

## A instituição do Pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns

Adriana Maurano \*

1.Introdução. 2. Licitação: Considerações gerais. Aspectos históricos. As modalidades de licitação previstas na Lei Federal 8.666/93 3. Pregão: A Reforma do Estado e a instituição do pregão. O Pregão no direito positivo brasileiro. Considerações sobre o termo “bens e serviços comuns”. A escolha da modalidade de pregão pelo agente público: vinculação ou discricionariedade. 4. Conclusão. 5. Bibliografia .

### 1. Introdução

O presente trabalho tem como objeto de análise a nova modalidade de licitação denominada pregão, instituído no contexto de um processo de mudança por que passa o Estado, como meio de conferir maior eficiência e agilidade ao procedimento licitatório.

A adoção do pregão para aquisição de bens e serviços comuns objetiva, principalmente, ampliar a competição, permitindo a obtenção de um melhor preço pela administração, com a possibilidade de lances verbais e negociação direta pelo pregoeiro.

No entanto, sua aplicação tem sido objeto de muitos questionamentos, gerando dúvida e insegurança por parte do administrador quanto à sua escolha, especialmente

quando se trata de proceder ao enquadramento do objeto da licitação no conceito de bens e serviços comuns do art. 1º da Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

Este trabalho inicia-se com uma análise histórica do procedimento licitatório na legislação brasileira, desde sua institucionalização, sua inserção no texto constitucional, até o atual estatuto de licitações, para, então, à partir do estudo do contexto sócio-econômico brasileiro e das transformações por que passa a Administração Pública, abordar a criação da nova modalidade de licitação denominada pregão.

Por fim, passa-se a tratar da questão polêmica sobre a definição de “bens e serviços comuns”, a vinculação ao rol do Anexo II do Decreto Federal nº 3.555, de 08 de agosto de 2000, alterado pelo Decreto Federal nº 3.784, de 06 de abril de 2001, e a possibilidade de escolha desta nova modalidade de licitação, dentre as demais previstas na Lei Federal 8.666/93, pelo agente público, tendo em vista os princípios que norteiam as ações da Administração e o atendimento ao interesse da coletividade.

## 2. Licitação

### Considerações Gerais

O Estado<sup>1</sup> tem como objetivo o atendimento ao interesse público. Para atingir esse objetivo, muitas vezes precisa contratar com terceiros para a realização de obras e serviços e aquisição de bens. No entanto, diversamente do que ocorre na iniciativa privada, o agente público não é livre para contratar com quem lhe aprouver, mas seus contratos dependem, via de regra, de um procedimento seletivo.<sup>2</sup>

Assim, a licitação pública foi concebida como procedimento prévio à celebração dos contratos pela Administração, em razão de dois princípios fundamentais: a) indisponibilidade do interesse público, que obriga o administrador público a buscar sempre, de forma impessoal, a contratação mais vantajosa para a Administração, e b) igualdade dos

administrados<sup>3</sup> , que obriga que o administrador ofereça iguais oportunidades aos concorrentes (potenciais ou concretos) de virem a ser contratados com a Administração.

Hely Lopes Meirelles conceitua licitação como:

“o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.”<sup>4</sup>

Para Marçal Justen Filho:

“ 'Licitação' significa um procedimento administrativo formal , realizado sob regime de direito público, prévio a uma contratação, pelo qual a Administração seleciona com quem contratar e define as condições de direito e de fato que regularão essa relação jurídica”<sup>5</sup>

Já o conceito de licitação dado por Celso Antônio Bandeira de Mello, enfatiza a concorrência entre os participantes:

“Licitação – em suma síntese – 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. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir”<sup>6</sup>

No mesmo sentido Carlos Ari Sunfeld conceitua licitação como:

“o procedimento administrativo destinado à escolha de pessoa a ser contratada pela Administração ou a ser beneficiada por ato administrativo singular, no qual são assegurados tanto o direito dos interessados à disputa como a seleção do beneficiário mais adequado ao interesse público”<sup>7</sup>

Na visão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro a licitação é:

“o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no

instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para celebração de contrato”<sup>8</sup>

A doutrina, conquanto não nos forneça uma conceituação uniforme desse procedimento administrativo, é acorde no acentuar os seus traços essenciais e suas finalidades: a busca da contratação mais vantajosa para o Poder Público e o oferecimento de iguais oportunidades aos administrados, de virem a ser contratados por ele.<sup>9</sup>

### Aspectos históricos

A licitação foi introduzida no direito público brasileiro há mais de cento e trinta anos, pelo Decreto nº 2.926, de 14.05.1862, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Públicas. Após o advento de diversas outras leis que trataram, de forma singela, do assunto, o procedimento licitatório veio, a final, a ser consolidado, no âmbito federal, pelo Decreto nº 4.536, de 28.01.22, que organizou o Código de Contabilidade da União (arts. 49-53).

Desde o antigo Código de Contabilidade da União, de 1922, o procedimento licitatório veio evoluindo, com o objetivo de conferir maior eficiência às contratações públicas, sendo, por fim, sistematizado através do Decreto-Lei nº 200, de 25.02.67 (arts. 125 a 144), que estabeleceu a reforma administrativa federal, e estendido, com a edição da Lei nº 5.456, de 20.06.68, às Administrações dos Estados e Municípios.

O Decreto-lei nº 2.300, de 21.11.86, atualizado em 1987, pelos Decretos-lei 2.348 e 2.360, instituiu, pela primeira vez, o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, reunindo normas gerais e especiais relacionadas à matéria.

A Constituição de 1988 representou um notável progresso na institucionalização e democratização da Administração Pública. Apesar dos textos constitucionais anteriores contemplarem dispositivos relacionados ao acesso à função pública e ao regime do

funcionalismo estatal, a verdadeira constitucionalização da Administração Pública somente foi levada a efeito pela Carta de 1988.

A partir de 1988 a licitação recebeu status de princípio constitucional<sup>10</sup>, de observância obrigatória pela Administração Pública direta e indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim, ao analisar o disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal, pode-se observar que a obrigatoriedade de licitar é princípio constitucional, apenas sendo dispensada ou inexigida nos casos expressamente previstos em Lei.

O princípio de licitar está intimamente ligado aos princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público que são princípios norteadores da atividade estatal.

O fato de ter sido alçado ao status de princípio constitucional é de extrema importância para a análise do procedimento licitatório dentro do ordenamento jurídico.<sup>11</sup>

Conforme observa Sílvio Roberto Seixas Rego:

“a magnitude de um princípio constitucional é tamanha, que motivou Celso Ribeiro Bastos a se manifestar no sentido de que a não observância de um princípio informador de determinado sistema é muito mais grave do que a violação da própria lei aplicada. Segundo o festejado constitucionalista, a infração da lei é mal menor se considerada em relação à não observância de um princípio, eis que este último traduz-se na própria estrutura informadora da norma. Ao contrário da norma que somente possui eficácia nas situações por ela disciplinadas, os princípios, em razão de sua abstratabilidade sem conteúdo concreto, açambarcam, ao contrário da lei, um número indeterminado de situações fornecendo critérios para a formação das leis. Aspecto relevante da aplicabilidade dos princípios diz respeito aos critérios que estes fornecem para uma sólida, justa, lógica e legal interpretação da lei.”<sup>12</sup>

O art. 37, XXI da Constituição Federal foi regulamentado pela Lei 8.666, de 21.06.93 (alterada pelas Leis 8.883/94, 9.648/98 e 9.854/99), em vigor atualmente, que

disciplina as licitações e contratos da Administração Pública. Esta Lei estabelece cinco modalidades licitatórias: concorrência, tomada de preços, convite, leilão e concurso. Estas modalidades estão definidas no art. 22 da Lei Federal nº 8.666/93.

As modalidades de licitação previstas na Lei Federal 8.666/93

A concorrência é a modalidade de licitação mais apropriada para os contratos de valor elevado. Ela admite a participação de todos os interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

Tomada de preços é a modalidade de licitação na qual os interessados em participar devem estar previamente cadastrados ou atender a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas. A habilitação prévia tem por objetivo imprimir maior celeridade ao processo licitatório, sem impedir a participação de todos os interessados que preencham os requisitos para tal. Esta modalidade é empregada para contratações de valores médios.

Convite é a modalidade de licitação mais simples, sendo utilizada pela Administração para contratações de menor valor. Esta modalidade é realizada entre interessados que atuem no ramo pertinente ao objeto licitado e que sejam convidados pela Administração. No entanto, outros interessados poderão participar do certame, manifestando interesse até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas, exigindo-se, para tal que estejam devidamente cadastrados na correspondente especialidade.

Concurso é a modalidade de licitação destinada à escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme estabelece o § 4º do art. 22 da Lei 8.666/93.

Por fim, o leilão é a espécie licitatória utilizada para que a Administração proceda à venda de bens móveis inservíveis ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados. No leilão não há necessidade de habilitação prévia, sendo o bem arrematado pelo interessado que oferecer o maior lance.

### 3. Pregão

#### A Reforma do Estado Brasileiro e a instituição do Pregão

O Estado moderno tem assumido funções e responsabilidades que são, posteriormente, devolvidas à sociedade, na busca de uma maior eficiência na prestação dos serviços de interesse público.

O atual contexto das grandes tendências mundiais relacionadas a globalização<sup>13</sup>, progressos na tecnologia da informação e emergência da sociedade civil organizada, levou à concepção de um novo papel do Estado, que passa de produtor direto de bens e serviços para indutor e regulador do desenvolvimento.<sup>14</sup>

A constatação da ineficiência da máquina administrativa para prestar diretamente os serviços de interesse social, aliado aos custos excessivos para a sua manutenção, fez com que fosse iniciado, no mundo contemporâneo, uma série de transformações, com a finalidade de reduzir a atuação direta do Estado, repassando-se à iniciativa privada atividades que, por sua natureza, podem ser executadas por particulares.

No entanto, este repasse de atividades à iniciativa privada não poderia ocorrer de modo absoluto, pois, como a experiência do liberalismo demonstrara, algumas atividades não poderiam ser adequadamente desempenhadas pelo particular.

Retoma-se, pois, a noção de subsidiariedade, a qual, por sua vez, tem como princípio a parceria entre o Poder Público e a sociedade.

No modelo de Estado Subsidiário, o Poder Público deixa à iniciativa privada a realização das atividades econômicas, reservando para si aquelas de que participa ou nas quais intervém somente em setores essenciais ou indelegáveis, para cujo desempenho a iniciativa privada se apresenta deficiente.

Desta forma, nota-se que o Estado transita daquele produtor e prestador de serviços para dar espaço ao seu papel regulador.

A onda de reformismo do mundo contemporâneo gerada à partir da constatação de que o modelo intervencionista do Estado de Bem-Estar Social não poderia subsistir, também atingiu o Estado Brasileiro. O modelo intervencionista gerou um crescimento da dívida, o que estrangulou o Estado, que como consequência não conseguiu mais manter o mesmo nível de investimento.

Assim, o Brasil vem se desprendendo das amarras do monopólio estatal, resquício de modelos interventores, de que são exemplos a época de Getúlio Vargas e mais recentemente do regime militar, para adequar-se a uma nova forma de Estado, baseada em um modelo mediador e regulador.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, documento de 1995 do extinto Ministério da Administração e Reforma do Estado deixa assentado os pilares teóricos das reformulações pretendidas.

Orientada pelo fim imediato de realizar o ajuste fiscal nos termos ajustados com o Fundo Monetário Internacional, esta reforma envolveu medidas destinadas a atender a quatro finalidades: (a) reduzir o tamanho do Estado; (b) redefinir seu papel regulador; (c) recuperar a governança, ou capacidade financeira e administrativa de implementar e; (d) aumentar a governabilidade, ou capacidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade e governar.



Para tanto, lançou-se mão de emendas constitucionais, alterações da legislação administrativa, privatizações, abertura comercial, política monetária voltada à estabilidade da moeda e atração de investimentos estrangeiros. Com isso a Administração Pública deixaria de se responsabilizar pela produção de bens e serviços e assumiria a função de promover e regular o desenvolvimento.

Nesta nova fase de prestação dos serviços públicos, o estado brasileiro deixou de ser um “Estado Executor”, que atuava na ordem econômica por meio de pessoas jurídicas a ele vinculadas (intervenção, monopólio) e passa a ser um “Estado Regulador”, que, de acordo com a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 174, fixa as regras disciplinadoras da ordem econômica para ajustá-la aos ditames da justiça social, exercendo o papel de fiscalização.

Tais transformações tiveram conseqüências, também, no mundo jurídico, pois, como observa Carlos Maximiliano, “não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica.”<sup>15</sup>

Segundo Patrícia Baptista:

“(…) O princípio da legalidade administrativa é um dos mais importantes pilares de sustentação do direito administrativo. Tradicionalmente, nos países que se inspiraram no modelo francês, o conteúdo deste princípio foi associado à idéia da vinculação positiva à lei: à Administração somente é lícito fazer aquilo que a lei expressamente autoriza. Entretanto, com a superação do Estado liberal e a crise da lei formal, desapareceram as condições que justificavam a tese da vinculação positiva à lei. A deslegalização, por meio da qual se abre ao poder regulamentar o trato de matérias antes atribuídas ao poder legislativo, é uma das provas da insuficiência daquela tese para a realidade contemporânea. Desenvolveu-se, assim, a teoria da vinculação da Administração Pública ao Direito, especialmente aos princípios e regras do ordenamento constitucional. Subsiste, de qualquer forma, a regra da vinculação positiva à lei para aquelas matérias submetidas, pelo constituinte, à reserva de lei e para as atividades administrativas de natureza gravosa, passíveis de limitar ou extinguir direitos subjetivos dos administrados.”<sup>16</sup>

Essas mudanças na Administração tiveram suas conseqüências, chegando mesmo Alice Gonzalez Borges a afirmar a necessidade de reformulação total das concepções em matéria de licitações e contratos administrativos em face da consagração constitucional do princípio da eficiência. Segundo a Il. Professora:

“(...) põe-se em pauta, cada vez mais intensamente, o anseio generalizado para a realização de certames licitatórios que tenham efetivamente, como verdadeiro objetivo, a busca das melhores propostas, não mais se perdendo em uma multiplicidade de exigências burocratizantes, formais, descendo a detalhes desnecessários, na fase de habilitação – palco para verdadeiras guerras entre licitantes, armados de providenciais liminares judiciais, que conduzem ao efeito perverso de afugentar propostas realmente vantajosas para o interesse público, em detrimento do princípio constitucional da eficiência.”<sup>17</sup>

É neste contexto de transformações por que passa o Estado que surge a nova modalidade de licitação denominada pregão, com o objetivo de imprimir maior agilidade às contratações públicas, reduzindo os custos operacionais e diminuindo os valores médios das aquisições e serviços e trazendo, assim, uma maior eficiência à Administração no cumprimento de sua finalidade primordial, qual seja, o atendimento ao interesse público.

### O Pregão no direito positivo brasileiro

Alice Gonzalez Borges aponta que em abril de 1997 , em seminário realizado pela Editora NDJ para discussão do projeto de lei geral de licitações elaborado pelo MARE, foi trazida à discussão a sugestão de inversão do procedimento licitatório.

Neste seminário, que contou com a participação de renomados juristas, manifestaram-se pela adoção deste procedimento JESSÉ TORRES<sup>18</sup> , e MARÇAL JUSTEN FILHO. O primeiro propôs que primeiramente fossem abertas as propostas, e, após a sua classificação, fossem convocados os licitantes classificados a exibirem sua documentação de habilitação; já MARÇAL JUSTEN FILHO adotou posição mais radical : deveriam ser abertas primeiramente as propostas e, após julgadas e classificadas, somente o licitante vencedor deveria ser chamado para comprovar sua habilitação.<sup>19</sup>

Estas propostas foram inspiradas no exemplo das licitações promovidas por agentes financiadores internacionais, cujas guidelines consagravam tal simplificação de procedimento e vinham sendo aplicadas nas licitações previstas no art. 42 da Lei Federal nº 8.666/93.

No entanto, o pregão não é uma idéia nova na Europa, pois, conforme lembra Hely Lopes Meirelles, este sistema já era utilizado na época medieval.<sup>20</sup>

Em meio à reestruturação da Administração Pública, foi criada, através da Lei nº 9.472/1997, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, marco legal que determinou a transformação do papel do Estado no Setor de Telecomunicações.

A Lei 9.472 de 16.07.97, ao regulamentar as contratações da ANATEL, dispôs :

“Art.54 - A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para administração Pública.

Parágrafo único: para os casos previsto no caput, a agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

Art.56 - A disputa pelo fornecimento de bens e serviços comuns poderá ser feita em licitação na modalidade de pregão, restrita aos previamente cadastrados, que serão chamados a formular lances em sessão pública.”

O pregão surge<sup>21</sup>, assim, num primeiro momento, apenas para as contratações da ANATEL, sendo, posteriormente, estendido a todas as agências reguladoras através Lei Federal nº 9.986, de 18.07.2000, que trata da gestão de recursos nas agências reguladoras.

A Lei Federal nº 9.986/2000 dispôs, em seu art. 37 :

“Art. 37 – A aquisição de bens e a contratação de serviços pelas agências reguladoras poderá se dar nas modalidades de consulta e pregão, observado o disposto nos arts. 55 a 58 da Lei n. 9.472, de 1997, e nos termos de regulamento próprio.

Parágrafo único – O disposto no caput não se aplica às contratações referentes a obras e serviços de engenharia, cujos procedimentos deverão observar as normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública.”

Paralelamente, o pregão foi introduzido como nova modalidade licitatória para a Administração direta e indireta através da Medida Provisória 2.026/00, alterada pela Medida Provisória 2.182-18/01, posteriormente convertida na Lei 10.520, de 17.07.2002.

O pregão foi instituído como norma geral através da Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000, posteriormente transformada na Medida Provisória nº 2.182, reeditada sucessivamente por 18 vezes.

Inicialmente, a Medida Provisória 2.026/00 instituía o pregão apenas no âmbito da União. Estabelecida o artigo 1º da Medida Provisória que “para aquisição de bens e serviços comuns, a união poderá adotar licitação na modalidade pregão.”

Diversos juristas questionaram a constitucionalidade desta Medida Provisória, por entenderem que não poderia ela instituir nova modalidade licitatória, como Maria Alice Gonzáles, Toshio Mukai e Marçal Justen Filho.

Conforme salienta Vera Scarpinella:

“Uma das maiores dificuldades de acomodação jurídica do pregão não derivou apenas da novidade em matéria de licitação por ele trazida, mas da sua origem em medida provisória, suas sucessivas reedições e mudanças mensais no texto original.”<sup>22</sup>

Outro problema com relação ao tema foi à aplicabilidade do pregão apenas no âmbito da União, sendo o disposto no art. 1º da Medida Provisória também entendido como inconstitucional pela doutrina. Neste sentido, Marçal Justen Filho afirma que :

“A opção de circunscrever a aplicação do pregão a contratações promovidas no âmbito federal é extremamente questionável. É inviável a União valer-se da competência privativa para editar normas gerais acerca de licitação cuja aplicação seja restrita á própria órbita federal.[...] Por isso, deve reputar-se inconstitucional a ressalva contida no art.1º, admitindo-se a adoção da sistemática do pregão também por outros entes federativos. “<sup>23</sup>

No mesmo sentido , Alice Gonzalez Borges escreveu que:

“Constitucionalmente, não pode a Medida Provisória dispor, em matéria pertinente à alteração das normas gerais existentes, somente para a Administração Federal, sem incorrer em grave violação de preceitos do Texto Maior .

Na medida em que altera, como efetivamente o faz, normas gerais de licitações e contratos administrativos em vigor, de abrangência nacional, logicamente há de ter aplicação também aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal.

Demais disso, trata-se, no caso, de uma aplicação concreta do princípio constitucional da eficiência. Ora, ninguém mais que os Estados e Municípios necessitam da simplificação e agilização dos procedimentos licitatórios, com vistas à melhoria do atendimento de suas necessidades de serviço e à satisfação do interesse público em geral, de modo algum se justificando tal marginalização.”

Em virtude disso, houve uma proliferação de normas locais sobre o pregão, com a edição de leis e decretos para criar e regulamentar a nova modalidade no âmbito de Estados e Municípios, sendo relevante observar que várias dessas normas legais trouxeram soluções distintas para situações idênticas.

A edição da Lei Federal nº 10.520/02 veio a superar a questão, estendendo a aplicação da nova modalidade também aos Estados e Municípios.

A edição da Lei Federal nº 10.520/2002 conferiu maior segurança jurídica ao aplicador da norma, passando a ser o fundamento de validade das normas locais, porém não eliminou o debate em torno dos limites legislativos locais em matéria de licitação.

Conforme afirma Vera Scarpinella:

“O tema é extremamente complexo. A afirmação de que normas gerais são aquelas que estruturam um dado assunto, formando suas bases fundamentais, permite a teorização a respeito do regime a ser dado às normas afinal qualificadas como gerais. Mas este esforço teórico não exclui outro – qual seja, o de identificar nas normas que se pretendem gerais aquilo que deve receber o regime próprio das normas gerais.”<sup>25</sup>

A Lei Federal nº 10.520/2002, portanto, não pacificou a questão relacionada à edição de diversas normas locais, disciplinando de forma diversa a matéria.

A Lei Federal nº 8666/93 – denominada Estatuto Geral das Licitações – estabelece dois critérios que norteiam a escolha da modalidade licitatória adequada: (a) quanto ao valor do objeto, para concorrência, tomada de preços ou convite (art. 23), e (b) quanto a natureza do objeto, independente do valor, para leilão ou concurso (art. 22, §§ 4º e 5º).

Ocorre que essas modalidades licitatórias, previstas na Lei 8.666/93, em muitos casos, não conseguiram dar a celeridade desejável à atividade administrativa destinada ao processo de escolha de futuros contratantes. As grandes reclamações oriundas de órgãos administrativos centravam-se nos contratos menores ou de mais rápida conclusão, prejudicados pela excessiva burocracia do processo regular de licitação.

Desta forma, o pregão foi criado como modalidade adequada para a aquisição de bens e contratação de serviços comuns.<sup>26</sup>

Assim como para as modalidades de leilão e concurso, o emprego da modalidade pregão deverá ser efetuado de acordo com a natureza do objeto, independentemente do valor da contratação.

#### Considerações sobre o termo “bens e serviços comuns”

Para a verificação da viabilidade de adoção do pregão, é necessário, em primeiro lugar, definir o que são bens e serviços comuns.

Dispõe a Lei Federal nº 10.520/2002, em seu art. 1º:

“Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

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

A aplicação do pregão tem sido objeto de muitos questionamentos, gerando dúvida e insegurança por parte do administrador quanto à sua escolha, especialmente quando se trata de proceder ao enquadramento do objeto da licitação no conceito de bens e serviços comuns do art. 1º da Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002.<sup>27</sup>

A definição legal sobre o que são bens e serviços comuns, é dada pelo parágrafo único do artigo 1º da Lei 10.520/02, está longe de ser precisa, haja vista que as expressões nela contidas são plurissignificativas, conforme afirma José dos Santos Carvalho Filho.<sup>28</sup>

Segundo Marçal Justen Filho:

“(…) a interpretação do conceito de “bem ou serviço comum” deve fazer-se em função das exigências do interesse público e das peculiaridades procedimentais do próprio pregão. A natureza do pregão deve ser considerada para determinar o próprio conceito de “bem ou serviço comum”.<sup>29</sup>

Para Marçal Justen Filho deve haver certa cautela na interpretação deste conceito, pois segundo este autor:

“Todo e qualquer objeto licitado tem que ser descrito objetivamente, por ocasião da elaboração do ato convocatório da licitação. Mesmo quando se licitar um bem ou serviço “incomum”, especial, singular, haverá a necessidade (e a possibilidade) de fixação de critérios objetivos de avaliação. Ou seja, o que identifica um bem ou serviço “comum” não é a existência de critérios objetivos de avaliação. Quando muito, poderia afirmar-se que um bem ou serviço comum pode ser descrito mais fácil e completamente através de critérios objetivos do que os que não o sejam”.<sup>30</sup>

Neste sentido, escreve Jessé Torres Pereira Junior que:

“Em aproximação inicial do tema, pareceu que ‘comum’ também sugeria simplicidade. Percebe-se, a seguir, que não. O objeto pode portar complexidade técnica e ainda assim ser ‘comum’, no sentido de que essa técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado. Sendo tal técnica bastante para atender às necessidades

da Administração, a modalidade pregão é cabível a despeito da maior sofisticação do objeto”<sup>31</sup>

Conforme conceitua Armando Moutinho Perin:

“(…) somente poderão ser classificados como “comuns” os bens e serviços de fácil identificação e descrição, cuja caracterização tenha condições de ser feita mediante a utilização de especificações gerais, de conhecimento público, sem prejuízo da qualidade do que se pretende comprar.

Bem comum, para fins da Lei nº 10.520, é, por exemplo, um automóvel, em que a indicação de apenas algumas características, de conhecimento público e notório, mostra-se suficiente para identificação plena do objeto.

Serviço comum, por exclusão, é todo aquele que não pode ser enquadrado no art. 13 da Lei nº 8.666, que arrola os serviços qualificados como técnicos profissionais especializados.”<sup>32</sup>

Segundo Hely Meirelles :

“SERVIÇOS COMUNS - serviços comuns são todos aqueles que não exigem habilitação especial para sua execução. Podem ser realizados por qualquer pessoa ou empresa, pois não são privativos de nenhuma profissão ou categoria profissional. São serviços executados por leigos”<sup>33</sup>

Para Ricardo Ribas da Costa Berloff:

“Bem ou serviço comum é aquele que pode ser adquirido, de modo satisfatório, por intermédio de um procedimento de seleção destituído de sofisticação ou minúcia. Enfim, são comuns os objetos padronizados, aqueles que têm um perfil qualitativo definido no mercado.”<sup>34</sup>

Vera Scarpinella salienta, ainda, que:

“(…) o objeto comum para fins de cabimento da licitação por pregão não é mero sinônimo de simples, padronizado e de aquisição rotineira. Bens e serviços com tais características estão incluídos na categoria de comuns da Lei 10.520/2002, mas não só. Bens e serviços com complexidade técnica, seja na sua definição ou na sua execução, também são passíveis de ser contratados por meio de pregão. O que se exige é que a técnica neles envolvida seja conhecida no mercado do objeto ofertado, possibilitando, por isso, sua descrição de forma objetiva no edital.”<sup>35</sup>



Em síntese, a lei que institui o pregão define que bens e serviços comuns são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital. No entanto, a denominação de “comum” não se reflete a objeto sem sofisticação ou sem desenvolvimento tecnológico.

Assim, “bens ou serviços comuns” são aqueles que podem ser encontrados no mercado sem maiores dificuldades, e que são fornecidos por várias empresas, sendo que sua caracterização deve fazer-se em função das exigências do interesse público e das peculiaridades procedimentais do próprio pregão.

Por fim, cabe salientar que Marçal Justen Filho, na segunda edição de seu livro sobre pregão, concluiu que “bem ou serviço comum é aquele que apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível, a qualquer tempo, num mercado próprio”<sup>36</sup>

O Decreto nº 3.555, de 08/08/2000 foi editado para regulamentar o procedimento do pregão. Em seu Anexo II traz uma relação de bens e serviços considerados comuns.

Os bens comuns dividem-se em bens de consumo (os de freqüente aquisição) e bens permanentes (mobiliários, veículos, etc.). Os serviços comuns são de variadíssima natureza, incluindo-se, entre outros, os de apoio administrativo, hospitalares, conservação e limpeza, vigilância, transporte, eventos, assinatura de periódicos, serviços gráficos, informática, hotelaria, atividades auxiliares (motorista, garçom, ascensorista, copeiro, etc).

A doutrina tem-se manifestado no sentido de que o rol de bens e serviços trazido pelo referido Decreto não é taxativo.

Conforme Marçal Justen Filho:

“Não se afigura cabível interpretar em termos rígidos o elenco contido no Anexo II. A ausência de rigidez se manifesta sob dois aspectos.

Em primeiro lugar, o elenco não é exaustivo. Qualquer outro objeto qualificado como comum, ainda que não constante do rol do Anexo II pode ser contratado através de pregão. (...) Se algum objeto qualificado como comum puder ser caracterizado além do elenco do Decreto, seria inconstitucional pretender excluí-lo com fundamento na ausência de alusão por parte do ato infralegal. Ou seja, não é juridicamente cabível que a competência instituída por Lei seja restringida por meio de Decreto.

Ademais disso, a inclusão de um bem ou serviço na relação não o transforma, de modo automático, em suscetível de contratação por meio de pregão. (...) Esse entendimento decorre de que os bens e serviços enumerados no regulamento poderão, em certas circunstâncias, não preencher os requisitos necessários para qualificação como comuns. Então, a competência criada por Lei não poderia ser ampliada por via de Decreto.”<sup>37</sup>

No mesmo sentido, os atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles afirmam que:

“O Decreto nº 3.555, de 8.8.2000 (alterado pelo Decreto 3.693, de 20.12.2000), regulamenta a matéria, contendo, no Anexo II, a relação dos bens e serviços comuns. A lista é apenas exemplificativa e serve para orientar o administrador na caracterização do bem ou serviço comum. O essencial é que o objeto licitado possa ser definido por meio de especificações usuais no mercado (...)”<sup>38</sup>

O Tribunal de Contas da União já proferiu entendimento no sentido de que a lista de serviços constante do Anexo II do Decreto 3.555/2000 não é exaustiva:

“(…) Por outro lado, o mencionado Decreto (3.555/2000) não caracteriza o serviço de locação de mão-de-obra como serviço comum, o que impossibilitaria a utilização da modalidade pregão. No entanto, a nosso ver, a lista de serviços constante do Anexo II do Decreto 3.555/2000 não é exaustiva, haja vista a impossibilidade de relacionar todos os bens e serviços comuns utilizados pela Administração.”<sup>39</sup>

Pode-se concluir, pois, que o rol de bens e serviços contido no Anexo II do Decreto nº 3.555/2000, com as alterações do Decreto 3.693/2000, é exemplificativo, e não exaustivo, sendo necessário, no caso concreto, analisar-se o objeto que se pretende contratar em função das exigências do interesse público, bem como da natureza e das peculiaridades procedimentais do pregão.

A escolha da modalidade de pregão pelo agente público: vinculação ou discricionariedade

Como foi visto anteriormente, a modalidade pregão será a espécie escolhida, em geral, quando o poder público necessitar adquirir bens ou serviços considerados comuns.

Portanto, para a contratação de um serviço especializado o agente público irá se valer das modalidades previstas na Lei 8.666/93. Isto por quê, no julgamento das propostas nas modalidades concorrência ou tomada de preços, por exemplo, poderão ser usados critérios de menor preço, da melhor técnica ou ainda de técnica e preço enquanto que no pregão o critério de julgamento será sempre o do menor preço.

Outra particularidade desta modalidade licitatória é a adoção parcial do princípio da oralidade. Enquanto nas formas comuns de licitação a manifestação de vontade dos proponentes se formaliza sempre através de documentos escritos (propostas), no pregão poderão os participantes oferecer outras propostas verbalmente na sessão pública destinada à escolha, através de lances.

Quanto à discricionariedade na escolha da modalidade do pregão pelo administrador público, a doutrina diverge.

Para Vera Scarpinella, se o objeto da contratação for um bem ou serviço comum e havendo compatibilidade com a estrutura procedimental do pregão, esta deverá ser a modalidade escolhida. E alerta:

“Portanto, o agente público não pode escolher livremente entre as diversas modalidades licitatórias quando o objeto licitado puder estar contido no conceito de bem e serviço comum. Na dúvida, como se trata de um conceito fluido, o agente deve justificar a não inclusão do específico objeto licitado, para poder fazer uso de outro procedimento.”<sup>40</sup>

De outro lado, os atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles afirmam que:

“ (...) não está a Administração obrigada a realizar o pregão toda vez que deseje obter um bem ou serviço de interesse comum. Poderá optar por qualquer outra das modalidades, desde que o interesse público assim aconselhe. O pregão é mais uma opção que a lei lhe concede, o que se deduz da leitura do art. 1º da medida provisória (...)”<sup>41</sup>

Para Marçal Justen Filho:

“A opção pelo pregão é facultativa, o que evidencia que não há um campo específico, próprio e inconfundível para o pregão. Não se trata de uma modalidade cuja existência se exclua a possibilidade de adotar-se convite, tomada ou concorrência, mas se destina a substituir a escolha de tais modalidades, nos casos em que assim seja reputado adequado e conveniente pela Administração.”<sup>42</sup>

Analisando-se os dispositivos da Lei Federal nº 10.520/2002 e diante dos motivos que levaram à sua edição, pode-se concluir que o pregão, como afirmado por Marçal Justen Filho, não exclui as demais modalidades licitatórias previstas na Lei Federal nº 8.666/93, mas veio como opção, com a finalidade de conferir maior agilidade às contratações da Administração Pública.

Assim, vários aspectos devem ser considerados na escolha desta modalidade pelo agente público: a caracterização do objeto como bem ou serviço comum, “os valores da disputa justa, do rendimento econômico, da segurança e da eficiência”<sup>43</sup>, sob pena de criar-se maiores entraves à contratação.

Ainda há que ser considerada a necessidade de contar a Administração com servidores aptos para o desempenho da função de pregoeiro. Ressalte-se que, no pregão, a responsabilidade de conduzir e julgar é pessoal e exclusiva do pregoeiro, que atuará sozinho, ao contrário do que ocorre nas comissões de licitação.

Desta forma, o entendimento que mais se adequa ao interesse público é conferir-se ao administrador a faculdade de optar, diante do caso concreto, pela modalidade pregão ou outra modalidade, dentre as previstas na Lei 8.666/93, as quais, assim como o pregão, atendem os princípios constitucionais referentes à licitação.

### 3. Conclusão

A licitação foi introduzida no Brasil há mais de cento e trinta anos, somente sendo sistematizada através do Decreto-Lei nº 200/67. Posteriormente, o Decreto-lei nº 2.300, de

21.11.86, atualizado em 1987, pelos Decretos-lei 2.348 e 2.360, instituiu, pela primeira vez, o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, reunindo normas gerais e especiais relacionadas à matéria, tendo sido substituído pela Lei nº 8.666/93, em vigor atualmente.

A Constituição Federal promulgada em 1988 conferiu à licitação status de princípio constitucional, de observância obrigatória pela Administração Pública direta e indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A licitação foi concebida como procedimento prévio à celebração dos contratos pela Administração, objetivando, em especial, assegurar a impessoalidade do administrador na busca da contratação mais vantajosa para a Administração, e conferir igualdade de tratamento aos administrados que com ela quiserem contratar.

O pregão surgiu em um momento de reestruturação do Estado, que deixou de ser um “Estado Executor” para passar a ser um “Estado Regulador”. Esta reestruturação trouxe uma cobrança por uma maior eficiência do serviço prestado pelo Estado, bem como a necessidade de diminuição dos gastos públicos.

Assim, o pregão foi concebido para permitir à Administração atender às suas necessidades mais simples, de modo mais rápido e econômico. A rapidez e a economia proporcionadas pela utilização do pregão advém de características próprias desta modalidade, como a inversão da fase de habilitação, a simplificação do procedimento e a possibilidade de lances verbais, não previstas para as demais modalidades.

Outra novidade do pregão diz respeito à inexistência de restrição quanto ao valor do futuro contrato para fins de escolha da modalidade.

A dificuldade consiste na caracterização do objeto como bem ou serviço comum, sendo que a opção pelo agente público pelo pregão deverá ser feita de forma criteriosa,

levando-se em consideração as exigências do interesse público, a natureza e as peculiaridades procedimentais do próprio pregão.

Pode-se concluir, a final, que a instituição do pregão como nova modalidade de licitação aponta para uma modernização do sistema de licitação, objetivando conferir à Administração um meio mais eficiente para as contratações e, conseqüentemente, para atingir a finalidade precípua do Estado, que é o atendimento ao interesse público.

## NOTAS DE RODAPÉ

1 Helio Saul Mileski, citando Darcy Azambuja, define Estado como “a organização político-jurídica de uma sociedade para realizar o bem público, com governo próprio e território determinado.” (O Controle da gestão Pública, 2003 – p.26)

2 Segundo Sílvio Roberto Seixas Rego “O inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988 determina que a Administração Pública, aqui em sentido lato, somente poderá contratar obras, serviços, efetuar compras e alienações, através de procedimento licitatório com vistas a obter a proposta mais vantajosa e proporcionar tratamento igualitário entre aqueles interessados em contratar com a Administração. (...) Em breve síntese, no direito positivo privado nacional, os particulares contratam e se obrigam com fundamento na teoria da autonomia da vontade, valendo dizer, contratam aquilo que do seu ponto de vista pareçam-lhes mais vantajoso e que não seja proibido por lei. Assim, o particular pode contratar aquilo que desejar, desde que o objeto de contrato seja lícito. Desse modo, exsurge que a vontade livremente manifestada dos particulares, com algumas exceções, os vinculam aos termos do combinado, ou seja, obrigam-se mutuamente diante do pactuado, cabendo a cada um cumprir com a sua contraprestação. Todavia, diverso ocorre quando o particular contrata com a Administração Pública. Nestes casos, o interessado responde ao chamamento do ente, submetendo-se a condições previamente estabelecidas pelo Edital. Decorre daí que, muito embora a sua vontade também se manifeste, esta manifestação somente se dá no sentido de querer ou não contratar, pois as

condições pré-contratuais e da contratação propriamente dita são previamente estipuladas pela Administração. Daí, o porquê, as relações contratuais entre a Administração e o particular (o administrado) são reguladas por normas do Direito Administrativo, valendo dizer, normas do Direito Público onde o interesse do particular sucumbe frente à supremacia e indisponibilidade do interesse público.

Assim, o ente público no exercício da sua função administrativa para contratar, deve convocar, chamar, como regra geral, e a fim de se obter uma maior vantagem, seja técnica ou econômica, a maior quantidade possível de interessados, que atendendo tal chamamento estarão aceitando previamente as condições do contrato estabelecido pelo ente. (Processo licitatório: contraditório e ampla defesa: doutrina e jurisprudência, , 2003, p. 77/78)

3 Para Carlos Ari Sunfeld, “a igualdade de tratamento entre os possíveis interessados é a espinha dorsal da licitação” (Licitação e Contrato Administrativo, 2ª Ed., 1995, p. 20)

4 MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo 13ª Ed, 2002 - p. 25

5 JUSTEN Filho, Marçal. Comentário a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª Ed., 2002 – p. 18

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo – p. 466

7 SUNDFELD, Carlos Ari, Licitação e Contrato Administrativo, 2ª Ed., 1995 – p. 15

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 15ª Ed., 2003 - p. 299

9 Conforme Antonio Roque Citadini, “ Dois autores estrangeiros são particularmente incisivos quanto à natureza jurídica da licitação. Alcides Greca:” analisando o regime da licitação, a temos definido como um ato condição prévio, sendo sua finalidade

estabelecer um rigoroso controle na disposição dos bens do Estado, um tratamento igual para os particulares que comerciam com a Administração Pública e uma eficaz defesa dos interesses coletivos”. E José Roberto Dromi: “a licitação pública é um procedimento administrativo preparatório da vontade contratual. Esta é sua natureza jurídica.” (Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas. p. 35)

10 Conforme Sílvio Roberto Seixas Rego, “Normas são preceitos jurídicos que tutelam situações subjetivas, reconhecendo a pessoas ou entidades, a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio, ou exigindo ação, ou abstenção de outrem, como também vinculam pessoas ou entidades à obrigação de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Para J.J. Gomes Canotilho, “uma norma vincula um sujeito em termos objetivos quando fundamenta deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto” Já os princípios, segundo o renomado autor: “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fáctica ou jurídica”. (Processo licitatório: contraditório e ampla defesa: doutrina e jurisprudência São Paulo: EDIPRO, 2003–p. 60/61)

11 Neste sentido decidiu o STF : “Ação direta de Inconstitucionalidade – Lei nº 147, de 18 de abril de 1990, do Estado do Tocantins, que estabelece normas para venda de lotes e moradias, no perímetro urbano, independentemente de licitação, a servidores da administração pública estadual e de outras entidades – Alegada ofensa ao art. 37, XXI, da Constituição Federal – Suspensão cautelar de sua eficácia. Normas que se afiguram violadoras do princípio da licitação, assegurado da moralidade dos atos administrativos e do tratamento isonômico que é devido aos que contratam com o Poder Público. Concorrência manifesta dos requisitos da relevância da questão jurídica e do periculum in mora. Cautelar deferida.” (STF – ADIMC 651 – TO – T.P. – rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 28.8.1992).



12 REGO, Roberto Seixas. Processo licitatório: contraditório e ampla defesa: doutrina e jurisprudência , p. 63

13 Para José Eduardo Faria, a globalização impôs “ um inédito processo de superação das restrições de espaço pela minimização das limitações de tempo, graças ao vertiginoso aumento da capacidade de tratamento instantâneo de um gigantesco volume de informações; a um fenômeno complexo e intenso de interações transnacionais, onde a empresa privada progressivamente substituiu o estado como ator principal, criando algo qualitativamente diferenciado de quase tudo o que se teve até agora em matéria de ordenação sócio-econômica e de regulação político-jurídica; à avassaladora dimensão alcançada pelos movimentos transnacionais de capital, especialmente o financeiro; e à formação de uma hierarquia dinâmica de acesso e trocas desiguais entre os fatores de produção, com amplitude mundial” (O Direito na Era Globalizada, p. 62)

14 Para Luiz Carlos Bresser-Pereira, “o desenvolvimento é um processo de transformação econômica, política e social, através do qual o crescimento do padrão de vida da população tende a tornar-se automático e autônomo. Trata-se de um processo social global, em que as estruturas econômicas, políticas e sociais de um país sofrem contínuas e profundas transformações.” (Desenvolvimento e Crise no Brasil: história, economia e política de Getúlio Vargas a Lula. 5ª Ed., 2003 – p. 31)

15 MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 9. Ed., 1979, p. 157.

16 BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. p. 297/299

17 BORGES, Alice Gonzalez . Inovações nas licitações e seus aspectos constitucionais. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 3, junho, 2001– p. 04

18 Sobre o assunto anota Jessé Torres Pereira Junior: “ Pena que a inversão seja privativa do pregão. O que se pretendia provocar era o estudo sobre a possibilidade de introduzi-la no rito procedimental de todas as modalidades de licitação, do tipo “menor preço”, o que demandaria reforma da estrutura traçada na Lei nº 8.666/93. O tema decerto que comporta evolução” (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6ª ed. 2003 – p. 1001)

19 BORGES, Alice Gonzalez. O pregão criado pela MP 2026/00: breves reflexões e aspectos polêmico. In Jus Navegandi, Teresina, a. 4, n. 43, jul. 2000.

20 Segundo Hely Lopes Meirelles, “nos Estados medievais da Europa usou-se o sistema denominado “vela e pregão”, que consistia em apregoar-se a obra desejada, e, enquanto ardia uma vela os construtores interessados faziam sua ofertas. Quando extinguiu a chama adjudicava-se a obra a quem houvesse oferecido o melhor preço. Reminiscência desse sistema medieval é a modalidade de licitação italiana denominada “estinzione di candela vergine”, em que as ofertas são feitas verbalmente enquanto se acendem três velas, uma após a outra. Extinta a última sem nenhum lance, a licitação é declarada deserta; caso contrário, acende-se uma quarta vela e assim sucessivamente, pois, para que se possa adjudicar o objeto do certame, é obrigatório que uma vela tenha ardido por inteiro sem nenhum lance superior precedente” (Licitação e Contrato Administrativo. 13ª Ed., 2002, p. 27 )

21 Apesar do pregão ter sido instituído em 1997, segundo Carlos Pinto Coelho Motta “já em 1592, nas Ordenações Filipinas, observava-se a preocupação de “em fazendo obra, primeiro andar em pregão, para se dar a empreitada a quem houver de fazer melhor e por menos preços” ( Eficácia nas Licitações e Contratos 9ª Ed. 2002 – p. 23)

22 SCARPINELLA, Vera. Licitação na Modalidade de Pregão. São Paulo: Malheiros, 2003 – p. 37

23 JUSTEN Filho, Marçal. Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). São Paulo : Dialética, 2001 – p. 16

24 BORGES, Alice Gonzalez . Inovações nas licitações e seus aspectos constitucionais. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 3, junho, 2001– p. 13

25 SCARPINELLA, Vera. Licitação na Modalidade de Pregão, 2003 – p. 65

26 Como bem ressalta José dos Santos Carvalho Filho, “a lei fala impropriamente em aquisição de bens e serviços comuns. Bens são realmente adquiridos, mas serviços, sendo atividades, são tecnicamente contratados” (Manual de Direito Administrativo, 8ª ed., p. 231)

27 Esta situação foi apontada pelo próprio Tribunal de Contas da União. Na decisão 165/2003 (Plenário, DOU de 17/03/2003), o Ministro Relator Benjamim Zymler salientou, expressamente, a dificuldade na conceituação dos bens e serviços comuns: “ 18.No caso concreto, verifico que a questão jurídica subjacente aos fatos arrolados não se apresenta de fácil solução. Diversas dúvidas razoáveis se apresentam na aplicação das normas referentes ao pregão para a aquisição dos produtos objeto da licitação sob comento. Discute-se se o Decreto mencionado seria aplicável a empresa pública, regida por normas de direito privado. Ainda que fosse, surge a questão de poder o Decreto restringir determinados bens ou produtos, de qualquer natureza, enquadráveis, em tese, no conceito legal de bens e serviços comuns. Além disso, seria desarrazoado considerar os terminais de computadores adquiridos via pregão pela CEF bens comuns. 19.As indagações levantadas não são de fácil solução, nem se apresentam de forma imediata e clara ao administrador. Há razões jurídicas suficientemente fundamentadas para defender mais de uma solução possível. Dessa forma, afastado, de imediato, a culpabilidade dos agentes públicos envolvidos na escolha da modalidade pregão para a aquisição dos bens questionados pela Unidade Técnica. Sendo a responsabilidade, para fins de punição administrativa, de natureza subjetiva, afastada a culpabilidade do agente, não há fundamento para aplicação de multa pelo Tribunal. “

28 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 8ª ed., p. 231

29 JUSTEN Filho, Marçal. Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)., 2001, p. 20

30 JUSTEN Filho, Marçal, ob cit. P. 19

31 PEREIRA Junior, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6ª ed., 2003 – p. 1006

32 PERIN, Armando Moutinho. Pregão: breves considerações sobre a nova modalidade de licitação, na forma presencial. In Interesse Público, Ano 5 , nº 18, março/abril de 2003. Porto Alegre: Notadez, 2003, p. 174

33 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro . 28a ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 39

34 BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. A Nova Modalidade de Licitação : Pregão., 2002, p. 33

35 SCARPINELLA, Vera. Licitação na Modalidade de Pregão, 2003 – p. 81

36 JUSTEN Filho, Marçal. Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico 2ª Ed., 2003, p. 30

37 JUSTEN Filho, Marçal. Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico 2ª Ed., 2003, p. 32

38 MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo 13ª Ed, 2002 - p. 97

39 Acórdão 615/2003 – Primeira Câmara, Min. Relator Humberto Guimarães Souto, DOU 09/04/2003

No mesmo sentido cabe mencionar as decisões 343/2002 (Plenário, Min. Relator Adylson Motta, j. 10.4.2002) e 384/2002 (Plenário, Min. Relator Adylson Motta, DOU 26/04/2002)

40 SCARPINELLA, Vera. Licitação na Modalidade de Pregão, 2003 – p. 167

41 MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo 13ª Ed, 2002 - p. 97

42 JUSTEN Filho, Marçal. Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico 2ª Ed., 2003, p. 42

43 idem, p. 43

#### 4. BIBLIOGRAFIA

• BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

• BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. A Nova Modalidade de Licitação : Pregão. Porto Alegre: Síntese, 2002;

• BORGES, Alice Gonzalez. O pregão criado pela MP 2026/00: breves reflexões e aspectos polêmicos. In Jus Navegandi, Teresina, a. 4, n. 43, jul. 2000. [Internet] Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=425>, acesso em 20 de novembro de 2003;

\_\_\_\_\_ . Inovações nas licitações e seus aspectos constitucionais. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 3, junho, 2001. [Internet]. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br> ; acesso em 20 de novembro de 2003

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 40, de 29-05-2003. 32ª ed. São Paulo : Saraiva, 2003

- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Desenvolvimento e Crise no Brasil: história, economia e política de Getúlio Vargas a Lula. 5ª ed. São Paulo : Editora 34, 2003;

\_\_\_\_\_ . Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995. Revista do serviço Público, 50(4), 1999: 5-30;

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 8ª ed. Rio de Janeiro : Editora Lúmen Júris, 2001;

- CITADINI, Antonio Roque. Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitação Públicas. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1999;

- COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e Direito Concorrencial. Em Direito Administrativo Econômico. São Paulo : Malheiros – SBDP, 2000

- CRETELLA JÚNIOR, José. Das Licitações Públicas. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995;

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003;

\_\_\_\_\_ . Parcerias na Administração Pública. 4a ed. São Paulo : Atlas, 2002;

\_\_\_\_\_ . Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. São Paulo : Atlas, 1991;

- FARIA, José Eduardo. O Direito na Economia Globalizada. São Paulo : Malheiros, 2002;
- FERRAZ, Luciano. O Estado Gerencial e a Lei de Licitações Públicas. Interesse Público, vol 3, p. 37-46, 1999;
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 6ª ed. São Paulo : Malheiros, 2003;
- GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 8ª ed. São Paulo : Saraiva, 2003;
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Contratos Administrativos: gestão teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2002;
- GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 6a ed. São Paulo: Malheiros, 2001;
- JUSTEN Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed. São Paulo : Dialética, 2002;

\_\_\_\_\_ . Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). São Paulo : Dialética, 2001;

\_\_\_\_\_ . Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 2ª Ed. São Paulo : Dialética, 2003;

- MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 3a ed. São Paulo: RT, 1999;

- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, Edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho;

\_\_\_\_\_ . Direito Municipal Brasileiro. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993;

\_\_\_\_\_. Licitação e Contrato Administrativo. 13ª ed. São Paulo : Malheiros, 2002., Edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Maria Lúcia Mazzei de Alencar;

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002;

\_\_\_\_\_ . Privatização e Serviços Públicos. Boletim de Direito Administrativo, maio/99, p. 295-303, 1999;

- MILESKI, Helio Saul. O Controle da Gestão Pública. São Paulo: RT, 2003;

- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001;

\_\_\_\_\_ . Reforma Administrativa. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999;

- MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas Licitações e Contratos. 9ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002;



• MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Agências Reguladoras. São Paulo: Editora Manole, 2003;

• MUKAI, Toshio. Privatizações de Serviços Públicos. Revista Jurídica, vol. 235, maio/1997;

\_\_\_\_\_ (coord). Curso Avançado de Licitações e Contratos Públicos. São Paulo : J. de Oliveira, 2000;

\_\_\_\_\_ . O novo estatuto jurídico das licitações e contratos públicos. 3ª ed. São Paulo : RT, 1994;

\_\_\_\_\_ . A lei que estende o pregão a Estados e Municípios. em [www.licitacao.com.br](http://www.licitacao.com.br)

• NIEBUHR, Joel de Menezes. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública. São Paulo: Dialética, 2003;

• PAZZAGLINI Filho, Marino. Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública. São Paulo : Atlas, 2000;

• PEREIRA Junior, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6ª ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2003;

• PERIN, Armando Moutinho. Pregão: breves considerações sobre a nova modalidade de licitação, na forma presencial. In Interesse Público, Ano 5 , nº 18, março/abril de 2003. Porto Alegre: Notadez, 2003;

• RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Terceirização na Administração Pública. Editora LTr, 2001;

- REGO, Sílvio Roberto Seixas. Processo licitatório: contraditório e ampla defesa: doutrina e jurisprudência. São Paulo: EDIPRO, 2003;
  
- ROSSET, Patrícia. O Estado Regulador e as Agências Reguladoras. Fórum Administrativo, no 14, p. 429-436, abril/2002;
  
- SALOMÃO Filho, Calixto (coordenador). Regulação e Desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2002;
  
- SCARPINELLA, Vera. Licitação na Modalidade de Pregão. São Paulo: Malheiros, 2003;
  
- SIDOU, J.M. Othon. Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 7ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2001;
  
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003;
  
- SUNDFELD, Carlos Ari (org). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000;
  
- \_\_\_\_\_ . Licitação e Contrato Administrativo. 2ª ed. São Paulo : Malheiros, 1995
  
- \_\_\_\_\_ . Fundamentos de direito público. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 1997;
  
- TÁCITO, Caio. Agências Reguladoras na Administração. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, vol. 221, p.1 , jul/set. 2000;
  
- ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. O Princípio da Impessoalidade. Rio de Janeiro : Renovar, 2001;

\*Procuradora do Município de São Paulo. Assessora Jurídica da Subprefeitura da Sé

Disponível em:< [http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/1674](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/1674)>

Acesso em.: 04 dez 2007.