

Coordenação Técnica:

Cerdônio Quadros
Editor e Diretor Responsável pela
Consultoria NDJ e

Marcello Rodrigues Palmieri
Gerente da Consultoria NDJ

Tema em Destaque	
Pregão*	Palestra proferida por: Vera Monteiro Advogada pela PUC – SP e Doutoranda em Direito Administrativo pela USP
	Jair Eduardo Santana Mestre em Direito do Estado pela PUC – SP

Dr^a Vera Monteiro: Bom dia a todos! É um prazer enorme estar participando desse evento da NDJ pela seriedade do trabalho, pela qualidade do público e por conta do tema escolhido, pelo qual tenho especial carinho. Vou declarar, desde logo, que sou fã do pregão! Todas as minhas análises vão partir dessa idéia principal de que eu acho o pregão uma grande solução, uma grande inovação, uma das mais importantes para uma visão ampla da Lei nº 8.666/93. O fato é que nós temos pautado nossas análises, nos últimos tempos, na Lei nº 8.666/93, que são muito calcadas na formalidade, no controle estrito pelo Tribunal de Contas. Eu acho que acabou tirando de todos nós, operadores dos processos de licitação, uma capacidade de inovação, de invenção útil para o processo licitatório. Todos nós fomos muito tolhi-

dos nos últimos anos por conta de uma atividade de fiscalização muito restrita da Lei nº 8.666/93, fazendo com que ficássemos muito burocratas, de forma que o que está expressamente escrito na Lei nº 8.666/93 está autorizado; o que não está expressamente escrito, está proibido. Nessa linha, a Lei nº 8.666/93 acabou sendo muito perniciososa nos trabalhos do dia-a-dia, das compras governamentais. E o pregão, nesse contexto, trouxe uma nova visão, uma nova capacidade de pensar sobre os problemas. A Lei nº 10.520/02 veio com uma característica bastante diferente da Lei nº 8.666/93; enquanto a Lei de Licitações é toda fechada, toda organizada, muito completa, o que acaba criando uma visão segundo a qual “o que está na lei, está autorizado; o que não está na lei, está proibido”, a Lei nº 10.520/02

* Painel realizado em 2 de dezembro de 2005, no Seminário Nacional de Direito Administrativo – Edição Comemorativa dos 20 Anos da NDJ, em São Paulo – SP.

trouxe uma nova ótica, por conta até da sua própria natureza. É uma lei que tem 13 artigos e que deixou grande parte do procedimento aberto para decisão posterior, ou por decreto, ou por uma definição detalhada no edital, ou por uma atuação do pregoeiro. Isso, por um lado, gera uma conseqüência negativa, que é o fato de haver ausência de uniformidade na aplicação dos procedimentos. Porém, tem um fato muito positivo, que é a capacidade de utilizar a inteligência da administração pública na complementação desse procedimento. Agora que já transcorreram alguns anos, e nós temos a experiência do pregão, eu me sinto muito confortável em dizer que esse é um modelo que me parece muito adequado, porque nós conseguimos, a partir da Lei nº 10.520/02, absorver boas idéias e inovações. Os editais trouxeram inovações importantes em relação ao procedimento do pregão, e a capacidade de a administração implementar essas novas idéias que surgiram. Eu começo, então, mostrando que um desses temas é relacionado com a própria definição do que sejam bens e serviços comuns. Bem e serviço comum é muito mais do que aquilo que a gente lê naquela lista, anexa ao Decreto nº 3.555/00 e que, segundo consta, nem vai mais existir no novo decreto que o Ministério do Planejamento está preparando para substituir o 3.555/00. O Tribunal de Contas da União já interpreta aquela lista como sendo exemplificativa, não é uma lista exaustiva, ainda que a leitura do decreto talvez leve a concluir que deveria ser exaustiva; eu particularmente acho que não é, não tem a característica de fechar todas as possibilidades. Sempre achei, cá entre nós, que aquele art. 5º do Decreto nº 3.555/00, que é federal e proíbe a realização de pregão para obras e serviços de engenharia, é um dispositivo que foi muito mal pensado. Em primeiro lugar, porque foi copiado de uma lógica, que não é a pensada para o pregão. Veio de onde? Esse art. 5º do Decreto nº 3.555/00 não é, portanto, uma regra que consta da Lei; é uma regra, hoje, aplicável apenas à União Federal e com alguma flexibilidade, porque o novo decreto que trata do pregão eletrônico, o nº 5.450/05, também já trouxe uma modificação. Mas, o que eu quero dizer com essa má-interpretação? O art. 5º veio como se fosse uma regra obrigatória para o pregão; se o pregão trata de bens e serviços comuns, então não é possível a aplicabilidade do pregão para

bens e serviços de engenharia. De onde veio essa regra do art. 5º, que não consta da Lei, consta apenas do decreto? Veio de uma cópia da Lei Geral de Telecomunicações, Lei nº 9.472/97, a lei que originalmente criou o pregão. O pregão foi criado em 1997 para atender a uma demanda específica solicitada pelo Ministério das Telecomunicações, quando foi estruturado o novo sistema de telecomunicações; criou-se uma nova autarquia, a Anatel e, naquele momento, quando houve a solicitação de que essa nova autarquia ficasse livre das amarras da Lei nº 8.666/93, a lei trouxe dois novos modos de licitar, o pregão e a chamada consulta, para aqueles que não conhecem. Esse tema foi objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal com a seguinte pergunta: como é possível uma única entidade na esfera federal estar autorizada a fazer licitação em duas novas modalidades que nenhuma outra esfera está autorizada a fazer? O Supremo Tribunal Federal acabou entendendo a possibilidade e, então, houve autorização para que a Anatel fizesse pregão e consulta, apesar de nenhum outro órgão, dentro da administração pública federal, estadual ou municipal, estar autorizado a fazê-lo. Então, sob esse argumento, a União Federal, que é a competente para a criação de novas modalidades licitatórias, poderia criar um diferencial na aplicabilidade, desde que existente algum fundamento razoável para tanto. O fundamento era a novidade relacionada ao pregão, já que modifica substancialmente a natureza e a lógica da Lei nº 8.666/93. Pois bem, a Lei nº 9.472/97, a Lei Geral de Telecomunicações, tem um dispositivo que veda a aplicabilidade do pregão para obras e serviços de engenharia, e aí está a origem desse dispositivo para o Decreto nº 3.555/00. Aliás, a Lei nº 10.520/02 e o Decreto nº 3.555/00 são muito parecidos com os dispositivos da Lei nº 9.472/97, que é a Lei Geral de Telecomunicações, e com o Regulamento Geral de Licitações e Contratos da Anatel, que detalha o procedimento de contratações. A origem e a ligação são evidentes, de tal forma que não há como negar que esse art. 5º tenha inspiração direta naquela lei. Aí vem a pergunta: por que essa lei criou a vedação para obras e serviços de engenharia? A resposta não tem nada de jurídica, a resposta é política: quando se criou o pregão e a consulta para serem modalidades aplicáveis na Lei Geral

de Telecomunicações, única e exclusivamente para a Anatel, havia consciência de que esse seria um tema objeto de grande debate no Congresso Nacional, não só por todas as novidades trazidas pela Lei Geral de Telecomunicações, que acabava com o monopólio no setor, como também devido à criação de duas novas modalidades que mexiam no tema licitação – um assunto de bastante delicadeza. Assim, aqueles que formularam a Lei Geral de Telecomunicações optaram pela seguinte lógica: “Vamos deixar obras e serviços de engenharia de lado, pois já temos muitos temas para debate no Congresso Nacional; se nós tivermos que incluir um novo tema relacionado aos interesses das empreiteiras, das prestadoras deste tipo de serviço nesse debate, vai ser infundável. Não vamos mexer nesse vespeiro”. Esta foi a lógica para incluir na Lei Geral de Telecomunicações essa exclusão da aplicabilidade do pregão para obras e serviços de engenharia, copiada no Decreto nº 3.555/00. A pergunta que eu faço é: há alguma razão lógica, do ponto de vista da aplicabilidade, para a exclusão destes dois itens da modalidade pregão? Me parece que não. Eu acho que não há nenhuma explicação lógica. A pergunta que precisa ser respondida é se o pregão é útil para aquisição destes itens ou não. O que eu posso afirmar, categoricamente, é que hoje o Decreto nº 5.450/05, no seu art. 6º, fala que a licitação na modalidade pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, excluindo os serviços de engenharia. Então, do ponto de vista dogmático e a partir da leitura da norma, serviços já não são mais problema. Eu acho que isso já não era um problema antes, acho que o Decreto nº 3.555/00 tinha feito uma restrição inadequada, mas isso estava afeto apenas à esfera federal; Estados e Municípios não estavam sujeitos a essa mesma regra. Isso era um decreto; decreto é norma de organização interna dentro de uma esfera normativa, uma esfera de organização administrativa. Estados e Municípios estão sujeitos à Lei nº 10.520/02. Não é por outra razão que o Município de São Paulo, com base na Lei nº 10.520/02, já vem realizando pregão para obras e serviços de engenharia desde o começo, desde o princípio, quando resolveu adotar esta modalidade. Por quê? Porque da mera leitura da Lei nº 10.520/02, que define bens e serviços comuns como sendo aqueles que po-

dem ser concisos e objetivamente definidos pelo edital, a resposta cabível a essa indagação é que qualquer bem e serviço que possa ser objetivamente definido no edital pode ser adquirido por pregão. Para mim, bens e serviços de engenharia é tema que já está superado, da mesma forma que bens e serviços de informática também é assunto que, no meu modo de interpretação, desde sempre, torna possível a aplicação do pregão. Eu sempre achei que aquele artigo da Lei nº 8.666/93 que fala que bens e serviços de informática devem ser, obrigatoriamente, licitados por técnica e preço não é impeditivo, porque acho que aquele dispositivo tem que ser lido dentro do contexto da lei. E qual é o contexto da Lei nº 8.666/93? A lógica é a licitação do tipo menor preço; técnica e preço é exceção. Bens e serviços de informática comuns já eram adquiridos pelo menor preço; aliás, essa era uma interpretação que os próprios Tribunais de Contas já davam. O professor Jessé Torres já sustentava que bens e serviços de informática, aqueles de prateleira, aplicáveis sem dificuldades, devem ser adquiridos pelo menor preço; não há razão para se inserir um componente de subjetividade, como é o critério do julgamento por técnica e preço, para a aquisição de bens que sejam facilmente descritos no edital. Pois bem, se eu acho que não há impeditivo para bens e serviços de engenharia, tampouco para bens e serviços de informática, independentemente da minha leitura doutrinária, da minha formação, estou absolutamente convencida de que hoje é possível usar o pregão para bens e serviços comuns, sendo que bens e serviços comuns são todos aqueles que podem ser adquiridos por meio do critério menor preço. Tudo aquilo que for possível de ser licitado pelo critério de menor preço, cabe à administração justificar por que vai optar por uma outra modalidade licitatória que não o pregão; se é menor preço, eu acho que nós temos que conduzir para o pregão. Não é porque o decreto federal diz que deve ser preferencialmente a modalidade pregão, não é por essa razão, porque eu acho que da própria Lei nº 10.520/02 já era possível fazer essa afirmação de que o pregão é preferencial em relação às outras modalidades, porque tem a potencialidade de ser uma modalidade mais ágil, rápida, que gera uma economia de recursos e de processos para a administração pública. Então, quando eu digo isso, qual é a

conseqüência? Estados e Municípios também devem se pautar por essa interpretação; não é porque não há um decreto, tal qual o Decreto nº 5.450/05, que Estados e Municípios podem optar livremente por qualquer modalidade licitatória. Eu acho que pela própria Lei nº 10.520/02, Estados e Municípios que, para a aquisição de um item que possa ser licitado por menor preço, escolherem modalidade que não o pregão, têm a obrigatoriedade de justificar. Mas vão justificar como? Dizendo que a inversão de fases naquele caso concreto não vai gerar economia adequada de recursos; a necessidade de melhor análise das propostas, de amostras, seja lá como for. É essa minha leitura a partir da Lei nº 10.520/02, que diz que bens e serviços comuns são aqueles que podem ser objetivamente definidos no edital; essa é a regra quando eu leio a Lei nº 8.666/93, que define o que é o julgamento pelo menor preço. Essa leitura eu acho que facilita muito a nossa capacidade de operar com o sistema.

Acrescento algumas informações de modificações legislativas recentes que podem ajudar, porque muito se dizia que em relação às obras de engenharia, por exemplo, não poderia ser usado o pregão, por serem aquisições que envolvem análise técnica detalhada, que merecem uma análise mais cuidadosa da capacidade de execução e atestados dos licitantes. Só que eu acho que isso é muito mais relacionado ao nosso passado de pessoas acostumadas a lidar com a Lei nº 8.666/93 do que propriamente um impeditivo para o uso da modalidade. Nessa minha linha de raciocínio, eu vou mencionar duas recentes modificações na legislação que trata de licitações e contratos, que, me parece, caminham nessa linha da lógica do pregão, inclusive nas licitações mais complexas. A primeira delas é a Lei nº 11.079/05, de 30 de dezembro de 2004, que trata das parcerias público-privadas, a famosa Lei das PPPs. A Lei das PPPs trouxe uma modificação em relação ao procedimento licitatório para a contratação: concessões administrativas e concessões patrocinadas. Essa nova regra relacionada às licitações de PPPs diz em seu art. 13, *caput*: “O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento ...”. Eu estou falando aqui de uma licitação extremamente complexa que vai gerar um contrato de concessão de até trinta e cinco anos. Hoje

nós temos três editais em consulta pública na praça, com essas características. Um deles é o da linha 4 do Metrô do Estado de São Paulo; outro é o contrato para a disponibilização de um emissário submarino na Bahia; e o outro é a MG-050, em Minas Gerais. Aqui, no Estado de São Paulo, são 900 milhões de reais de investimento nesse contrato da linha 4, um contrato extremamente complexo, que é a disponibilização dos trens e a operação de uma linha do Metrô. O emissário submarino na Bahia tem investimentos em torno de 200 milhões de reais e envolve a criação e a operação dessa infra-estrutura. E para esses contratos extremamente complexos, a Lei de PPPs diz que poderá haver a inversão das fases – característica do pregão. A Lei nº 11.079/04, além da inversão da ordem das fases, também autoriza que o edital de parceria público-privada admita o oferecimento de lances. Então, nós teremos nesse edital da Bahia, o do emissário submarino, uma regra expressa prevendo que os licitantes estarão submetidos a uma fase de lances. São licitações – essa do emissário submarino, ou mesmo a da linha 4 do Metrô – de menor preço. Qual o menor preço? O menor valor a ser pago pela administração pública durante todo o prazo de execução do contrato. Por que não é técnica e preço? Porque a administração já definiu quais as características para a execução do objeto; não está solicitando da iniciativa privada nenhuma inovação em relação ao objeto; não se está querendo que a iniciativa privada traga soluções alternativas ou novas metodologias de execução do objeto. A licitação foi, definitivamente, fechada no momento da sua abertura; o objeto foi, objetiva e concisamente, definido no edital; o critério de julgamento dessa licitação é objetivo; portanto, a legislação está autorizando a inversão das fases e a realização de lances, com as mesmas características procedimentais que hoje nós temos no pregão. Essa modificação legislativa recente já é objeto de questionamentos e estudo, tanto assim que esses dois editais saíram com essas características: o da linha 4 não tem lances, mas o emissário submarino da Bahia tem. Essa modificação legislativa é um dado para acrescentar nesse debate.

Uma outra modificação legislativa é a resultante da MP do Bem, a medida provisória que foi convertida na Lei nº 11.196/05. Vocês vão encontrar alguns artigos que modificaram a Lei de

Concessões, a Lei nº 8.987/95. Acompanhem o meu raciocínio: um dos artigos, o art. 120 da Lei nº 11.196/05, do dia 21 de novembro de 2005, acrescentou o art. 18-A à Lei nº 8.987/95. A Lei nº 8.987/95 diz que as licitações para as concessões serão feitas na modalidade concorrência, com base na Lei nº 8.666/93. E vem o art. 18-A, incluído, então, pelo art. 120 da Lei nº 11.196/05, que diz: “O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que: I – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro ...”. Isto aqui significa dizer que a modificação que eu acabei de mencionar com relação às licitações, para as concessões patrocinada e comum da Lei de Parcerias Público-Privadas, que admite inversão da ordem de fases e lances, também foi estendida à concessão comum da Lei nº 8.987/95. A Lei nº 8.987/95 foi modificada para admitir inversão da ordem de fases e oferecimento de lances, alterando não o contrato de concessão, mas a licitação para a realização desses contratos. Qual é a licitação para a realização desses contratos? É a licitação na modalidade concorrência. Assim, nós temos do ponto de vista legislativo uma regra que alterou a concorrência para a celebração de contratos de concessão, concorrência que admite a inversão de fases e a realização de lances. Ora, qual é a diferença da concorrência para a concessão e da concorrência da Lei nº 8.666/93? Nenhuma. É a mesma concorrência. Então, coloco um desafio: a partir dessa modificação legislativa, sustento que hoje já é possível realizar a concorrência da Lei nº 8.666/93, com inversão de fases e realização de lances. Eu não tenho nenhuma dificuldade em fazer essa afirmação. Se já está autorizado para a Lei de Concessões, e é a mesma concorrência, não há como sustentar que a Lei nº 8.666/93 também não possa ter esta mesma capacidade. Ora, se é assim, a leitura do pregão não pode ser a mais restrita, tem que ser a mais ampla possível. E os exemplos práticos que nós temos visto, que a administração tem trazido para todos nós, são cada vez mais sofisticados. Isso me deixa muito confortável com essa minha conclusão: a administração vai usar o pregão sempre que tiver essa segurança em buscar o melhor negócio por meio de uma licitação que admita a inversão de fases e a realização de lances. Com isso eu acho que

a leitura dessa modalidade licitatória fica muito ampliada. Mas vejam só: essa não é a única modificação que eu vejo em relação à leitura do pregão; é uma modificação que, nos últimos tempos – e não é legislativa, pois essa modificação veio apenas recentemente –, eu atribuo à leitura que as próprias administrações públicas têm feito. Eu acho que foi a capacidade de adaptação, de invenção, de atuação das administrações públicas que permitiu essa leitura que hoje nós temos; mas eu vejo que as administrações públicas também fizeram muito mais para o pregão do que a lei propriamente fez. Como eu disse, voltando ao começo da minha conversa, a Lei nº 10.520/02 é muito singela, e foi essa singeleza que permitiu essas inovações que nós estamos tendo; se ela fosse uma lei fechada, que não desse nenhum tipo de liberdade ao administrador público tal qual a Lei nº 8.666/93, eu jamais poderia ter uma leitura tão ampla como essa que eu estou tendo aqui com vocês. Os Tribunais têm aceitado essa capacidade de inovação, e tenho lido, com muita felicidade, editais de pregão que atribuem novos procedimentos dentro dessas licitações para uniformizar e facilitar muitas coisas que, às vezes, criam dificuldades. O que eu quero dizer com isso? Muito se fala da questão do saneamento de falhas no pregão, mas cá entre nós nem a Lei nº 10.520/02 autoriza o saneamento de falhas amplo, nem a Lei nº 8.666/93. Entretanto, o pregão permitiu que nós colocássemos, nessas licitações, regras autorizando o saneamento das falhas formais. O que isso tem de novo? Especificamente, nada. A não ser pelo fato de que hoje a administração reconhece algo que só era reconhecido pelo Judiciário. A idéia do saneamento de falhas formais foi criada onde? Caso a caso, pelo Judiciário. Onde? Nas licitações da Lei nº 8.666/93. No pregão, como ocorre inversão de fases, o órgão público se sente muito tentado a sanear as falhas daquele licitante que tem um ótimo negócio para a administração pública. E isso despertou o interesse da administração em aplicar a mesma regra que era aplicável antes, pelo Judiciário, em mandados de segurança contra aquele rigorismo formal da Lei de Licitações. Eu adoraria ver uma lei que introduzisse uma fase de saneamento na licitação, autorizando para quaisquer licitantes sanear qualquer coisa: “esqueceu qualquer documento, venha trazer”, aproveitando o procedimento própria-

mente dito. Isso nós não temos ainda, eu acho que isso depende de uma lei federal. Por quê? Porque eu acho que essa criação de uma nova fase de licitação é norma geral de licitação. Agora, esse saneamento que nós fazemos é especificamente voltado à idéia das falhas formais. Eu já acho que é um grande ganho a administração reconhecer que isso é possível. Tenho visto vários editais de pregão trazendo essa regra. E mais, a própria Lei de Parcerias Público-Privadas que eu mencionei traz uma regra autorizando expressamente essa possibilidade do saneamento de falhas formais; vai na mesma linha que tenta aproveitar o procedimento, ainda que não seja aquela regra ampla.

Outra coisa que eu tenho percebido nas licitações de pregão, e que eu acho que tem ajudado muito nos procedimentos, é o fato de os pregoeiros, em geral, com a sua experiência, estarem percebendo algumas novidades ou situações que a lei não havia pensado. Uma delas, por exemplo: a questão de todos os licitantes serem inabilitados, ou todas as propostas serem consideradas inexeqüíveis. Será que pode ser feita uma nova sessão no pregão? Quer dizer, daqueles todos que ficaram na regra de 10% foi feito o pregão, os lances: primeiro colocado, a proposta foi considerada inexeqüível; o segundo colocado foi inabilitado; enfim, aqueles todos da regra dos 10% acabaram não tendo condições de ser contratados. Será que aqueles outros que ficaram fora da sessão do pregão podem ser chamados a uma nova sessão, a uma sessão que eles jamais participaram para a realização de lances? Acho possível, desde que o edital preveja uma regra como essa, pois isso fomenta a competição. Outra situação: a questão de lances intermediários que o Decreto nº 5.450/05 autoriza. Antes disso era quase como um dogma que dizia: “lances tem que ser feitos abaixo do menor preço”. E hoje o art. 24, § 3º, do Decreto nº 5.450/05 diz: “O licitante somente poderá oferecer lance inferior ao último por ele ofertado e registrado pelo sistema”. Assim, o Decreto nº 5.450/05 autoriza a realização de lances intermediários. O que significa na prática? O licitante vai brigar pelo segundo lugar. Por que isso é importante? Porque pode ser que o primeiro lugar tenha “mergulhado” o preço, e o pregoeiro não pode excluir aquele preço considerado, eventualmente, inexeqüível

antes da sessão do pregão – eu acho que isso não é possível, pois só pode acontecer depois da realização da sessão de lances. Se não fosse possível essa competição intermediária, não haveria propriamente nenhuma competição no certame, porque nenhum licitante se submeteria a fazer um lance, que saberia, provavelmente, inexeqüível. Eu tenho acompanhado alguns pregões, e a existência de lances intermediários tem sido extremamente positiva.

Uma outra situação que eu tenho visto é a realização de pregões para registro de preços. O governo federal está trabalhando para modificar um pouco o decreto de registro de preços; o pregão para registro de preços, já autorizado pela Lei nº 10.520/02, tem-se mostrado extremamente interessante. Vou citar um caso concreto que foi parar no Tribunal de Contas da União: a realização de um pregão, no Ministério das Relações Exteriores, para registro de preços de transporte de bagagem. Isso envolvia um pregão em que as transportadoras deveriam dar um preço médio para transporte de bagagem num determinado local. Então, vamos imaginar: transportes de bagagem Brasília–Estados Unidos e Estados Unidos–Brasília; como não se chegou à conclusão de que, é claro, não é possível fazer uma licitação por localidade, o que fez o Ministério? Um estudo tentando identificar regiões no mundo onde havia algum tipo de uniformidade nesse transporte relacionado às questões alfandegárias, seguros etc. Dentro dessas áreas, o que fez o Ministério das Relações Exteriores? Fez um pregão para essas áreas, para um determinado espaço físico, vamos dizer Estados Unidos–Brasília. E o que fez, então, nesses pregões? Pediu que o licitante, na sua proposta, trouxesse um preço por quilo de transporte, de bagagem transportada, para cada uma das cidades licitadas no edital. Então, vamos imaginar que existiam 50 cidades, cada cidade tinha um preço; foi feito um preço médio para a realização do pregão. Feito o pregão, identificada a menor proposta, esta teve um desconto, uma taxa de desconto originalmente prevista, aplicada a cada um daqueles preços fixados dentro do pacote, dentro do bloco, e foi adjudicado o registro de preços para cada uma das cidades ali previstas. Isso foi objeto até de questionamento no Tribunal de Contas, mas este modelo acabou sendo fixado; um modelo inte-

ressante, segundo o qual os itens foram adjudicados individualmente. Foi possível a realização do pregão a partir do preço médio ali envolvido e do desconto dado ao final, aplicado a cada um dos itens identificados dentro do bloco.

Outra coisa interessante é a questão relacionada à aplicação das penalidades; a necessidade de pensarmos o tema das penalidades com mais cuidado, porque muito se discutia a respeito da Lei nº 8.666/93, ou seja, qual era o âmbito de aplicabilidade das sanções. O Superior Tribunal de Justiça tem uma jurisprudência, que me parece bastante questionável, que diz que a suspensão do direito de contratar e de licitar e a inidoneidade, declaradas por uma determinada entidade, são válidas para todo o território nacional. Eu ainda acho isso um tema complexo: entender essas sanções aplicáveis a todo o território dentro de uma mesma esfera administrativa. Se for uma sanção aplicada por uma empresa estatal, é válida também para a administração direta de um mesmo Estado. Então, eu estou mais tranqüila com a idéia de ampliar para todo o Estado. Essa ampliação para toda a esfera nacional, que me parece que é o sentido que o STJ quer dar ao dispositivo, precisa de um certo cuidado; eu acho que isso ainda pode gerar algumas discussões.

Enfim, o pregão, sem dúvida nenhuma, desperta em todos nós grandes intenções, mas no fundo o que nós queremos mesmo é modificar a Lei nº 8.666/93; é ver uma legislação mais aberta, mais facilitada, e como eu acabei de mencionar, a questão da inversão da ordem das fases e da possibilidade da aplicação de lances.

A expansão do pregão eletrônico é resultado dessa série de denúncias recentemente feitas na esfera federal; é como se o pregão eletrônico fosse uma medida anticorrupção. Eu ainda não tenho esse convencimento de que o pregão eletrônico é melhor do que o presencial; eu acho que o pregão é um instrumento e um mecanismo muito importante e fundamental na modernização da administração pública. Eu ainda tenho alguma restrição em afirmar que um seja realmente melhor do que o outro.

Para encerrar, eu queria fazer apenas um breve comentário em relação ao Decreto federal nº 5.504, de 5 de agosto de 2005. O que diz o decreto? “Estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos”. Então, vamos imaginar uma organização não governamental, uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, que receba recursos da União Federal por meio de repasses voluntários; esse decreto obriga que essas entidades façam pregão, observem a Lei nº 10.520/02, e mais: quando não for hipótese de pregão, tem que obedecer à Lei nº 8.666/93, ou seja, obriga entidades privadas a realizar licitação. Eu acho que há dois problemas aqui: o primeiro é a ilegalidade violenta desse decreto, pois é possível impor às entidades privadas a obrigatoriedade de realização de licitação somente por meio de lei, e não por meio de decreto; em segundo lugar, ainda que fosse lei, a minha pergunta é: será que a realização de licitação, pregão, é mesmo o melhor mecanismo para controle dos gastos desses recursos repassados pela União? Eu entendo qual é a preocupação desse decreto: fazer com que haja um controle rigoroso nos gastos; mas será que essa é mesmo a única forma? Será que isso não vai gerar um custo burocrático desnecessário? Eu tenho sido chamada a dar cursos de licitação para organizações não governamentais. É uma situação absolutamente inusitada, é um novo público a ser pensado. Eu, sinceramente, fico muito preocupada e constrangida quando começam essas perguntas: quem é a autoridade superior para receber recurso? Quem é a autoridade que vai autorizar a abertura de licitação? Como é que vai ser decidida a ordem de competências aqui dentro? Quer dizer, o tema não é fácil, e o decreto parece que tentou resolver a situação da forma mais singela possível.

Muito obrigada!

Dr. Jair Eduardo Santana

Bom dia! Antes de qualquer coisa, os cumprimentos que devem ser dados ao nosso amigo e editor Dr. Cerdônio Quadros, que neste ano de 2005 comemora os vinte anos da NDJ, instituição que, todos sabem, é da mais alta importância para o dia-a-dia de todos nós, não só em razão da disseminação das boas práticas para uma boa governança, mas, principalmente, porque a postura doutrinária e de assessoramento dessa empresa é, acima de tudo, muito ética. Os senhores, que militam na área do Direito Público e se valem dos boletins, dos simpósios, das consultas, têm a exata dimensão do que eu estou dizendo, e isso é muito importante para a comunidade jurídica. Como tenho feito nos nossos eventos, Dr. Cerdônio, eu o cumprimento mais uma vez e ficam registrados os meus votos de muita saúde para que outros vinte anos se sucedam!

Essa semana é muito importante para nós em razão desse evento; tenho acompanhado, na medida do possível, o desenrolar dos trabalhos, e vi que nós chegamos hoje quase que ao final de uma grande jornada de uma semana cheia de informações, que nos propiciou reflexões variadas; enfim, foi uma semana muito produtiva, e assim foi porque nos permitiu refletir, e é refletindo que me dirijo para o meu tema. Escutava a minha colega de painel falar e observei que nós, que nos ocupamos do Direito, temos um dia-a-dia atormentado não só pelo nosso trabalho, que nos coloca diante de um arsenal normativo altamente inflacionado, mas também pela dificuldade da leitura disso tudo que está a nossa volta. No Brasil, assimilamos essa péssima cultura de tomar a coisa pelo regulamento, pela instrução, pela portaria, de uma maneira toda acrítica, sem poder construir, sem poder fazer com que todo esse arsenal de normas tenha uma efetividade, que é a efetividade da qual nós realmente necessitamos, e isso tudo distorce esses institutos. Olhamos para a Lei nº 10.520/02, sabemos por que ela surgiu, e nos preocupamos com essas discussões conceituais, formais, normativas. Aos meus alunos de pós-graduação indico – se já não bastasse termos que ler as leis, os decretos,

as instruções, as portarias – livros jurídicos propriamente ditos, livros que nos fazem pensar, que nos fazem ou que nos propiciam uma postura diferente, uma cultura diferente de pensar. O Prof. Clóvis Beznos citou, no primeiro dia, a carta de Pero Vaz de Caminha, e comentou que foram solicitados benefícios e privilégios para o genro de Pero Vaz; aí talvez esteja, quem sabe, de uma forma paradigmática, a dificuldade cultural em se afastar daqui, desse presente instante, o nepotismo enraizado nas veias da cultura brasileira. Ora, se antes mesmo da instituição do Brasil de uma forma organizada como nós temos hoje nós já tínhamos o nepotismo, então podemos dizer que está institucionalizado entre nós! E mais, quando pensamos e quando tentamos ler tudo isso que está a nossa frente, nós temos dificuldade de olhar para o horizonte, e eu me divirto até com essas coisas, porque o Decreto nº 5.504/05 impôs, talvez indevidamente, não importa agora, a necessidade de os Municípios realizarem pregão eletrônico, em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos. Isso chega a ser curioso, porque demonstra o desconhecimento da realidade brasileira. Há poucos dias um jornal de grande circulação retratava a dificuldade de se levar crianças à escola, na zona rural, no polígono da seca, em um Município com quatro mil habitantes. A dificuldade está sendo superada através de uma invenção do governante local que arregimentou um grupo de charreteiros para fazer esse transporte; foi criada a celeuma, pois questionou-se: será que podemos transportar as crianças em charretes? Que tipo de serviço é esse que está sendo prestado no polígono da seca? Será que nós teremos que fazer uma licitação para poder selecionar aqueles jegues? Enfim, são os “Brasis” que nós conhecemos. Isso não tinha acontecido ainda, mas foi o que me levou a escrever sobre a “Compulsoriedade relativa do pregão eletrônico”, ou seja, não podemos adotar o regulamento como se fosse a Bíblia, temos que pensar, e é pensando que nós apartamos todas essas regras, para pontuar algumas questões para os senhores, entre elas ter em mente que o pregão é fim e não meio. As dispensas e as inexigibilidades representam quase 50% na esfera da União; o restante, metade disso, 24% – segundo os dados do Compras Net – já é feito por pregão. Ora, o instituto está se mostrando ágil. Por que

ágil? Porque a demanda hoje é por uma resposta rápida. Porém, se o pregão tem apresentado essa característica, eu lhes digo com certeza absoluta – coisa que normalmente não faço –, pela experiência que tenho, tanto judicial, quanto administrativa e acadêmica no assunto, que o pregão não é o antídoto, mas pode minimizar as patologias dos procedimentos e dos defeitos que os senhores têm nos planejamentos. Outra coisa: o pregão tem um regime jurídico próprio que é inconfundível. Devemos enxergá-lo sistematicamente e finalisticamente, e não como um procedimento que se encerra com base em princípios, vamos dizer assim, abstratos. Nós temos que dar um peso a isso tudo, ou seja, a Administração precisa caminhar, a demanda é urgente, e a resposta precisa ser urgente. Esse pregão eletrônico, que também está posto no debate, é algo muito interessante, porque é fantástico, e aí cabe uma explicação de minha parte, pois vocês podem imaginar: “Pôxa, o professor é extremamente pessimista em relação ao instituto”. Não, pelo contrário. Se assim fosse não teria escrito o que já escrevi, produzido, aliás, outro tipo de reflexão em torno do Direito Administrativo – fazendo agora um *merchandising* sobre uma obra *Democracia e Humanismo no Direito Administrativo*. Por quê? Porque costumo pensar não de forma fechada, mas de forma aberta, vendo tudo; então, não posso imaginar que no Brasil só há a União, só há o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; eu tenho que lembrar da charrete e do jegue, que são, aliás, maioria. É fato que também tudo isso é muito contextualizado, porque esses instrumentos, lamentavelmente, são postos em momentos de efervescência, e esse foi um caso típico, porque todos sabem que o pregão eletrônico foi posto por conta das questões que ocorreram nos Correios. Mas esse regime viria para cá de uma forma ou de outra, e há uma tendência, não é da União, do Estado e do Município, é global – e se nós nos inserimos nesse meio, seremos pegos por essa onda, como fomos pegos pela Lei Fiscal. Eu me lembro do primeiro debate do qual eu participei sobre Lei Fiscal, em Belo Horizonte: um auditório com 450 pessoas, o projeto tramitando no Congresso, e a maioria das pessoas não confiava na aprovação da lei, como não confiavam na aprovação da Lei dos Crimes. Hoje, toda a parafernália está aí, apesar das dificuldades de implementação. E

assim também acontecerá nesse setor das contratações. Por quê? Porque se exige transparência, e a sociedade, em consequência disso, vai exigindo o quê? Resultado. Nós já estamos sendo cobrados por resultados, e com isso nós vamos nos modernizando. Aquela afirmação do Prof. Ives Gandra, no domingo, sobre a burocracia profissionalizada – já está acontecendo. Aquele brilhante exemplo que o Prof. Jessé deu sobre o RAD – no meu Tribunal chamamos de PGP – já está padronizado todo o processo, é uma maravilha para todos, tanto para a função jurisdicional, quanto para a função administrativa. O que significa isso? Isso é parte de uma grande modificação que está efetivamente acontecendo. É assim, então, que gostaria que olhassem para o pregão, ou seja, de uma maneira ampla, aberta, captando todas essas informações e pensando, sobretudo, de uma forma crítica.

Há muitos temas em destaque, um deles já enfrentado pela Dr^a Vera, a questão dos bens e serviços comuns. O que é bem e serviço comum? Ora, qual é a melhor definição de bem e serviço comum? Bem e serviço comum é bem e serviço comum! E pergunto: uma cadeira, mobiliário, item 2.1 do Anexo II do Decreto nº 3.555/00, é comum? Depende, como sempre responde um advogado. Precisamos verificar casuisticamente. E piso? É bem e serviço comum? O meu setor de obras parece ter dito inicialmente que era obra, serviço de engenharia. Bom, mas calma lá, vamos pensar uma coisa: eu não gosto de tratar com decreto, não podemos pensar em decreto, eu não sei se é porque fui aluno do Prof. Geraldo Ataliba, e ele dizia: “Não se pensa por baixo, tem que pensar é por cima”. O que fala a lei? A lei, a quem nós devemos respeito, fala “bem e serviço comum”; então, a exclusão de obra ou serviço de engenharia feita por decreto é um outro detalhe que nós teremos que investigar, obviamente, no caso concreto. Obra, tudo bem, essa nós tiramos, não há dúvida alguma, mas e os serviços que venham a, eventualmente, constituir-se em serviços de engenharia? Onde está a proibição? Porque, o que eu quero lhes dizer é o seguinte: pode haver serviço de engenharia que seja serviço comum. O Tribunal de Contas já vem decidindo; o *BLC* de novembro de 2005 já trata dessa matéria, inclusive trazendo a enunciação de alguns acórdãos relativos a

isso. O que está havendo no TCU? Uma modificação de leitura. Por quê? Porque há serviços que são reputados como sendo serviços de engenharia e são também comuns. A leitura não é essa, mas tudo bem, estamos chegando no mesmo ponto onde eu quero chegar. Há serviços que são de engenharia e que são comuns e, portanto, se enquadram na categoria de bens e serviços comuns; logo, podem ser licitados por pregão, a regra é muito simples. Aí eu caio naquela minha definição que os senhores não vão esquecer jamais: bem e serviço comum é, efetivamente, bem e serviço comum, porque se não nós cairemos num outro tipo de raciocínio, circular. Eu poderia pensar assim: bom, se o Decreto nº 3.555/00 exclui serviço de engenharia, o 5.450/05 exclui obra, parece que eu posso fazer esse serviço de engenharia por um ou por outro; então, se eu quiser fazer o serviço de engenharia, ao invés de sair para o pregão eletrônico, eu faço por pregão presencial, e vice-versa, dependendo da minha interpretação, e aí vira bagunça. Mas não é esse o raciocínio, não é por aí, não é assim que nós devemos pensar. O pregão veio, vai ficar, e essa tendência não é nacional, é sobretudo externa. E por que o pregão eletrônico foi escolhido a modalidade preferencial? Por vários motivos, mas um muito relevante. Qual é? Porque o sistema eletrônico se apropria de todas as informações, gerencia e fornece a toda comunidade, inclusive externa – externa, que eu digo, é não nacional –, todas as informações que ali são realizadas. Ou seja, é o sistema mais transparente e menos vulnerável de que se tem notícia até o presente instante. O sistema tem muita deficiência? Claro que tem, há muito o que se aprimorar, mas eu estou sempre imaginando o caso do jegue e o caso da charrete. Por quê? É difícil ainda a inclusão tecnológica. Eu realizo pregões eletrônicos, e não é fácil operar o sistema; não em razão do próprio sistema, porque a interface do sistema é tranqüila, o problema é que a comunidade ainda não está totalmente aparelhada para isso. Surgem, então, nesse debate todo, dúvidas simples como: “Se hoje eu estou fazendo um pregão de um determinado objeto e há uma requisição amanhã para fazer uma outra compra relativa àquele mesmo objeto, eu não estou incidindo naquela regra do parcelamento ou fracionamento?”. Primeiro devemos saber o que é parcelamento e o que é fraciona-

mento. São institutos distintos, e não basta para a gente o signo, o rótulo; temos que saber o que a lei veda. A lei não quer a prática de determinados erros, não quer, por exemplo, que se quebre o objeto para que não ocorra a licitação, como é o caso da dispensa pelo valor. O que acontece é que o mau planejamento estará sempre em evidência, e acontecerá isso com muita frequência, porque, infelizmente, o nosso planejamento ainda é bem deficiente.

Um elemento, ou um foco muito importante, quando se trata do pregão, é que agora, diferentemente das licitações tradicionais, nós temos atores e *scripts* diversos. Os atores: pregoeiro, equipe de apoio, autoridade superior e autoridade máxima. Esses atores possuem atribuições ou competências, se assim o quiserem, diferenciadas em relação às licitações convencionais. Onde nós vamos buscar a fonte dessas atribuições? Na lei, insistindo mais uma vez, não no decreto. Ressalto isso em homenagem àqueles que não têm formação jurídica, e eu convivo com esse problema. Aprendam, captem o regime jurídico do instituto, capacitem-se. Um Município que não tem nada a ver com os Decretos nº 3.555/00 e nº 5.450/05, porque não está submetido a essa legislação, deve olhar para a Lei 10.520/02, obviamente. Mas se olhar só na Lei nº 10.520/02, e nós não tivermos, por exemplo, o 3.555/00 sendo aplicado àquele Município, como eu faço para efetivar o parágrafo único do art. 7º, que diz que somente poderá atuar como pregoeiro o servidor que tenha realizado capacitação específica para exercer a atribuição? A pergunta é, por outras linhas ou palavras: o pregoeiro, num Município em que não tenha essa legislação, pode ser dispensado da capacitação? Ele pode ser dispensado do diploma, do curso de pregoeiro? É claro que, em princípio, pode. Mas, a outra pergunta: ele saberá realizar as suas atividades? A resposta é óbvia: é claro que não saberá realizar as atividades de pregoeiro, porque essa é uma função que demanda muita capacitação. Por que eu dei esse exemplo? Porque as pessoas políticas, e agora está acontecendo uma questão muito interessante no pregão eletrônico, não se dão conta desse arsenal normativo todo embaralhado. Por exemplo, um Município que quis fazer sua legislação própria de pregão eletrônico, lei e decreto, e utiliza, por exemplo, o “Sistema

Licitações” que é do Banco do Brasil. O “Sistema Licitações” está parametrizado conforme o Decreto nº 5.450/05, que é o pregão eletrônico da União; então, o Município não consegue fazer com que o seu pregão seja agasalhado operacionalmente pelo sistema eletrônico, e aí surgem essas dificuldades operacionais. É claro que o Município não vai desenvolver o seu próprio sistema, porque isso é algo muito caro. Então, é preciso saber como nós vamos tratar desse instituto no interior de uma unidade administrativa. O pregoeiro tem que ser alguém que conhece licitação, porque a licitação é mais um procedimento, como se fosse um procedimento tradicional; é necessário conhecer toda a mecânica, assim como a equipe de apoio há de conhecer toda a mecânica procedimental. Às vezes, vejo que são colocadas pessoas sem a capacitação nessas funções, e as dúvidas são as mais elementares possíveis, e isso não pode acontecer. Então, ao lado dessa capacitação técnica e jurídica, o pregoeiro tem também de dispor de uma habilidade pessoal; e essa habilidade pessoal é diferenciada para o pregoeiro eletrônico e o presencial. Nós temos, em nossa unidade administrativa, pregoeiras, e a maioria sempre é mulher, por motivos que os senhores todos conhecem, se não conhecem, lembrem-se da mecânica feminina para adquirir uma peça de roupa num *shopping center*! Nós temos pregoeiras que só fazem o eletrônico, outras só o presencial; a que faz o presencial não consegue fazer o eletrônico, porque, às vezes, a que faz o eletrônico tem o domínio tecnológico, mas tem dificuldade de falar em público. Assim, essa pessoa tem que ser escolhida a dedo, tem que saber se comportar diante daquele procedimento. E uma coisa que eu tenho dito também aos pregoeiros: analisem bem o trabalho, porque normalmente há algumas atribuições – que o Prof. Diogenes chama de “atribuições impertinentes” – que são dadas ao pregoeiro, mas que não tem fundamento legal. Os senhores sabem, tanto quanto eu, que a responsabilidade por atos praticados ali é dele, exclusiva e pessoal; ele é multado pelo TCU, pelo TCE, é ele que se responsabiliza administrativamente, e só ele, não reparte esse ônus com quem quer que seja. Essa é uma característica do pregão, que não é característica do Colegiado das Comissões de Licitação, em que a responsabilidade é de todos, é solidária. Há um outro traba-

lho em que eu cuido especificamente da questão da remuneração. Um tema sedutor que nos consumiria toda a manhã, mas que eu lhes dou a conclusão: eu acho que tem que remunerar, tem que haver essa contraprestação. Por que eu acho que tem que haver a contraprestação? Os senhores devem saber que nesses anos de pregão, somente se resgatando dados do Licitações e do Compras Net, nós temos em torno de 200 mil certames já realizados. É muito trabalho, as unidades administrativas sabem disso, o quanto vem crescendo numericamente essa atividade, o quanto vem se consumindo. O Prof. Carlos Motta disse nas “Jornadas”, no mês passado, que talvez fosse o caso de se instituir na carreira o cargo de pregoeiro – não sei, ainda não tive tempo de raciocinar, de meditar um pouco mais a fundo sobre essa questão. Mas o fato é que uma contraprestação talvez seja necessária, não porque necessariamente temos que dar ao pregoeiro o mesmo tratamento que é dado ao membro de Comissão de Licitação. Por quê? Porque são atividades totalmente diferentes, embora alguém possa pensar que não, mas são realmente diferenciadas. O pregoeiro, então, como a sua equipe de apoio, a par de ter essa habilidade, essa qualificação, além de ser bem remunerado, tem que ter a sua estrutura física de trabalho muito bem posta, porque às vezes não tem nem mesa de trabalho. A par disso tudo deve introjetar em si os princípios do pregão, o princípio da celeridade, mas se pensar só na celeridade, deve-se lembrar do ditado que diz “a pressa é a inimiga da perfeição”; então, é a celeridade moderada, ele deve se lembrar que o princípio deve ser eficiente, econômico. E é econômico como? Os senhores sabem quanto o pregão economiza de fato? Não há uma resposta fixa. Por quê? Porque depende da base de cálculo considerada. E o pregão eletrônico, em termos de economia percentual e de valor, é melhor que o pregão presencial ou vice-versa? Depende também da circunstância, a unidade administrativa é que terá que, efetivamente, fazer esse monitoramento. Mas sabe-se que o percentual de economia tem sido o grande atrativo do agente, não administrativo, mas político, porque é dito – e eu já alerta que a premissa é falsa: “Ah, eu economizei não sei quantos milhões, bilhões esse ano com a instituição do pregão” – no outro ano também, e no outro também, e nós já temos cinco anos de

pregão, indo para o sexto ano. Mas às vezes sobra dinheiro no orçamento, e os senhores sabem que sobra mesmo, não por aquela circunstância já dita aqui pelo Prof. Carlos Motta, que é de má-execução, não é isso; esse é o problema pelo qual a União está passando agora. Essa economia, na verdade, acaba revelando que houve um mau planejamento prévio no ano anterior, e o que é mais grave: se um governo diz que economizou X milhões ou bilhões, nós lembramos, e os senhores sabem, porque essa é uma realidade que os cerca, que esses recursos não têm um retorno para outra área, como, por exemplo, é a área de investimento. E então, qual é, infelizmente, sob certo aspecto, o retrato do dia de hoje? Ao invés de nós termos uma estrutura para bens licitáveis mais modesta, nós estamos com uma estrutura um pouco mais avantajada. Não que não tenhamos que ter essa estrutura avantajada, mas é que a pessoa, o gestor ou a autoridade competente, vendo que vai sobrar dinheiro, ao invés de adquirir um carro mais módico, pede um “jipão”, mas muitas vezes não há necessidade disso; deve ser visto se o objeto se presta àquela determinada finalidade. Nós temos que sempre lembrar que o recurso manejado no pregão é um recurso público e, se é público, deve ser obviamente gasto com extrema parcimônia. O pregoeiro, então, nesse contexto todo, deve se lembrar que não está vinculado ao menor preço. “Espera aí, mas parece que a lei fala que é ao contrário, é o menor preço!” – e eu estou dizendo que não é o menor preço, porque nem sempre o que é menor, o que custa menos, é o melhor para a Administração. Então, como tenho feito nos cursos, é o “menor melhor valor”. “Ah, mas como eu vou saber qual é o ‘menor melhor valor’?”. Há muitas técnicas. E por isso é que eu não concordo com essas questões, com essa reclamação toda que há na Administração: “Aqui eu só compro porcaria, eu só contrato prestador de serviço de pior qualidade”. Por que não concordo com isso? Porque a lei, que nós não sabemos ler, nos dá todo esse instrumental. Se for o caso, institua mecanismos, quem sabe até pedindo amostras, como faço em muitas circunstâncias – e tem hora e procedimento para pedir amostras, tem que saber o que vai fazer com as amostras, como vai ser a análise técnica, mas é possível sem, obviamente, deturpar o procedimento. Quando eu falei no início que o procedi-

mento não acabaria com a patologia – e não vai acabar – mesmo com esses processos gerenciais de procedimentos ou de padrões de trabalho, que o Prof. Jessé chama de RAD, e eu chamo de PGP, é porque constato na Administração Pública o que eu apelidei de “efeito sanfona” no processo. Por que “efeito sanfona”? É o processo que vai e vem, vai e vem. Por quê? Porque ele sai do setor requisitante e vai caminhando; quando chega na elaboração do edital, o sujeito diz: “Mas, puxa, ele me pediu aqui um cardioversor para o setor de saúde, mas o cardioversor tem 500 mil modelos. O que efetivamente ele quer?”. Aí o processo volta, e fica nesse vai e vem. Então, o pregão, em si, é rápido, mas a fase interna, a que antecede a publicação do aviso, continuará problemática se nós não tomarmos o devido cuidado e as devidas providências. A economia, então, como eu disse, é relativa, não é o que se tem de primordial no pregão, mas depende de a Administração acatar, assimilar esses princípios todos, dar mais efetividade ao procedimento, coisa que já poderia ter sido feita há muito tempo nas licitações, segundo a minha ótica, e esse é o meu trabalho de dissertação de mestrado sobre “Competência legislativa”. Eu acho que devia ter sido feito o que a Bahia fez, dar agilidade, porque isso tudo aqui é procedimento, nós queremos é um fim, nós queremos a contratação, nós queremos a aquisição. Mas nós temos essa cultura fechada dizendo assim: “Só a União legisla”. Depende sobre o quê. O que nós queremos não é contratar? A regra, a matriz, está na Constituição Federal, e dali, obviamente, nós não podemos fugir. Os dados e toda essa parafernália que está na nossa mesa quase que diariamente nos mostram o seguinte quadro: o pregão é um instituto que veio para ficar, já se sobrepõe às demais modalidades, possui regras específicas, e é importantíssimo que a Administração e o pregoeiro saibam apartar, nesse cenário jurídico, o campo específico de atuação, sabendo o que é a subsidiariedade da Lei nº 8.666/93; é necessário saber interpretar o caso concreto segundo os princípios que norteiam o pregão. Vejam o número: 200 mil licitações em cinco anos! É realmente muito significativo, os casos se multiplicam.

Uma coisa em particular sempre me preocupa, e daí a minha tarefa de pensar que essa atividade que nós desenvolvemos, e eu desen-

volvo falando na Administração Pública, não como magistrado – como magistrado também, mas com outro foco –, se engata em outras vertentes. O papel que nós desempenhamos é muito importante, pois nós temos que lembrar sempre daquele ciclo da atividade financeira do Estado. O Estado vem até nós, escuta, verifica quais são as nossas demandas por segurança, saúde, educação, lazer etc., capta os recursos, gerencia, aloca e, no finzinho, faz o controle desses recursos, para que possam chegar na ponta de novo, que é aquilo que fundamentou e legitimou todo esse ciclo.

O que tenho feito é uma espécie de súplica, pedindo para que todos pensem de uma forma aberta, de uma forma maior, fazendo como o Judiciário tem feito em muitos casos, relevando – como disse a Prof^a Vera – detalhes, formalismos, quando se mostram desnecessários; todos nós sabemos qual é o fim desejado, o que se busca efetivamente com institutos como o pregão, seja presencial ou eletrônico. Vendo um cenário como esse, composto por pessoas cultas, inteligentes, bem dotadas e privilegiadas – como eu próprio me sinto quando vejo o caso das charretes e dos meninos que com os pés descalços caminham por quilômetros em areia quente para chegar na escola –, acho que há uma fala muito apropriada para o momento: “Toda a vida não é mais que uma união. Uma união de pedras

é edifício; uma união de tábuas é navio; uma união de homens é exército. E sem essa união, tudo perde o nome e mais o ser. O edifício sem união é ruína; o navio sem união é naufrágio; o exército sem união é despojo. Até o homem (cuja vida consiste na união de alma e corpo) com união é homem, sem união é cadáver. Por mais alta que esteja a cabeça, se não está unida é pés. Por mais ilustre que seja o ouro, se não está unido é barro. Nobreza e desunida, não pode ser, porque, em sendo desunida, logo deixa de ser nobreza, logo, é vileza. Para derrubar um reino e muitos reinos em que há desunião, não são necessárias baterias; não são necessários canhões; não são necessários trabucos; não são necessárias balas, nem pólvora. Basta uma pedra: o lápis. Para derrubar um reino e muitos reinos em que falta a união, não são necessários exércitos; não são necessárias campanhas; não são necessárias batalhas; não são necessários cavalos; não são necessários homens; nem um homem, nem um braço, nem uma mão. Nós temos muito boas mãos e o sabem muito bem os nossos competidores. Mas se não tivermos união, nem eles haverão mister mãos para nós, nem a nós nos hão de valer as nossas”. Esse, para quem não conhecia, é o Sermão do Santíssimo Sacramento, pregado em 1662, pelo nosso querido Padre Vieira.

Meu abraço a todos!