



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS III
CENTRO DE HUMANIDADES
CURSO DE DIREITO**

FELIPE VINICIUS BORGES EPIFÂNIO

**LICITAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DO PREGÃO
PRESENCIAL COMPARADO ÀS MODALIDADES ESTABELECIDAS PELA LEI
8.666/93**

**GUARABIRA
2017**

FELIPE VINICIUS BORGES EPIFÂNIO

**LICITAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DO PREGÃO
PRESENCIAL COMPARADO ÀS MODALIDADES ESTABELECIDAS PELA LEI
8.666/93**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Departamento de Direito
da Universidade Estadual da Paraíba,
Campus III, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.
Área de concentração: Direito
Administrativo

Orientador: Prof. Me. Jossano Mendes de
Amorim

**GUARABIRA
2017**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

E64I Epifânio, Felipe Vinicius Borges.

Licitação pública: [manuscrito] : uma análise da utilização do pregão presencial comparado às modalidades estabelecidas pela Lei 8.666/93. / Felipe Vinicius Borges Epifanio. - 2017.

37 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2017.

"Orientação : Prof. Me. Jossano Mendes de Amorim, Coordenação do Curso de Direito - CH."

1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 2. MODALIDADES DE LICITAÇÃO. 3. PREGÃO.

21. ed. CDD 352.85

FELIPE VINICIUS BORGES EPIFÂNIO

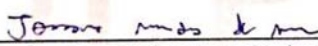
LICITAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DO PREGÃO PRESENCIAL
COMPARADO ÀS MODALIDADES ESTABELECIDAS PELA LEI 8.666/93

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação de
Ciências Jurídicas da Universidade
Estadual da Paraíba, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel
em Direito.

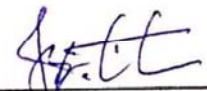
Área de concentração: Direito
Administrativo

Aprovado em: 13/12/2017.


BANCA EXAMINADORA



Prof. Me. Jossano Mendes de Amorim (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dr. José Baptista de Mello Neto
Professor Examinador



Prof. Me. Renam Aversari Câmara
Professor Examinador

AGRADECIMENTOS

Ao Deus todo Poderoso, criador dos céus e da Terra, pela oportunidade de vida que me concedeu, dando-me saúde e sabedoria para seguir a minha trajetória sempre amparada em suas palavras e na sua presença. Obrigado, Senhor!

Aos meus pais, João Epifânio e Verônica Borges, por terem me criado com muito amor e carinho, me instruindo sempre no caminho da boa educação, da moralidade, da honestidade, do respeito, dentre outras incontáveis qualidades. Vocês são a minha maior fonte de orgulho e de amor. Devo-lhes a minha mais eterna gratidão!

Aos meus irmãos, meus tios, tias, primos e demais familiares por todo o carinho e aconchego familiar que me proporcionaram e me proporcionam em todos os instantes.

À minha companheira Inajá Allane por todo o cuidado, amor e carinho que sente por mim, além de seus incentivos e total apoio a mim endereçados ao longo dessa jornada. Você é fundamental em minha vida e sei que nossa recíproca é verdadeira!

Ao meu orientador Jossano Amorim por ter aceitado me orientar mesmo diante de tantos compromissos que ao mesmo são delegados e demais membros da banca examinadora, agradeço a todos pela disponibilidade e atenção concedidas a este trabalho.

A todos os professores da UEPB, colegas de curso e demais companheiros que contribuíram para minha formação acadêmica. Meu muito obrigado!

“Há duas maneiras de fazer política. Ou se vive 'para' a política ou se vive 'da' política. Nessa oposição não há nada de exclusivo. Muito ao contrário, em geral se fazem uma e outra coisa ao mesmo tempo, tanto idealmente quanto na prática.”

(Max Weber)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 LICITAÇÕES PÚBLICAS	9
2.1 Aspectos conceituais e origem etimológica.....	9
2.2 Evolução histórica	10
2.3 Princípios jurídicos aplicáveis	13
2.3.1 Princípio da Isonomia	14
2.3.2 Princípio da legalidade	14
2.3.4 Princípio da moralidade.....	16
2.3.5 Princípio da publicidade	16
2.3.6. Princípio da Probidade Administrativa	17
2.3.7 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório	17
2.3.8 Princípio do julgamento objetivo	18
3 A LEI 8.666/93 E AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO	19
3.1 Concorrência Pública	20
3.2 Tomada de Preços	20
3.3 Carta Convite.....	21
3.4 Concurso	22
3.5 Leilão.....	23
4 O PREGÃO PRESENCIAL.....	24
4.1 A aplicabilidade do pregão presencial no âmbito da administração pública.....	26
4.2 Vantagens e desvantagens da utilização do pregão presencial.	30
4.2.1 Análise e discussões	30
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	32
REFERÊNCIAS.....	34

LICITAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DO PREGÃO
PRESENCIAL COMPARADO ÀS MODALIDADES ESTABELECIDAS PELA LEI
8.666/93.

Felipe Vinicius Borges Epifânio¹

RESUMO

Diante da importância atribuída às licitações para aquisições de bens ou serviços, contratos de obras, alienações e demais atos administrativos de incumbência da Administração Pública, tendo em vista a sua obrigatoriedade estampada no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o objetivo geral do presente trabalho é analisar a importância da utilização do pregão presencial, enquanto modalidade licitatória, buscando estabelecer quais as suas vantagens e desvantagens quando comparado às demais modalidades elencadas na lei nº 8.666/93. Para tal finalidade, utilizou-se a abordagem de método dedutivo, os procedimentos do método comparativo e lógico-sistemático, bem como a pesquisa bibliográfica e legislativa como técnicas de pesquisa. Assim, os resultados apontaram que o pregão tem como vantagens a possibilidade de inversão de fases do certame, a condição de oferta através de lances verbais, além da inexistência de limite de valores para determinar a sua utilização. Por sua vez, como desvantagens, o estudo evidenciou o maior prazo de publicação - como óbice ao princípio da celeridade - a ser observado quando comparado à modalidade Carta Convite e a incerteza jurídica quanto à legalidade para sua utilização em obras e serviços de engenharia. Destarte, a partir do presente estudo é possível notar que o pregão presencial é uma modalidade licitatória bastante vantajosa para a administração, sobretudo, por sua eficiência e maior economicidade aos cofres públicos.

PALAVRAS-CHAVE: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. MODALIDADES DE LICITAÇÃO. PREGÃO.

¹ Aluno de Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – Campus III E-mail: felipeviniciusarg@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A legislação aplicada à administração pública, em seu dever legal de viabilizar meios para o melhor atendimento e saneamento das necessidades gerais da sociedade como um todo, evoluiu ao longo do tempo até chegar ao ponto de introduzir uma ferramenta capaz de auxiliar os entes governamentais na busca de uma mais límpida organização e utilização do dinheiro público. Neste viés, surgiu a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, mais conhecida como a Lei das Licitações.

A promulgação da referida Lei possibilitou a sociedade brasileira vivenciar uma maior transparência aplicada à utilização dos recursos públicos financeiros, além de manter a preservação do princípio da igualdade de todos poderem contratar com o governo de maneira isonômica.

Durante muito tempo, a gestão pública dispunha de liberdade para realizar compras, obras e, até mesmo, contratações de serviços necessários ao bom funcionamento da máquina pública de acordo com suas preferências e interesses diretos. Com o advento da Lei de Licitação surgiam novos parâmetros legais para dinamizar a maneira correta, mais justa e vantajosa para a administração pública poder contratar com particulares.

Desta feita, esta evolução normativa cumpre a finalidade imediata de buscar dificultar a ocorrência dos desvios e proveitos ilegais. Tal como, de forma mediata, busca inibir a prática de possíveis atos considerados imorais - sem boa intenção e zelo para com a coisa pública - por parte de muitos agentes estatais.

Todavia, os legisladores sentiram a necessidade de fazer uma reforma no sistema normativo a fim de dar suporte à lei anteriormente criada. Assim, a Lei nº 10.520, em 17 de julho de 2002, cumpre a função de reunir semelhanças, ao passo que apresenta novos elementos e ordens com meios de viabilizar uma ainda mais alta busca pela vantagem financeira e o melhor contrato possível para administração, todavia objetivando ser menos complexa e burocrática do que sua anterior.

Neste contexto, a Lei nº 10.520, que foi considerada um dispositivo infraconstitucional e de abrangência aos entes da organização político-administrativa, deu espaço a uma nova modalidade de licitação: pregão. Modalidade

do tipo menor preço e destinada à seleção da proposta mais vantajosa de contratação de bem ou serviço comum.

Atualmente, ambas as leis estão vigentes e as modalidades de licitações nelas encontradas podem ser utilizadas de acordo com a discricionariedade, oportunidade e conveniência da administração, desde que observadas as peculiaridades de cada tipo de contrato e limites orçamentários contidos na legislação aplicada e a serem estipulados nos respectivos certames licitatórios.

Destaca-se ainda que, a partir da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, à administração pública, direta ou indireta, no exercício de seu poder discricionário pode optar pelo uso, dentre as diversas modalidades de licitações elencadas pelas leis supracitadas, a que em tese melhor se adeque as suas necessidades. Ou seja, cabe ao gestor público, diante da análise de suas necessidades, verificar a modalidade que melhor cumpra o interesse público.

Diante das possíveis vantagens da utilização da modalidade pregão pela administração pública, o presente trabalho tem como objetivo geral a análise da importância da utilização do pregão presencial através de pesquisa bibliográfica traçando análise com a legislação aplicada às licitações (lei nº 8.666/93 e lei 10.520/02) de modo a buscar estabelecer quais as suas vantagens e desvantagens em relação às demais modalidades elencadas na lei nº 8.666/93. Busca-se, assim, resposta a presente indagação: é o pregão modalidade de licitação mais vantajosa em relação às demais previstas na lei de licitações?

Para tal finalidade, o referido estudo utilizou-se da abordagem de método dedutivo, os procedimentos do método comparativo e lógico-sistemático, bem como a pesquisa bibliográfica e legislativa como técnicas de pesquisa.

Destarte, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, haja vista que o tema licitações públicas abre um grande leque de possibilidades que podem ser estudadas diante de tantos elementos e atributos inerentes a esta área de atuação, espera-se que o presente estudo possa contribuir e estimular futuras pesquisas, principalmente, entre os acadêmicos da Universidade Estadual da Paraíba.

2 LICITAÇÕES PÚBLICAS

2.1 Aspectos conceituais e origem etimológica.

No que se refere à origem etimológica da palavra licitação, López-Élias assevera que esta surgiu a partir do latim *licitationen*, *licitation*, *licitation-onis*, que significa vender por lances. (López-Elias, 1999).

Hely Lopes Meirelles (2011) conceitua licitação como “procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa, para o contrato de seu interesse”. Para Celso Bandeira de Mello (2012), licitação é um:

certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Ampara-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. (MELLO, 2012, p.532).

No que tange à busca pela maior vantagem, Justen Filho (2012) a caracteriza pela adequação e satisfação do interesse coletivo por via de execução do contrato. Assim, prossegue o autor informando que esta busca está presente quando a administração assume o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular obriga-se a realizar a melhor e mais completa prestação.

"Os nortes, portanto, desse procedimento, previsto no art. 37 (XXI) da CF, são a busca de um universo de ofertas que permita escolher aquela que melhor atenda ao interesse público, e o respeito à isonomia dos concorrentes, objetivos cuja consecução se liga a estrita observância da probidade administrativa." (MARTINS, 1999, p.42).

Assim, é possível perceber os fundamentos desta forma de negociação que, por sua natureza oriunda do Direito Administrativo, deve respeitar, sobretudo, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

2.2 Evolução histórica

Embora não seja possível apontar com exatidão um episódio específico para caracterizar o seu início, há muito se comenta que a licitação pública teve sua origem ainda na Idade Média, no âmbito do direito romano. Os bens e demais

objetos conquistados pelo governo eram vendidos publicamente para aqueles que realizassem a melhor oferta.

Desta feita, Araújo (2012) relata que, desde a antiguidade romana, há notícias da existência de regras para disciplinar a alienação de despojos de guerra (vem daí o nome de “hasta” pública) e realização de obras públicas, e mesmo na Idade Média, quando na Europa ocidental era conhecido o sistema ‘vela e pregão’, no qual os construtores faziam suas propostas enquanto ardia uma vela, adjudicando-se ao melhor preço quando esta se apagava.

No Brasil, o primeiro registro encontrado é datado ainda do período imperial, mais precisamente em 14/05/1862, uma vez que neste ano foi instituído o decreto nº 2.926, que aprovava o regulamento para arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, assinado pelo até então ministro Manoel Felizardo de Sousa e Melo e rubricado pelo imperador Dom Pedro II (SENADO, 2017).

Avançando e atingindo a República, em 1922 o então presidente Epitácio Pessoa, após aprovação do Congresso Nacional, sancionou o decreto nº. 4.536/1922 que versava principalmente sobre a centralização dos serviços de contabilidade (OLIVEIRA, 2017). Este decreto estabelecia as condições necessárias para empenho de despesa e assinatura do contrato e previa a realização da concorrência, bem como tratava também das formas de dispensa da mesma. Vale salientar que o termo “licitação” ainda não era utilizado até esta época.

Foi no período da ditadura militar, durante o governo do presidente Castelo Branco, que a palavra licitação apareceu incorporada pela primeira vez. O termo, como é conhecido hoje, estava instituído junto ao Decreto-Lei nº. 200/1967 que dispunha sobre a organização da administração Federal (SENADO, 2017) estabelecendo diretrizes para a reforma administrativa e já instituía três modalidades de licitações em uso nos dias atuais: a concorrência, a tomada de preços e o convite.

Em 21/11/1986, durante o governo de José Sarney, foi editado o Decreto-Lei nº. 2.300 que instituía o estatuto geral das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras e alienações, no âmbito da administração federal (SENADO, 2017). Tal decreto trazia consigo 90 artigos elencados em seis capítulos abordando, dentre eles, os princípios básicos da igualdade, publicidade,

probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e demais princípios correlatos.

Entretanto, o decreto acima mencionado continha poucas normas gerais de licitação e, ao mesmo passo que dava a incumbência para a União legislar sobre as normas gerais de licitação, acabava por dar espaço para que os estados e municípios deliberassem de acordo com suas realidades locais.

Quanto a estas questões e também à qualidade do decreto Lei nº. 2.300/86 Rigolin (2008) afirma que mesmo imensamente melhor que a legislação anterior, estava longe da perfeição e ainda que tenha representado razoável e honesta tentativa de moralização e organização, possibilitou a prática de deslavada corrupção administrativa. Ou seja, o referido decreto-lei ainda demonstrava falhas que facilitavam à abusiva prática de corrupção dentro do seio administrativo do país.

No entanto, Rigolin (2008) assevera que:

o antigo Estatuto Jurídico das Licitações e dos Contratos Administrativos marcou profunda e definitivamente o seu lugar na história do direito Brasileiro, a tal ponto que, consoante se denota, até mesmo o legislador brasileiro de 1991 a 1993 o prestigiou na mais ampla medida, elegendo-o como fonte primordial de inspiração para a Lei 8666/93 (RIGOLIN, 2008, p. 253).

Merece destaque a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88), uma vez que esta representou um grande avanço na democratização, organização e institucionalização da Administração pública. Deste modo, a partir da referida Carta Magna, a licitação ganhou observância fundamental no sentido de fazer com que os entes governamentais, tanto da administração direta e indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a realizassem de acordo com as normas vigentes e a percebessem, de fato, como uma norma de princípio constitucional obrigatório para realização de seus atos, respeitando os princípios basilares do direito administrativo e, além disso, que as contratações de serviços, obras, compras e alienações realizadas por meio de licitação pública, também respeitassem tais princípios e proporcionassem igualdade a todos os participantes no certame licitatório.

Em 23 de junho de 1993 entrou em vigor a lei nº. 8.666, a atual lei das licitações e contratos administrativos. Assim, de acordo com o professor Sklarowsky,

a lei vigente sucede ao Decreto-lei 2300, de 21 de novembro de 1986, e mostra uma significativa evolução histórica, desde o vetusto Código de Contabilidade, de 1922, do decreto-lei 200, de 1967 (licitações), de leis e decretos extravagantes, sem contar a múltipla legislação esparsa estadual, do Distrito Federal e municipal (SKLAROWSKY, 2017, p.01)

A lei Federal nº 8.666/93, buscando trazer maior segurança para as contratações públicas, passou então a dispor de 126 artigos, além de aumentar o número de incisos e parágrafos em relação ao Decreto-lei 2.300/86.

Desta forma, intensificou a implementação de normas visando diminuir as práticas obscuras nas contratações governamentais e passou a obrigar os estados e também os municípios ao cumprimento da mesma, além de estabelecer penas aos agentes públicos que cometerem atos de improbidade como as mencionadas nos artigos 89 e 99 da vigente lei.

Mais recentemente, no ano de 2002, através da lei nº 10.520, foi instituída em âmbito nacional a mais nova modalidade de licitação, denominada Pregão. Vale salientar que o pregão já havia sido criado dois anos antes, através da medida provisória nº 2026/2000, porém apenas no âmbito da União, não sendo, portanto, considerada norma geral. A lei nº 10.520/2002 não substituiu a 8.666/93 e, deste modo, coexiste de modo subsidiário a esta. Neste diapasão, a lei 10.520/2002, a partir de 17/07/2002, passou a ser considerada norma geral determinando também a sua aplicação aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

2.3 Princípios jurídicos aplicáveis

Conforme preceitua Pestana (2013), os princípios jurídicos podem ser entendidos como uma categoria expressional que, seguindo estes valores relevantes em uma sociedade acerca de determinados objetos, sujeitos e das relações estabelecidas entre si, é construída pelo homem de modo a reunir enunciados e normas voltadas para prescrever comportamentos e disciplinar as relações intersubjetivas.

Por sua vez, conforme ensina Celso Bandeira de Mello (2012), princípio jurídico é:

o mandamento nuclear de um sistema, seu verdadeiro alicerce, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica que lhe dá sentido harmônico (MELO, 2012, p.57)

A utilização destes princípios jurídicos também se estende ao universo das licitações e servem como diretrizes para o gestor público não confundir a discricionariedade da administração pública com suas preferências pessoais. Neste sentido, Zanotello (2008) expõe o seguinte:

Quando falamos em princípios da licitação, a primeira constatação que devemos fazer é que a própria licitação já se constitui em um princípio, visto que o administrador público não possui a discricionariedade de escolher o seu contratado, e necessita seguir alguns procedimentos para selecioná-lo (ZANOTELLO, 2008, p.84).

Portanto, os princípios jurídicos ligados às licitações são fundamentais para dirimir conflitos e divergências que, por ventura, possam surgir nas diversas fases de suas aplicações e encontram-se dispostos no art. 3º da lei nº 8.666/93. De tal sorte, denota-se a forte influência deles para intervenção e auxílio nas tomadas de decisões por parte daqueles que julgam e analisam os procedimentos licitatórios e também como forma de defesa e maior segurança para todos que nesta área atuam. Neste íterim, merecem destaque alguns destes princípios.

2.3.1 Princípio da Isonomia

O princípio da isonomia, também conhecido como princípio da igualdade, está devidamente expresso na Constituição Federal de 1988. Através deste princípio, as licitações devem ser regidas de modo a respeitar a igual oportunidade de disputa e tratamento entre todos os licitantes sem prejudicar ou beneficiar nenhum deles. Assim, no que se refere ao conjunto de exigências solicitadas aos licitantes para participação nos certames licitatórios, Pestana (2013) menciona que a todos eles deverão ser exigidas, em regra, de maneira equânime, a satisfação de condições indistintamente a todos aplicáveis.

2.3.2 Princípio da legalidade

É um dos princípios basilares do direito e, no âmbito das licitações, deve ser compreendido como o princípio capaz de garantir que todos os atos do certame sejam respaldados por lei e que nenhum licitante será obrigado a apresentar alguma condição imposta em edital, senão em virtude de expressa previsão legal.

Em matéria de licitação, a legalidade é de suma importância, pois constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei, que rigorosamente disciplina todas as suas fases e estabelece como direito público subjetivo dos licitantes a fiel observância do pertinente procedimento nela estabelecido. (GRECO FILHO, 2007, p.12).

Sob o ponto de vista da juridicidade, esta deve ser encarada como vertente contemporânea da legalidade. Nas palavras de Meireles (2010), enquanto na administração particular é permitido fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

Portanto, no que pese a influência dos princípios constitucionais e administrativos, as atividades da administração pública devem estar norteadas na lei em seu sentido formal e em perfeita sintonia com a realidade contemporânea da época em que as normas se encontram vigentes e sendo aplicadas.

2.3.3 Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade está bastante ligado a outros princípios, tais quais o da isonomia e o do julgamento objetivo, uma vez que se baseia no pensamento de que a administração deve tratar todos os licitantes de maneira igual, sem preferências pessoais, pautando suas decisões em julgamentos objetivos e diretamente consignados à lei.

Reforçando esta consideração, Calasans Junior (2015) reitera que não se pode admitir que a licitação seja feita objetivando favorecer determinado proponente, mas sim, devendo atender ao interesse público e que tal previsão, no ato convocatório, de avaliação objetiva e impessoal das propostas, confere aos licitantes uma maior segurança quanto à objetividade e impessoalidade do julgamento.

Em linhas gerais, o princípio da impessoalidade obriga a administração a atuar sempre com vistas à obtenção do interesse público. Assim, em consonância

ao que relata Zanotello (2008), deve a administração pública tratar a todos com igualdade, sem fazer qualquer distinção baseada em características pessoais.

2.3.4 Princípio da moralidade.

O princípio da moralidade se encontra intrinsecamente relacionado à probidade e à boa-fé. Este princípio busca valorizar a ética e moral como condutas norteadoras das condutas individuais dos agentes administrativos. Corroborando com este entendimento, Di Pietro (2001) enfatiza que, seguindo este princípio, a Administração deve demonstrar um “comportamento não apenas lícito, mas consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade”. No entanto, Calasans (2015) lembra que mesmo as normas legais podem estar em desacordo com os valores éticos e morais, ressaltando ainda que devemos prezar pela submissão incondicional a estes princípios.

Desta forma, os administradores públicos devem atuar com lealdade de acordo com os princípios éticos, mantendo a integridade de caráter e honradez como representações de nuances capazes de singularizar a boa-fé, a probidade e a moralidade administrativa.

2.3.5 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade deriva do dever de divulgação, por parte da administração pública, dos seus atos administrativos. Através deste princípio, os indivíduos passam a ter maiores informações sobre os acontecimentos governamentais e a administração passa a atuar com maior transparência conseguindo expandir os efeitos de suas ações e decisões ao conhecimento de todos.

A publicidade, como princípio da administração pública, abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes” (MEIRELLES, 2000, p.89).

Vale destacar, todavia, que este dever de dar publicidade a todos os atos administrativos também tem suas exceções. O sigilo das informações é permitido em casos de segurança nacional e a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, prevê exceções. De tal sorte, a transparência contribui com o controle de eventuais abusos cometidos no exercício das atividades administrativas.

2.3.6. Princípio da Probidade Administrativa

O princípio da probidade administrativa em muito se assemelha com o da moralidade, podendo ser caracterizado como um gênero de espécie autônoma deste último. Melo (2007) define este princípio básico como norteador fundamental do procedimento licitatório. Assim, o termo probidade tem relação direta com a honestidade, a moralidade e a boa-fé que devem ter os administradores públicos no uso de suas atribuições.

Ainda sobre este princípio basilar, SILVA (2005) menciona como o administrador ímprobo pode ser punido e o que esta punição pode lhe acarretar:

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). A probidade administrativa consiste no dever de o 'funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer'. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem (SILVA, 2005, p. 669).

2.3.7 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

A lei nº 8.666/93 estabelece que o procedimento licitatório obedecerá, dentre outros princípios, o da vinculação ao instrumento convocatório, ou seja, todos os licitantes e agentes públicos devem agir de acordo com o conteúdo expresso no edital. Assim, em conformidade com o que preceitua Pestana (2013), este princípio é de natureza explícita e infraconstitucional, consistindo num conjunto de enunciados que estabelecem as condições e os termos pelos quais será iniciado, conduzido e encerrado um procedimento administrativo de natureza licitatória.

O desrespeito ao instrumento convocatório torna o ato administrativo nulo e, portanto, passível de controle pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário através das ações típicas de controle (BARROS, 2009, p.01).

Todavia, no que concerne à possibilidade de negociação, mesmo sem esta constar como obrigatoriedade mencionada do instrumento convocatório, em determinados casos a administração pode tentar negociar com o licitante vencedor na busca por uma proposta ainda mais vantajosa para a administração, conforme expõe Amaral (1995):

Note-se que a vinculação ao instrumento convocatório não exclui a possibilidade de negociação[...]A negociação deve ser excepcional e conduzida com muita cautela, exatamente para não ferir o princípio da isonomia (igualdade)(AMARAL, 1995, p.19, grifo do autor).

No entanto, em que pese esta possibilidade de negociação, resta clara a preservação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, uma vez que não deve o julgador se basear em critérios subjetivos para desclassificar um licitante por não aceitação de negociação sem respaldo legal.

2.3.8 Princípio do julgamento objetivo

Quando se fala em julgamento objetivo este deve ser compreendido como aquele em que a sua decisão deve ocorrer com base em critérios objetivos, precisos, previamente estabelecidos no instrumento convocatório tornando os resultados e os meios para suas obtenções claros o suficiente para todas as partes envolvidas no procedimento licitatório.

De acordo com Zanotello (2008):

Eleger critérios objetivos significa estabelecer procedimentos claros e precisos para o julgamento do certame, fato esse que está disposto nos §§ 1o e 2o do art. 44, quando veda a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado (ZANOTELLO, 2008, p.94).

Desta forma, este princípio traz mais segurança aos licitantes, uma vez que estes devem acreditar que a administração fará o seu julgamento em conformidade com o que fora estabelecido no edital, sem qualquer obscuridade ou fator surpresa eivado de subjetividade.

3 A LEI 8.666/93 E AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO

A Lei nº 8.666/93 elenca, a partir do seu artigo 22, cinco modalidades de licitações que devem ser utilizadas de acordo com seus valores estimados e critérios específicos para suas respectivas utilizações. Desta forma, é a modalidade que indica o procedimento que irá reger a licitação.

Corroborando com este pensamento, Justen Filho (2012) expõe 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 (JUSTEN FILHO 2009, p. 253).

Abaixo, apontamos estas cinco modalidades:

- a) concorrência;
- b) tomada de preços;
- c) convite;
- d) concurso;
- e) leilão.

Nas palavras de Pestana (2013),

cada uma das aludidas modalidades foi concebida para extrair, da realidade circundante, e a partir da apresentação de oferta, concreta, por parte de interessados, os elementos essenciais e relevantes que justifiquem o que se convencionou chamar melhor proposta, a ser posteriormente contratada pela Administração Pública (PESTANA, 2013, p. 311)

Desta forma, buscou o legislador estabelecer parâmetros inerentes a cada modalidade a serem observados tanto pelo órgão promotor do certame, como também pelos licitantes. As modalidades passam então a gozar de prazos para publicações, para recursos e demais etapas, muitas vezes diferenciados, bem como seguem formas de cadastro, participação de licitantes e demais procedimentos de acordo com suas peculiaridades.

Conhecidas as nomenclaturas de cada uma das cinco modalidades elencadas no art.22 da lei 8.666/93, passaremos a expor os atributos e características de cada

uma destas buscando destacar os aspectos que lhe são eivados de maior relevância.

3.1 Concorrência Pública

De acordo com o §1º do art.22 da lei 8.666/93, a concorrência “é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto”. Segundo Alexandrino & Paulo (2012), a concorrência é a mais complexa das modalidades da licitação. Esta afirmação é feita se baseando no fato desta modalidade geralmente envolver a maior quantidade de recursos a serem licitados pela administração pública.

O prazo mínimo para realização desta modalidade é de 45 dias após a publicação de seu edital quando o procedimento licitatório for do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço” ou quando for de empreitada legal. Por sua vez, será de 30 dias nos demais casos diferentes dos acima citados.

No que tange aos valores, em caso da licitação ser de obras e serviços de engenharia, a modalidade concorrência é obrigatória para contratações com estimativa superior a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) e, nos demais casos, acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). Vale salientar, todavia, que esta modalidade pode ser utilizada para contratações de qualquer valor, inclusive menores que os acima citados.

3.2 Tomada de Preços

Esta modalidade está mencionada no § 2º do artigo 22 da lei 8.666/93 da seguinte forma: “é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”.

Aspecto importante, que é uma de suas características fundamentais, é a exigência de que os interessados estejam devidamente cadastrados ou que atendam a todas as condições exigidas para este cadastramento até o terceiro dia

anterior à data de apresentação das propostas de preços. Desta forma, impede-se a participação de interessados que surgem “em cima da hora”, sem a devida regularidade documental prevista.

Todavia, existem críticas a esta questão que envolve a comprovação dos requisitos solicitados para cadastramento até os três dias antecedentes à data da apresentação das propostas. Di Pietro (2012) expõe que:

esse entendimento parece não ser aceitável, primeiro porque nem todos os órgãos públicos possuem registro cadastral e, nesse caso, teriam que ficar dependendo do procedimento de cadastramento realizado em outro órgão ou entidade, segundo porque a realização de procedimento paralelo poderia contribuir para retardar inutilmente o procedimento da licitação (DI PIETRO, 2012, p. 409)

No que se refere à publicidade, a Tomada de Preços deve ser realizada com, no mínimo, trinta dias úteis de prazo a partir da sua publicação para obras e serviços de engenharia e de quinze dias úteis para os demais casos. Esta modalidade pode ser utilizada para valores estimados em até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e até 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços comuns.

3.3 Carta Convite

De acordo com o parágrafo 3º do art. 22 da lei 8.666/93:

Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas (BRASIL, 1993, f.)

Conforme se depreende do enunciado legislativo desta seguinte modalidade, a administração convida, no mínimo, três empresas para estabelecimento do referido certame. Nesta esteira, destaca-se que este mínimo de licitantes deve estar com toda a sua documentação atendendo ao edital, ou seja, estas empresas devem estar plenamente habilitadas para que o certame possa prosseguir sem maiores percalços.

Entretanto, esta obrigatoriedade quanto ao número mínimo de licitantes habilitados não é absoluta e existem ressalvas para o seu não seguimento conforme Alexandrino & Paulo (2012) explicam:

a carta-convite poderá ser enviada a menos de três interessados, desde que por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, seja impossível a obtenção do número mínimo de licitantes. Essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite (art. 22, § 7.º) (ALEXANDRE & PAULO, 2012, p. 605, grifo nosso).

Destaca-se ainda que, na modalidade Convite, não se verifica na lei 8.666/93 obrigatoriedade quanto à ampla divulgação desta nos diários oficiais da União e do Estado, ou Distrito Federal, muito menos em jornal de grande circulação como determina o art. 21. Esta publicidade mencionada no artigo 21 fica expressa para as modalidades concorrência, tomada de preços, concursos e leilões, deixando o convite apenas com a publicação de cópia de seu instrumento convocatório afixada em local apropriado visível na própria administração.

No entanto, conforme preceitua Celso Bandeira de Mello (2012) esta afixação deve ser realizada com antecedência mínima de cinco dias úteis até à data de abertura das propostas dos interessados, sob risco do certame ser anulado caso tal prazo não seja respeitado.

No que tange aos valores, a Carta Convite, ou simplesmente convite, é considerada uma modalidade de licitação para contratações de menor vulto. Assim, a mesma pode ser utilizada para aquisição de materiais e serviços comuns até o limite de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e, no caso de serviços e obras de engenharia, até o limite de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

3.4 Concurso

Pelo próprio nome “concurso”, é bastante comum as pessoas confundirem esta modalidade de licitação com o concurso público destinado à contratação de pessoal para o setor público conforme preceitua a CRFB/88.

Todavia, são institutos bem diferentes e, conforme podemos verificar no parágrafo quatro, art. 22, da Lei nº 8.666/93, o seu conceito explica que:

Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias (BRASIL, 1993, f.)

Assim, verifica-se que a modalidade concurso é até mesmo bastante diferente das outras modalidades encontradas na lei das licitações, uma vez que não envolve valores para estipular a sua utilização. O concurso, enquanto modalidade licitatória, não é utilizado para serviços ou obras de engenharia, como também para aquisição de materiais e demais serviços comuns, mas sim, conforme ensina Justen Filho (2010), para selecionar trabalhos técnicos ou artísticos eivados de certas capacidades personalíssimas tanto para fins de incentivo ao desenvolvimento cultural, quanto para obtenção do resultado prático imediato.

Esta modalidade se torna peculiar pelo fato de buscar a justa escolha para premiação ou pagamento de valores monetários, em caráter de incentivo, aos interessados que apresentarem trabalhos técnicos, científicos ou artísticos de acordo com o solicitado pela administração através de edital. Assim, a administração pública recebe do autor destes trabalhos os direitos relativos aos mesmos para sua utilização.

3.5 Leilão

O leilão é a última modalidade de licitação elencada, pela ordem, na lei nº 8.666/93 que, em seu artigo 22, parágrafo 5º, assim a classifica:

Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação (BRASIL, 1993, f.)

Nas palavras de Meireles (2010):

leilão é a modalidade de licitação utilizável para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração, produtos legalmente apreendidos ou empenhados e também para os bens imóveis cuja aquisição haja derivado

de procedimento judicial ou de dação em pagamento (MEIRELES, 2010, p. 127).

Nesta esteira, é através do leilão que a administração pública consegue a melhor proposta possível para se desfazer de seus bens (móveis e imóveis) considerados inservíveis para o uso público, passando a posse legal destes para quaisquer interessados da sociedade que estejam desimpedidos para tal contratação e dispostos a adquiri-los.

No que tange aos valores, merece destaque o limite de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para ser realizada a licitação na modalidade leilão. Sendo ultrapassado este valor estimado para venda e alienação dos já citados bens inservíveis para a edibilidade, deverá ser utilizada a modalidade concorrência.

Quanto ao prazo para sua publicidade, a observância do mesmo deve ser de quinze dias corridos a partir da sua publicação e esta deverá ser realizada nos mesmos moldes do que a lei determina para as concorrências, tomadas de preços e concursos.

4 O PREGÃO PRESENCIAL

Através da lei nº 10.520, de 2002, a modalidade Pregão passa a ter sua vigência instituída em todo o território nacional. Assim, não alterando a lei nº 8.666/93 (Lei das licitações), mas derogando o seu artigo 8º que vedara a criação de novas modalidades de licitação, surge de modo subsidiário a esta.

De acordo com Tolosa Filho (2012):

A licitação na modalidade de pregão destina-se à contratação de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, com a simples utilização de especificações usuais no mercado, observada a normatização técnica estabelecida pela ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, em face do disposto na Lei n. 4.150, de 21 de novembro de 1962 (TOLOSA FILHO, 2012, p,04)

Por sua vez, nas palavras de Justen Filho (2012):

Pregão é a modalidade de licitação de tipo menor preço, destinada à seleção da proposta mais vantajosa de contratação de bem ou serviço comum, caracterizada pela existência de uma fase competitiva inicial, em

que os licitantes dispõem do ônus de formular propostas sucessivas, e de uma fase posterior de verificação dos requisitos de habilitação e de satisfatoriedade das ofertas (JUSTEN FILHO, 2009, p. 253).

Quanto à sua instituição legal, contida na lei 10.520/2002, a referida norma diz, *in verbis*:

“Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37 da Constituição Federal, modalidade de Licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.”

Diferentemente do que ocorre nas modalidades elencadas na lei nº 8.666/93, onde os órgãos licitantes passam a dispor de uma comissão para recebimento, análise e julgamento das propostas, bem como das documentações dos proponentes interessados em contratar com a edilidade, na modalidade pregão quem gere todas estas etapas é o pregoeiro.

O pregoeiro e os membros da equipe de apoio deverão ser designados por ato formal do dirigente da unidade de despesa ou da autoridade prevista nos regulamentos ou estatutos das entidades descentralizadas, recaindo a escolha, necessariamente, em servidor do órgão ou entidade promotora do certame (TOLOSA FILHO, 2012, p.32).

Desta forma, a administração pública, ao instituir o pregão, deve escolher o pregoeiro dentre os seus servidores estáveis e com capacidade técnica para tal atribuição. Todavia, nem sempre é tarefa simples para o gestor conseguir encontrar um servidor apto para estes serviços, sobretudo em municípios de menor porte. Uma vez instituído o pregoeiro, a administração pública deverá criar também uma equipe de apoio para auxiliá-lo, todavia, sem o poder decisório deste.

A lei do pregão estabelece, em seu artigo 3º, a chamada fase preparatória ou interna do pregão. Nesta fase, a administração pública deve realizar a lavratura do certame fornecendo informações e justificativas por parte da autoridade competente indicando a necessidade do objeto licitado, as exigências para habilitação dos licitantes, os critérios de aceitação das propostas, as sanções, entre outras. De acordo com Rigolin (2009), a autoridade competente será aquela indicada internamente por cada entidade que realize pregão, sem qualquer possível injunção da lei sobre esse assunto de alçada exclusivamente interna dos órgãos públicos.

Após cumprida a fase preparatória, o pregão pode ser iniciado em sua prática com o anúncio do aviso de seu edital sendo exposto no diário oficial da respectiva

edilidade ou, caso não seja possível, em jornal de grande circulação local, de acordo com o inciso I, do artigo 4º da lei 10.520/02. Vale salientar que o prazo para apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não poderá ser inferior a oito dias úteis.

Tolosa Filho (2012) expõe que:

A celeridade dos procedimentos para a contratação de bens e serviços de natureza comum, reduzindo os prazos, concentrando as decisões durante a sessão, sem, no entanto, sacrificar os princípios constitucionais básicos que regem a Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), aliada à possibilidade de disputa de preços através de lances verbais, com a consequente redução de custos foi o objetivo principal da implantação do pregão (TOLOSA FILHO, 2012, p.14).

Conforme é possível verificar, o pregão tem a chamada “inversão de fases”. Com esta inovação, o legislador consegue ampliar, sobretudo, a competitividade entre os licitantes uma vez que os mesmos passam a abrir disputa lance a lance pelos determinados itens objetos do certame e, só após esta fase, é que o pregoeiro e sua equipe de apoio vão verificar a documentação.

Com o Pregão passando a ser regulamentado como modalidade de licitação, muitos órgãos públicos vêm dando preferência a este procedimento para contratação de bens e serviços comuns por julgarem o mesmo menos burocrático e muitas vezes até mais eficiente. Todavia, a sua utilização para serviços de engenharia ainda é tema de muita discussão entre doutrinadores e gestores públicos conforme adiante será abordado.

4.1 A aplicabilidade do pregão presencial no âmbito da administração pública

O pregão, por ter como uma de suas características a possibilidade de negociação entre a administração pública e o licitante - no sentido de fazer com que este último possa baixar ainda mais os seus valores ofertados para prestação de determinado serviço ou fornecimento de determinados materiais - conquistou importante espaço no âmbito da administração pública.

A lei nº 10.520/2002 diz que o procedimento licitatório na modalidade pregão poderá ser aplicado para aquisição de bens e serviços comuns. Diante deste contexto, Gasparini (2009), esclarece que a expressão “poderá”, da forma que é

empregada na abordada lei, pode levar ao entendimento de que a utilização do pregão, enquanto modalidade licitatória, é facultada à administração pública e não imposta como condição obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns.

Assim, ao iniciar uma licitação destinada à aquisição de bens e serviços comuns, ou seja, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado e sem sofisticação técnica, o administrador público pode optar por utilizar a modalidade de pregão, ou, de concorrência, tomada de preços e convite, sem maiores justificativas (TOLOSA FILHO, 2012 p.14).

Superada a questão envolvente à faculdade da administração pública para utilizar a modalidade pregão para bens e serviços, eis que surgem dúvidas quanto à sua aplicabilidade para contratação de serviços e obras de engenharia.

Porto Neto (2005) defende o entendimento de que não deve ser utilizada “a adoção do pregão para a contratação de obra, independentemente da noção que se possa ter do adjetivo ‘comum’ empregado pela lei”. No entanto, para Tolosa Filho (2012):

Os conceitos relativos aos objetos que podem ser licitados na modalidade de pregão evoluíram no sentido de albergar obras e serviços de engenharia, desde que estes possam ser definidos de forma objetiva no edital, utilizando-se especificações usuais praticadas no mercado (TOLOSA FILHO, 2012 p.7).

Para Niebuhr (2015), se a obra ou serviço de engenharia forem caracterizados como simples, sem maiores peculiaridades que as tornem complexas, se faz permitida a aplicação da modalidade pregão nestes casos.

O problema consiste na definição de forma objetiva no edital e na ausência na própria lei nº 10.520/2002 de fundamentação do que vem a ser “bens e serviços comuns” e, neste sentido, é importante o amparo jurisprudencial para ajudar a dirimir eventuais incertezas.

Por sua vez, a lei nº 8.666/93, que é aplicada também nos pregões quando a lei de regência não apresentar soluções, estabelece, em seus incisos I e II do artigo 6º, definições entre os conceitos de obras e serviços, conforme transcrição abaixo:

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 (BRASIL, 1993, f.).

Verifica-se, a partir destes dois incisos da lei 8.666/93 que 'obra' tem definição distinta de 'serviço', embora algumas destas definições, tais quais demolição, instalação e até reparação, contidas na definição para 'serviços' possam nutrir alguma ligeira semelhança com a definição regida para o termo 'obra'. Todavia, não são representam o mesmo fundamento e devem ser compreendidas de modo separado.

O Tribunal de Contas da União, após muitas divergências pela falta de entendimento acerca desta possibilidade de utilização do pregão para obras e serviços de engenharia, vem se aproximando do ponto favorável a este uso.

Sobre o entendimento por parte do Tribunal de Contas da União, Niebuhr (2011) acentua o seguinte:

O entendimento do Tribunal de Contas da União sobre a possibilidade de utilizar o pregão para licitar obra e serviço de engenharia vem evoluindo sensivelmente ao longo do tempo. De início, o tribunal adotava posição restritiva, admitindo a adoção do pregão somente nos casos expressamente autorizados pelo Decreto Federal nº 3.555/00. Nessa senda, o Tribunal de Contas da União decidiu que a atividade de manutenção de equipamentos industriais, conquanto qualificada como serviço de engenharia, sujeita à fiscalização do CREA, é ao mesmo tempo serviço comum e, por isso, pode ser licitada por meio de pregão (NUEBUHR, 2011, p. 62-63).

Todavia, a celeuma prossegue gerando discussões na área, uma vez que "serviços comuns" e "obras" são unidades ainda distintas e o próprio TCU já chegou a se posicionar desfavoravelmente à utilização do pregão para obras.

Em 2010, utilizando como fundamentos legais a Constituição Federal de 1988, art. 37, inciso XXI, a lei 10.520/2002 em seu art. 1º e o Decreto nº 5.450/2005, art. 6º, o TCU emitiu a súmula nº 257/2010 definindo, de modo curto e sem maiores detalhes, que "o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002".

Entretanto, como se nota, a referida súmula não mencionou o termo "obra" para o uso do pregão e esta ausência de posicionamento claro e inequívoco fez com que muitos órgãos públicos e tribunais constantemente entrassem em descompasso no tocante à referida matéria.

De tal monta, é possível inferir que o uso do pregão para serviços comuns de engenharia é possível, entretanto, para obras que necessitem de maior complexidade sua aplicação resta prejudicada.

Reforçando e aprimorando este entendimento, o Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (CONFEA), mediante Decisão Plenária de nº 2467/2012, decidiu que:

Serviços que exigem habilitação legal para a sua elaboração ou execução, com a obrigatoriedade de emissão da devida ART perante o CREA, tais como projetos, consultoria, fiscalização, supervisão e perícias, jamais poderão ser classificados como comuns, dada a sua natureza intelectual, científica e técnica, fatores que resultam em ampla complexidade executiva, exigindo, portanto, profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições, conforme também detalha o artigo 13 da Lei 8.666, de 1993, não se admitindo a sua contratação pela modalidade pregão (CONFEA, 2017, p.).

Neste viés, Oliveira (2015) explica que de fato existe uma discussão doutrinária em relação à possibilidade de utilização do pregão para contratações de obras e serviços de engenharia. Assim, o referido autor menciona dois diferentes entendimentos, bem como cita autores que defendem determinado posicionamento, *in verbis*:

1.º entendimento: admite a utilização do pregão apenas para contratação de serviços de engenharia, que possam ser qualificados como “comuns”, mas não para a contratação de obras, pois o art. 6.º do Decreto 5.450/2005, posterior ao Decreto 3.555/2000, afastou o pregão para contratações de “obras de engenharia”, admitindo, implicitamente, o seu manejo para contratação de serviços comuns de engenharia. Nesse sentido: Carlos Pinto Coelho Motta, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Súmula 257/2010 do TCU. 2.º entendimento: viabilidade do pregão para as obras e os serviços de engenharia que podem ser classificados como “comuns”. Nesse sentido: Marçal Justen Filho e Joel de Menezes Niebuhr (OLIVEIRA, 2015, p 454).

Desta forma, é possível perceber que a questão envolvendo os serviços e obras de engenharia contém uma série de nuances e controvérsias quanto às suas características que, de certo modo, distanciam o administrador público da certeza quando à correta aplicabilidade do pregão para obras e serviços de engenharia. Se por um lado, o TCU vem se posicionando favoravelmente à utilização do pregão quando o serviço de engenharia for comum, por outro, o mesmo não é claro o

suficiente para determinar perfeitamente quando assim e de que forma tal objeto será.

4.2 Vantagens e desvantagens da utilização do pregão presencial.

Ao levar em consideração os principais princípios encontrados ao longo do presente artigo e demais princípios e conceitos correlatos aplicáveis às licitações, além da análise acerca da aplicabilidade do pregão junto aos órgãos públicos, o presente estudo passará agora a analisar quais as vantagens e desvantagens do pregão presencial em comparação com as modalidades encontradas na lei nº 8.666/93.

Deste modo, preliminarmente, foram desconsideradas para efeito de comparação e análise as modalidades 'leilão' e 'concurso', uma vez que estas mantêm, como visto anteriormente, características peculiares e distintas com as atribuições de uso das demais modalidades de licitações elencadas na lei nº 8.666/93 e com o próprio pregão.

Assim, a modalidade pregão presencial foi comparada às modalidades Carta Convite, Tomada de Preços e Concorrência levando em consideração com maior enfoque quatro quesitos norteadores (capazes de abarcar os fundamentos dos demais princípios mencionados neste trabalho) para as devidas análises e discussões: a eficiência, a vantajosidade, a segurança jurídica e a publicidade.

4.2.1 Análise e discussões

A iniciar a análise pelo quesito da eficiência, é salutar destacar que, conforme apregoa Medauar (2015), este é o princípio que norteia toda a atuação da administração pública. Neste íterim, verifica-se que a modalidade pregão leva vantagem neste quesito através da possibilidade da inversão das fases do processo.

A partir desta possibilidade, a Administração Pública passa então a receber as propostas e lances dos licitantes interessados para, só após o conhecimento da proposta vencedora, passar a fase de análise da documentação do licitante considerado vencedor.

Assim, de acordo com Scarpinella (2002) a inversão de fases “significa um considerável ganho de agilidade, eficiência e rapidez no certame”. Por sua vez, nas modalidades convite, tomada de preços e concorrência, a comissão responsável pela licitação tem que analisar a documentação de cada licitante para, só após o resultado deste julgamento, respeitados os prazos para interposição de recursos, partir para a etapa de abertura das propostas de preços.

No que tange à vantajosidade para a administração, de acordo com Costa (2014), ela está diretamente ligada com os princípios da economicidade e eficiência previstos na Constituição Federal, devendo, portanto, o administrador agir buscando a melhor solução para atender ao interesse público.

Nesta esteira, percebe-se que o fato dos licitantes poderem disputar lance a lance a contratação para os itens objeto do certame contribui bastante para a obtenção da melhor proposta possível. Segundo Santana (2008), em diversos órgãos públicos que tiveram aferição dos percentuais econômicos, estes números representaram entre vinte até trinta por cento de economia quando comparados a outras modalidades de licitações aplicáveis.

Nas demais modalidades elencadas na lei 8.666/93, esta disputa lance a lance não está prevista e, desta forma, os valores ofertados não devem sofrer alteração, o que acaba por inviabilizar uma melhor oferta para a administração pública.

Foi observado ainda que o pregão apresenta a vantagem de não ter limitação quanto a valores estimados para sua aplicação. Por sua vez, as demais modalidades devem respeitar os limites estabelecidos na lei 8.666/93 para suas utilizações, sendo vedado ainda o fracionamento de suas despesas no intuito de se evitar a utilização de outra modalidade consequentemente superior, conforme o § 5º, inciso II, art. 22 da referida lei.

Com relação à segurança jurídica, este é um dos princípios elencados no artigo 2º, caput, da lei federal nº 9.784/99 (Lei do processo administrativo) que reza que a administração pública, dentre outros princípios, obedecerá à segurança jurídica.

Neste ponto, o pregão apresenta uma desvantagem por poder ser utilizado apenas em certames que objetivem a contratação de bens e serviços comuns. Deste modo, o legislador não é claro quanto à possibilidade de utilização do pregão presencial em serviços e obras de engenharia.

Diante de tantas controvérsias e incertezas quanto à correta utilização do pregão nesta área, o administrador muitas vezes pode optar por não utilizar esta modalidade com receio de cometer alguma ilicitude no ato ou até mesmo para evitar uma maior perda de tempo fazendo um estudo mais aprofundado sobre a possibilidade de aplicação desta modalidade - ou não - quando a contratação for destinada para obras e serviços de engenharia.

Quanto à publicidade, restou evidenciado que o prazo entre a publicação de seu aviso - oito dias úteis - até à data para realização da etapa de lances é menor que o prazo estipulado para as modalidades tomada de preços e concorrência.

Pelo ponto de vista da promoção de maior tempo para publicidade, os licitantes interessados ganham mais prazo para se organizarem melhor para estes dois últimos certames citados. Porém, Tolosa Filho (2012) explica que esse prazo de oito dias úteis “deverá ser ampliado dependendo da complexidade para elaboração das propostas”.

Por sua vez, pelo aspecto da celeridade, um tempo maior para divulgação faz com que a licitação tenha sua etapa de julgamento e análise das propostas retardada. Sendo assim, em termos de prazo de publicidade, a carta convite é a modalidade que apresenta o menor espaço de tempo entre o início de sua divulgação aos interessados até a realização do certame (cinco dias).

Outra questão que pôde ser observada é que, comparando o pregão com o convite, verifica-se uma grande diferença no que concerne ao local onde esta publicidade deve ser realizada. Como visto no tópico referente às modalidades, o convite não necessita de publicação de seu ato convocatório nos diários oficiais, tão pouco em jornais de grande circulação (como deve ocorrer no pregão) bastando apenas que o órgão público afixe uma cópia do seu ato convocatório em local visível da própria edificação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi possível perceber ao longo da presente pesquisa, as licitações surgiram há bastante tempo como uma ferramenta fundamental para o bom andamento da administração pública. Neste contexto, evoluíram desde o sistema

conhecido por 'vela e pregão', datado provavelmente ainda da idade média, até encontrar as formas usuais das modalidades contidas na lei nº 8.666/93 e 10.520/2002 conhecidas na atualidade.

No entanto, em que pese sua legislação ter sofrido uma série de alterações na finalidade de aprimoramento visando a garantir a conquista pela maior vantagem para o ente governamental em detrimento da diminuição dos atos de corrupção e desvios por parte de muitos gestores, muitas controvérsias quanto à sua correta aplicação ainda permeiam o seu universo.

Nesta senda, o desenvolvimento do presente trabalho estabeleceu paralelos informativos sobre a origem das licitações, sua chegada ao Brasil, sua evolução histórica, seus princípios, modalidades e sua aplicabilidade dentro do âmbito da administração pública. Nesta vertente, o presente estudo se mostra relevante para o Direito Administrativo uma vez que as contratações públicas, em regra, deverão passar por prévio procedimento licitatório, salvo nos casos previstos em lei.

Os resultados, após pesquisa bibliográfica e legislativa, apontaram como vantagens do pregão em relação às outras modalidades de licitações elencadas na lei nº 8.666/93 (convite, tomada de preços e concorrência) a possibilidade de inversão da ordem de fases do certame ocasionando maior eficiência ao procedimento, a possibilidade de negociação dos preços ofertados pelos licitantes, lance a lance, contribuindo para a obtenção de preços mais vantajosos (atendendo ao princípio da economicidade) para administração e a inexistência de limite de valor para a sua utilização.

Como desvantagens, a pesquisa evidenciou um maior prazo de publicação se comparado à modalidade Carta Convite (demonstrando obstáculo ao princípio da celeridade neste caso concreto) e a incerteza jurídica quanto à legalidade para sua utilização em obras e serviços de engenharia devido à falta de um conceito mais claro acerca dos serviços comuns.

Outrossim, verificou-se que a modalidade de licitação pregão é bastante proveitosa para a administração pública por todas as suas vantagens acima elencadas e até as suas desvantagens podem ser interpretadas de modo ameno diante dos ganhos que a mesma pode proporcionar para os órgãos governamentais.

Neste diapasão, fica a sugestão para a realização de estudos mais aprofundados acerca da aplicabilidade do pregão presencial para obras e serviços

de engenharia, afinal, a legislação e a jurisprudência estão em constantes renovações e esta discussão ainda tem muito campo a ser devidamente explorado.

ABSTRACT

Considering the importance attributed to bids for the acquisition of goods or services, contracts for works, alienations and other administrative acts incumbent upon the Public Administration, in view of their mandatory nature, as set forth in article 37, item XXI, of the Federal Constitution. present work is to analyze the importance of using the face-to-face trading as a bidding modality, seeking to establish its advantages and disadvantages when compared to the other modalities listed in Law 8,666 / 93. For this purpose, the deductive method approach, the procedures of the comparative and logical-systematic method, as well as the bibliographical and legislative research as research techniques were used. Thus, the results pointed out that the trading floor session has as advantages the possibility of reversing phases of the event, the condition of supply through verbal bidding, besides the absence of limit values to determine their use. On the other hand, as disadvantages, the study evidenced the longer publication period - as an obstacle to the principle of celerity - to be observed when compared to the Invitation modality and the legal uncertainty regarding the legality for its use in engineering works and services. From this study, it is possible to observe that the trading floor session is a bidding mode that is very advantageous for the administration, above all, for its efficiency and greater economicity to the public coffers.

KEY WORDS: PUBLIC ADMINISTRATION. MODALITIES OF BIDDING. TRADING FLOOR

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**, 20^a ed. São Paulo: Método, 2012.

AMARAL, Antônio Carlos de Araújo. **Licitação para concessão de serviço público**, São Paulo: Malheiros, 1995.

ARAÚJO NETTO, Edmir. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROS, Wellington Pacheco. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. Câmara Legislativa. Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922. Organiza o Código de Contabilidade da União. **Diário da República da União do Brasil**. Rio de Janeiro, de 28 de janeiro de 1922. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl4536.htm Acesso em: 14 de out. 2017.

_____. CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA. Sessão Plenária 1.395. Decisão nº: PL-2467/2012. Relator-Presidente: José Tadeu da Silva Disponível em: <http://normativos.confea.org.br/ementas/visualiza.asp?idEmenta=51039>. Acesso em: 15 de out. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____, Senado Federal. Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da República da União**, Brasília, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acesso em: 25 set. de 2017.

_____, Senado Federal. Decreto- lei 2300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da República da União**, Brasília, de 21 de novembro de 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 25 set. de 2017.

_____. Decreto-lei 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 da União**, Brasília, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 25 set. de 2017.

_____. Decreto-lei 9.874, de 29 de janeiro de 1993. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da República da União**, Brasília, de 29 de janeiro de 1993. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 25 set. de 2017.

_____. Decreto-lei 10.520, de 17 de junho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da República da União**, Brasília, de 17 de junho de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 25 set. de 2017.

_____. Medida Provisória 2026, de 04 de maio de 2000. Institui, no âmbito da União, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. **Diário Oficial da República da União**, Brasília, de 04 de maio de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas/2026.htm. Acesso em: 25 set. de 2017.

_____. **Primeira norma de licitações foi editada no Império**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/07/10/primeira-norma-de-licitacoes-foi-editada-no-imperio>. Acesso em: 05 ago. de 2017.

CALASANS JÚNIOR, José. **Manual da licitação: Orientação prática para o processamento de licitações com roteiros**, 2ªed. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA, Elisson Pereira da. **Direito Administrativo**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GASPARINI, Diógenes. **Pregão presencial e eletrônico**, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da lei de licitações**, 2ª ed. São Paulo; Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed. São Paulo; Dialética, 2012.

LÓPEZ-ÉLÍAS, José Pedro. **Aspectos Jurídicos de la licitacion pública em México**. Ciudad Del México: Universidade Nacional Autónoma de México, 1999.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Questões de Direito Administrativo**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Licitação e contrato administrativo atualizado**, 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Licitação e contrato administrativo: de acordo com a Lei 8.666, de 21.6.1993, com todas as alterações posteriores**, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

OLIVEIRA, José Carlos. **Princípios e elementos licitatórios**. Disponível em: https://acervodigital.unesp.br/bitstream/123456789/65615/2/a2_m01_s03_l06_Print.pdf. Acesso em: 15 de out. 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**, 5ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.

PESTANA, Márcio. **Licitações públicas no Brasil: exame integrado das leis 8.666/93 e 10.520/2002**. São Paulo: Atlas, 2013.

PORTO NETO, Benedicto. **Pregão e contratação de obras e serviços de engenharia**. Set.2005. Disponível em: www.apeop.org.br/arquivos/juridico/pregao.pdf. Acesso em 19/ de nov. de 2017.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Manual prático das licitações**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão presencial e eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade de pregão**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. **Licitações e contratos públicos**. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/874273. Acesso em: 15 de out. 2017.

TOLOSA FILHO, Benedicto. **Pregão: uma nova modalidade de licitação**, 5ª ed. São Paulo; Forense, 2012.

ZANOTELLO, Simone. **Manual de redação, análise e interpretação de editais de licitações**. São Paulo: Saraiva, 2008.