

PREGÃO SEMPRE POR MENOR PREÇO, E QUASE SEMPRE OBRIGATÓRIO: A GROSSERIA ENTRONIZADA

Ivan Barbosa Rigolin

(abr/25)

I – A vigente lei de licitações e contratos, Lei nº 14.133/21, eliminou duas das anteriores e tradicionais modalidades de licitação: a *tomada de preços* e o *convite*, ou carta-convite. Manteve apenas da regra anterior a *concorrência*, e incorporou o *pregão* na lei geral, modalidade essa que provinha de uma lei específica (Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002), que vigorava em desconfortável paralelo à lei nacional de licitação.

A justificativa quanto ao fim do convite foi a de que o ‘dirigismo’ vicioso reinava absoluto nessa modalidade, sendo mesmo raros os convites que escapassem desse defeito.

Não falamos do dirigismo natural dos convites, que na forma da lei anterior (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, art. 22, § 3º) eram endereçados a ao menos três fornecedores *escolhidos e convidados* pelo ente público – o que tornava naturalmente *dirigido* o convite -, mas daquele certame pré-

combinado, de cartas marcadas e cujo vencedor era sabido com antecedência.

Os comentaristas mais picarescos – e nós jamais nos colocaríamos entre eles ... – costumavam asseverar que ouviram dizer que um dia aconteceu um convite não-dirigido viciosamente, e mesmo assim por notícia não confirmada ...

Pilhéria à parte, o fato era verdadeiro, e os convites costumavam ser distribuídos de modo nem sempre (quase nunca) isento e equânime, gerando uma desconfiança de aproximadamente 99,99% quanto à sua lisura, com margem de erro de 0,1% para mais.

Seja como for – e o convite durou em nosso direito, para não retroceder na história até antes da Lei paulista nº 89/72, *cerca de 50 (cinquenta) anos* – o convite desapareceu com a revogação da Lei nº 8.666/93, e atualmente é apenas uma imagem do passado, para gáudio de uns e pesar de outros.

II – Com a Lei nº 14.133/21 o panorama se alterou drasticamente, e o pregão tomou conta das modalidades de licitação. Vejamos, da Lei nº 14.133/21:

Art. 6º (...)

XLI – pregão: modalidade de licitação *obrigatória* para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de *menor preço ou o de maior desconto*;

Primeiro destaque acima: o pregão é obrigatório para aquisição de bens e serviços comuns. Não se fala em

concorrência para esses objetos. O licitador poderá optar por pregão ou por pregão, tanto quanto os empregados da Ford dos grimórdios, que tiveram atendido pelo presidente seu pedido de pintar carros de outras cores, desde que fossem todos pretos.

Segundo destaque: o critério de julgamento é o de menor preço ou então o de maior desconto, o que significa trocar seis por meia dúzia, porque o maior desconto persegue o menor preço dentre os participantes, exatamente como o critério do menor preço; apenas muda um detalhe operacional de microscópica importância, sendo ambos concebidos para o certame desembocar no fatal menor preço como indicador da proposta mais vantajosa.

Resumo até aqui: a) o pregão é a imensa maioria das licitações que se realizam pela Lei nº 14.133/21; b) o critério é o do menor preço; c) o pregão é obrigatório para licitar a quase totalidade dos objetos. Dentro da democracia e da liberdade de ação, estamos conversados.

III - Ocorre que muitos operadores, tirante a vulgarização do menor preço para objetos que tecnicamente não o comportam bem, gostaram da simplificação com a eliminação do convite e da tomada de preços, e não se os pode censurar num panorama de tantas incertezas jurídicas e jurisprudenciais (¹).

¹ É triste fato o de que inúmeros condutores de licitação, e contratantes, foram ou estão sendo processados, muita vez em pesadas ações civis públicas com a nota de improbidade administrativa, pela sua atuação em certames de melhor técnica ou de técnica e preço, sob a pecha de que foram viciadas e dirigidas maldosamente com fins espúrios. Há inquestionavelmente as que procedem, mas existem ao lado daquelas as absolutamente injustas, arbitrárias, atrabiliárias, vergonhosamente desviadas de finalidade e reprováveis a todos os títulos. Quando alguém disse que *o inferno é aqui* devia referir-se a ser vítima de tais ações. O menor preço evita e previne grande parte desses riscos, porque um é sempre menor que dois e maior que meio, tanto quanto viajar de trem (menor preço) é sempre mais seguro que de

É evidente que inúmeros serviços não se prestam a ser licitados por menor preço, porque contêm requintes de concepção e de execução em tudo exigidores de cuidados especiais tanto do edital quanto dos operadores dos certames.

A lei demonstra sabê-lo, como se lê do inc. XXXVIII do mesmo art. 6º:

XXXVIII – concorrência:

modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser:

- a) menor preço;
- b) melhor técnica ou conteúdo artístico;
- c) técnica e preço;
- d) maior retorno econômico;
- e) maior desconto;

Ah, então aí está resolvida a questão ? Se o serviço é requintado, complexo ou *especial* como reza a lei, licita-se-o por concorrência e não por pregão ?

Doce ilusão ! Muita vez por defeito ou deficiência do edital ou do expediente da licitação não resta demonstrada aquela singular complexidade ou aquele requintamento, o que costuma gerar apreciações negativas da legalidade.

helicóptero (melhor técnica). Sim, eis que no magistério do ditador lusitano António de Oliveira Salazar *os defeitos dão lá em cima, e os mecânicos estão cá embaixo.*

Se alguma coisa pode dar errado, ninguém duvide, dá-lo-á, consoante já pontificara o mitológico legislador Murphy. De mais a mais, não se imagina que fiscais frequentemente grossos avaliem coisas finas.

Mais: os fatores, os pesos e as ponderações contidos nos critérios de melhor técnica ou de técnica e preço costumam ser portadores de uma *inevitável subjetividade*, que se for adiante contestada pela fiscalização dificilmente pode ser justificada com argumentos convincentes.

IV - O azar do licitador é a subjetividade, os conceitos fuidos, as regras pouco determinadas; com toda frequência o fiscal tem outra visão – amiúde caolha e francamente grosseira, própria daqueles que só vêm a hora de terminar o trabalho. Então, a divergência é quase inevitável.

O que se comemora é que a partir da segunda instância da fiscalização o nível dos profissionais aumenta significativamente, e se faz possível apresentar argumentos tão refinados quanto as questões exigem, algo difícil na primeira fase da fiscalização. Mas o drama já está instalado.

Quem já foi réu – vítima - em ações civis públicas com nota de improbidade administrativa por, mesmo com absoluta boa-fé, ter se envolvido com tais critérios, pesos, fatores e mandracarias outras sabe bem do que aqui se fala.

Esse, se e quando escapa do verdadeiro inferno judicial que segue – amiúde com pesada consequência moral, financeira, profissional, física e existencial ... -, jamais entra em outra

licitação que não seja a de menor preço, ainda que se trate de contratar o serviço de análise comparativa dos pontos divergentes sobre alquimia entre a obra de Leonardo da Vinci, Goethe e Piero della Francesca.

Compreende-se então a vulgarização do menor preço, e pela simples aplicação do ditado segundo o qual se deve *preferir burro que nos carregue a cavalo que nos derrube*.

V – Mas existem, todos o sabem, criaturas intrépidas e intemoratas como o foram os heróicos 300 de Esparta, ou os não menos heróicos aliados que desembarcaram na Normandia no Dia D, todos eles de conhecido e triste destino.

Também no mundo encantado das licitações o fenômeno ocorre, e vez que outra (até mais que se imagina) alguém se mete a realizar concorrência de, por exemplo, técnica e preço.

O objeto são bens que o autor do edital imagina que sejam especiais. Então a pergunta: que afinal são bens especiais ? Como se os pode assim configurar, ou caracterizar ? Alguém perguntaria: bens especiais: que diabo disso é aquilo ?

Já se disse e é bem sabido que o subjetivismo, a indeterminação dos conceitos, a vagueza das definições, o personalismo que cerca muitos conteúdos da lei e do regramento jurídico, tudo isso constitui o grande azar, a maldição existencial do operador do dirfeito, e do impulsionador dos procedimentos que o mesmo direito exige, muito particularmente no caso da Administração pública.

A Administração atua na maioria das vezes dentro de procedimentos e atos *vinculados* à vontade da lei e aos seus comandos. Se esses comandos não são explícitos e literais, e se deixam margem a leituras livres e as mais variadas, aí do coitado do operador.

Dentro das múltiplas leituras que os dispositivos vagos e subjetivos permitem, o operador apenas reza e anseia que a leitura do fiscal das suas contas coincida com a sua ... ou o desastre será inevitável.

VI – O legislador parece não se ter dado conta desta questão, ainda e por mais que a doutrina insista sobre a questão, e por mais que ele experimente situações de conflito, quase sempre perfeitamente evitáveis pelo mero bom-senso.

Vejamos, e repetindo a indagação feita acima: que caracteriza um bem especial? Quais, como e quantos são? Não existe resposta mais difícil.

Arroz é um bem comum, dificilmente alguém divergirá. Mas e arroz negro integral parboilizado, sê-lo-á também? Merece outra classificação, como a de bem especial? É isso o que a lei pretendeu estabelecer?

Computador comum é uma coisa, mas computador quântico, será jurídica e formalmente a mesma coisa? Merece o mesmo tratamento ou enquadramento jurídico?

Robô que ande para a frente e para trás é uma coisa, a cada dia mais comum. Mas se o ente público exige robô que realize operações refinadas e que contenha um detetor de calor e de

cores, apto a, por análise térmica do ambiente, encontrar alguém escondido, por exemplo, na biblioteca do Clube Orândia, será esse prodigioso engenho comum quanto o primeiro ?

Que segurança tem o autor do edital para se definir por um lado ou por outro ? Valerá arriscar a classificação deste ou daquele bem como especial, de modo a poder realizar concorrência de técnica para contratar a sua aquisição ?

VII – Vamos complicar ligeiramente a hipótese: serviços.

Cada dia que corre vê nascer um ou mais de um serviço que ontem ainda não constava entre os existentes. Nada pode ser mais fértil que a imaginação humana, principalmente a dos homens das ciências, para a todo tempo criar e descobrir novidades escondidas no grotões da mãe-natureza, e nos escaninhos da imaginação.

Um só exemplo da criatividade inesgotável para engendrar serviços é a indústria dos golpes telefônicos e informáticos, criando-se diversos deles, os mais variados, a cada novo dia. São serviços inquestionavelmente, ainda que criminosos, calhordas e merecedores do pior castigo. Antes não existissem.

Mas ninguém negará que são imaginosos e que deram trabalho para serem concebidos. Transporte-se a ideia agora para o lado do bem, da ciência, da tecnologia e do futurismo virtual, como no caso da *inteligência artificial*.

Se o ente público entender que necessita programas de IA capazes de dar conta de variadíssimas atividades

mecânicas – complexas, cansativas, trabalhosas e dispendiosas – que realize a cada dia, esse programa é um serviço comum ou especial ?

Será comum, neste mundo cada dia mais informático e virtual que desafia mais e mais a ficção científica ? Será especial, dada a grandiosidade ou o ineditismo da pretensão e dos objetivos a alcançar, e portanto um bem merecedor de um tratamento jurídico e operacional bastante mais requintado que o aplicável a outros programas de informática, já considerados comuns ?

Se acaso um objeto de inédita e alta tecnologia for acaso julgado especial hoje, com a multiplicação dos prestadores que se dá a cada dia – um a encostar na descoberta de outro, e a copiá-lo em todo o possível – daqui a seis meses continuará sendo especial, ou já terá caído na vala comum dos objetos amplamente conhecidos do mercado ?

O que no dia de hoje é um bem ou um serviço especial em breve deixará de sê-lo, isto é tão certo quanto ao dia suceder a noite. Mas qual é esse prazo, e que tempo é esse ?

VIII - Um exemplo que se extrai da lei constitui um dos pontos mais grosseiros de todo o seu texto, algo energúmeno, heterodoxo e que jamais desceu goela abaixo: serviços comuns de engenharia, e obras comuns de engenharia. Que raio de maldito demônio vem a ser isso, que o grão-pateta autor concebeu ?

Existem obras comuns de uma arte e uma ciência de nível superior, árdua e demorada para alguns poucos dominarem como é a engenharia civil ? Pode existir isso ?

O cidadão se esfalpa para ingressar na faculdade, por vezes repetindo a tentativa anos após ano até conseguir; estuda furiosamente cinco ou seis anos até conseguir formar-se, inscreve-se no Conselho da profissão, e é por ele fiscalizado com rigor; tem número máximo de projetos simultâneos pelos quais se responsabilize, trabalha sempre debaixo de estrita vigilância.

Então esse profissional realiza trabalhos comuns, projeta obras comuns, ou serviços comuns de engenharia ? Podem existir serviço comuns de engenharia ? Isso acaso não constitui uma *contradictio in terminis*, uma definição absurda só em si ?

A lei de licitações regrediu, neste ponto, à idade da pedra lascada. Foi a inconsciência profissional entronizada. Faltaram engenheiros entre os parlamentares que elaboraram a lei.

IX - Outra questão: durante quanto tempo o ente público que licitou o bem ou o serviço como sendo especial poderá sentir-se tranquilo de que essa classificação não será contestada pelos órgãos de fiscalização das contas públicas, por excelência os Tribunais de Contas e os Ministérios Públicos ?

Será que Nostradamus, a grande pitonisa do oráculo de Delfos, Omar Cardoso ou Mãe Dinah, algum desses responderia com segurança ?

Será que algum programa de inteligência artificial resolveria essa questão com fundamento plausível e suficiente ?

Observa-se a todo dia programas complexíssimos de informática como são sistemas de contabilidade, tributação, planos de contas, cadastros imobiliários, plantas genéricas de valores e outros serviços e sistemas essenciais a Municípios – sem os quais eles não passam um dia – todos esses muito requintados objetos serem licitados por pregão.

Existirá grosseria maior ?

Isso acaso é um serviço comum ? Será como varrer ruas, ou coletar lixo domiciliar ? É acaso como pintar um prédio, ou realizar os trabalhos de recepção da Prefeitura ? Merece o mesmo enquadramento jurídico ou técnico ?

Os inimagináveis incidentes que podem surgir e que sempre surgem nas licitações de complexíssimos objetos como aqueles, tais incidentes podem ser resolvidos na pouca formalidade e na simplicidade procedimental de um pregão ?

É tecnicamente conveniente que o sejam, como numa feira livre ou num mercado de peixe – porque o pregão se presta muito bem para isso -?

Reconhece-se que em determinado ponto da *novela* licitatória tanto licitante quanto licitador acabam preferindo licitar refinados e imensos programas e projetos por pregão:

- a uma porque é, desde o início até o encerramento, mais rápido que concorrência e quem perder já pode voltar imediatamente à sua atividade e a seu ganha-pão, sem mais precisar correr atrás de papéis;

- a duas porque, explicando o item anterior, resta tão difícil, trabalhoso e demorado solucionar questionamentos,

recursos, liminares em mandados de segurança, representações ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público – quando não ações ordinárias e ações populares – que o pregão, descomplicado e ágil, incitador de muito menos incidentes, e por bem ou por mal, acaba sendo preferido. A técnica ... ora, a técnica !..

Em final remate para estas sumárias observações, o panorama, em questão de técnica, é sombrio e desanimador.

Chegará o dia em que o ser humano nas licitações será limitado ao técnico de informática para assegurar que os computadores estão funcionando em ordem, apenas isso.

A racionalidade das operações estará há muito entregue às ferramentas de inteligência artificial, que avança centímetro por centímetro até a final redução do homem que pensa e cria ao mínimo indispensável, ao menos em questões técnicas. E a criatura, outra vez mais, devorará o criador.

Com tudo isso, neste 2.025 da era cristã, ainda somos felizes, e ao que parece poucos o sabem.