
Boletim do Legislativo nº 1

A modalidade licitatória do pregão e o seu critério de aplicação : transcendendo o paradigma da avaliação quanto ao objeto do contrato

*Hugo Souto Kalil**

O Pregão é modalidade licitatória que se destina às contratações relacionadas a “bens e serviços comuns”. Foi instituído no ordenamento jurídico pátrio pela Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000, que teve sucessivas reedições, desaguando na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

Suas principais características são a inversão das fases licitatórias (com julgamento de propostas anterior à habilitação) e a possibilidade de os licitantes mais bem classificados oferecerem lances verbais (modo presencial) ou no sistema eletrônico, oferecendo valores inferiores aos anteriormente cotados.

Há duas grandes vantagens, portanto, nesta modalidade.

A inversão de fases proporciona economia processual. Não é necessário o dispêndio de tempo e trabalho dos membros da comissão licitatória e nem dos licitantes em conferir, um a um, todos os documentos de todos os interessados antes de se poder chegar à fase que interessa realmente a todos: os preços. Da mesma forma, reduzem-se as ocasiões de apresentação de recursos, com concentração em uma única hipótese, ao fim de sessão pública, o que permite transcurso mais célere das sessões.

Esse aspecto, de grande relevo, demonstra que esta modalidade licitatória atende a tendência que se verifica nos últimos anos, no âmbito do processo civil, de adoção do princípio da oralidade, com seus subprincípios de irrecorribilidade em

* Advogado do Senado Federal

separado das decisões interlocutórias, concentração dos atos processuais e imediatidade¹.

Já a oferta de lances é extremamente vantajosa para a Administração, porquanto privilegie uma verdadeira competição entre os licitantes no ato do processo licitatório, ensejando a redução dos preços praticados nos contratos administrativos.

O âmbito de incidência do pregão é legalmente restrito aos denominados bens e serviços comuns. Aqui, porém, há um conceito em franca expansão e sem uma delimitação lógica coerente.

Serviços terceirizados, de engenharia e até cessões de área – que dificilmente podem ser classificados como *“objetos de prateleira”*, por conterem, irremediavelmente, especificidades que os diferenciam em cada caso –, por exemplo, têm sido comumente licitados por pregão Brasil afora, sem reprimenda dos órgãos de controle – às vezes com o incentivo desses órgãos.

Quando inicialmente formulado, o Decreto nº 3.555/2000 continha uma lista de bens e serviços comuns. Era preciso enquadrar ali a sua contratação para que se pudesse fazê-la nesta modalidade de licitação.

A lista continuava lá até o início do ano passado, mas já havia perdido a sua importância, e foi revogada pelo Decreto nº 7.174, de 12 de maio de 2010. O elemento central, na atualidade, é a caracterização na classificação legal-doutrinária, segundo a qual bens e serviços comuns são aqueles *“cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”*. Vale dizer: produtos de prateleira, aqueles que não careçam de grande detalhamento técnico.

A lógica de exigir a contratação apenas para bens e serviços comuns funcionou enquanto o pregão, na última década, passou por sua *“fase de testes”*. Hoje, no entanto, consolidada esta modalidade licitatória e devidamente atestadas as suas vantagens operacionais sobre as demais, não faz mais qualquer sentido exigir-se que os bens ou serviços licitados sejam comuns, nos termos da lei.

O fato é que no pregão é possível avaliar tecnicamente qualquer oferta, desde que o termo de referência (ou projeto básico) haja sido elaborado de modo correto e completo, não olvidando de conter todas as características necessárias ao julgamento objetivo da proposta (artigo 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

¹ Tal tendência se verifica, entre outros exemplos, na reforma do Código de Processo Civil que modificou a sistemática do recurso de agravo, assim como na Lei nº 9.099, de 1995, que instituiu os juizados especiais.

Isso porque, em qualquer licitação que tenha como critério de adjudicação o menor preço, a qualidade técnica será avaliada em uma **base de tudo-ou-nada**, em que os padrões exigidos só são relevantes para superar o mínimo estabelecido.

Vale dizer: não interessa saber se a caneta tem uma tinta com maior contraste, ou de melhor qualidade; desde que cumpra com o peso líquido previsto no termo de referência, será vencedora a licitante que tiver menor preço. Ou seja: nas licitações do tipo *menor preço* as propostas não são comparadas entre si, mas apenas e tão-somente com os padrões mínimos exigidos pelo Edital do certame.

Daí se conclui a idoneidade do uso do Pregão qualquer licitação do tipo menor preço, porquanto para todas essas licitações não se exigem comparações de natureza técnica, mas apenas a avaliação de adequação ao Edital.

De fato, não é possível utilizar-se do pregão para licitações em que haja ponderação entre os critérios de técnica e preço, ou exclusivamente técnica. Isso porque o pregão é instrumento por excelência de economicidade, que visa o menor preço.

No entanto, querer supor que apenas objetos comuns possam concorrer pelo menor preço é olvidar o óbvio: a imensa maioria das licitações no País, seja em bens e serviços comuns ou não, desde informática até serviços e projetos de engenharia, têm sido contratadas por menor preço.

Diante dessa realidade, para que utilizar-se da sistemática menos eficiente e menos econômica da concorrência, se o Pregão pode resolver os mesmos problemas com qualidade bem superior?

Essa é uma questão que está posta e deve ser avaliada pelos nossos juristas e, sobretudo, por nossos legisladores: é preciso modificar o requisito de utilização do pregão, afastando-se a previsão quanto à natureza do objeto (que já é obsoleta e dá lugar a desvios) para privilegiar, de modo objetivo e conveniente, o critério de adjudicação – ou seja, o menor preço.

Assim, corrigem-se as distorções atuais (de bens e serviços peculiares que são licitados por pregão), bem assim torna-se viável a licitação de outros objetos, atualmente polêmicos ou mesmo vetados, como as obras de engenharia (desde que já tenham o projeto executivo inteiramente desenvolvido).

Maio/2011