecer significativa região limítrofe entre obra e serviço, exigindo atenção na fase de instalação e montagem do processo licitatório”.

De igual modo, Justen Filho (2009, p. 122), ao comentar a respeito da existência de uma “zona cinzenta” na qualificação de obras e serviços, adverte das dificuldades de diferenciar hipóteses configuradas como serviços, tais como

reparação, conservação e manutenção, doutras qualificadas como obras, tais como, reforma e recuperação.

Em todas estas situações de incerteza, segundo Monteiro (2010, p. 94), “o casuísmo é que prevalece, pois inexistente um critério genérico que seja adequado para solucionar todas as dúvidas”.

Vislumbra-se que o grande fator complicador na tarefa de diferenciar obra de serviço de engenharia se deva ao fato de tanto uma quanto a outra figura serem espécies do gênero *contrato de prestação de serviço*.

Em apoio a esta tese, cabe a sempre respeitada doutrina de Justen Filho (2009, pp. 119-120):

Rigorosamente, a expressão “serviço” pode ser utilizada como um gênero, para abranger diversas espécies entre as quais se encontra inclusive a figura da “obra”. Sob esse enfoque, o serviço consiste no objeto de uma obrigação de fazer, que impõe a um sujeito o dever de aplicar os seus esforços, os seus recursos intelectuais e a sua atuação física para desempenhar certa atividade, envolvendo ou não a utilização de instrumentos, materiais e o trabalho de terceiros. Para os fins da Lei nº 8.666, pode-se conceituar serviço, numa acepção ampla, como a prestação por pessoa física ou jurídica de esforço humano (físico-intelectual), produtor de utilidade (material ou imaterial), sem vínculo empregatício, com emprego ou não de materiais, com ajuda ou não de maquinário.

[...]

Em suma, a obra ou serviço de engenharia são contratos cujo objeto consiste numa obrigação de fazer, ainda que isso importe a aplicação de materiais ou dependa da utilização de equipamentos.

Assim é que, para os fins da contratação administrativa, obra deve ser entendida como um contrato *sui generis* de prestação de serviços.

De fato, há de se reconhecer que a noção de obra está intrinsecamente atrelada à de serviço de engenharia. Com efeito, não há como caracterizar uma obra, abstraindo-se dos serviços de engenharia necessários à sua consecução. A própria lei de licitações realça tal relação umbilical entre obra e serviço, ao exigir que “o orçamento detalhado do custo global da obra seja fundamentado no quantitativo de seus serviços” (artigo 6º, IX, a).

Em razão disto, a conclusão a que se chega é que é inviável estabelecer uma diferenciação absoluta e total entre obra e serviço de engenharia. De fato, é um equívoco pensar que obras e serviços de engenharia podem ser coisas distintas e plenamente categorizáveis.

Com efeito, nem as normas técnicas dos CREA e do CONFEA, são esclarecedoras a respeito de tal diferenciação. A única função de tais normas é listar

atividades que só podem ser contratadas com profissionais ou empresas que atendam às disposições da Lei federal nº 5.194, de 24.12.1966, e do Decreto nº 64.345, de 10.04.1969. Em suma, a preocupação de referida normativa é com o estabelecimento da responsabilização técnica dos profissionais sujeitos à fiscalização técnica pelo órgão profissional (MONTEIRO, 2010, p. 99).

Assim é que, ainda que existam núcleos conceituais distintos para obra e serviço de engenharia que permitam a qualificação inquestionável em certos casos, de igual modo sempre haverá pontos de contacto entre os dois conceitos que dificultarão ou impossibilitarão a qualificação em outras situações.

À guisa de arremate, reafirme-se que a discussão acerca do que vem a ser obra e do que vem a ser serviço de engenharia só tem sentido para as hipóteses em que há dispositivos legais ou regulamentares que estabeleçam tratamento diferenciado entre uma ou outra figura para fins do uso do pregão.

Nos demais casos, o que vai importar para a definição se um objeto pode ou não ser licitado mediante pregão, seja ele obra ou serviço de engenharia, é a plausibilidade de subsumi-lo no conceito de bem e serviço comum.

2.5.2 Da subsunção no conceito de bens e serviços comuns

Supondo-se que inexistam dispositivos contidos em leis locais ou em decretos regulamentares que vedem expressamente o uso do pregão em licitações cujo objetos sejam obras ou de serviços de engenharia, resta avaliar sob quais condições é cabível subsumir tais objetos no conceito de bem e serviço comum.

Para tal intento, há de se analisar a questão à luz das premissas estabelecidas para a qualificação de um objeto como *comum*.

Sob tal perspectiva, reprise-se que a primeira premissa a ser observada concerne à técnica envolvida na execução do objeto licitado, da qual se exige conhecimento e dominação por parte do específico mercado de fornecedores.

Conforme já asseverado, no caso das obras e dos serviços de engenharia, o referido mercado é composto por profissionais e empresas regularmente registrados nos CREA.

Em regra, tal exigência não parece representar, por si só, óbice à utilização da modalidade para a maioria das situações com que se depara a Administração Pública.

Com efeito, por força do art. 7, § 2º, I e II, da Lei 8.666/93, as obras e os serviços de engenharia só podem ser licitados quando:

- I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório
- II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

Vê-se, destarte, que a existência de projeto básico e de orçamento detalhado em planilhas de custos é *conditio sine qua non* para a realização da licitação, seja qual for a modalidade licitatória adotada.

Por sua vez, nos termos da alínea “c” do art. 6, X, do mesmo diploma legal, dentre os diversos elementos integrantes do projeto básico, deve obrigatoriamente constar:

- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

Assim é que, em toda licitação de obra ou serviço de engenharia, exige-se que estejam objetivamente identificados e especificados os tipos de serviços a serem executados e os materiais e equipamentos a serem incorporados ao empreendimento.

Por seu turno, para dar cumprimento a tal exigência legal, a Administração Pública costuma recorrer a manuais ou cadernos de especificações técnicas elaborados pelo próprio ente licitante, ou por outros órgãos ou entidades integrantes da Administração Pública.

As especificações contidas em tais manuais, por sua vez, devem obediência às normas técnicas de engenharia que, na lição de Hely Lopes Meirelles (2007, p. 52),

São as prescrições científicas que colimam o aperfeiçoamento estrutural, funcional e estético da construção e sua econômica execução. Da reiterada aplicação dos princípios científico-teóricos e da observação experimental surgiram as normas técnicas da construção, como sistematização dos melhores resultados de materiais e de métodos de trabalho. Estas indicações técnico-científicas são elaboradas por entidades especializadas em cada país, que tendem a se unificar para o estudo e enunciação de normas técnicas uniformes e universais.

A esse respeito, convém salientar que, no Brasil, por força do art. 39, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, todo e qualquer produto ou serviço há de ser obrigatoriamente colocado no mercado em conformidade com as normas expedidas

pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela ABNT ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (CONMETRO).

O CONMETRO, por sua vez, através da Resolução nº 1, de 08 de janeiro de 1992, definiu como Norma Brasileira toda e qualquer norma elaborada pela ABNT.

Doutro lado, a lei 8.666/93 também prestigia a observância às normas da ABNT, na medida em que define projeto executivo como “ conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT (art. 6º, X).

Disso tudo se depreende que o conhecimento e a aplicação das normas técnicas da ABNT constituem dever profissional de todos aqueles que atuam na área da engenharia, seja no setor público ou na iniciativa privada.

Outro recurso freqüentemente utilizado para a objetivação dos serviços a serem incorporados em um empreendimento de engenharia são as tabelas de composições de custos unitários, publicadas periodicamente por órgãos e entidades da Administração Pública com expertise na execução de obras e serviços de engenharia.

Além de fornecerem os preços de referência dos serviços cotados no orçamento estimativo do custo global do objeto licitado, tais tabelas propiciam a codificação e a padronização dos serviços.

Assim, percebe-se que, apenas em situações excepcionais, uma obra ou um serviço de engenharia contempla solução atípica, que envolva uma tecnologia ainda não normalizada ou para a qual inexistam especificações conhecidas por parte dos profissionais atuantes no mercado.

O segundo aspecto a ser atentado para a caracterização de comum de uma obra ou serviço de engenharia se refere ao critério de julgamento das propostas estabelecido no procedimento licitatório.

Com efeito, para que um objeto de engenharia possa ser licitado mediante pregão, suas especificações devem ser definidas no edital de tal modo que, por si sós, viabilizem o julgamento objetivo das propostas consoante o critério do menor preço.

Verifica-se, contudo, que, à semelhança do que ocorre para as demais espécies de objetos licitatórios, o tipo menor preço é a regra, também, nas licitações de obras e serviços de engenharia.

De fato, para a maioria absoluta das licitações envolvendo obras e serviços de engenharia, é possível o edital descrever, com clareza e objetividade, o objeto licitado, sendo aceitável a proposta de menor preço ofertada.

Ressalve-se, todavia, que o fato da licitação ser do tipo menor preço não importa a ausência de exigências técnicas na configuração do objeto licitado. Ao contrário, o edital deve, sim, determinar padrões de identidade das prestações a serem adimplidas pelo futuro contratante, para evitar que a contrapartida do menor preço sejam obras e serviços de engenharia sem qualidade. Mas os padrões de identidade e as exigências técnicas não serão verificados na licitação como critério de seleção e classificação das propostas.

Situação diversa se verifica nas licitações do tipo melhor técnica e técnica e preço. Em tais casos, a melhor qualidade técnica da proposta se reflete na pontuação mais elevada. Logo, quanto melhor a qualidade técnica, tanto mais provável será a vitória da proposta. Assim, a classificação final é obtida através de uma ponderação de nota técnica e da nota atinente ao preço (JUSTEN FILHO, 2009).

Em geral, as licitações de melhor técnica e técnica e preço aplicam-se às contratações de serviços em que a atividade do particular seja predominantemente intelectual.

Na seara das licitações de obras e serviços engenharia, tal situação se verifica, precipuamente, na contratação de serviços técnicos profissionais especializados, tais como estudos técnicos, elaboração de projetos, pareceres, perícias, avaliações, fiscalização de obras, dentre outros.

Mas também é cabível sua adoção em outras espécies de contratações na área da engenharia, tais como em obras de grande complexidade tecnológica, cuja execução seja dominada por poucas empresas no mercado.

Outrossim, insista-se que as licitações do tipo melhor técnica e técnica e preço foram reservadas para situações excepcionais, sendo a regra o julgamento das propostas segundo o critério do menor preço.

O derradeiro pressuposto a ser observado diz respeito à adequabilidade da obra ou do serviço de engenharia licitado à estrutura procedimental prevista para o pregão.

Inicialmente, urge alertar que, por mais que se tente objetivar a questão, qualquer juízo de adequabilidade sempre estará suscetível à subjetividade da

autoridade administrativa responsável pela licitação.

Assim, não é de se estranhar se, em certo órgão, o presidente da comissão de licitação não encontrar problemas em licitar determinada obra mediante pregão, ao passo que, em outro órgão, o responsável pela licitação entender que a mesma obra só possa ser adequadamente licitada através de uma das modalidades tradicionais previstas na lei nº 8.666/93.

Isto se dá porque o rito mais célere e sumário do pregão pressupõe, para a sua adequada adoção, que o pregoeiro e sua equipe se julguem capazes de verificar, com certeza e segurança, a conformidade das propostas ofertadas pelos licitantes às exigências estabelecidas no edital para a obra ou serviço de engenharia licitado.

Advirta-se, todavia, que a dificuldade em tal verificação não reside na análise da capacidade técnica do licitante para executar a obra ou serviço licitado, cuja comprovação de experiência anterior se dá por meio da apresentação de Certidões de Acervo Técnico (CAT), emitidas pelos respectivos CREA.

Igualmente, não se vislumbra óbices no exame da aceitabilidade das propostas, quando o edital descreve com clareza e objetividade a obra ou serviço de engenharia a ser contratado. Nestes casos, será admissível a proposta de menor preço, desde que acompanhada de declaração do licitante de se comprometer a executar o objeto licitado nos exatos moldes estatuídos no edital.

Assim é que, para a maioria absoluta das obras e serviços de engenharia licitáveis consoante o critério do menor preço, é perfeitamente factível a utilização da modalidade pregão.

Admite-se, todavia, que dificuldades de ordem operacional possam surgir quando demasiada a documentação probatória da capacidade técnica exigida no edital ou quando a proposta de preços contemplar número excessivo de itens de serviços cotados no orçamento.

Outrossim, mesmo em tais situações, nada impede que o pregoeiro e sua equipe, com o devido treinamento e aparelhamento, logre proceder a todas as verificações necessárias, sem prejuízo da certeza e a segurança almejadas no certame.

Há, contudo, de se reconhecer situações em que, inobstante o julgamento da licitação se proceda segundo o critério do menor preço, indiscutivelmente não será cabível o uso do pregão.

Isto se dá, por exemplo, para a hipótese contemplada no § 8º, do art. 30, da Lei nº 8.666/93, que dispõe sobre licitações de obras e serviços de engenharia de “grande vulto” e de “grande complexidade técnica”, em que a Administração exige dos licitantes “metodologia de execução, cuja avaliação para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos”.

De acordo com o inciso V, do art. 6º, da Lei de Licitações, “obras e serviços de grande vulto são aquelas cujo valor estimado seja superior a 25 (vinte e cinco) vezes o limite estabelecido na alínea “c” do inciso I do art. 23 desta Lei”.

Em termos monetários, obra de grande vulto significa obra com valor estimado para a contratação superior a R\$35.000.000,00.

Já a definição de “obras e serviços de alta complexidade técnica”, encontra-se consignada no § 9º, do art. 30, da Lei 8.666/93, nos seguintes termos:

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

Para melhor contextualização do tema, convém trazer à colação os sempre esclarecedores ensinamentos de Justen Filho (2009, p. 446), *verbis*:

O § 8º disciplina situação especial, referida a licitações com peculiaridades técnicas, em que a execução do objeto comporta pluralidade de soluções técnicas. As licitações de alta complexidade técnica versam sobre objeto cuja execução exige alta especialização ou que versam sobre serviços públicos essenciais. As questões técnicas serão avaliadas, sempre, antes das questões comerciais, devendo existir critérios objetivos para nortear a elaboração das ofertas e seu exame pela Administração. Nessas hipóteses, o edital poderá prever a formulação de uma “proposta de metodologia de execução”.

Desta feita, quando for exigida proposta de metodologia de execução para a obra ou serviço de engenharia, a estrutura procedimental da licitação será diferenciada, haja vista que tal proposta de metodologia deverá ser examinada em etapa distinta no certame, que antecede à da proposta de preços.

Assim, toda licitação de menor preço deixará de ser comum, e compatível com o pregão, quando seu objeto for especial – pode-se dizer complexo - por demandar análise mais detida, sofisticada, portanto, da proposta apresentada. Esta definição é feita pela Administração Pública antes da abertura da licitação, ao definir o objeto do certame, de modo que, se a licitação for do tipo menor preço e o edital

solicitar a apresentação de metodologia de execução, então, o objeto é daqueles que requerem verificação detalhada entre o fixado no instrumento convocatório e na proposta a ser apresentada (MONTEIRO, 2010, p. 102).

Tal conclusão só é possível porque a metodologia de execução é o único mecanismo previsto na Lei de Licitações que altera o procedimento da licitação de menor preço. Ora, dado o procedimento do pregão, sempre que a Administração Pública necessite de maior segurança na contratação, em razão da especialidade do objeto ofertado e da admissão da adoção de diversas concepções técnicas para sua execução, a alternativa possível (isto, claro, se o caso não se enquadrar na hipótese de licitação por técnica ou por técnica e preço, do art. 46) é sofisticar o procedimento licitatório, afastando-o da celeridade e da inversão de fases do pregão, para seguir aquele previsto no § 8º do art. 30 da Lei 8.666 (MONTEIRO, 2010, p. 103).

Não fosse essa evidente incompatibilidade de procedimentos entre o pregão e a metodologia de execução, cabe ainda referir que, apesar de a lei pretender que a análise da proposta técnica seja “efetuada exclusivamente por critérios objetivos” e que ela seja avaliada segundo sua aceitabilidade, não devendo ser objeto de pontuação para fins de definição do vencedor (como acontece nas licitações com julgamento por técnica), é sabido que muitas vezes os itens propostos nos editais para elaboração da metodologia de execução geram certa subjetividade no julgamento. Em outras palavras, quando se exige, por exemplo, que a licitante descreva o empreendimento, apresente plano de trabalho e faça um planejamento das obras, com a descrição do método executivo a ser adotado, das medidas que minimizarão impactos ambientais, do plano de construção de canteiros e dos procedimentos de acompanhamento e controle de qualidade da obra, segurança e medicina do trabalho, está-se abrindo margem para que a Administração faça uma avaliação pessoal acerca da capacidade de a licitante assumir a execução de objeto complexo. Ainda que o órgão se tenha a opção binária classificar/desclassificar a proposta, sua avaliação envolve aspectos subjetivos (MONTEIRO, 2010, p. 104).

Ante todo exposto, é possível afirmar que, em regra, as obras e os serviços de engenharia usualmente contratados pela Administração Pública são passíveis de subsunção no conceito de *comum* e, por conseguinte, podem ser legitimamente licitados mediante o pregão.

Reitere-se, todavia, que o cabimento ou não do pregão estará sempre sujeito a um juízo de compatibilidade da modalidade às peculiaridades do caso concreto. E

é própria Administração Pública que deve emitir tal juízo, fazendo a ponderação entre os prós e contras de se utilizar do instituto, pois é dela a competência para analisar e decidir a melhor solução para garantir eficiência na contratação.

3. COMPETITIVIDADE NAS LICITAÇÕES DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

3.1 O princípio da competitividade nas licitações

Nos termos do art. 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/93, *verbis*:

Art. 3º

[...]

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

Tal dispositivo legal encerra, segundo classificação dada por Carvalho Filho (2001), o denominado princípio da competitividade na licitação pública.

Em que pese não se encontrar textualmente previsto nos diplomas legais, o princípio da competitividade se constitui num dos alicerces fundamentais das licitações, valor essencial e norteador das mesmas.

Com efeito, a competitividade, em si, é a alma da própria licitação porque só se pode falar em certame, em disputa, onde houver competição. Em verdade, onde há competição a licitação não só é possível como, em tese, é obrigatória. Onde ela não existe, a licitação é incabível.

Outrossim, se a competição é a essência da licitação, é evidente que quanto mais licitantes participarem da peleja licitatória, maiores serão as chances da Administração Pública vir a selecionar a proposta mais vantajosa ao interesse público.

Assim é que a garantia da competitividade nos certames licitatórios vem sendo contundentemente defendida pelo Tribunal de Contas da União, conforme se depreende da leitura do Acórdão 819/2005 Plenário:

Observe rigorosamente as disposições contidas no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 3º da Lei 8.666/93, obedecendo aos

princípios constitucionais da publicidade, igualdade, da isonomia e da impessoalidade, de modo a impedir restrições à competitividade.

Disso tudo, resta claro que o princípio da competitividade é tão essencial que, se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar a competição entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto mesmo (MUKAI, 1990).

3.2 Competitividade e igualdade

A licitação tem por objetivo precípuo satisfazer as necessidades da Administração Pública sem, contudo, deixar de resguardar a igualdade de oportunidade entre os licitantes.

O atendimento conjunto destes interesses redundará na garantia da probidade administrativa e, em última instância, protege o próprio interesse público, bem supremo que fundamenta toda a ordem do Estado de Direito (MONTEIRO, 2010).

Sob tal perspectiva, a Administração tem a obrigação de procurar selecionar a proposta mais vantajosa, mas com a preocupação sempre presente de assegurar a mais ampla isonomia entre aqueles que tencionam travar relações negociais com o poder público.

Para tanto, imperioso se faz que seja afastada qualquer restrição que se afigure impertinente e desnecessária e que venha a frustrar a competitividade nos certames.

A busca incessante pela ampliação da disputa nas licitações é, pois, missão inarredável de todo gestor público responsável, o qual deve envidar todos os esforços no sentido de promover e estimular a adesão de todos interessados que disponham de idoneidade para satisfazer as necessidades da coletividade.

3.3 Accountability

A ciência política ensina que um dos aspectos mais importantes dos regimes democráticos modernos é a prestação de contas dos atos do poder público para com a sociedade civil, o que se chama de *accountability*. (FARIAS, 2010).

As normas de auditoria da INTOSAI conceituam a *accountability* pública como a obrigação que têm as pessoas ou entidades, às quais se tenham confiado recursos, incluídas as empresas e corporações públicas, de assumir as responsabilidades de ordem fiscal, gerencial e programática que lhes foram conferidas, e de informar a quem lhes delegou essas responsabilidades. E, ainda, como obrigação imposta, a uma pessoa ou entidade auditada, de demonstrar que administrou ou controlou os recursos que lhe foram confiados em conformidade com os termos segundo os quais lhe foram entregues (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2010, p. 11).

Além de informar e justificar, a relação de *accountability* envolve ainda a dimensão relativa aos elementos que obrigam ao cumprimento da lei, sujeitando o abuso de poder e a negligência no uso dos recursos públicos ao exercício das sanções legais.

Com efeito, a premissa é de um Estado no qual nenhum indivíduo pode se colocar acima das leis e onde todos têm o direito à participação nas decisões políticas e à cobrança por economicidade, eficiência, eficácia e efetividade nos resultados das políticas públicas executadas pelos gestores. (FARIAS, 2010)

Não é sem razão que a legislação é enfática quanto ao dever do gestor em dar publicidade a seus atos, de modo a tornar visível a motivação de suas decisões na gestão dos recursos públicos humanos, financeiros e orçamentários.

Sob tal perspectiva, na seara das licitações e contratos administrativos, é obrigação do gestor demonstrar que todos os seus atos foram direcionados no sentido de assegurar a proposta que, efetivamente, melhor atende ao interesse da coletividade. Para tanto, a sociedade tem de estar convencida de que foi dada oportunidade ao maior número de possíveis interessados em contratar com a Administração de participar do certame licitatório, em condições de igualdade uns com os outros, ou seja, que a licitação se desenvolveu em um ambiente permeado de competitividade.

Assim, incumbem aos mecanismos de *accountability* aferirem, dentre outros aspectos, o nível de disputa propiciado pelas licitações, com vistas a avaliar se as ações e estratégias eleitas para alcançar os objetivos estabelecidos pelo poder

público atuaram de modo transparente e isonômico, em conformidade com os princípios de administração pública, as leis e os regulamentos aplicáveis.

3.4 A competitividade no mercado de obras públicas

Em um mercado de concorrência perfeita, no qual a dinâmica das negociações se dá consoante a lei da oferta e procura, quanto maior o número de fornecedores de produtos e serviços dispostos a satisfazer as necessidades de um determinado comprador, maiores as chances de reduções nos preços finais transacionados.

Sob tal perspectiva, um número maior de participantes em uma licitação há de influenciar diretamente no seu resultado, pois existe a expectativa de se obter propostas mais vantajosas ao interesse público quanto maior a quantidade de interessados em contratar com a Administração.

Ocorre que, na prática das contratações administrativas, o que se observa, com relativa freqüência, é a interferência de perturbações externas, tais como fraudes nas licitações, conluíus entre empresas, descontinuidade de gestão e medidas de cunho eleitoreiro, que coíbem a livre concorrência e contribuem irremediavelmente para a imperfeição no mercado das aquisições públicas.

Tais perturbações, por sua vez, têm seus efeitos potencializados quando o objeto a ser contratado se trata de obras e serviços de engenharia, haja vista as peculiaridades e especificidades atinentes a este setor da atividade econômica.

No afã de compreender os mecanismos que atuam no mercado da construção civil para obras públicas, Pereira (2002) pesquisou licitações realizadas no estado de Pernambuco, no período de 2000 e 2001, com o objetivo de procurar explicar o comportamento dos preços contratados em função, dentre outras variáveis, da modalidade licitatória e do número de licitantes no certame.

Com tal desiderato, a partir da definição de um indicador auxiliar, o Índice de Preço Custo do Contrato (IPCC), que representa a relação entre o preço proposto pela empresa vencedora de um certame licitatório e o custo estimado pelo órgão licitante para a execução do objeto licitado, o autor efetuou uma série de análises comparativas nos dados contidos no Plano Piloto de sua pesquisa, o qual foi composto de 1.035 licitações de obras de edificação e de pavimentação urbana

realizadas por treze UG estaduais e municipais do estado de Pernambuco, no biênio 2000/2001.

Na Ilustração 1, vê-se o comportamento do IPCC em função do número de participantes classificados nos processos licitatórios que compuseram o Plano Piloto estudado por Pereira.

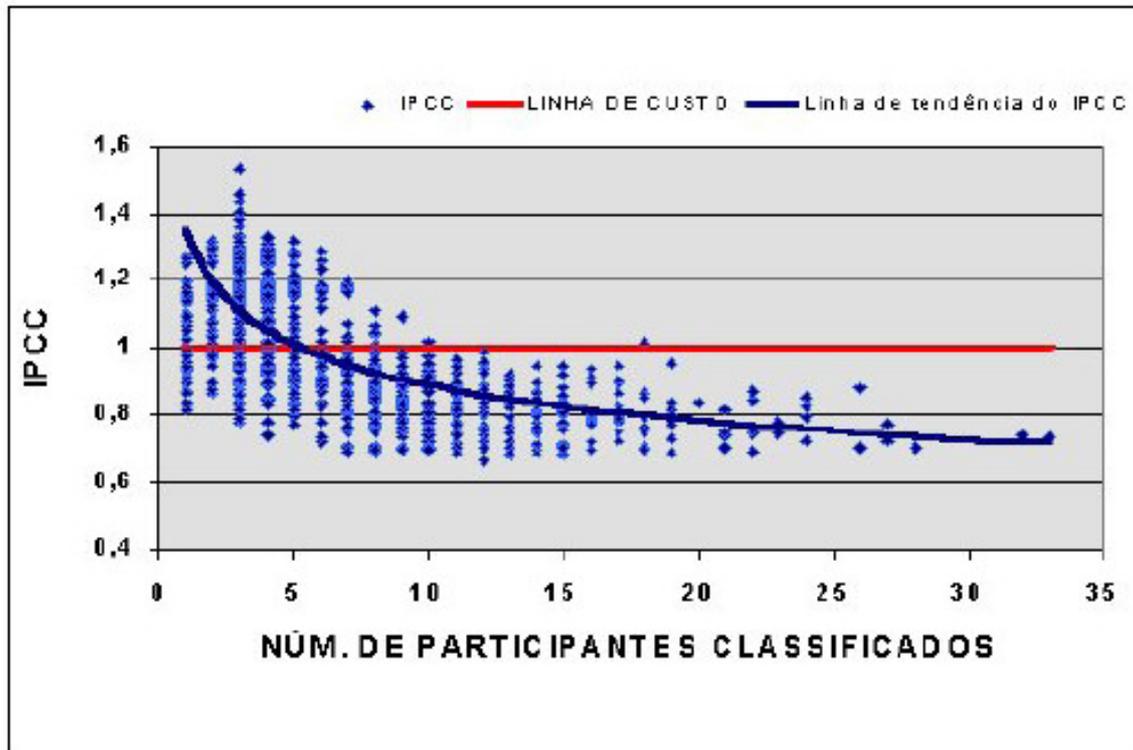


Ilustração 1 - Comportamento do IPCC em função do número de participantes classificados

Fonte: (PEREIRA, 2002, p. 47)

Segundo o autor, em princípio não é a forma dos IPCC que chama a atenção, mas sim os valores verificados quando a competitividade aumenta. Com efeito, a linha de custo referencia quando o preço proposto é igual ao custo estimado, mas o que se vê são preços praticados abaixo do custo de tabela de uma forma generalizada (PEREIRA, 2002).

Observa-se que a linha de tendência do IPCC aponta para um ponto de corte com média em 5 participantes, o que significa que os preços das propostas vencedoras para este nível de competitividade praticamente coincidem com os custos estimados pelos órgãos.

Abaixo de 5 licitantes, por sua vez, a média do IPCC encontra-se superior a 1,00, o que significa que, nesta faixa, os preços propostos foram superiores aos

custos estimados . Já para mais de 5 participantes, observa-se que a média dos preços vencedores das licitações é inferior ao custo de tabela.

Pereira (2002) atentou, todavia, que a assertiva de que, quanto maior o número de licitantes, maior a competitividade e, portanto, menores os preços obtidos, não parece válida para o intervalo de 1 a 3 participantes.

Com efeito, ao analisar os mesmos dados, segundo um gráfico de Box & Whiskers (Ilustração 2), o pesquisador observou uma maior competitividade nos certames quando participavam 1 ou 2 licitantes em comparação aos que apresentavam 3 licitantes.

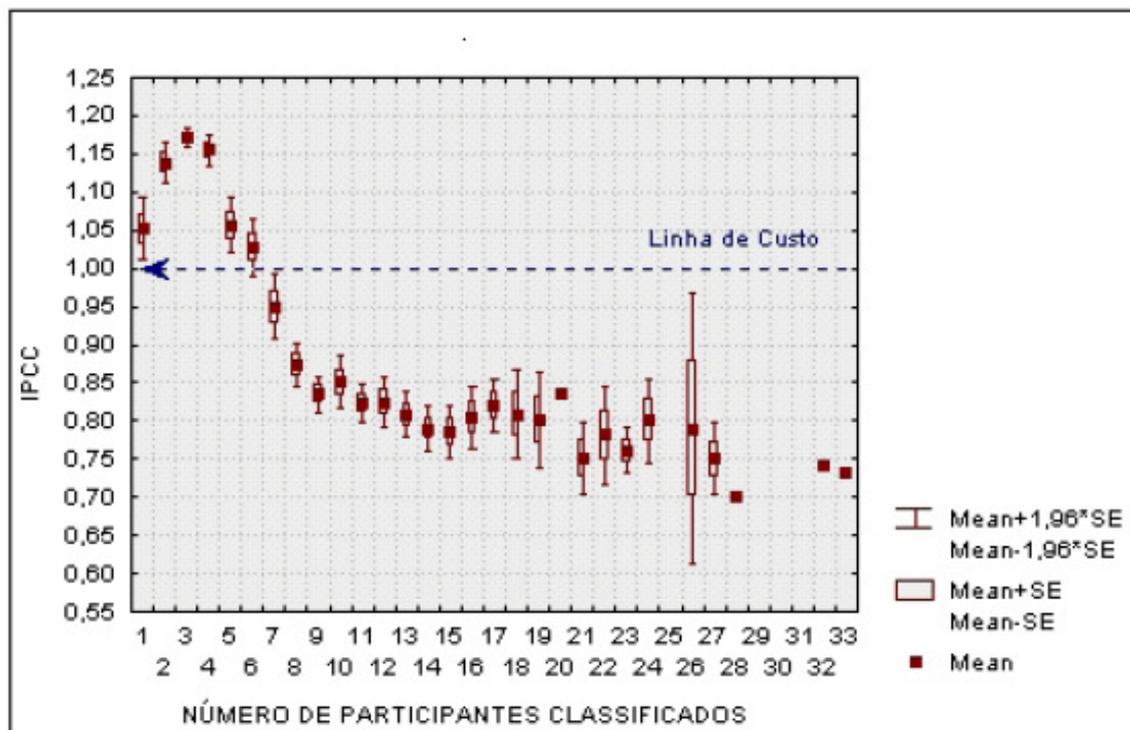


Ilustração 2 - Comportamento da média do IPCC em função do número de participantes classificados

Fonte: (PEREIRA, 2002, p. 48)

A explicação para tal comportamento recaiu na própria legislação das licitações ao exigir, para a modalidade convite, tão somente a participação de, no mínimo, 3 (três) licitantes.

Assim, o que se extrai dos dados é que, em média, ocorre maior competitividade nos processos com um ou dois participantes, do que naqueles com três participantes, regidos preponderantemente pela modalidade convite, onde fraudes e conluíus buscam apenas não infringir, rigorosamente, os aspectos formais dos processos licitatórios (PEREIRA, 2002).

A expectativa do número médio de licitantes classificados nos Convites se aproximar de três foi confirmada em mais da metade dos órgãos pesquisados no Plano Piloto. Também chama a atenção o fato de, nos órgãos com o número médio de licitantes próximo a três, terem sido observados, em regra, os maiores valores de IPCC, conforme se vê na Tabela 2.

Tabela 2 – Média dos licitantes classificados e do IPCC nas licitações na modalidade convite

ÓRGÃO	Nº MÉDIO DE CLASSIFICADOS	IPCC MÉDIO
01	8,4883	0,97
02	9,1852	0,94
03	3,0938	1,11
04	3,3000	1,14
05	3,0769	1,14
06	3,2105	1,26
07	3,2895	1,17
08	3,0000	0,88
09	2,8750	1,07
10	6,0000	0,96
11	5,3000	0,98
12	4,4000	1,02
13	6,0000	0,89
MÉDIA	6,1499	1,04

Fonte: (PEREIRA, 2002, p. 29 e p. 59)

Elaboração própria

Cabral (2002) já havia atentado para esta tendência ao constatar, com base em pesquisa realizada junto a 640 obras municipais realizadas no estado de Pernambuco, no exercício 2000, que em apenas 12% das licitações havia a participação de mais de 3 licitantes, ou seja, o número mínimo exigido pela lei de licitações para a modalidade convite.

Segundo a autora, a baixa competitividade dos processos licitatórios se devia, principalmente, à pouca divulgação dos certames, especialmente os da modalidade convite, da qual participavam, em geral, apenas os três convidados (CABRAL, 2002).

De fato, para as modalidades as quais a lei exige maior divulgação, é de se esperar que haja uma maior procura por parte de potenciais interessados em contratar com a Administração. Em suma, quanto maior a publicidade conferida ao certame, maiores as chances de ampliação da competitividade.

Sob tal perspectiva, para as Tomadas de Preços e Concorrências, por imperativo legal, é necessária a publicação do aviso da licitação em Diário Oficial e

em jornais de grande circulação. Já para os Convites, a mesma lei exige tão somente a afixação do resumo do instrumento convocatório no quadro de avisos do órgão.

Assim é que, nas Tomadas de Preços e Concorrências, é de se esperar um aumento da competição e, por conseguinte, valores de IPCC mais reduzidos em comparação aos observados em Convites.

Tal expectativa, contudo, não foi confirmada no Plano Piloto estudado por Pereira. Com efeito, conforme se observa na Ilustração 3, o IPCC médio para as Concorrências se apresentou significativamente superior ao verificados nos Convites. A explicação dada pelo autor para tal comportamento é que o legislador, ao procurar se cercar das garantias quanto à execução de obras de maior porte, licitáveis mediante Concorrência, terminou impondo critérios de seleção mais rigorosos, tanto no aspecto técnico quanto no financeiro, o que veio a restringir o número de empresas aptas a participar dos certames. A consequência disto foi a diminuição da competitividade e a consequente elevação dos preços propostos nas Concorrências, isto se olhando apenas sob a ótica do valor ou preço dos serviços (PEREIRA, 2002, p. 57).

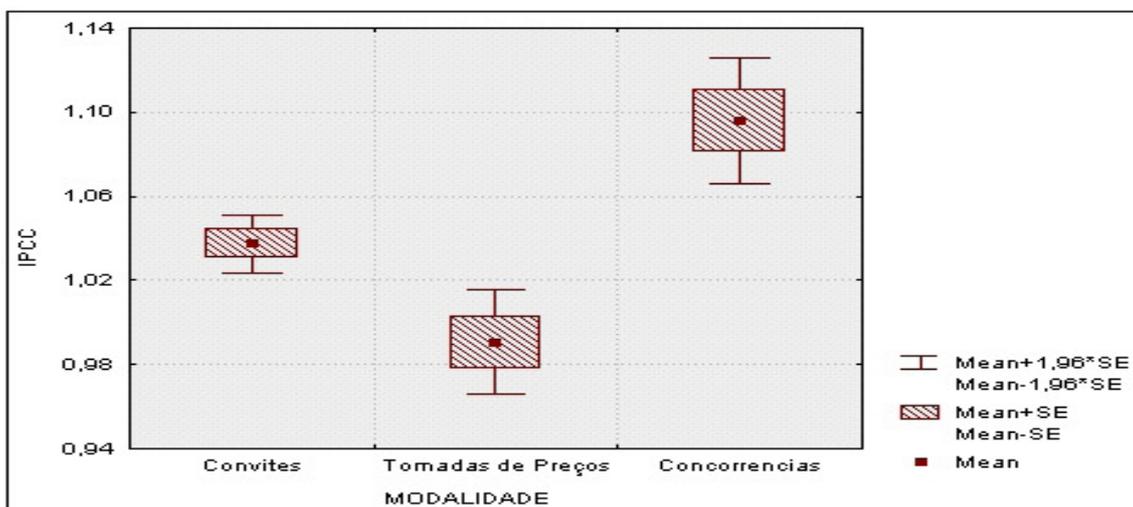


Ilustração 3 - Comportamento do IPCC em função da modalidade licitatória
 Fonte: (PEREIRA, 2002, p. 58)

Demais disto, os estudos dos fatores de influência sobre os resultados das licitações integrantes do Plano Piloto revelaram ser a competitividade responsável por variações nos preços que chegaram a 50% (PEREIRA, 2002, p. 154).

Em face de tal evidência, Pereira (2002) propôs uma escala ordinal de competitividade com o propósito de servir como facilitador nas relações auditor e

auditado, ao demonstrar às Comissões de Licitações e às Administrações em geral, as reduções sobre os preços que podem ser obtidas ao se promover uma maior competição aos certames licitatórios.

Tal escala, calculada a partir do Plano Piloto, em função do número de participantes classificados e do IPCC, foi definida mediante a utilização de Métodos de Análise de Agrupamento Hierárquico, e se encontra sintetizada na Tabela 3.

Tabela 3 – Escala de competitividade nas licitações tradicionais

GRUPOS	NÚMERO DE PARTICIPANTES	ESCALA ORDINAL DE COMPETITIVIDADE
1	3	Insuficiente
2	2 ou 4	Muito fraca
3	1 ou 5	Fraca
4	6	Neutra
5	7 a 9	Intermediária
6	10 a 15	Forte
7	Mais de 15	Muito forte

Fonte: (PEREIRA, 2002, p. 56)

Com base em tal escala, o pesquisador ajustou um modelo inferencial explicativo do comportamento dos preços nas licitações, que também levou em consideração uma série de outros fatores de influência tais como: característica do órgão licitante, modalidade de licitação, natureza da obra, porte da obra, localização da obra, data da licitação, prazo da obra e indício de conluio.

O modelo ajustado, por sua vez, não apresentou como significativa a diferença entre preços originários de processos com três participantes e aqueles com 2 ou 4 participantes. Para todos os demais níveis de competitividade, foi observada uma diferença significativa nos valores das obras (PEREIRA, 2002, p. 88).

A análise por modelo de regressão múltipla propiciou, ainda, a identificação da existência de dois mecanismos probabilísticos distintos regendo os preços nas licitações com obras, sendo um característico das contratações realizadas em certames licitatórios competitivos, e o outro de processos nos quais não se observou competitividade (PEREIRA, 2002).

Nos processos competitivos, cujos preços contratados resultaram de relações do mercado, o histograma do IPCC das licitações realizadas pelos órgãos apresentou o aspecto típico da Ilustração 4.

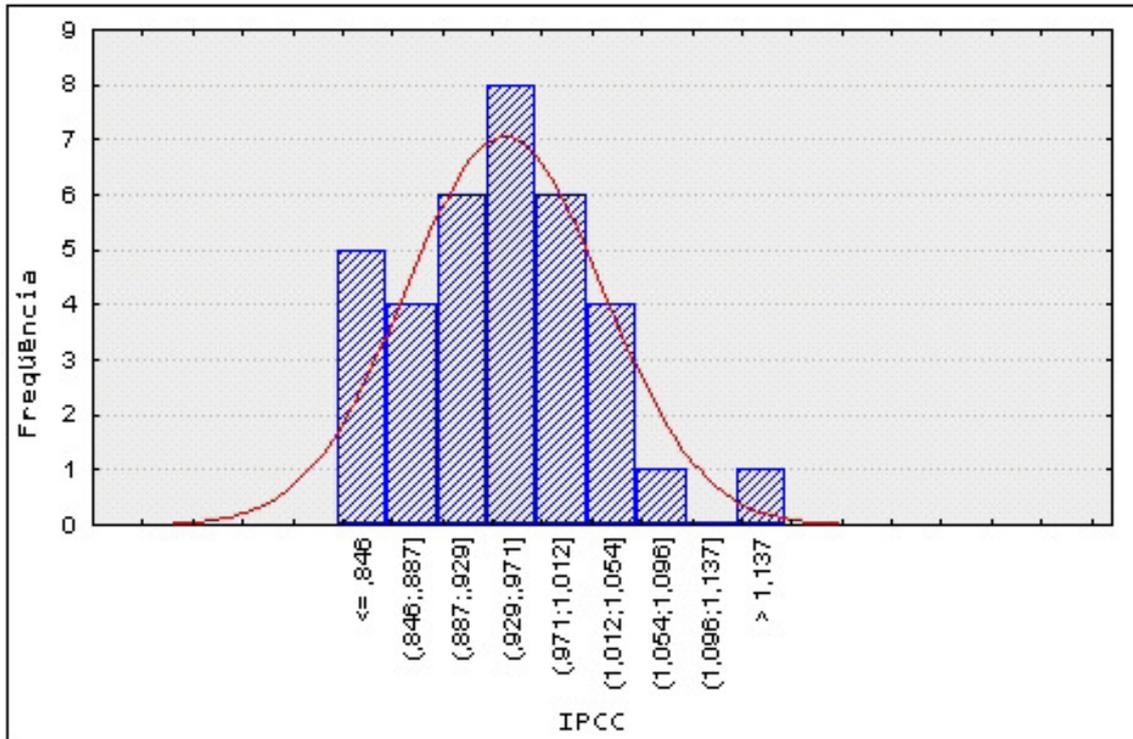


Ilustração 4 - Histograma de IPCC com licitações realizadas em condições competitivas

Fonte: (PEREIRA, 2002, p. 80)

Já nos processos onde não havia competitividade, verificou-se que o que regia os valores propostos para realização das obras não era o custo das mesmas, tampouco as relações de mercado, mas sim o limite de aceitabilidade de preços estabelecidos em edital pelos órgãos licitantes, em cumprimento ao disposto no artigo 40 da Lei de Licitações.

Registre-se que o limite de aceitabilidade representa o preço máximo tolerado pelo órgão para o objeto licitado, importando a desclassificação automática da proposta cujo preço ofertado ultrapasse o referido limite.

Assim, é de se esperar que os limites de aceitabilidade influenciem decisivamente nos preços ofertados em processos de baixa competitividade, nos quais a ausência de disputa faz com que as propostas deixem de ser representativas de um mercado para se balizarem, exclusivamente, no referido limite com o intuito de tão somente atenderem ao maior preço admissível pelo órgão licitante.

Nestas situações de baixa competitividade, o mecanismo probabilístico que atua nos IPCC das licitações apresenta a configuração característica do histograma da Ilustração 5, na qual se vê que o maior número de observações recaiu no

intervalo de 1,10 a 1,20, ou seja, no limiar de aceitabilidade de preço do órgão que, no caso, era de 20% acima do custo estimado.

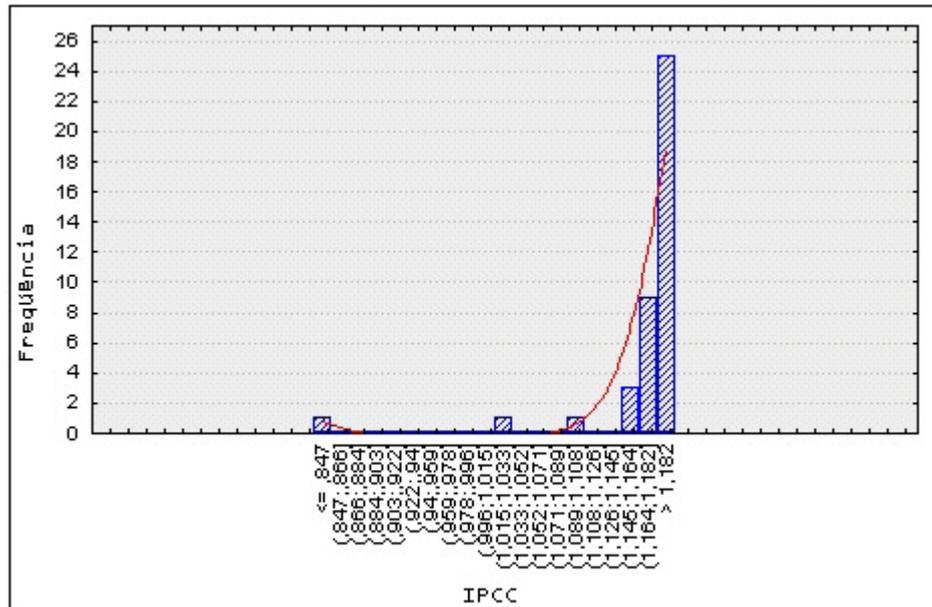


Ilustração 5 - Histograma de IPCC com licitações realizadas em condições não competitivas

Fonte: (PEREIRA, 2002, p. 80)

3.5 O pregão e as perspectivas de ampliação da competitividade

As análises e considerações tecidas no tópico antecedente permitem que se tenha uma boa noção dos mecanismos regedores da competitividade no mercado da construção civil para obras públicas licitadas através das modalidades tradicionais previstas na lei nº 8.666/93.

Acredita-se, todavia, que o pregão, por suas especificidades, possa interferir significativamente no comportamento de tal mercado, produzindo impactos positivos, sobretudo no que se refere à competição nos certames.

Sob tal perspectiva, um dos principais fatores que justifica as expectativas favoráveis em torno do uso da modalidade na seara das obras e serviços de engenharia é o ambiente de relativa estabilidade normativa em que se insere o pregão.

Com efeito, em que pese a lei geral do pregão já contar com quase dez anos de vigência, nenhuma modificação em seu texto foi implementada ao longo de todo esse período.

Tal fato é um fenômeno até certo ponto incomum num Brasil acostumado às altíssimas taxas de “inflação legislativa” (SANTANA, 2010, p. 850).

Vislumbra-se, destarte, que a existência de um quadro normativo estável no tocante à disciplina do pregão se traduza em positividade porque induz a um natural sentimento de adesão às regras do jogo por parte de todos os interessados.

Dito de outra forma, estabilidade normativa sinaliza com segurança jurídica, valor este perseguido e estimado por quem almeja travar relações negociais com a Administração Pública, sobretudo quando tais relações têm por objeto contratos de execução diferida no tempo, como são os de obras e serviços de engenharia.

Demais disto, identifica-se na lei geral do pregão prescrições com forte potencial de fomentar o aumento da competitividade nos certames.

Uma destas prescrições é a contida no artigo 4º da Lei n.º 10.520/02, o qual exige que a divulgação do pregão ocorra através da publicação do aviso no Diário Oficial do ente federado ou, não o existindo, em jornal de circulação local. Esta norma faculta, ainda, a publicação, por meio eletrônico, na internet.

À toda evidência, tal dispositivo prestigia a publicidade nos certames regidos pelo pregão, independentemente do valor do objeto a ser licitado.

À publicidade, por seu turno, cumpre duas funções distintas e inconfundíveis. Por um lado, orienta-se a assegurar a possibilidade de participação para todos os potenciais interessados. Por outro, é instrumento de controle da atividade administrativa, propiciando a transparência da atuação dos agentes estatais e o exercício pelos integrantes da comunidade dos instrumentos de controle apropriados. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 98).

Santana (2009, p. 852) também correlaciona publicidade com transparência, asseverando que “quanto mais visível o procedimento desenvolvido, maior será tanto a possibilidade de fiscalização e controle (pelas mais variadas formas) quanto a ampliação da disputa (competitividade)”.

Outro aspecto da legislação do pregão que gera boas perspectivas no tocante à ampliação da competitividade concerne ao conjunto de normas destinadas a reduzir as formalidades exigidas dos licitantes para participar dos certames.

Nessa esteira, salientam-se as disposições contidas no art. 5º da Lei 10.520/02, o qual veda as exigências de:

- I - garantia de proposta;
- II - aquisição do edital pelos licitantes, como condição para participação no certame; e
- III - pagamento de taxas e emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica, e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso.

O art. 5º busca eliminar algumas práticas usuais no âmbito de licitações, que possam produzir efeitos indiretos de redução indevida da competitividade. Trata-se de soluções que merecem aplauso, que já constavam do regulamento federal de Contratações da ANATEL (JUSTEN FILHO, 2005, p. 166).

Neste mesmo diapasão, o inciso VII do artigo 4º da Lei n.º 10.520/02 privilegia a simplificação e desburocratização do procedimento licitatório, na medida em que exige do licitante tão somente que, aberta a sessão, apresente declaração dando ciência de que cumpre plenamente os requisitos de habilitação.

Desta feita, apenas no momento de verificação da habilitação é que se exige do licitante melhor classificado a apresentação dos documentos previamente relacionados no edital, sem condicionar sua participação no certame a qualquer cadastramento interno prévio ou outra exigência formal.

Outrossim, o traço marcante na disciplina do pregão, em face do qual se vislumbra que o incentivo à competição se manifeste em sua plenitude, reside na fase de lances, prevista no inciso VIII, do art. 4º da lei 10.520/02.

A fase de lances marca o início da disputa propriamente dita entre os licitantes, os quais, conforme o próprio nome diz, se confrontam diretamente mediante “lances sucessivos”, até que seja declarado o vencedor.

O objetivo desta etapa do procedimento do pregão é a redução do preço ofertado, com o claro fomento à competição. Registre-se que a própria lei 10.520/02, nos termos do inciso XII, do seu art. 4º, denomina tal fase de “etapa competitiva”.

Na lição de Monteiro (2010, p. 162),

Não há impropriedade na idéia de lançar os participantes do processo licitatório em uma competição direta. Aquele que apresentar melhores condições contratuais para o objeto licitado assinará o contrato. O resultado é benéfico para a Administração e também para os particulares, que competirão abertamente pela realização do negócio. A regra do jogo é clara.

De acordo com o inciso VIII do art. 4º da lei, somente participarão desta etapa e estarão autorizados a fazer lances os proponentes cujas ofertas estejam contidas

no intervalo existente entre a faixa formada pela oferta de valor mais baixo e as ofertas com preços até 10% superiores àquela.

O objetivo do legislador ao criar a “regra dos 10%” foi induzir os interessados a se apresentarem no pregão com preços compatíveis com os de mercado. É uma tentativa de evitar acordos de preços que possam frustrar a busca pelo menor preço na sessão. A regra, assim estabelecida, pretende dificultar a concretização de acordos contrários ao interesse público entre os participantes, na medida em que permite que um terceiro, alheio às combinações, apresente preço abaixo dos demais, alijando aqueles da etapa de lances verbais. Em tese, a “regra dos 10%” é útil e contribui para a ampliação da competitividade no pregão. (MONTEIRO, 2010, p. 159).

Para Justen Filho (2005), outra razão da regra restritiva do inc. VIII do art. 4º da lei 10.520/02 é que, se todos os licitantes fossem admitidos a participar da etapa de lances, haveria um desincentivo à formulação de propostas escritas mais reduzidas. Assim, a fase de propostas escritas se tornaria algo inútil, eis que todos os interessados proporiam valores maiores e aguardariam pelo desenlace da segunda etapa. Em última análise, a etapa de propostas passaria a ter utilidade apenas para a exclusão das propostas irregulares.

De fato, tendo consciência de que, a apresentar proposta muito elevada, corre-se um grande risco de se ver alijado da fase de lances, é de se esperar que o licitante formule, desde o início, a menor proposta escrita possível.

O incentivo à competitividade se completa com o dispositivo no inc. IX do art. 4º da Lei nº 10.520, que dispõe que, em “não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso XIII, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecido”.

4. ANÁLISE DA LICITUDE E DA COMPETITIVIDADE NO USO DO PREGÃO EM LICITAÇÕES DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA REALIZADAS PELO

GOVERNO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

4.1 Considerações preliminares

No presente Capítulo, serão apresentadas as análises perpetradas com vistas a verificar se uso do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do governo do estado de Pernambuco, nos anos de 2009 e 2010, teve respaldo no ordenamento jurídico então vigente, bem como se tal uso exerceu uma influência positiva no que diz respeito à competitividade dos certames.

As análises serão fundamentadas no arcabouço teórico construído nos Capítulos antecedentes, e terão por finalidade fornecer os subsídios necessários e suficientes para comprovar, ou não, as suposições levantadas nesta Dissertação.

Anote-se que, talvez, a maior dificuldade encontrada para a realização de estudos desta natureza consista nos entraves burocráticos oferecidos para a obtenção de informações junto aos órgãos e às entidades da Administração Pública.

Tal dificuldade, contudo, restou minimizada em virtude da valiosa colaboração do Tribunal de Contas de Pernambuco (TCE/PE), que disponibilizou informações acerca dos pregões realizados por seus jurisdicionados, bem como intermediou a solicitação, junto aos órgãos e entidades estaduais pesquisados, de toda a documentação de interesse à pesquisa.

Ressalte-se que, por força da Resolução TC nº 04/1997, todas as UG estaduais pernambucanas têm por obrigação enviar trimestralmente ao TCE/PE um Mapa Demonstrativo com as informações acerca de todos os processos licitatórios publicados no respectivo trimestre.

Demais disto, no que concerne especificamente às licitações de obra e serviços de engenharia, há de se enaltecer a inestimável contribuição do Núcleo de Engenharia do TCE/PE (NEG), através de sua Equipe Dedicada de Análise de Procedimentos Licitatórios (EDAL-E).

A EDAL-E, dentre outras atribuições, desenvolve, desde 2009, o monitoramento diário de todos os avisos de editais de licitações de obras e serviços de engenharia publicados nos Diários Oficiais do Estado e do Município do Recife.

Assim é que, com base nas informações contidas nos Mapas Trimestrais e nos Relatórios da EDAL-E, foi possível mapear todos os pregões de obras e serviços de engenharia realizados no período considerado na pesquisa o que, à toda

evidência, foi de fundamental importância para a consecução dos objetivos almejados.

4.2 Análise da licitude

No Capítulo 2, evidenciou-se que, com base tão somente nas prescrições contidas na lei geral do pregão, inexistem óbices jurídicos ao uso da modalidade para contratações que envolvam obras e serviços de engenharia.

Outrossim, também restou demonstrado que, em face do caráter facultativo no uso do pregão, há perfeita margem de liberdade para os entes federativos vedarem ou restringirem o uso da modalidade no âmbito das respectivas esferas administrativas.

Assim é que, para que se avalie a licitude no uso do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia por parte da Administração Pública do estado de Pernambuco, imperioso se faz analisar o tratamento dispensado pelas leis e decretos que regulamentam a matéria a nível estadual.

Conforme já anotado, o disciplinamento legal do pregão no âmbito estado de Pernambuco se inaugurou com a publicação da Lei Estadual nº 12.340, de 27 de janeiro de 2003.

Em que pese ter se inspirado na Lei Federal nº 10.520/02, a Lei Estadual nº 12.340/2003 inovou, através do seu art. 3º, ao vedar expressamente o uso do pregão, em todas as suas formas, para a licitação de obras e serviços de engenharia.

O panorama legal, contudo, modificou-se com a entrada em vigor da Lei Estadual nº 12.986, de 17 de março de 2006, que revogou expressamente a Lei nº 12.340/03, e tornou obrigatório uso da modalidade para a aquisição de bens e serviços comuns, nos termos do seu art. 4º.

Demais disto, diferentemente da lei revogada, a Lei nº 12.986/06 suprimiu a vedação à utilização do pregão, na sua forma presencial, para licitações de obras e serviços de engenharia. Entretanto, tratamento legal distinto foi dispensado à modalidade na forma eletrônica, visto que, nos termos do art. 5º da referida lei, “a licitação na modalidade pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia”.

Outrossim, em que pese não mais existir vedação legal, a Administração Pública estadual, quando da publicação da Lei nº 12.986/06, ainda não se encontrava autorizada a utilizar da modalidade presencial para licitar obras e serviços de engenharia. Isto porque, nos termos do § 1º, do art. 1º, do Decreto Estadual nº 25.662/2003, que, à época, regulamentava a matéria:

§ 1º A modalidade pregão, na forma presencial, com lances verbais, fica disciplinada pelas normas constantes no Decreto Federal nº 3.555, de 8 de agosto de 2000, e suas alterações, inclusive quanto ao rol de bens e serviços comuns que podem ser contratados por essa modalidade.

Por sua vez, em face do art. 5º do Decreto Federal nº 3.555/00, “a licitação na modalidade de Pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia”.

Assim é que, inobstante não mais haver vedação expressa na lei estadual, por força da disposição contida no § 1º, do art. 1º, do Decreto Estadual nº 25.662/2003, combinada com o preceito estatuído no art. 5º do Decreto Federal nº 3.555/00, a utilização do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia permanecia proibida para os órgãos e entidades da administração direta e indireta no âmbito do Poder Executivo do Estado de Pernambuco.

Tal situação perdurou até 24 de outubro de 2008, data da publicação do Decreto Estadual nº 32.541, que revogou expressamente o Decreto nº 25.662/2003, e deu nova disciplina ao pregão presencial no âmbito do Poder Executivo Estadual.

Além de não mais impor impedimentos ao uso do pregão presencial em licitações de obras e serviços de engenharia, o Decreto nº 32.541/2008 procurou contemplar dispositivos alinhados com a tendência atual de ampliar o campo de aplicabilidade da modalidade.

Exemplo disto é a prescrição contida no § 3º de seu art. 22, que alude expressamente à contratação de serviços comuns em que a legislação ou o edital exija apresentação de “planilha de composição de preços”, o que, à toda evidência, é uma clara sinalização para a permissibilidade no uso da modalidade na seara das obras e serviços de engenharia.

Seguindo esta mesma orientação de amplificar o âmbito de incidência do pregão, o parágrafo único do art. 5º do Decreto nº 32.541/2008 dispôs que “as normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o

interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação”.

Na mesma data em que foi publicado o Decreto nº 32.541/2008, também entrou em vigência outro Decreto Estadual, o de nº 32.539, que disciplinou o pregão, na sua forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns no âmbito do Poder Executivo Estadual.

Da mesma forma que o Decreto nº 32.541/2008, o Decreto nº 32.539/2008 não mais estabeleceu vedações ao uso do pregão, na sua forma eletrônica, para licitações de obras e serviços de engenharia.

Ocorre que, em virtude do art. 5º da Lei nº 12.986/06 ainda se encontrar em vigor, permanece vedado uso do pregão, na forma eletrônica, para licitações de obras.

Em face do relatado, do ponto de vista legal, tem-se que:

- a) Até 24 de outubro de 2008, a utilização do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia qualificáveis de comuns, tanto na forma presencial quanto na eletrônica, era proibida aos órgãos e entidades da Administração Pública do Governo do Estado de Pernambuco;
- b) A partir de 24 de outubro de 2008, o uso do pregão presencial em licitações de obras e serviços de engenharia qualificáveis de comuns e o uso do pregão eletrônico em licitações de serviços de engenharia qualificáveis de comuns, passou a ser permitido aos órgãos e entidades da Administração Pública do Governo do Estado de Pernambuco;
- c) O uso do pregão eletrônico em licitações de obras jamais foi permitido aos órgãos e entidades da Administração Pública do Governo do Estado de Pernambuco.

Firmadas tais premissas, é dado aferir se, no período considerado na pesquisa, as UG estaduais, que fizeram uso do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia, conduziram-se em conformidade com o Direito positivo em vigor.

As informações levantadas nos Mapas Trimestrais de Licitações e nas Tabelas Dinâmicas de Controle de Aviso de Licitação emitidas pelo EDAL-E, por seu turno, dão conta de que, de janeiro de 2009 a dezembro de 2010, foram publicados, por UG estaduais pernambucanas, 117 editais de pregão relativos a obras ou serviços de engenharia, sendo 33 na forma eletrônica e 84 na forma presencial.

Conforme se observa na Ilustração 6, todos os 33 pregões eletrônicos realizados tiveram por objeto apenas serviços de engenharia, respeitando-se, destarte, a vedação imposta pelo art. 5º da Lei Estadual nº 12.986/06. Registre-se que a maioria destes serviços foram de instalação e de manutenção predial, sobretudo nas áreas elétricas, de climatização e de elevadores.

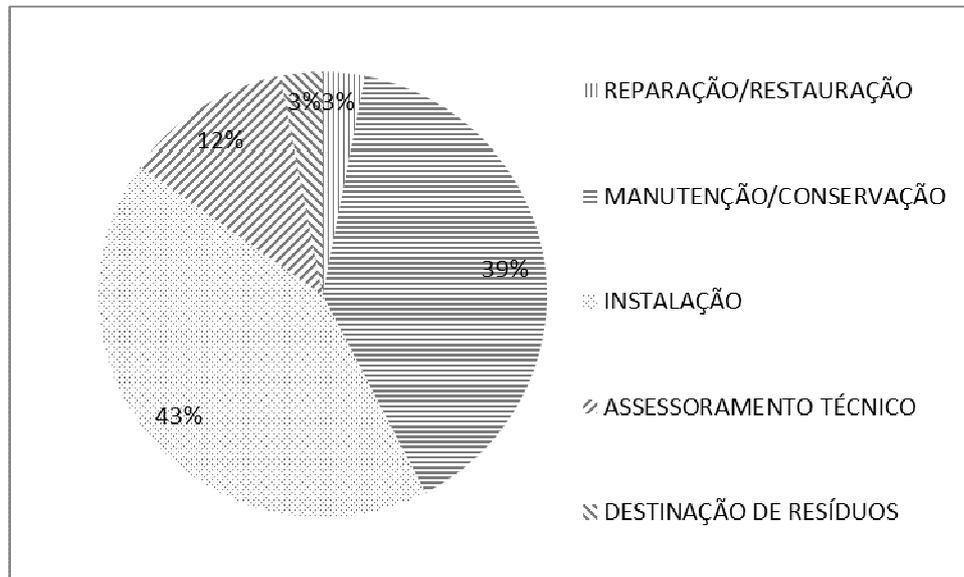


Ilustração 6 - Composição dos pregões eletrônicos quanto à natureza dos objetos licitados

Já no que se refere aos 84 editais de pregão na forma presencial, a Ilustração 7 mostra que cerca de 55% dos mesmos foram relativos a obras, ao passo que os restantes 45% a serviços de engenharia.

À semelhança do ocorrido nos pregões eletrônicos, a maioria dos serviços de engenharia licitados na modalidade presencial também foi de instalação e de manutenção predial.

No que tange ao uso do pregão presencial com obras, os dados indicam que, em aproximadamente 87% dos casos, os objetos licitados foram reformas em edificações.

Demais disto, os levantamentos evidenciaram que todos os pregões realizados adotaram como critério de julgamento das propostas o menor preço.

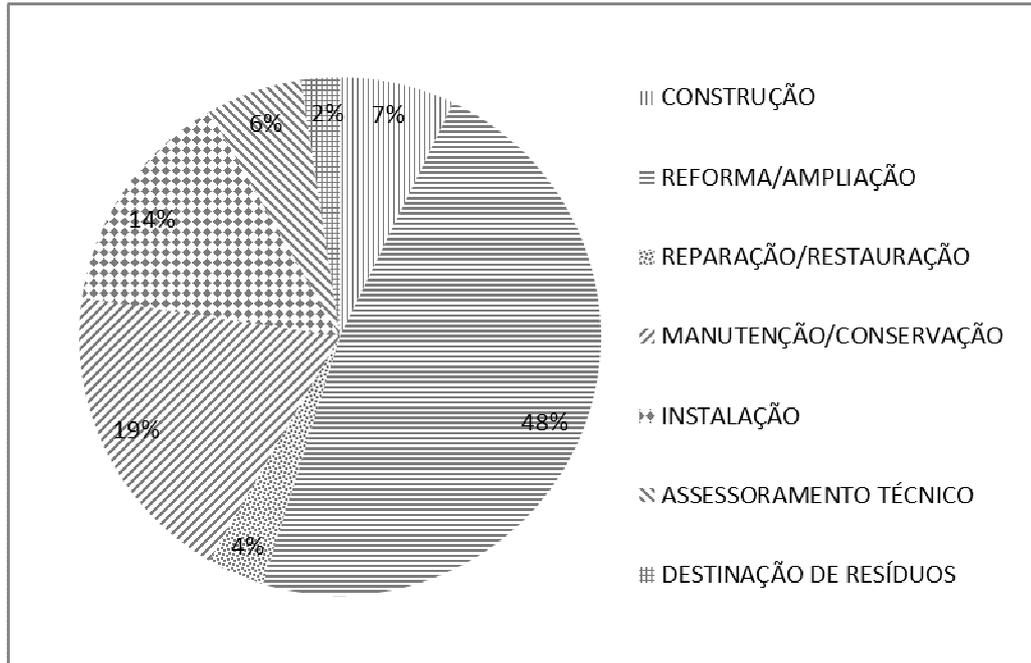


Ilustração 7 - Composição dos pregões presenciais quanto à natureza dos objetos licitados

Ante todo o exposto, é dado concluir que o uso do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia, por parte das UG do estado de Pernambuco, no biênio 2009-2010, encontrou respaldo no ordenamento jurídico então vigente, confirmando-se, destarte, a primeira suposição da pesquisa.

4.3 Análise da competitividade

Ao encerramento do Capítulo 4, foram elencadas as premissas enaltecedoras do modelo de aquisição trazido pelo pregão, que justificam as perspectivas favoráveis em torno do uso da modalidade em licitações de obras e serviços de engenharia.

Entretanto, qualquer passeio por determinado ramo do conhecimento demanda minimamente a apresentação mais visível dos fundamentos que dão suporte ao argumento posto, ou seja, afirmações feitas devem seguir-se necessariamente de determinados demonstrativos para validá-las (BUZZI, 1995).

Assim, para comprovar as potencialidades e a real eficácia do pregão na competitividade dos certames licitatórios de obras e serviços de engenharia, necessário se faz analisar cientificamente os dados disponíveis acerca da utilização da modalidade em casos concretos.

4.3.1 Amostra analisada

Para a realização das análises necessárias à verificação das respostas do mercado em face das crenças aprioristicamente estabelecidas, selecionou-se uma amostra representativa dos pregões de obras e serviços de engenharia realizados por UG do estado de Pernambuco, no biênio 2009-2010.

Na definição da amostra, por sua vez, levou-se em consideração que os parâmetros referenciais de competitividade em licitações de obras e serviços de engenharia conhecidos eram oriundos de estudos realizados no mercado de obras públicas licitadas através das modalidades tradicionais.

Demais disto, também se atentou para o fato de tais parâmetros terem sido obtidos de licitações cujo objeto eram obras de construção, reforma e ampliação de edificações e obras e serviços de execução e recuperação de pavimentação.

Isto posto, para que as análises se procedessem em bases comparáveis, estabeleceu-se que a amostra deveria contemplar:

- a) Pregões realizados na forma presencial, haja vista que todas as modalidades previstas na Lei nº 8.666/93 também se dão na *forma presencial*;
- b) Pregões cujos objetos foram obras de construção, reforma e ampliação de edificações ou obras e serviços de execução e recuperação de pavimentação.

Com base nestes critérios de seleção, do universo das obras e serviços de engenharia licitados mediante pregão por UG do estado de Pernambuco no biênio 2009-2010, compuseram a amostra analisada os indicados na Tabela 4.

Observa-se que amostra se constituiu de 45 dados referentes a 39 pregões presenciais. A razão do descompasso entre o número de dados amostrais e o número de processos se deveu ao fato do objeto de um dos pregões selecionados ter sido fracionado em 7 lotes. Na sistemática por lotes, inobstante pertencerem a um mesmo processo licitatório, cada um dos objetos é licitado apartadamente, como se o fossem em processos independentes. Assim, para fins das análises que se seguem, cada um dos lotes foi considerado um evento amostral distinto.

Vê-se, ainda, que todos os pregões selecionados tiveram por objeto obras de construção ou reforma de edificações, distribuídas na proporção indicada na Ilustração 8.

Demais disto, registre-se que todos os pregões selecionados se cingiram a três UG estaduais, tais sejam:

- a) Hospital Universitário Osvaldo Cruz (HUOC)
- b) Polícia Civil de Pernambuco (PCPE)
- c) Secretaria da Fazenda de Pernambuco (SEFAZ)

Na Ilustração 9, verifica-se que a UG que contribuiu com o maior número de dados amostrais foi a PCPE, com cerca de 47% das ocorrências.

Por derradeiro, saliente-se que a amostra representou um terço do universo dos pregões presenciais e eletrônicos de obras e serviços de engenharia realizados nos anos de 2009 e 2010, assim como correspondeu a cerca de 85% do total das obras licitadas mediante pregão presencial no mesmo período.



Ilustração 8 - Composição da amostra quanto à natureza do objeto licitado

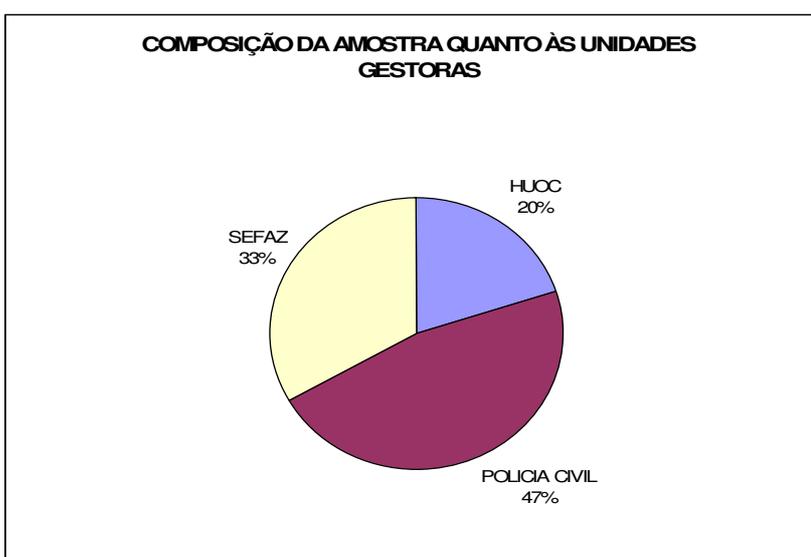


Ilustração 9 - Composição da amostra quanto às UG

Tabela 4 – Amostra dos pregões analisados

PREGÃO	U.G.	OBJETO
08/2009	HUOC	Construção de Casa de Máquina do DIP adulto do HUOC
09/2009	HUOC	Reforma e Construção da Farmácia ambulatorial e Administração de transportes do HUOC
15/2009	HUOC	Reforma para instalações e funcionamento da Polissonografia do HUOC
17/2009	HUOC	Reforma da UTI Pediátrica do HUOC
40/2009	HUOC	Construção da Casa de Máquina para Pressão Negativa do Prédio da UTI Pediátrica do HUOC
02/2010	HUOC	Reforma do Prédio da Residência Médica do HUOC
03/2010	HUOC	Reforma do Pavilhão José Ribamar do HUOC
04/2010	HUOC	Demolição do Pavilhão Joaquim Cavalcanti do HUOC
06/2010	HUOC	Reforma e ampliação de área física da Unidade de pesquisa Clínica do HUOC – primeira etapa
06/2009	PCPE	Reforma na Divisão de Almoarifado – Recife
07/2009	PCPE	Reforma na 72° Circunscrição Policial – Barreiros
08/2009	PCPE	Reforma na 5° Circunscrição Policial – Recife
09/2009	PCPE	Reforma na 29° Circunscrição Policial – Igarassu
10/2009	PCPE	Reforma na 16° Circunscrição Policial – Recife
13/2009	PCPE	Reforma a 17° Circunscrição Policial – Recife
04/2010	PCPE	Adequação Predial, no Imóvel onde funcionará o Departamento de Repressão aos Crimes Patrimoniais – Recife
06/2010	PCPE	Reforma do Imóvel da 10° Circunscrição Policial – Recife
07/2010	PCPE	Reforma na 24° Circunscrição Policial – Olinda
08/2010	PCPE	Reforma na 15° Circunscrição Policial – Recife
09/2010	PCPE	Reforma do Imóvel da 11° Circunscrição Policial – Recife
10/2010	PCPE	Reforma do Imóvel da 30° Circunscrição Policial – Itamaracá
11/2010	PCPE	Adequação em uma das Salas do Imóvel do DHPP para funcionamento do Núcleo Avançado Pericial do IITB – Recife
12/2010	PCPE	Reforma do Imóvel Sede da Gerência de Polícia da Criança e do Adolescente - GPCA- Recife
13/2010	PCPE	Reforma da 26° Circunscrição Policial – Olinda
15/2010	PCPE	Reforma do Imóvel da 1° Delegacia de Polícia de Prevenção e Repressão aos Crimes Contra a Mulher – Recife
17/2010	PCPE	Reforma do Imóvel da 47° Circunscrição Policial – Paudalho
18/2010	PCPE	Reforma do Imóvel da 33° Circunscrição Policial – Igarassu
19/2010	PCPE	Construção de Cisterna no Imóvel pertencente a Delegacia de Polícia da 37° Circunscrição – Camaragibe
20/2010	PCPE	Reforma na Delegacia de Polícia da 75ª Circunscrição- Água Preta
21/2010	PCPE	Reforma do Imóvel da Delegacia de Polícia da 34° Circunscrição – Paulista
10/2009	SEFAZ	Reforma do Prédio da 3° Regional da SEFAZ, em Petrolina - Petrolina
11/2009	SEFAZ	Reforma do 8° Andar Edifício Sede da Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco – Recife
05/2010	SEFAZ	Complementação de Piso em Granito do 8° andar do edifício Sede do SEFAZ/PE – Recife
06/2010	SEFAZ	Reforma do Antigo Prédio do DEFES para Instalação da ARE Recife
09/2010	SEFAZ	Fornecimento e Instalação do Guarda Corpo/Corrimão e Outro Serviços no Edifício San Rafael – Recife
10/2010	SEFAZ	Reforma em diversos prédios da SEFAZ - Lote 1 - ARE de Barreiros – Barreiros
10/2010	SEFAZ	Reforma em diversos prédios da SEFAZ - Lote 2 - ARE Cabo - Cabo de Sto. Agostinho
10/2010	SEFAZ	Reforma em diversos prédios da SEFAZ - Lote 3 - ARE Escada – Escada
10/2010	SEFAZ	Reforma em diversos prédios da SEFAZ - Lote 4 - ARE Palmares – Palmares
10/2010	SEFAZ	Reforma em diversos prédios da SEFAZ - Lote 5 - ARE Jaboatão dos Guararapes – Jaboatão dos Guararapes
10/2010	SEFAZ	Reforma em diversos prédios da SEFAZ - Lote 6 - Posto Fiscal de SUAPE – Ipojuca
10/2010	SEFAZ	Reforma em diversos prédios da SEFAZ - Lote 7 - Posto Fiscal de Barreiros – Barreiros
12/2010	SEFAZ	Reforma do Posto Fiscal de Xexéu - DRR - IRF - Xexéu
13/2010	SEFAZ	Fornecimento e Instalação da Coberta para Balança no Posto Fiscal de Goiana – Goiana
14/2010	SEFAZ	Reforma do 3° Pavimento do Palácio Frei Caneca (SETE) - Recife

4.3.2 Variáveis de estudo

As análises que se seguem alicerçaram-se, fundamentalmente, em duas variáveis: o número de competidores (NC) e o índice preço-custo do contrato (IPCC).

A variável NC expressa a quantidade de participantes no pregão legitimados à disputa pelo objeto licitado. Ela corresponde ao número de licitantes classificados e não inabilitados no certame e, para a sua mensuração, utilizou-se da fórmula:

$$NC = NLC - NLI$$

onde,

NLC é o número de licitantes com propostas de preços classificadas

NLI é o número de licitantes julgados inabilitados

Atente-se que o número de competidores no pregão não se confunde com o número de licitantes com propostas classificadas, tal como se dá nas análises envolvendo as modalidades licitatórias tradicionais.

Isto porque, no pregão, a fase de classificação antecede à de habilitação. Ademais, não é todo licitante com proposta classificada que terá sua documentação habilitatória avaliada, mas tão somente aquele que oferecer o menor preço ao final da fase de lances. Por sua vez, apenas se tal licitante for considerado inabilitado é que se partirá para a avaliação dos documentos exigíveis para a habilitação do segundo colocado, e, assim, sucessivamente, até que se encontre um licitante habilitável.

Justifica-se, destarte, na definição do NC, a distinção da condição de licitante “não inabilitado”, da de licitante “habilitado”, visto que o licitante pode ter sua proposta de preços classificada sem que ocorra, necessariamente, julgamento de valor acerca de sua habilitação.

O histograma constante na Ilustração 10 mostra a distribuição do NC na amostra de pregões pesquisada.

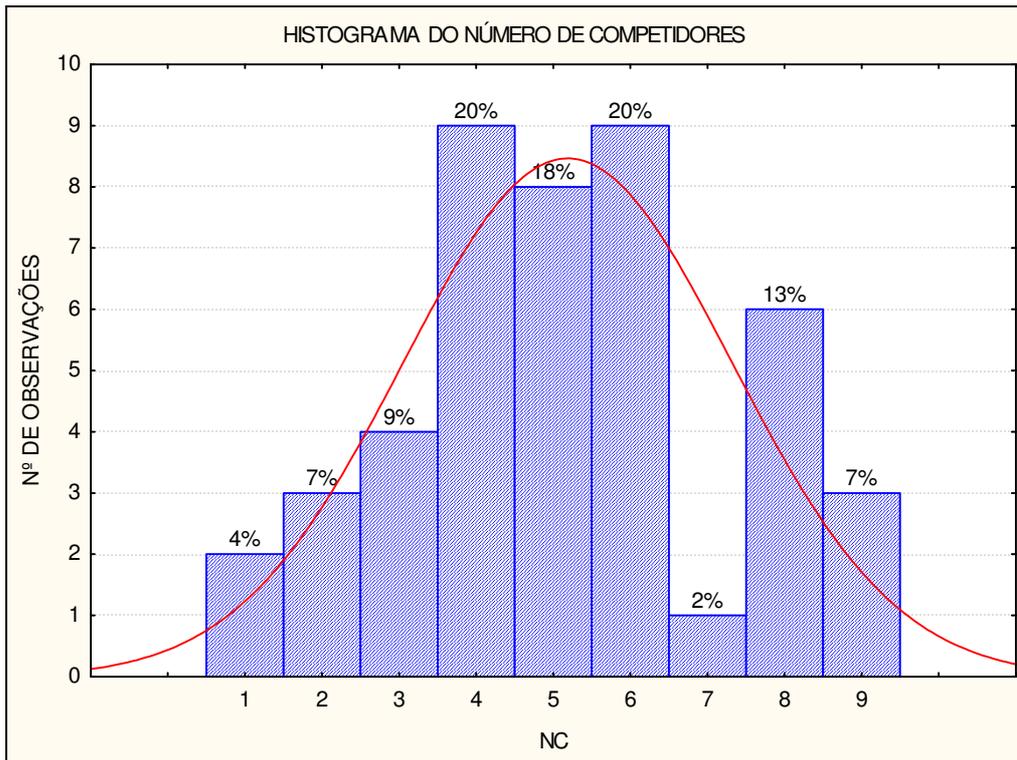


Ilustração 10 - Histograma do NC amostral

Observa-se que o número de competidores, para a maioria absoluta dos pregões, variou de 4 a 6, sendo 5,16 o NC médio da amostra.

A outra variável considerada nas análises, o IPCC, foi emprestada de Pereira (2002) e tem por finalidade trazer os resultados econômicos advindos do uso dos pregões para bases comparativas equânimes.

O IPCC representa a relação entre o valor da proposta vencedora do pregão e o custo estimado de execução do objeto licitado, e é quantificado através da fórmula:

$$\text{IPCC} = \frac{\text{PPV}}{\text{CEO}}$$

onde:

PPV é o Preço final da Proposta Vencedora do pregão;

CEO é o Custo Estimado pela UG para a execução da Obra.

Para a obtenção do custo estimado de execução obra, descontou-se, do preço total estimado pela UG, a parcela correspondente à Bonificação e Despesas Indiretas (BDI), declarada na planilha orçamentária de referência ou na minuta do

Edital. Essa prática só foi possível em virtude das UG que compõem a amostra utilizarem, como fonte de referência para os preços unitários dos serviços cotados, uma mesma tabela (Tabela de Preços EMLURB/Recife), o que permitiu uma homogeneização natural quanto à base de custos.

Na Ilustração 11, observa-se que o IPCC da amostra oscilou de 0,85 a 1,25, concentrando-se, sobretudo, no intervalo de 1,00 a 1,05. A média amostral do IPCC foi de 1,0286, o que significa que os preços finais contratados ficaram, em média, 2,86% acima do custo de tabela estimado pela UG para a execução da obra.

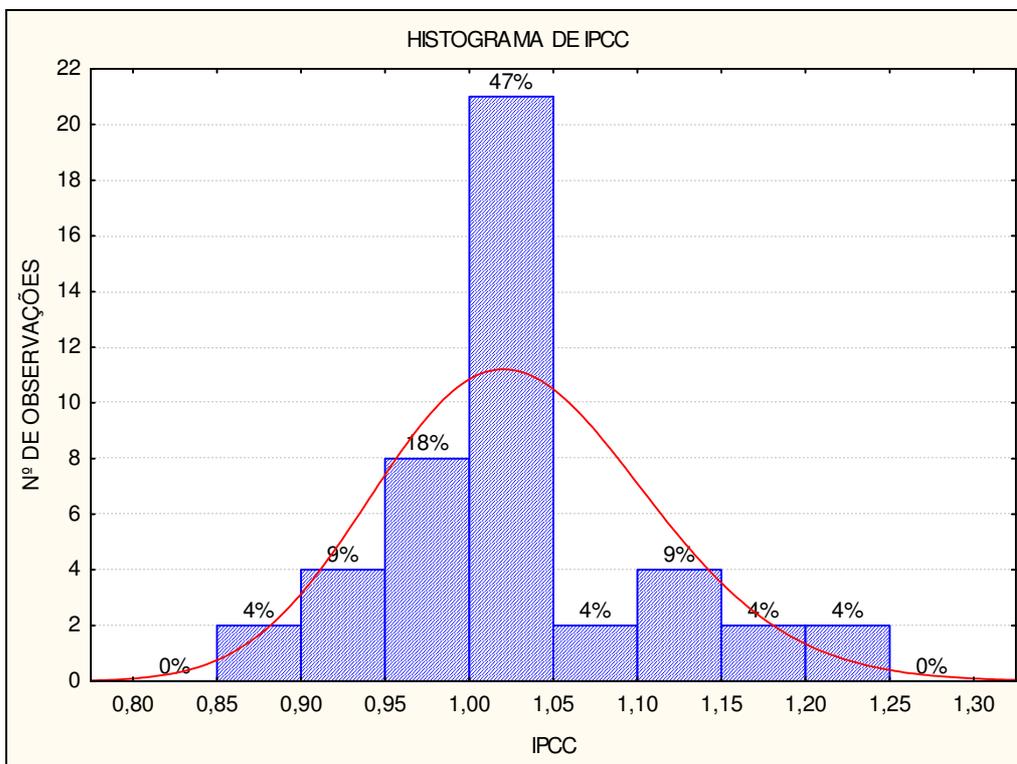


Ilustração 11 - Histograma do IPCC da amostra

4.3.3 Das análises perpetradas

4.3.3.1 Comportamento dos preços em função do número de competidores

Estudos realizados no mercado de obras e serviços de engenharia, licitadas através das modalidades tradicionais, evidenciaram que a expectativa de se obter propostas mais vantajosas quanto maior o número de participantes no certame não se confirmava na faixa que variava de 2 a 4 licitantes. (PEREIRA, 2002).

Graficamente, tal comportamento mercadológico se deixou aperceber através

da inflexão na curva de ajustamento do IPCC em função do número de licitantes, nas imediações da abscissa para 3 licitantes.

Rememore-se que a explicação mais plausível para tal fenómeno foi que, nesta faixa de licitantes, insere-se a maioria das licitações na modalidade Convite, cujas regras legais mais frouxas, no tocante à publicidade, as tornam mais suscetíveis a fraudes, conluíus e formação de cartéis que visam a burlar a competitividade, repercutindo, por conseguinte, negativamente nos preços finais contratados.

Crê-se, todavia, que o pregão, ante a abrangência no âmbito de sua incidência, e por prestigiar a ampliação da publicidade, independentemente do valor do objeto a ser licitado, concorra para mudar este quadro, tornando o mercado de obras públicas mais próximo de um mercado de concorrência perfeita e, destarte, mais competitivo.

Para confirmar tal crença, foram analisados estatisticamente os dados relativos ao IPCC e ao NC, extraídos dos pregões que compuseram a amostra.

A análise gráfica realizada nos referidos dados evidenciou que o comportamento do IPCC nas obras licitadas mediante pregão não seguia a mesma tendência observada nas licitadas nas modalidades tradicionais.

Com efeito, conforme se observa na Ilustração 12, a curva que melhor se ajusta ao gráfico de dispersão do IPCC em função do NC apresenta tendência uniforme de decréscimo nos preços à medida em que se aumenta o número de participantes na licitação.

A relação inversamente proporcional entre o número de competidores e o IPCC também se revelou graficamente quando a análise foi feita se utilizando das médias do IPCC, como pode se vê na Ilustração 13.

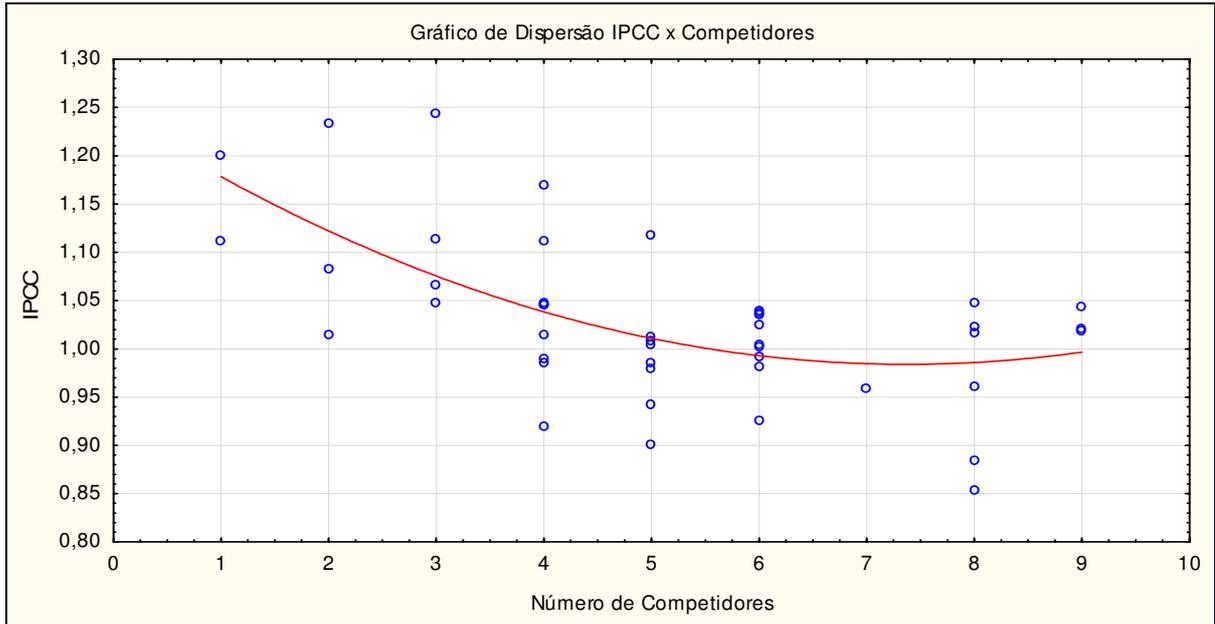


Ilustração 12 - Comportamento do IPCC em função do NC

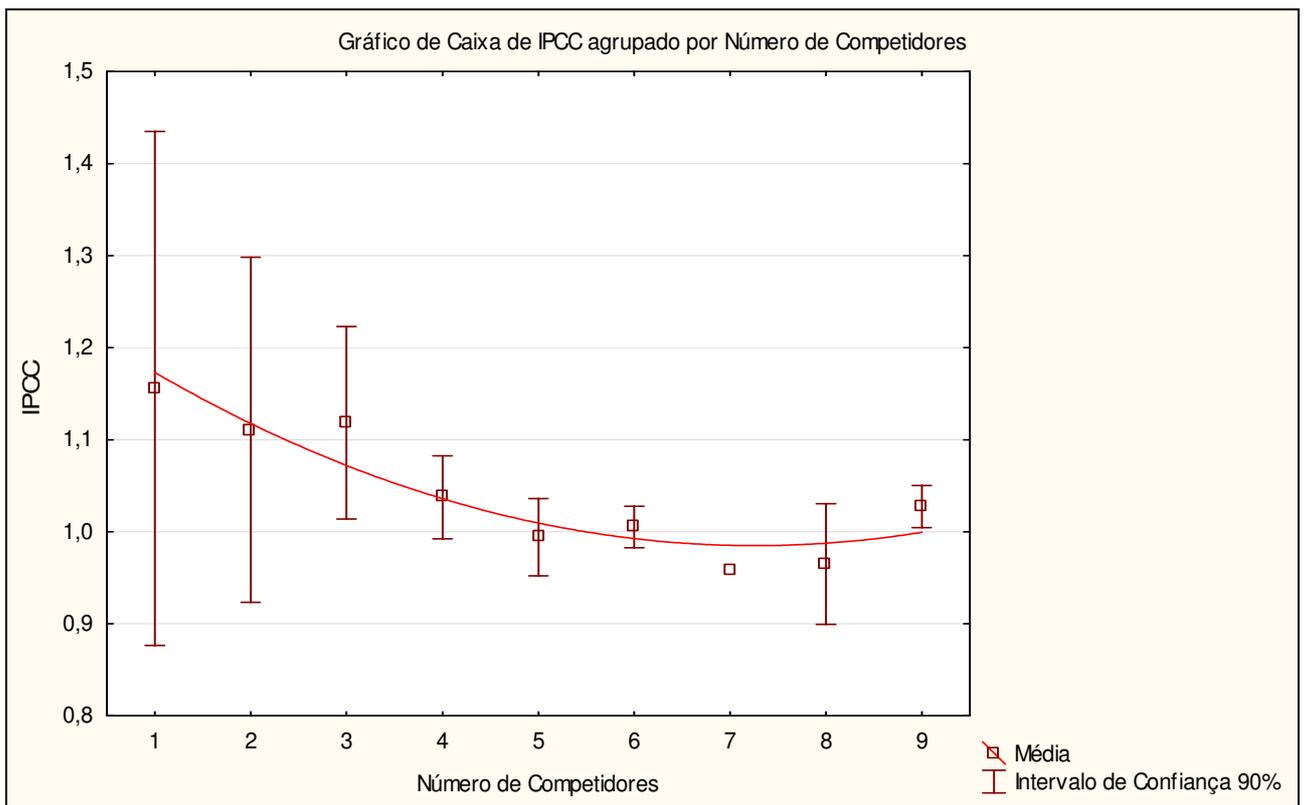


Ilustração 13 - Comportamento da média do IPCC em função do NC

Demais disto, ao se analisar os dados amostrais segundo a escala de competitividade proposta por Pereira (2002), também se verificou que os resultados observados nas licitações de obras processadas mediante pregão não seguem a mesma lógica das modalidades tradicionais.

Com efeito, conforme se depreende da Ilustração 14, não obstante as médias dos IPCC tenderem a diminuir conforme se avança na aludida escala, as diferenças entre tais médias não se apresentaram significativas a um nível de confiança de 90%, contrariando, destarte, o modelo explicativo do mercado de obras públicas preconizado por Pereira (2002).

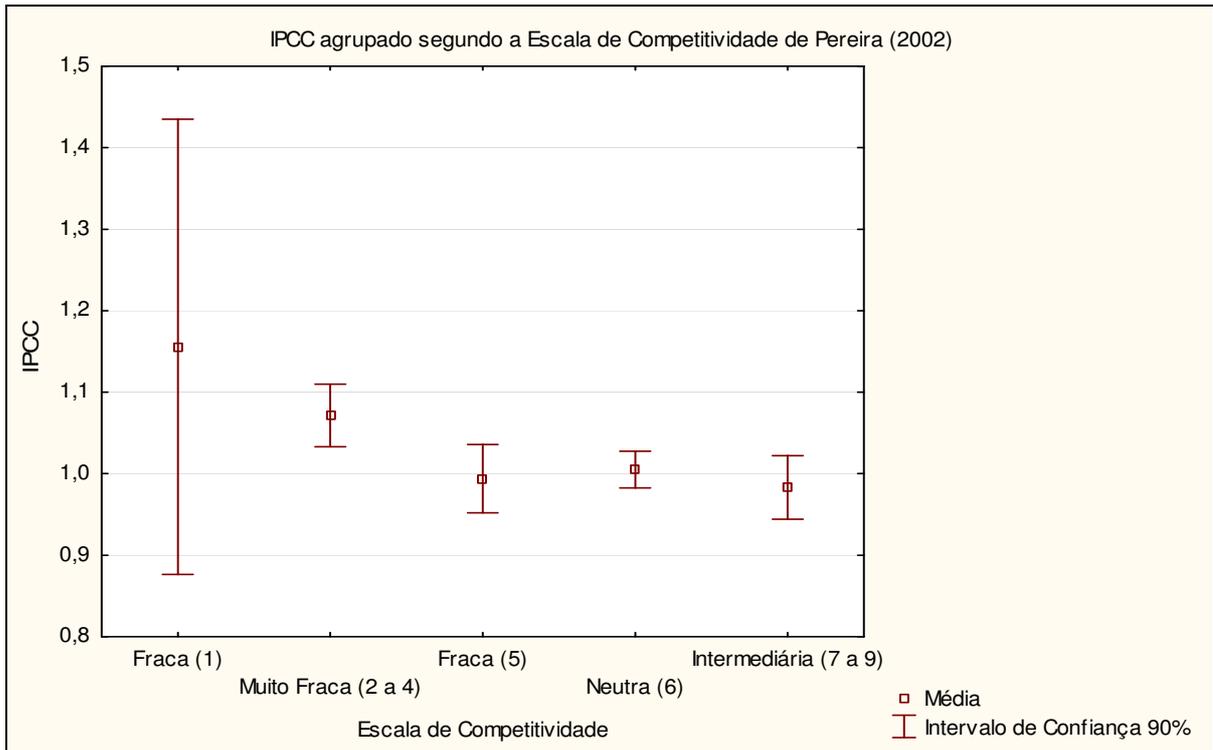


Ilustração 14 – Média e Intervalo de Confiança do IPCC com base na escala de competitividade proposta por Pereira (2002)

Todavia, ao se realizar semelhante análise com base em outras faixas de competidores, os resultados parecem apontar para a existência de uma escala de competitividade peculiar ao pregão. Com efeito, conforme se observa na Ilustração 15, agrupando-se os pregões em faixas de 1 a 4 competidores e de 5 a 9 competidores, tem-se uma significativa diferença de 8% nas médias do IPCC entre as duas faixas.

Outrossim, em que pese a média do IPCC na faixa de 1 a 4 competidores (1,07381) ter sido significativamente superior à média do IPCC na faixa de 5 a 9 competidores (0,99373), não é dado, ainda, estabelecer uma escala de gradação de competitividade própria do pregão. Isto porque, para tal inferência, far-se-ia necessária uma base de dados bem mais robustecida, o que não se tinha disponível na ocasião da pesquisa.

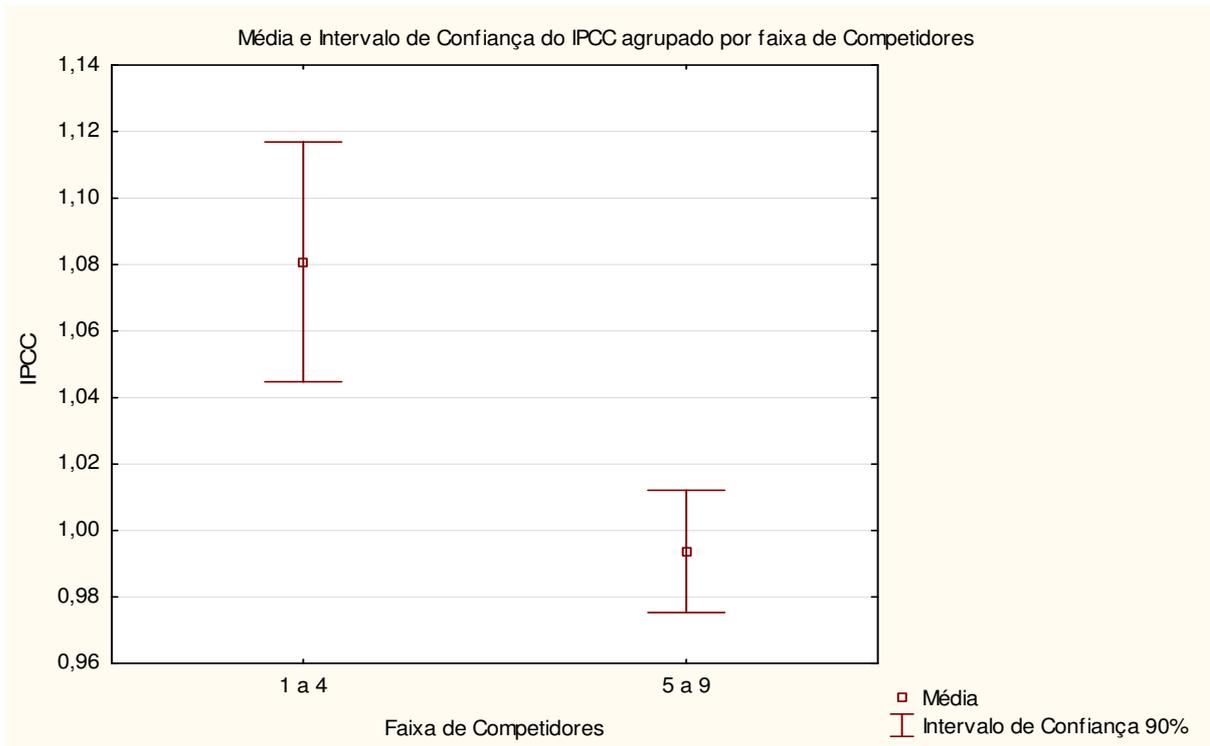


Ilustração 15 – Comparativo do IPCC por faixa de competidores

4.3.3.2 Influência do valor estimado da obra no preço final licitado

No capítulo 4, evidenciou-se que a competitividade nas licitações de obras e serviços de engenharia sofre grande influência da modalidade licitatória adotada, devido, em larga medida, ao tratamento diferenciado dispensado pela Lei nº 8.666/93 a cada uma das distintas modalidades, no que tange à publicidade dos editais e aos requisitos para participação nos certames.

Com efeito, a lei de licitações condiciona a modalidade licitatória ao valor estimado para a contratação do objeto licitado, de modo que, para obras e serviços de engenharia, por força do art. 23, I, da Lei nº 8.666/93, a definição da modalidade deve obediência aos seguintes limites:

- a) convite - até R\$ 150.000,00;
- b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00;
- c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00.

Ocorre que, diferentemente da Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/02 não vinculou

o uso do pregão ao valor estimado para a contratação, condicionando o cabimento da modalidade tão somente à caracterização do objeto licitado como comum.

Desta feita, é de se esperar que, no pregão, a competitividade não seja tão influenciada pelo porte financeiro da obra, tal qual ocorre nas licitações tradicionais, haja vista que o grau de divulgação do instrumento convocatório e as exigências formais para o ingresso no certame independem do valor do objeto licitado.

As análises nos dados amostrais confirmaram tais expectativas. Com efeito, conforme se percebe no gráfico de dispersão, constante na Ilustração 16, o valor estimado do objeto licitado não pareceu exercer qualquer influência perceptível no número de competidores ingressos no certame.

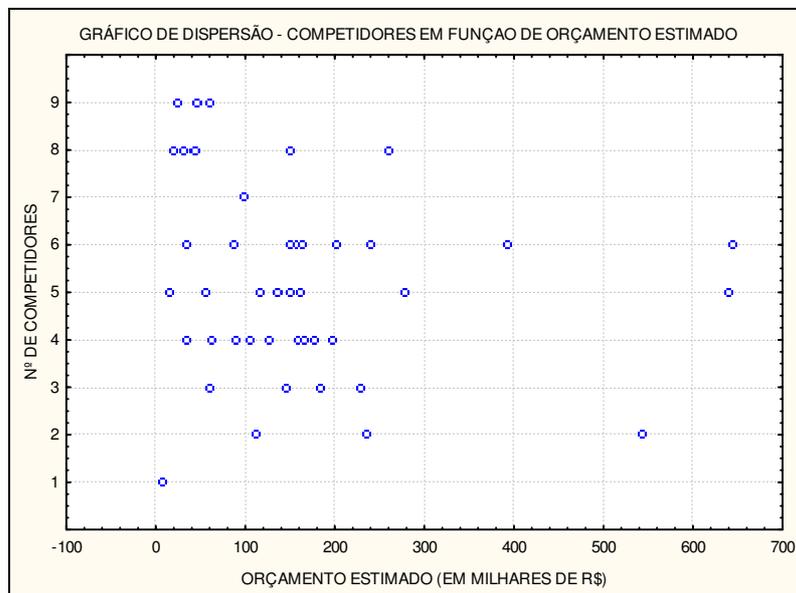


Ilustração 16 - Comportamento do NC em função do orçamento estimado para a obra

Idêntica impressão se tem na análise gráfica do IPCC em função do orçamento base (Ilustração 17), a qual também não permite inferir qualquer correlação existente entre preço contratado e valor estimado para a execução do objeto licitado.

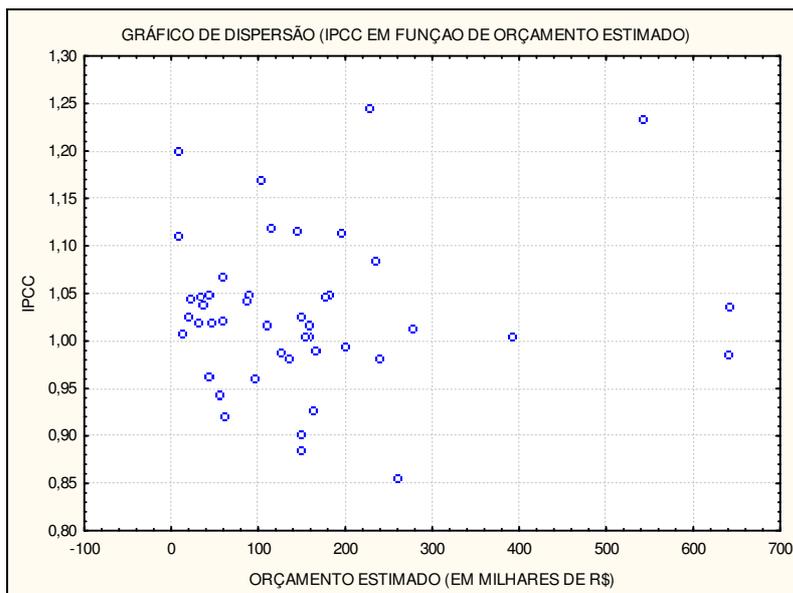


Ilustração 17 - Comportamento do IPCC em função do orçamento estimado para a obra

Outrossim, para avaliar os resultados obtidos no pregão, em face dos esperados nas modalidades licitatórias tradicionais, segmentou-se a amostra total por faixas de valores estimados para a contratação das obras, atendendo-se ao seguinte critério:

- a) Faixa Convite: pregões cujo preço estimado para o objeto licitado foi inferior a R\$150.000,00;
- b) Faixa Tomada de Preços: pregões cujo preço estimado para o objeto licitado foi superior a R\$150.000,00 e inferior a R\$1.500.000,00;
- c) Faixa Concorrência: pregões cujo preço estimado para o objeto licitado foi superior a R\$1.500.000,00.

Na Ilustração 18, vê-se que a composição da amostra segmentada consoante tal critério conteve dados enquadráveis tão somente nas faixas Convite e Tomada de Preços. Tal fato deixa transparecer o receio ainda grande da Administração Pública em se utilizar do pregão para obras de maior porte.

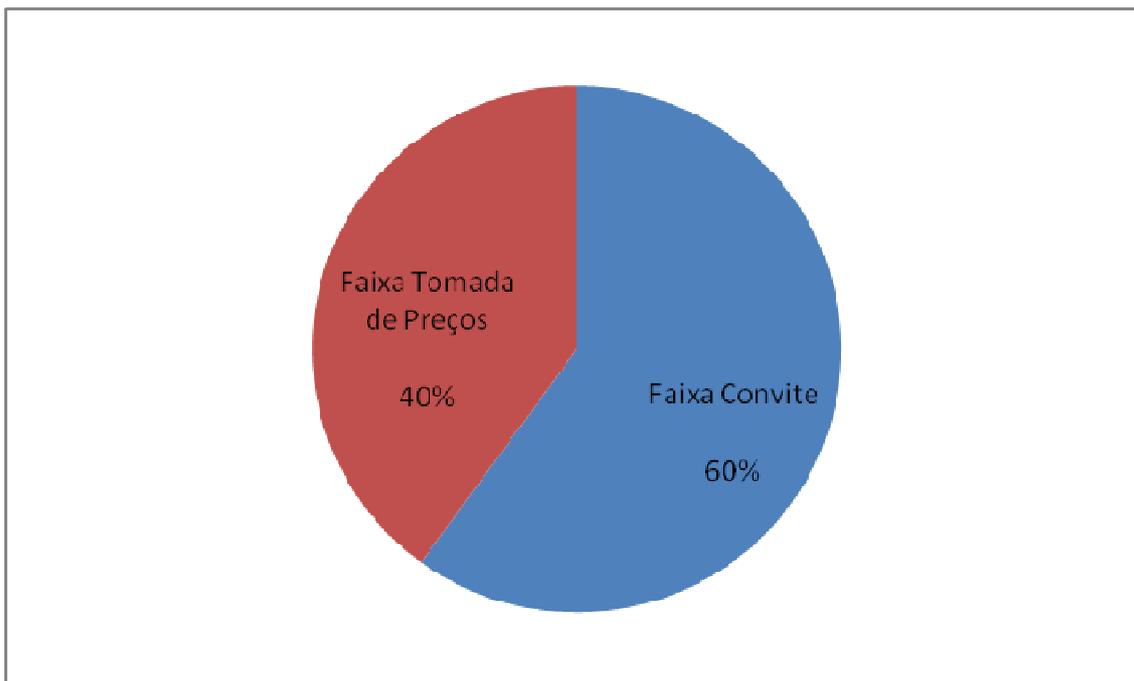


Ilustração 18 - Composição da amostra quanto às faixas de valores estimados para os objetos licitados

Comparando-se as médias do NC e do IPCC entre as duas faixas (Ilustrações 19 e 20, respectivamente), verifica-se que no pregão, ao contrario do esperado caso as licitações tivessem se realizado através das modalidades tradicionais, não há diferenças significativas entre as mesmas.

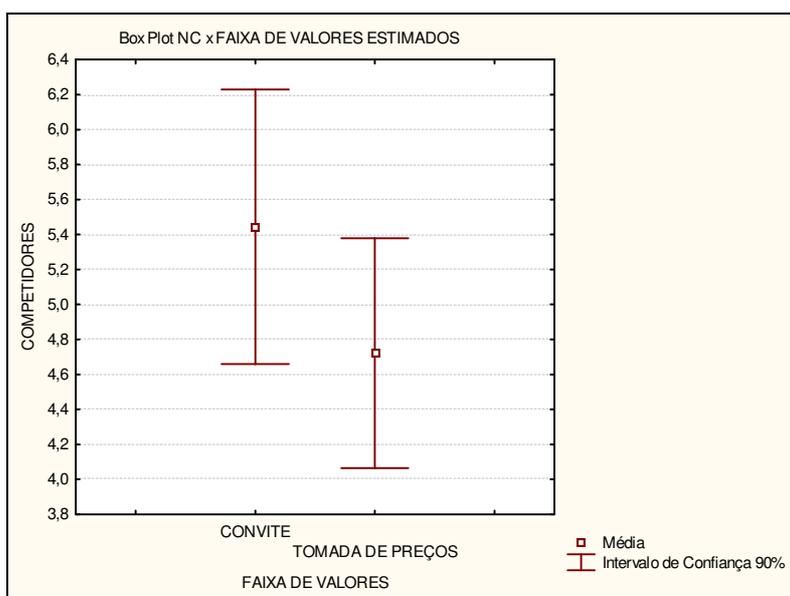


Ilustração 19 – Comparativo do NC por faixa de valores estimados

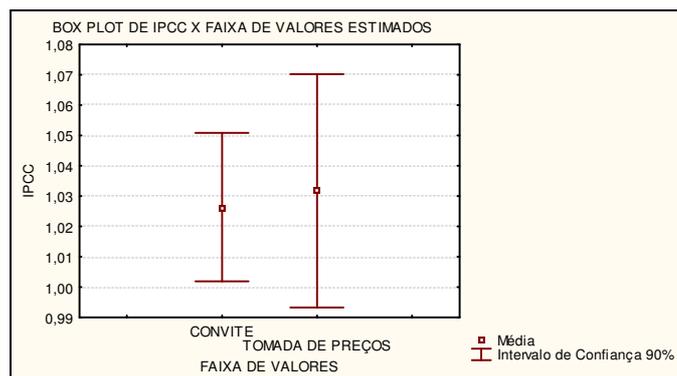


Ilustração 20 – Comparativo do IPCC por faixa de valores estimados

Por derradeiro, atendo-se aos resultados do NC da faixa Convite, verificou-se que o comportamento no pregão destoava completamente do esperado caso as licitações tivessem se dado através da modalidade Convite.

De fato, tanto os estudos de Pereira (2002), quanto os de Cabral (2002), evidenciaram que, nas obras licitadas através de convite, havia uma forte concentração das observações no intervalo de um a três licitantes.

Tal tendência, contudo, não se repetiu na amostra pesquisada, visto que a maioria esmagadora dos pregões apresentou mais de três competidores na faixa Convite, conforme se observa no histograma da Ilustração 21.

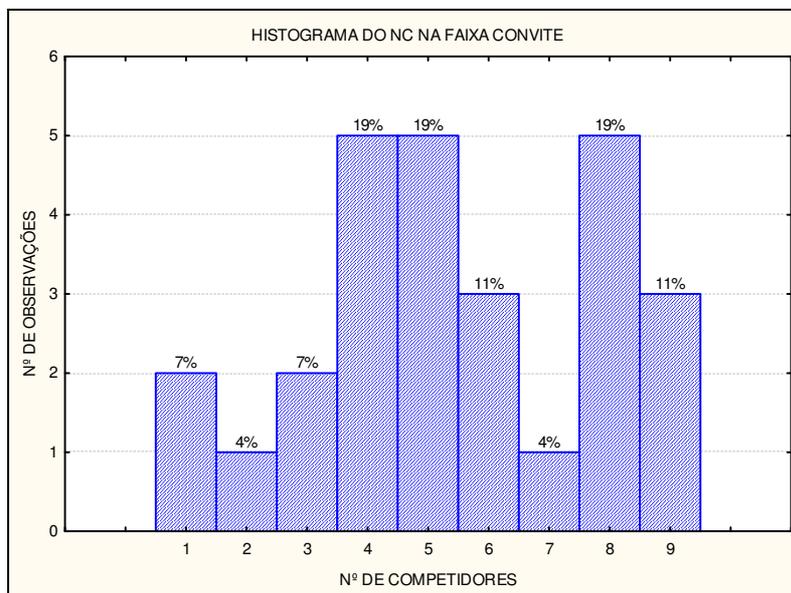


Ilustração 21 – Histograma do número de competidores na faixa convite

4.3.3.3 – Mecanismos probabilísticos dos preços atuantes nas unidades gestoras

Os estudos de Pereira (2002) identificaram dois mecanismos probabilísticos distintos regendo os preços nas licitações com obras, sendo um característico das contratações realizadas em certames licitatórios competitivos, e o outro de processos nos quais não se observara competitividade.

Analisando-se os histogramas do IPCC dos pregões realizados pelas três UG que compuseram a amostra pesquisada, constatou-se que, em todos os casos, o mecanismo probabilístico atuante foi típico de processos realizados em condições competitivas.

Com efeito, em nenhum dos casos se verificou uma concentração das observações no intervalo próximo ao limite de aceitabilidade de preço da UG, conforme era de se esperar caso os pregões tivessem se realizado em condições não competitivas.

Na Ilustração 22, vê-se o histograma do IPCC dos pregões realizados pela SEFAZ, cujo limite de aceitabilidade de preços estipulado pela UG foi de 25% acima do custo estimado em tabela de preços. Observa-se que a maioria absoluta das observações se concentrou no intervalo do IPCC de 1,00 a 1,05, o que significa que os preços finais licitados ficaram de 0 a 5% acima do custo estimado pelo órgão. Apenas 7% dos IPCC se situaram no intervalo de 1,20 a 1,25, o mais próximo ao do limite de aceitabilidade de preços.

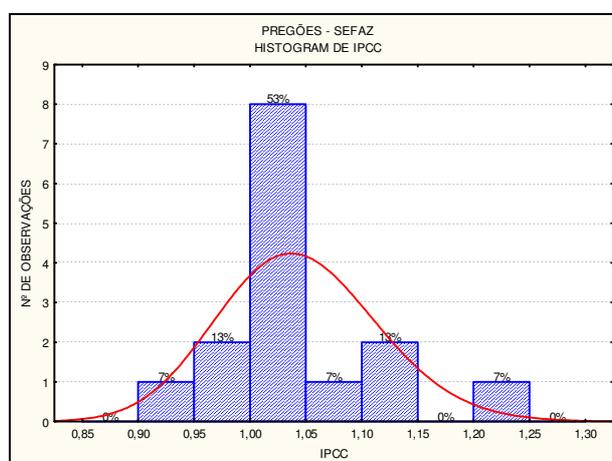


Ilustração 22 – Histograma do IPCC na UG SEFAZ

Já na Ilustração 23, tem-se o histograma do IPCC dos pregões realizados pela PCPE, cujo limite de aceitabilidade de preços foi de 20%. Nesta UG, a maioria absoluta das observações se concentrou no intervalo do IPCC de 0,95 a 1,05. Observa-se que somente 5% dos dados apresentaram IPCC no intervalo contíguo ao limite de aceitabilidade de preços do órgão.

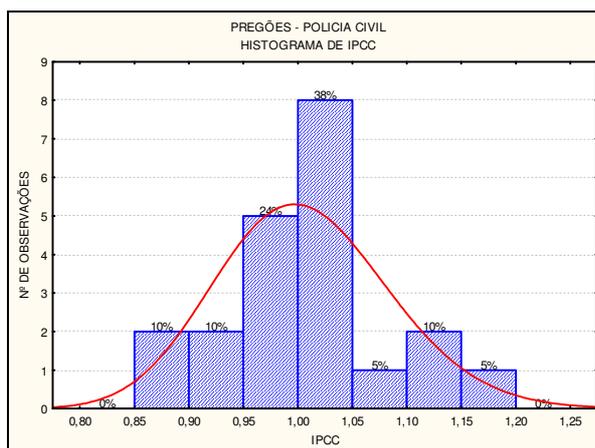


Ilustração 23 – Histograma do IPCC na UG PCPE

Por fim, a Ilustração 24 mostra o histograma do IPCC dos pregões realizados pelo HUOC, cujo limite de aceitabilidade de preços oscilou de 25 a 35% acima do custo tabelado. À semelhança dos outros dois casos, no HUOC o IPCC de maior incidência se concentrou no intervalo de 1,00 a 1,05. Nesta UG, somente 11% das observações dos IPCC caíram no intervalo mais próximo ao limite de aceitabilidade de preços.

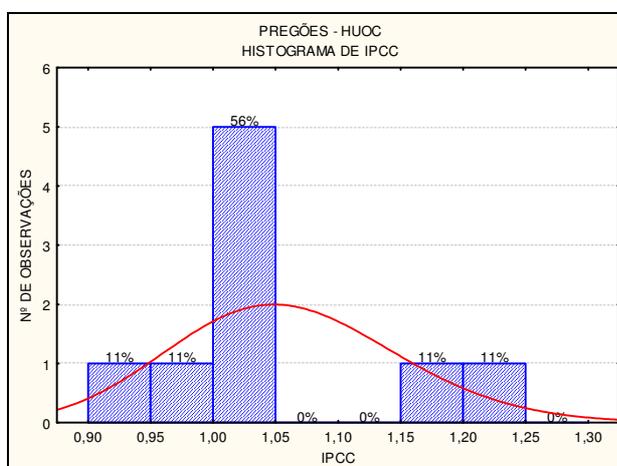


Ilustração 24 – Histograma do IPCC na UG HUOC

4.3.3.4 – Influência da fase de lances nos preços finais licitados

Já se ressaltou que a característica específica do pregão, em face do qual se vislumbra que a competitividade se manifesta em sua plenitude, reside na fase de lances, prevista no inciso VIII, do art. 4º da lei nº 10.520/02.

Sob tal perspectiva, crê-se que o fomento à competição se reflita diretamente na redução substancial dos preços inicialmente ofertados na fase classificatória.

Assim, a fim de avaliar a influência da fase de lances nos preços finais licitados, comparou-se o IPCC com um indicador a ele correspondente, obtido ao término da fase classificatória.

Tal indicador foi batizado de IPCL – Índice Preço-Custo da fase classificatória, e, para a sua quantificação, fez-se uso da seguinte fórmula:

$$IPCL = \frac{PMC}{CEO}$$

onde:

PMC é o Preço da Proposta Melhor Classificada ao final da fase classificatória;

CEO é o Custo Estimado pela UG para a execução da Obra.

A análise comparativa entre os valores médios do IPCC e do IPCL (Ilustração 25) confirmou o esperado, ao apontar uma diferença estatisticamente significativa, a um nível de confiança de 90%, entre a média dos preços finais licitados e a dos menores preços obtidos ao final da fase classificatória.

A Tabela 5 sumariza, em termos financeiros, o efeito da disputa na fase de lances no tocante às reduções dos preços finais contratados nos pregões pesquisados.

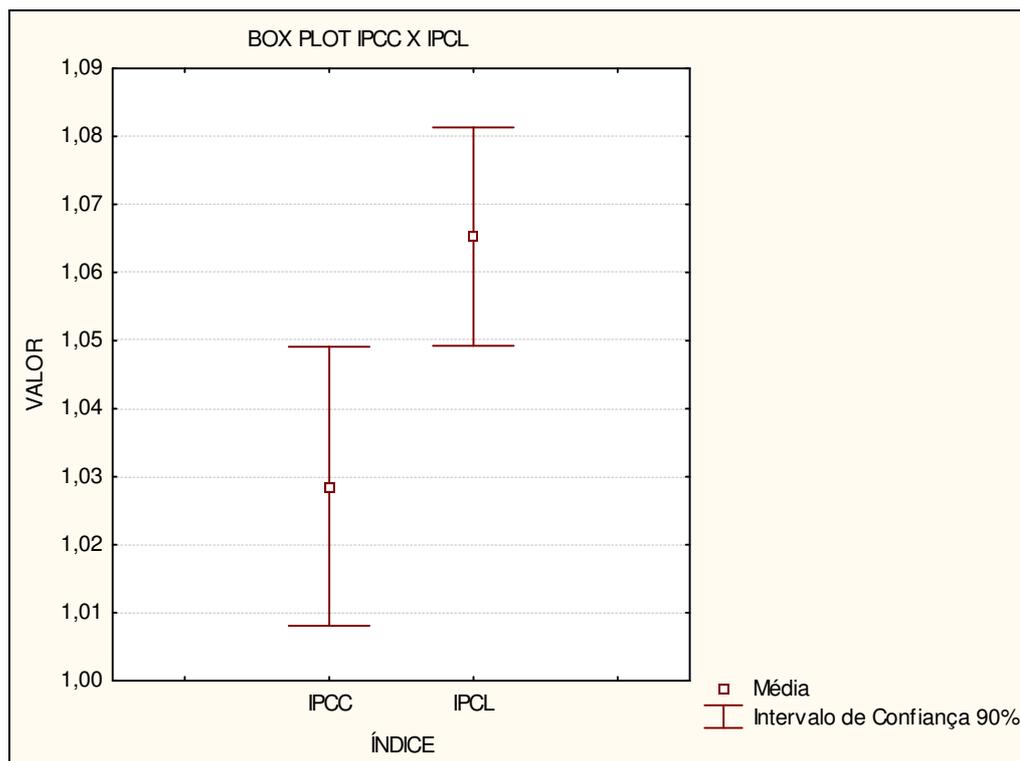


Ilustração 25 – Comparativo entre as médias amostrais do IPCC e do IPCL

Tabela 5 – Redução nos preços resultante da fase de lances

Σ DOS PREÇOS DAS MELHORES PROPOSTAS (R\$)		REDUÇÃO	
AO TÉRMINO DA FASE DE CLASSIFICAÇÃO	AO TÉRMINO DA FASE DE HABILITAÇÃO	R\$	%
6.116.556,96	5.870.939,77	245.617,19	4,02

CONCLUSÃO

Envolta em um ambiente sócio-econômico em constante mutação, mas permanentemente assoberbado por graves problemas estruturais, a Administração Pública brasileira se vê compelida a engendrar instrumentos de gestão cada vez mais eficientes, na busca incessante de melhor atender às sempre crescentes necessidades da coletividade.

É neste cenário que o pregão desponta como modalidade licitatória inovadora, sintonizada com as modernas práticas de gestão pública, e tida, por muitos, como solução para algumas das principais mazelas que assolam o universo das licitações, tais como morosidade excessiva, formalismo exacerbado e falta de competitividade nos certames.

Outrossim, inobstante as numerosas vantagens apregoadas por seus defensores, o uso da modalidade encontra resistências e desconfianças por parte de alguns setores da atividade estatal, sobretudo aqueles que gravitam em torno das licitações e contratos de obras ou serviços de engenharia.

Dentro deste contexto, a pesquisa em comento teve por finalidade investigar o uso do pregão em licitações destinadas à contratação de obras ou serviços de engenharia, tomando-se por referência a experiência vivenciada no estado de Pernambuco.

Sob tal perspectiva, as análises apresentadas nesta Dissertação enveredaram, fundamentalmente, por duas vertentes. Uma, de caráter mais legalista, centrada na polêmica em torno da plausibilidade jurídica da utilização da modalidade na seara das licitações de obras e serviços de engenharia; outra, de cunho gerencial, focada na avaliação da influência do uso pregão na competitividade dos certames licitatórios.

Assim, com respaldo na doutrina abalizada e jurisprudência mais atualizada sobre a matéria, no Capítulo 2 foi insculpido o arcabouço teórico voltado a oferecer parâmetros seguros e consistentes para a delimitação do âmbito de aplicabilidade do pregão.

Nesta esteira, destacou-se que a utilização da modalidade em licitações de obras e serviços de engenharia tem sido fonte caudalosa de controvérsias entre os que militam na área por conta, sobretudo, da incerteza e da insegurança em torno da abrangência do conceito de “bem e serviço comum”, preconizado no art. 1º da lei

nº 10.520/02.

Afirmou-se, todavia, que inexistente na lei nº 10.520/02 qualquer dispositivo que vedasse expressamente a utilização do pregão em licitações de obras ou serviços de engenharia.

Demais disto, salientou-se que, apesar da auto-aplicabilidade da Lei nº 10.520/02, Estados membros, Distrito Federal e Municípios dispõem de competência legislativa suplementar em matéria de pregão e que, portanto, podem editar lei específica, vedando ou permitindo o uso da modalidade para licitações de obras ou de serviços de engenharia no âmbito das respectivas esferas administrativas.

Ademais, demonstrou-se que, inexistindo vedações legais, compete ao Chefe do Executivo, no exercício de sua competência regulamentar, decidir pelo uso ou não do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia sujeitas à sua alçada, decisão esta instrumentalizada mediante Decreto.

Ressaltou-se, contudo, que Decreto expedido por Chefe do Poder Executivo Federal não tem força para incidir compulsoriamente no âmbito da esfera administrativa dos demais entes da federação.

Por fim, destacou-se que, inexistindo disposição normativa em sentido contrário, qualquer objeto pode ser licitado mediante pregão, desde que qualificável de *comum*.

Sob tais premissas, concluiu-se que, no caso das obras e dos serviços de engenharia, em regra, tanto um quanto outro objeto são passíveis de subsunção no conceito de bem e serviço comum e, portanto, licitáveis mediante pregão, excetuando-se as hipóteses nas quais:

- O projeto básico contempla solução atípica, que envolva tecnologia ainda não normalizada ou para a qual inexistam especificações conhecidas por parte dos profissionais atuantes no mercado da Engenharia;
- Não seja viável ou recomendável o julgamento das propostas consonante o critério objetivo do menor preço;
- Ante o porte ou complexidade técnica da obra ou serviço de engenharia a ser licitado, o pregoeiro julgue inadequado ou inconveniente utilizar o pregão, haja vista a estrutura procedimental mais célere e sumária prevista para a modalidade;

Firmados os pressupostos para a utilização legítima do pregão na seara das licitações de obras e serviços de engenharia, o passo seguinte da pesquisa foi estabelecer um marco teórico para respaldar as análises necessárias à aferição da influência da modalidade na competitividade dos certames por ela regida.

Para esse desiderato, no Capítulo 3, foram feitas remissões a estudos científicos realizados no contexto do estado de Pernambuco, que tiveram por objeto descrever e explicar o comportamento do mercado da construção civil para obras públicas, licitadas através das modalidades tradicionais previstas na Lei nº 8.666/93.

Destacou-se que os resultados de tais estudos evidenciaram que a competitividade nos certames licitatórios de obras e serviços de engenharia era fortemente influenciada pela modalidade licitatória adotada, de tal sorte que a expectativa de se obter melhores preços quanto maior o número de licitantes não se comprovara no intervalo de 1 a 3 competidores.

Isto porque, na faixa de 3 competidores a maioria das licitações é regida pela modalidade Convite, nas quais, não raramente, fraudes e conluios entre licitantes buscam tão somente não infringir, rigorosamente, os aspectos formais dos processos licitatórios.

Também se destacou que a variação de competitividade observada entre as diversas modalidades se devia, em grande medida, aos tratamentos legais diferenciados conferidos às mesmas, no que tange às exigências relativas à publicidade dos editais e às formalidades para o ingresso nos certames.

Os estudos forneceram, ainda, subsídios para identificar dois mecanismos probabilísticos distintos regedores dos preços nas licitações de obras, sendo um característico de contratações realizadas em certames licitatórios competitivos, e o outro de processos nos quais não se observa competitividade.

Ao encerramento do referido Capítulo, foram apresentados os argumentos que justificavam as expectativas favoráveis em torno do uso pregão na competitividade dos certames de obras e serviços de engenharia.

Dentre tais argumentos, salientou-se a estabilidade normativa do instituto, a ampla publicidade conferida aos editais, independentemente do valor do objeto licitado, a redução das formalidades exigida dos licitantes para participar nos certames e o incentivo à competição propiciada pela fase de lances.

Assim, os estudos efetuados nos Capítulos 2 e 3 constituíram as bases

teóricas que permitiram elaborar um roteiro metodológico para o desenvolvimento das análises e verificações perpetradas no Capítulo 4, que tiveram por finalidade precípua testar as suposições levantadas na pesquisa.

Desta feita, na primeira parte Capítulo 4, descreveu-se a evolução histórica da legislação do estado de Pernambuco, no tocante ao tratamento dispensado ao uso do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia.

Isto feito, apresentou-se um levantamento detalhado de todos os pregões de obras e serviços de engenharia realizados por UG estaduais nos anos de 2009 e 2010.

De posse destes elementos, **foi dado concluir que uso do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia, por parte das unidades gestoras do estado de Pernambuco, no biênio 2009-2010, encontrou respaldo no ordenamento jurídico vigente, confirmando-se, destarte, a primeira suposição levantada na pesquisa.**

Na sequência do Capítulo 4, procedeu-se a análises em dados oriundos de amostra composta por pregões presenciais realizados por UG do estado de Pernambuco no biênio 2009-2010, cujos objetos foram obras de construção, reforma e ampliação de edificações, com o objetivo de avaliar a influência da modalidade na competitividade nos certames.

Fundamentalmente, os resultados das análises evidenciaram que:

- A relação entre preço e número de competidores nos certames pesquisados se dera de forma inversamente proporcional, aproximando-se de um mercado concorrencial;
- O porte financeiro da obra não exercera influência econômica perceptível nos preços finais licitados;
- Os mecanismos probabilísticos dos preços atuantes nas UG foram típicos de processos realizados em condições competitivas;
- A disputa estimulada pela fase de lances propiciara uma redução significativa nos preços finais licitados.

Tais evidências apontaram claramente que o **uso do pregão exercera uma influência positiva na competitividade dos certames de obras e serviços de engenharia analisados, comprovando-se, assim, a segunda suposição levantada na pesquisa.**

À guisa de encerramento, convém ressaltar que, a despeito do atendimento aos objetivos colimados na pesquisa, um fator bastante limitador dos estudos foi a escassa quantidade de dados disponíveis.

Com efeito, a utilização do pregão em licitações obras e serviços de engenharia é prática recente e ainda pouco usual entre órgãos e entidades da Administração Pública, de tal sorte que nenhuma das UG executoras de grandes obras no estado de Pernambuco ainda faz uso da modalidade para tal finalidade.

Demais disto, ainda por conta das contingências no universo amostral, as análises cingiram-se ao uso do pregão **presencial** em **obras de construção e reforma de edificações**.

Espera-se, contudo, que os resultados apresentados no presente estudo contribuam para difundir o uso responsável e eficiente do pregão, abrindo novos horizontes para a modalidade e dando novos rumos às licitações de obras e serviços de engenharia.

Afinal, conforme bem pontua Jacoby Fernandes (2008), “o pregão já demonstrou sua eficiência aos olhos de quem quer enxergar. O resto é apenas preconceito, e preconceito não tem consistência”.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Eduardo José de. **Estudo sobre aspectos gerenciais do pregão: uma análise gerencial de sua utilização pela Administração Pública do Estado de Pernambuco**. Dissertação de Mestrado - UFPE/CCSA, Recife, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **A nova modalidade de licitação: pregão**. Porto Alegre: Síntese, 2002.

BITTENCOURT, Sidney. **Pregão eletrônico**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 09 out. 2010.

BRASIL. **Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862**. Aprova o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas. Disponível em <<http://marceloxavier.wordpress.com/2011/02/04/decreto-n%C2%BA-2-926-de-14-de-maio-de-1862-primeiro-ato-normativo-a-prever-a-licitacao-no-direito-brasileiro/>>. Acesso em: 09 mar. 2011.

BRASIL. **Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000**. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 ago. 2000. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3555.htm>. Acesso em: 09 out. 2010.

BRASIL. **Decreto nº 3.697, de 21 de dezembro de 2000**. Regulamenta o parágrafo único do art. 2º da Medida Provisória nº 2.026-7, de 23 de novembro de 2000, que trata do pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 dez. 2000. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3697.htm>. Acesso em: 09 out. 2010.

BRASIL. **Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005**. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 01 jun. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 09 out. 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986.** Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 nov. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 19 dez. 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 set. 1990.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 25 nov. 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 25 set. 2010.

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9472.htm>. Acesso em: 25 out. 2010.

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o pregão para a aquisição de bens e serviços comuns e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 25 set. 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 313/2004. Sessão de 24 mar. 2004. Processo nº 012.678/2002-5. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 abr. 2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 817/2005. Sessão de 03 mai. 2005. Primeira Câmara. Processo nº 013.896/2004-5. Relator: Ministro Valmir Campelo. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 mai. 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 819/2005. Sessão de 22 jun. 2005. Primeira Câmara. Processo nº 019.378/2003-9. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 jun. 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 286/2007. Sessão de 13. Fev. 2007. Processo nº 027.327/2006-9. Primeira Câmara. Relator: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 fev. 2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2079/2007. Sessão de 03. Out. 2007. Processo nº 009.930/2007-7. Plenário. Relator: Ministro Marcos Vilaça. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 2007.

BUZZI, Arcângelo. R. **Introdução ao pensar. O ser, o conhecimento e a linguagem.** 23. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

CABRAL, A. M. V. **Gestão de obras públicas: Avaliação gerencial x ordenamento jurídico.** Dissertação de Mestrado - Universidad Autonoma de Madrid e Universidade de Pernambuco, Recife, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

DAVID, René. **Os grandes sistemas de Direito contemporâneo.** 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FARIAS, Rogério Assunção. **Contratações públicas no cenário de governança pela internet: o pregão eletrônico na UFPE.** Dissertação de Mestrado - UFPE/CCSA, Recife, 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Pregão presencial e eletrônico.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.

GIANTURCO, Emanuele. **Sistema di Diritto Civile Italiano.** 3. ed. Napoli: Luigi Pierro Editori, 1909.

INOUE, C. Y. A. **Regime global de biodiversidade. Comunidades epistêmicas e experiências locais de conservação e desenvolvimento sustentável – o caso Mamirauá.** Tese de Doutorado – UnB, Brasília, 2003.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão.** Set. 2008. Disponível em: <[http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/6749119F142167E8832574C60074CC27/\\$File/NT00038E6E.pdf](http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/6749119F142167E8832574C60074CC27/$File/NT00038E6E.pdf)>. Acesso em: 28 set. 2010.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Contratação direta sem licitação.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**, 4ª edição revista e atualizada, São Paulo: Dialética, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MAURANO, Adriana. **A instituição do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns**. Mar. 2004. Disponível em: <http://www.conlicitacao.com.br/sucesso_pregao/pareceres/adriana.php>. Acesso em: 28 set. 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MONTEIRO, Vera. **Licitação na modalidade de pregão (Lei 10.520, de 17 de julho de 2002)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008.

MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MUKAI, Toshio. **O estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 3. ed. Curitiba: Zênite, 2005.

PEREIRA, Gustavo Pimentel da Costa. **O mercado da construção civil para obras públicas como instrumento de auditoria: uma abordagem probabilística**. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2002.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das licitações e contratações da Administração Pública**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERNAMBUCO. **Decreto nº 25.662, de 18 de julho de 2003**. Regulamenta a Lei nº 12.340, de 27 de janeiro de 2003, que institui normas para a realização de licitação na modalidade pregão, e dá outras providências. Disponível em: <http://legis.alepe.pe.gov.br/legis_inferior_norma.aspx?cod=DE25662>. Acesso em: 02 out. 2010.

PERNAMBUCO. **Decreto nº 32.539, de 24 de outubro de 2008.** Dispõe sobre a modalidade de licitação, denominada pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns no âmbito do Poder Executivo Estadual, e dá outras providências. Disponível em: <http://legis.alepe.pe.gov.br/legis_inferior_norma.aspx?cod=DE32539>. Acesso em: 02 out. 2010.

PERNAMBUCO. **Decreto nº 32.541, de 24 de outubro de 2008.** Dispõe sobre a realização de licitação na modalidade Pregão Presencial, para aquisição de bens e serviços comuns no âmbito do Poder Executivo Estadual, e dá outras providências. Disponível em: <http://legis.alepe.pe.gov.br/legis_inferior_norma.aspx?cod=DE32541>. Acesso em: 02 out. 2010.

PERNAMBUCO. **Lei nº 12.340, de 27 de janeiro de 2003.** Estabelece, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e da Lei Federal n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, no âmbito da administração direta e indireta, inclusive fundacional, do Poder Executivo Estadual, as normas para a realização de licitação, na modalidade pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://legis.alepe.pe.gov.br/legis_inferior_norma.aspx?cod=LE12340>. Acesso em: 02 out 2010.

PERNAMBUCO. **Lei nº 12.986, de 17 de março de 2006.** Dispõe sobre as aquisições de bens e serviços comuns, na modalidade pregão, e dá outras providências. Disponível em: <http://legis.alepe.pe.gov.br/legis_inferior_norma.aspx?cod=LE12986>. Acesso em: 02 out. 2010.

PORTO NETO, Benedicto. **Pregão e contratação de obras e serviços de engenharia.** Set. 2005. Disponível em: <<http://www.apeop.org.br/arquivos/juridico/pregao.PDF>>. Acesso em: 11 out. 2010.

REIS, Samuel Mota de Souza. **A contratação de obras e serviços de engenharia sob o enfoque do pregão.** Jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5683>>. Acesso em: 11 out. 2010.

SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão presencial e eletrônico: sistema de registro de preços: manual de implantação, operacionalização e controle.** 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SANTANA, Jair Eduardo. Pregão: 10 anos: retrospectiva, essencialidades e perspectivas. **Fórum de contratação e gestão pública.** Belo Horizonte, v. 9, n. 101, mai. 2010.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Gestão Pública. **Apresenta resultados obtidos – acumulado (desde 2003) com a utilização do pregão.** Disponível em: <<http://www.cadastro.pregao.sp.gov.br/ua024000.nsf/Relatorios?ReadForm&tipo=2>>. Acesso em: 11 out. 2010.

SÃO PAULO. **Decreto nº 47.297, de 06 de novembro de 2002.** Dispõe sobre o pregão, a que se refere a Lei federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dá providências correlatas. Disponível em <<http://www.pregao.sp.gov.br/legislacao/decretos/decreto47297.htm>>. Acesso em: 02 dez. 2010.

SÃO PAULO. **Decreto nº 49.722, de 24 de junho de 2005.** Dispõe sobre o pregão realizado por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, a que se refere o § 1º, do artigo 2º, da Lei federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e o artigo 10 do Decreto nº 47.297, de 6 de novembro de 2002, e dá providências correlatas. Disponível em <<http://www.pregao.sp.gov.br/legislacao/decretos/decreto49722.htm>>. Acesso em: 02 dez. 2010.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo.** 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitação e Contratos: orientações e jurisprudência.** 4. ed. Brasília : TCU, Secretaria Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em Administração.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.