

PREGÃO PARA AQUISIÇÃO DE BENS NÃO COMUNS: DISTORÇÃO DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO

Marlon Cesar Schröder da Silva¹
João Luís Emmel²

SUMÁRIO

Introdução; 1. Licitação pública; 1.1 Conceito; 1.2 Princípios; 2. Pregão; 2.1 Conceito; 2.2 Histórico; 3. Hermenêutica; 3.1 Bens comuns; 3.2 Bens não comuns; 4. Distorção do uso da modalidade pregão; 5. Jurisprudência; Considerações finais; Referências bibliográficas das fontes citadas.

RESUMO

Este artigo científico tem por objetivo analisar a modalidade pregão de licitação, apontando os requisitos para seu uso, exemplificando o que é bem comum e o que não é. Tal tema surge como meio para esclarecer as dúvidas pertinentes ao assunto, bem como sinalizar o correto proceder diante de determinadas situações referente à aquisição de bens ou serviços comuns. Através de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, busca-se analisar e debater a norma vigente, demonstrando os resultados em linguagem acessível não só aos operadores do direito, mas, principalmente, aos administradores públicos.

Palavras-chave: Licitação; Pregão; Bens; Comuns.

INTRODUÇÃO

Ocorrências de corrupção que superfaturam aquisições através de (i)licitações em todo o País criam a dúvida sobre o questionamento da eficácia dos procedimentos exigidos pela Lei nº 10.520/2002, visando aquisições céleres, pouco complexas e vantajosas para o poder público. De todas as infinitas manifestações de corrupção, uma se destaca por sua magnitude e consequências sobre a economia: aquela que afeta as licitações públicas.

¹Acadêmico do 10º período do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, campus de Balneário Camboriú. E-mail: marlon.schroder@gmail.com.

²Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Professor de Graduação e Pós-Graduação pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogado. E-mail: joao.emmel@terra.com.br.

De forma mais veemente, as críticas recaem sobre a modalidade pregão, onde, reconhecidamente, o requisito "*bens comuns*" é interpretado de maneira totalmente incontroversa.

A presente pesquisa teve por objetivo, em meio à controvérsia jurídica e administrativa, buscar respostas às questões debatidas no âmbito dos profissionais e estudantes da área administrativa e licitações, dentre as quais se destacam: O que é licitação? O que é pregão? O que são bens comuns? O que são bens não comuns? Pode o chefe do executivo usar do pregão para aquisição de bens não comuns?

Através de uma busca bibliográfica e jurisprudencial, utilizando-se da legislação aliada à hermenêutica provinda da doutrina especializada e da jurisprudência, sob a luz da ordem constitucional, procurou-se analisar e debater a norma, apresentando os resultados encontrados em uma linguagem acessível não só aos operadores do Direito, mas, principalmente, àqueles que tomam as decisões administrativas, os Administradores Públicos.

A discussão que cerca o tema justifica-se pela necessidade de fornecer meios que propiciem ao administrador público, uma tomada de decisão consciente da eficácia da legislação em vigor, uma vez que, mesmo depois de transcorrido uma década de existência do pregão, ainda se constata em grande número a sua utilização de maneira irregular e até mesmo ilegal.

1 LICITAÇÕES PÚBLICAS

1.1 Conceito

Licitação é o procedimento administrativo formal pelo qual um ente público, quando deseja adquirir bens, contratar serviços ou alienar bens, abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas, dentre as quais seleciona e aceita a mais vantajosa e conveniente.

O procedimento é, de regra, obrigatório para as pessoas jurídicas integrantes da Administração direta e indireta, dos fundos especiais, das empresas

SILVA, Marlon Cesar Schröder da; EMMEL, João Luís. Pregão para Aquisição de Bens não Comuns: Distorção da Modalidade de Licitação. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 633-648, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044.

públicas, das sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta, ou indiretamente, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A obrigatoriedade da licitação está prevista de forma genérica no inciso XXI do artigo 37 e específica no artigo 175 ambos da Constituição Federal³.

Art. 37. [...]

XXI – ressalvadas os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

[...]

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

As licitações públicas devem seguir os princípios gerais do Direito Administrativo, como será visto adiante.

1.2 Princípios

Afirma-se que o Direito Administrativo de forma geral, se funda nos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, embora estes sejam invocados com frequência para justificar atos incompatíveis com a democracia⁴.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵, afirma que princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência.

Os princípios constituem as proposições básicas do sistema. Todas as demais normas que integram o regime jurídico administrativo devem buscar a sua

³BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 maio 2013.

⁴JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 35.

⁵DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 66-67.

conformação com esses princípios. São eles, portanto, que dão coesão e lógica a todo o sistema jurídico administrativo⁶.

Segundo ainda Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷, o Direito Administrativo está informado por determinados princípios, alguns deles próprios também de outros ramos do direito público e outros deles específicos e enquadrados como setoriais.

Os Órgãos e entes da Administração direta e indireta, na realização das atividades que lhes competem, regem-se por normas. Além das normas específicas para cada matéria ou setor, há preceitos gerais que informam amplos campos de atuação. Estes preceitos são os princípios do Direito Administrativo, tendo em vista que as atividades da Administração Pública são disciplinadas preponderantemente pelo direito administrativo, tais princípios podem ser considerados também princípios jurídicos da Administração Pública brasileira⁸.

A seguir, serão expostos brevemente alguns dos princípios norteadores da Licitação Pública na qual o pregão faz parte – objeto do presente estudo.

a) Legalidade

Este princípio observa não só as leis, mas também os regulamentos que contém as normas administrativas contidas em grande parte do texto Constitucional. Quando a Administração Pública se afasta destes comandos, pratica atos ilegais, produzindo, por consequência, atos nulos e respondendo por sanções por ela impostas (Poder Disciplinar)⁹.

b) Impessoalidade

O que é impessoal é geral. O princípio da impessoalidade impõe ao ato administrativo o caráter geral e impessoal, atingindo todos os administrados com a mesma intensidade. Exemplo são as disputas em licitações, onde as condições e/ou restrições estabelecidas devem atingir todos os licitantes particulares

⁶FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 92.

⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 53-94.

⁸MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 119.

⁹MORAES, Isaias Fonseca. **Manual de direito administrativo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 181.

indistintamente. Tal princípio reforça a ideia de que a Administração deve se ater a critérios objetivos nas licitações¹⁰.

Esse princípio deve ser entendido para excluir a promoção pessoal de autoridade ou serviços públicos sobre suas relações administrativas no exercício de fato, pois, de acordo com os que defendem esta corrente, os atos são dos órgãos e não dos agentes públicos.

c) Moralidade e probidade

Estes princípios estão diretamente relacionados com os próprios atos dos cidadãos comuns em seu convívio com a comunidade, ligando-se à moral e à ética administrativa, estando esta última sempre presente na vida do administrador público, sendo mais rigorosa que a ética comum¹¹.

Sendo o princípio que exige do administrador uma conduta ética, moral, marcada por comportamentos legais, honestos e probos, que tragam o melhor à Administração Pública.

d) Igualdade

É o princípio constitucional previsto no artigo 5º, *caput*, e artigo 37, *caput* e Inciso XXI da Constituição Federal¹², que visa a assegurar a igualdade de direitos e obrigações para todos os interessados em contratar com a Administração Pública. Em sua atenção é vedada a prática de atos discriminatórios que favoreçam um participante do certame licitatório em detrimento de outro¹³.

e) Publicidade

É a divulgação oficial do ato da Administração para a ciência do público em geral, com efeito de iniciar a sua atuação externa, ou seja, de gerar efeitos jurídicos. Esses efeitos jurídicos podem ser de direitos e de obrigações¹⁴.

¹⁰MORAES, Isaias Fonseca. **Manual de direito administrativo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 177.

¹¹ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21. ed. São Paulo: Método, 2013. P. 616.

¹²BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 maio 2013.

¹³MORAES, Isaias Fonseca. **Manual de Direito Administrativo**.

¹⁴MORAES, Isaias Fonseca. **Manual de direito administrativo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 182.

f) Vinculação ao instrumento convocatório

É a lei da licitação, instrumento convocatório (edital ou carta convite), configura a lei interna do procedimento licitatório. Assim, impõem total obediência pela Administração e pelos proponentes às suas regras e condições do que estará previsto no edital, sendo indispensável o que nele se exige¹⁵.

O artigo 41 da Lei 8.666/93 dispõe que a “A administração não pode descumprir as normas e condições do Edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

Ainda pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, cabe lembrar a função estrutural desempenhada no procedimento licitatório - resguardar a *segurança jurídica* e a *inalterabilidade do Edital*, evitando que a Administração altere as regras a qualquer momento, prejudicando os competidores e o interesse público.

g) Competitividade

Tal princípio tem a função de permitir o acesso ao maior número de pessoas à contratação com a Administração Pública, e, por conseguinte, a escolha da proposta mais vantajosa.

Significa que a Administração não pode adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação. Em outras palavras, deve o procedimento possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção se faça da melhor forma possível¹⁶.

O princípio da competitividade é primordial para a existência da licitação, pois, no momento em que a competição entre os concorrentes não for possível, não existirá licitação.

h) Eficiência

¹⁵ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. p. 615.

¹⁶SUNDFELD, Carlos Ary. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 21.

Segundo Hely Lopes Meirelles, um dos deveres da Administração Pública, é “o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional”¹⁷.

É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros¹⁸.

i) Celeridade

Este princípio basilar do pregão visa a celeridade no procedimento licitatório, sendo consagrado pela Lei nº 10.520 de 2002, como um dos norteadores dessa modalidade. Busca simplificar procedimentos, de rigorismos excessivos e de formalidades desnecessárias. As decisões, sempre que possível, devem ser tomadas no momento da sessão.

j) Julgamento objetivo

O julgamento das propostas deverá ser observado por critérios objetivos, fixados no instrumento convocatório, devendo possuir clareza suficiente para que o vencedor seja declarado sem dificuldades (melhor técnica, preço, etc.)¹⁹.

2 PREGÃO

2.1 Conceito

O termo pregão tem origem no latim *praeconium*, de *praeconare*, que significa apregoar, proclamar, como sendo a notícia ou a proclamação feita publicamente por oficial de justiça ou pelo porteiro dos auditórios forenses²⁰.

Também ensina Carlos Pinto Coelho Motta²¹, que o pregão pode ser entendido como a proclamação em altas vozes, nas hastas públicas, dos lanços

¹⁷MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 96.

¹⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 53-94.

¹⁹MORAES, Isaias Fonseca. **Manual de Direito Administrativo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 186.

²⁰SILVA. Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2007. p. 1078.

oferecidos para a aquisição ou para a arrematação das coisas que são objeto da licitação.

O pregão é modalidade de licitação que pode ser usada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios – para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação.

O fator que define a possibilidade de utilização da modalidade pregão é a natureza do objeto da contratação – aquisição de bens e serviços comuns –, e não o valor do contrato.

A modalidade pregão sempre adota como critério de julgamento o menor preço da proposta. Afinal, não seria mesmo razoável, tendo em conta a definição de bens e serviços comuns, cogitar que o critério de julgamento para sua contratação pudesse ser o de melhor técnica ou o de técnica e preço²².

Em suma, o pregão é modalidade de licitação, sempre do tipo menor preço, destinada à aquisição de bens e serviços comuns, que pode ser utilizada para qualquer valor de contrato²³.

Observa-se que o pregão, em razão de suas características procedimentais, traz uma série de vantagens para a administração contratante, especialmente por constituir uma modalidade de licitação pouco complexa, possibilitando maior celeridade na contratação de bens e serviços comuns. Além disso, mediante a utilização do pregão, o valor final dos contratos tende a ser mais vantajoso para a administração, comparado àquele que ela obteria com a utilização das outras modalidades de licitação²⁴.

Neste contexto, o pregão é um instrumento à disposição do Estado que o auxilia no cumprimento dessa missão, ou seja, que permite à Administração Pública exercer uma escolha que vá ao encontro dos interesses da população sem deixar de lado a supremacia deste interesse coletivo sobre o interesse particular.

²¹MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Pregão**: teoria e prática: nova e antiga ideia em licitação pública. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2004. p. 9.

²²ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. p. 642.

²³ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. p. 642.

²⁴ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. p. 642.

2.2 Histórico

Apesar de parecer uma ideia nova, a modalidade licitatória do pregão já existe há muito tempo. Conta-se que na Idade Média, os Estados da Europa usavam o sistema “vela a pregão”, onde os interessados em contratar com a Administração Pública faziam suas ofertas enquanto a vela queimava; quando findava a chama, adjudica-se àquele que havia oferecido o melhor preço ou oferta²⁵.

O pregão no Brasil, inicialmente era restrito à ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) por força da Lei nº 9.472/1997 – sendo previsto em seus artigos 54 e 55 a 58 da referida Lei. Inclusive vários dispositivos foram questionados através de Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de suspensão cautelar de sua eficácia, contudo, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se pela constitucionalidade dos artigos mencionados²⁶.

Através da Medida Provisória nº 2.026/2000, o pregão foi instituído de forma autônoma para a União como modalidade de licitação, sendo que durante a vigência dessa medida provisória, o pregão era modalidade de licitação somente aplicável no âmbito da União – restrito à esfera federal, pois a União não pode mais legislar para todas as esferas de governo em matéria de licitações e contratos (essa matéria foi objeto de emenda)²⁷. Assim, essa modalidade de licitação, ficou durante algum tempo restrita à esfera federal.

Após quase dois anos de tramitação no Congresso Nacional, a Medida Provisória nº 2.026/2000, dezoito vezes reeditada, foi convertida na Lei nº 10.520/2002, que instituiu para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, essa sexta modalidade de licitação – além das outras cinco, já arroladas no artigo 22 da Lei nº 8.666/1993.

Assim, é correto afirmar que a Lei nº 10.520/2002 veicula normas gerais, de caráter nacional, em matéria de licitações públicas. Encontra-se, portanto, na

²⁵MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. p. 27.

²⁶Informativo STF 87, Brasília, 6 a 10 de outubro de 1997. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo87.htm>>. Acesso em: 09 maio 2013

²⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 maio 2013. O artigo 246, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 15 de agosto de 1995, publicada no Diário Oficial da União - Brasília/DF, 16 de agosto de 1995, estabelece que “é vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995”.

mesma situação da Lei nº 8.666/1993 em nosso ordenamento jurídico. Portanto, as duas Leis nº 8.666/1993 e 10.520/2002 – são leis nacionais de normas gerais²⁸.

3. HERMENÊUTICA

3.1 Bens comuns

A aplicação do pregão sempre foi objeto de muitos questionamentos, gerando dúvidas e insegurança por parte do administrador e da sociedade – principalmente em relação à interpretação do que vem a ser “*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.

O próprio legislador tentou oferecer definição para a expressão bens e serviços comuns, que, de acordo com o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 10.520/02, são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Para Marçal Justen Filho²⁹, 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.

No mesmo diapasão de conhecimento, conforme conceitua Armando Moutinho Perin³⁰:

²⁸ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. p. 642.

²⁹JUSTEN Filho, Marçal. **Pregão** (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). São Paulo: Dialética, 2001. p. 16.

³⁰PERIN, Armando Moutinho. **Pregão**: breves considerações sobre a nova modalidade de licitação, na forma presencial. Porto Alegre: Notadez, 2003. p. 174.

[...] 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.

Afora isso, a definição legal de bem e serviço comum depende do quão usual é no mercado as especificações de dado produto, o que é algo carregado de subjetividade, uma vez que determinada coisa pode ser usual para alguém e não ser para outrem.

Isto é, bens e serviços comuns são todos aqueles rotineiros, usuais, que sejam definidos por especificações conhecidas e dominadas pelos agentes administrativos, sem que se admita, a partir de certas especificações estabelecidas no edital, variações técnicas que possam repercutir na satisfação do interesse público.

Hely Lopes Meirelles³¹, diz que 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.

Ricardo Ribas da Costa Berlofffa³², também contribui para a interpretação do entendimento, dizendo que 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.

Cabe salientar que comum não é o bem destituído de sofisticação, mas aqueles para cuja aquisição satisfatória não se fazem necessárias investigações ou cláusulas mais profundas. São comuns os objetos padronizados, aqueles que têm um perfil qualitativo definido no mercado. Mas não apenas os objetos padronizados podem ser reputados como comuns³³.

³¹MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. p. 39.

³²BERLOFFFA, Ricardo Ribas da Costa. **A nova modalidade de licitação**: Pregão, 2002. p. 33.

³³JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão**: nova modalidade licitatória. Disponível em: <http://www.conlicitacao.com.br/sucesso_pregao/pareceres/marcal01.php>. Acesso em: 09 maio 2013.

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 no edital. No entanto, a denominação de "*comum*" não se reflete ao objeto sem sofisticação ou sem desenvolvimento tecnológico.

Assim, "*bens ou serviços comuns*" são aqueles que podem ser encontrados no mercado sem maiores dificuldades, são ordinários, comumente, sem peculiaridades ou características especiais, são apresentados com identidade e características padronizadas, têm perfil qualitativo, e são fornecidos por várias empresas, sendo que sua caracterização deve se fazer em função das exigências do interesse público e das peculiaridades procedimentais do próprio pregão.

3.2 Bens não comuns

Usando a inversão do entendimento de bem comum, temos o parágrafo único do artigo 15 da Resolução nº 5/1998 da ANATEL, que descreve o que é bens e serviços não comuns:

Consideram-se bens e serviços não comuns aqueles com diferenças de desempenho e qualidade, insuscetíveis de comparação direta, ou que tenham características individualizadoras relevantes ao objeto da contratação, em casos como o dos trabalhos predominantemente intelectuais, da elaboração de projetos, da consultoria, da auditoria e da elaboração de pareceres técnicos, bem assim da aquisição de equipamentos sob encomenda e de acordo com especificações particulares da Agência ou de outros bens fungíveis.

Por interpretação, pode-se chegar à conclusão de que tudo o que não for bem comum, é bem não comum.

4 DISTORÇÃO DO USO DA MODALIDADE PREGÃO

O pregão surgiu no Brasil como sinônimo de eficiência e economicidade. Acredita-se que a modalidade, principalmente na forma eletrônica, abriu fronteiras para a competitividade e conseqüente redução de custos.

Visando os prós e contras da modalidade pregão de licitação, temos que, apesar de ser a forma mais moderna e célere, apresenta falhas, principalmente no

entendimento do que é bem ou serviço comum – causando com isso excessiva liberalidade no uso do dinheiro público com objetos não previstos em lei.

As aquisições diversas, de bens e serviços não comuns, afrontam o objetivo da licitação na modalidade pregão, ferindo os princípios do direito administrativo.

Se a Administração Pública conhece certo produto, trabalha e tem experiência com ele, consegue definir em relação a ele as especificações que melhor atendem o interesse público - ainda que pudesse haver outras especificações - e, com isso, a Administração Pública define o objeto licitado com precisão, sem admitir que lhe sejam ofertados produtos com variações técnicas substanciais, o mesmo deve ser qualificado como bem e serviço comum, sendo portando, permitido ser licitado através do pregão.

Evidentemente, há muitos bens e serviços que comportam elevada complexidade técnica e sofisticação, frequentemente desenvolvidos sob encomenda, com especificações e soluções que não são padronizadas e que podem apresentar variações de desempenho importantes para a satisfação do interesse público. Estes bens e serviços não devem ser qualificados como comuns e, por via de consequência, não devem ser licitados através da modalidade pregão.

De todo modo, mostra-se equivocado concluir que os bens e serviços complexos são compatíveis com a expressão bem e serviço comum e, por corolário, possam ser licitados através da modalidade pregão. Sem embargo, o importante é rechaçar veementemente a tese de que qualquer que seja o bem ou serviço complexo possa ser licitado através do pregão.

Nos casos em que não couber o pregão, poder-se-ão usar de outras modalidades de licitação, como concorrência, tomada de preços ou convite, dependendo do objetivo e finalidade da aquisição de bem ou serviço pela Administração Pública.

5. JURISPRUDÊNCIA

Para uma melhor visualização, algumas jurisprudências ajudam a compreender o uso do pregão, conforme segue.

SILVA, Marlon Cesar Schröder da; EMMEL, João Luís. Pregão para Aquisição de Bens não Comuns: Distorção da Modalidade de Licitação. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 633-648, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044.

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA GESTORA DE NOVO SISTEMA DE TRANSPORTE PÚBLICO INDIVIDUAL (TÁXIS) NO AEROPORTO INTERNACIONAL DE BRASÍLIA. PREGÃO PRESENCIAL. CONTROLE JUDICIAL DA LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA. (TJ-DF - MS: 38005520098070000 DF 0003800-55.2009.807.0000, Relator: WALDIR LEÔNICIO C. LOPES JÚNIOR, Data de Julgamento: 07/07/2009, Conselho Especial, Data de Publicação: 03/08/2009, DJ-e Pág. 111)

Em tal jurisprudência, está descrito que o projeto básico da implantação do Sistema de táxi pré-pago inclui uma série de serviços com alto grau de complexidade: credenciamento e aprovação dos prestadores de serviços; abertura de conta corrente no sistema de controle de corridas; sistemas de controle de fila, entrada e identificação de veículos; implantação de quiosques de venda; criação de “tíquetes de embarque”; mapeamento dos destinos; sistema de apoio ao embarque; “sistema de retaguarda”, com repasse de valores aos prestadores de serviços; infraestrutura de hardware; “sistema de gerenciamento de conta corrente”, dentre outros.

Sendo corretamente decidido que a implantação da gestão e operacionalização de toda a Prestação dos Serviços de Táxis do Aeroporto Internacional de Brasília não pode ser realizada mediante pregão presencial porque compreende serviços que extrapolam o uso do pregão. Tal modalidade pode ser adotada para a contratação de serviços simples (digitação, manutenção, assessoria, jardinagem, limpeza e outros) e não um complexo como o citado.

Outra decisão sobre o uso do pregão trás o mesmo entendimento, também na área da informática.

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TÉCNICOS DE INFORMÁTICA E ANALISTAS DE SISTEMA E SUPORTE PELA MODALIDADE PREGÃO. IMPOSSIBILIDADE. SERVIÇOS QUE NÃO PODEM SER ENQUADRADOS NA MODALIDADE SERVIÇOS COMUNS. VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE OBSERVÂNCIA À LEI PELO ADMINISTRADOR PÚBLICO. (AG 2004.01.00.001190-0/DF, Rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, DJ de 13.09.2004, p.77).

Assim, fica claro o entendimento de que a contratação de serviços pela modalidade pregão não é cabível quando o serviço demande conhecimentos

técnicos mais aprofundados ou, para a ocupação de funções de formação superior, sob pena de violação expressa ao texto legal, pois, para contratações que exigem conhecimentos técnicos especializados, é necessário a realização de licitação pela modalidade técnica e preço, pois o interesse da Administração é o melhor serviço pelo preço mais adequado.

CONCLUSÃO

Após a análise e interpretação da norma pertinente ao estudo, trazendo ao meio científico um debate de gestores públicos, cidadãos e fiscais da Lei, conclui-se que a utilização do pregão como modalidade às aquisições de bens e serviços comuns é de difícil interpretação, trazendo sérios problemas no procedimento de uso do pregão, permitindo interpretações diversas do que é seu objeto de aquisição: bens e serviços comuns.

Assim, conclui-se que o bem para ser entendido como comum, para efeitos de sua aquisição pela modalidade pregão, é necessário sua disposição de imediato no mercado fornecedor, como produto de prateleira, possibilitando sua aquisição ou fruição por qualquer ente administrativo, satisfazendo as necessidades do contratante sem que seja necessária sua adaptação para atendimento de especificações individualizadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21. ed. São Paulo: Método, 2013.

BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **A nova modalidade de licitação: Pregão**. 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 maio 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SILVA, Marlon Cesar Schröder da; EMMEL, João Luís. Pregão para Aquisição de Bens não Comuns: Distorção da Modalidade de Licitação. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 633-648, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão**: nova modalidade licitatória. Disponível em: <http://www.conlicitacao.com.br/sucesso_pregao/pareceres/marcal01.php>. Acesso em: 09 maio 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Isaias Fonseca. **Manual de direito administrativo**. Curitiba: Juruá, 2008.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Pregão**: teoria e prática: nova e antiga ideia em licitação pública. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2004.

PERIN, Armando Moutinho. **Pregão**: breves considerações sobre a nova modalidade de licitação, na forma presencial. Porto Alegre: Notadez, 2003.

SILVA. Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ary. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.