



Centro Universitário de Brasília

FACULDADE DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADA – FASA

Curso: CIÊNCIAS CONTÁBEIS

Área: CONTABILIDADE PÚBLICA

**CARACTERIZAÇÃO DE BENS OU SERVIÇOS COMUNS
PARA FINS DE AQUISIÇÃO PELA UNIDADE
ADMINISTRATIVA POR MEIO DO PREGÃO**

ERNANE SIMÕES DOS SANTOS

RA nº. 20351727

Prof. Orientador: Carlos Antônio Dias Chagas.

Brasília/DF, maio de 2007.

ERNANE SIMÕES DOS SANTOS

**CARACTERIZAÇÃO DE BENS OU SERVIÇOS COMUNS
PARA FINS DE AQUISIÇÃO PELA UNIDADE
ADMINISTRATIVA POR MEIO DO PREGÃO**

Monografia apresentada como um dos requisitos para conclusão do curso de Ciências Contábeis do UniCEUB - Centro Universitário de Brasília.

Prof. Orientador: Carlos Antônio Dias Chagas.

Brasília/DF, maio de 2007.

ERNANE SIMÕES DOS SANTOS

**CARACTERIZAÇÃO DE BENS OU SERVIÇOS COMUNS PARA FINS DE
AQUISIÇÃO PELA UNIDADE ADMINISTRATIVA POR MEIO DO PREGÃO**

Monografia apresentada como um dos requisitos para conclusão do curso de Ciências Contábeis do UniCEUB - Centro Universitário de Brasília.

Prof. Orientador: Carlos Antônio Dias Chagas.

Banca Examinadora

Prof. Carlos Antônio Dias Chagas
Orientador
Centro Universitário de Brasília

Prof. Francisco Glauber Lima Mota
Examinador
Centro Universitário de Brasília

Prof. Antônio Eustáquio Corrêa da Costa
Examinador
Centro Universitário de Brasília

Brasília/DF, maio de 2007.

Dedico este trabalho à minha filha, à minha tia-mãe, à minha mãe, meus irmãos, cunhados (as), aos sobrinhos (as), por esta jornada de vida que passamos.

Em especial, à minha esposa Jeane pelo apoio nessa trajetória e por ter me levantado nas horas em que o cansaço me tomava.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, Pai, Filho e Espírito Santos, a Nossa Senhora Mãe e Intercessora, aos Anjos e Santos, por tudo que sou, pois, sem a graça e benção e a proteção de todos, não teria chegado até aqui.

Aos meus professores que me proporcionaram a chance de concluir o curso de Ciências Contábeis e, principalmente, à minha esposa, por ter me apoiado nas horas em que mais precisei.

Ao professor Carlos Antônio Dias Chagas, pela paciência e compreensão, pelo apoio e confiança na orientação deste trabalho, pelas suas palavras, pessoa que passei a admirar pela forma como se dedica à sua missão de lecionar.

“Preparar alguém para viver não se faz com frases, mas convivendo. Preparar alguém para futuros relacionamentos, para ter um dia sua profissão, sua família, sua vida, se faz sendo humano, sendo terno, sendo generoso, sendo firme, sendo ético.

Sendo gente”.

Lya Luft

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de análise definir de forma mais abrangente ou aceitável junto aos órgãos de controle, o que vem a ser bens e serviços comuns, a fim de elucidar e facilitar a utilização da modalidade Pregão. Trata da importância de subsidiar os gestores públicos e demais interessados, norteando-os quanto aos meios utilizados para proceder a referida definição, de bens e serviços comuns. Esta definição é, na verdade, requisito essencial para que se possa realizar o certame na modalidade Pregão. Para o alcance deste, que é o principal objetivo do presente trabalho, são expostos alguns temas, quais sejam, a conceituação de licitação, um breve histórico do ato de licitar, os princípios que devem reger o procedimento licitatório e as modalidades de licitação existentes no Brasil. Além disso, propõe-se a contribuir com o administrador público no sentido de que este possa alcançar o real objetivo do processo licitatório, que é o de buscar, em primeiro lugar sempre, o interesse público. Evita-se, dessa forma, que a modalidade escolhida, principalmente quando for o “pregão”, seja frustrada, gerando ônus ao erário. Portanto, há a necessidade de que o gestor público respeite todos os princípios que regem o processo do certame. Apresenta, ainda, alguns caminhos que poderão ser percorridos pelo gestor, no intuito de sanar dúvidas que possam persistir quanto à natureza e às características do bem ou serviço que a Administração Pública necessite contratar. Dentre os caminhos apresentados, os administradores públicos poderão recorrer às leis nº 8.666/93, nº 10.520/02, ou ainda a decisões do TCU - Tribunal de Contas da União e ao mercado próprio. A pesquisa permitiu concluir que os bens e serviços somente serão considerados comuns se apresentarem características de padronização num mercado próprio. E que as maiores dúvidas em se tratando da aquisição de bens apresentam-se quando o produto a ser adquirido é referente a equipamentos de informática. Já no caso de aquisição de serviços comuns, as maiores dúvidas aparecem quando o serviço a ser contratado diz respeito à área de construção e reforma civil.

Palavras-chave: Bens Comuns, Serviços Comuns, Pregão.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. LICITAÇÃO	11
2.1 CONCEITUAÇÃO DE LICITAÇÃO	11
2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS	12
2.3 OBRIGATORIEDADE DO ATO DE LICITAR.....	14
2.3.1 <i>Dispensa de Licitação</i>	14
2.3.2 <i>Inexigibilidade de Licitação</i>	15
2.4 PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO.....	15
2.5 MODALIDADES DE LICITAÇÃO	17
2.5.1 – <i>Concorrência</i>	18
2.5.2 <i>Tomada de Preços</i>	18
2.5.3 <i>Convite</i>	19
2.5.4 <i>Concurso</i>	19
2.5.5 <i>Leilão</i>	20
2.5.6 <i>O Pregão</i>	20
3. BENS OU SERVIÇOS COMUNS	23
3.1 JURISPRUDÊNCIA DO TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO ACERCA DE BENS E SERVIÇOS COMUNS.....	26
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	33
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	37

1. INTRODUÇÃO

A Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2.000, introduz uma nova modalidade de Licitação denominada Pregão. Esta Medida Provisória passa por várias alterações e se consolida na Lei nº 10.520/2002. Sendo a principal característica, a contratação de bens e serviços comuns para entes públicos, objetivando sempre o menor preço.

O surgimento desta nova modalidade tem como foco a redução de custos, trouxe benefícios à desburocratização do setor público e incentivo às micros e pequenas empresas. Contudo, a ampla utilização da modalidade Pregão, nos remete a controvérsias e distinções existentes na sua forma de aplicação, o que pode comprometer a legitimidade do procedimento licitatório e a redução de gastos pela Administração Pública.

O presente trabalho aborda a necessidade de uma maior reflexão sobre o tema bens e serviços comuns, cuja delimitação ficou assim estabelecida: Como identificar se bens ou serviços são comuns, justificando assim a realização de uma licitação na modalidade Pregão?

Para isso, a metodologia utilizada foi à revisão teórica, por meio da análise de periódicos, livros e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Vale ressaltar que o Tribunal de Contas da União – TCU tem como negócio controlar externamente a Administração Pública e a gestão dos recursos públicos federais. Além disso, sua missão reside em assegurar, em benefício da sociedade, a efetiva e regular gestão dos recursos públicos. Deve, ainda, ser uma instituição de excelência no trabalho de controle e contribuição para o aperfeiçoamento da Administração Pública.

Investir em estudos que propiciem o aumento da eficiência nas relações contratuais do governo mostra crescente importância. Esperando-se, que num futuro próximo o retorno do investimento se traduza em redução dos gastos com a Administração Pública garantindo maior possibilidade de investimento em áreas como educação, saúde e segurança, auxiliando o desenvolvimento econômico do país.

Tendo em vista a economicidade, ao realizar o Pregão, deve-se buscar que todo o processo seja legítimo, respeitando os princípios básicos da licitação, que devem a todo o momento nortear esta ação.

Assim, como cita Meirelles (2006, p. 104), “houve um equívoco do legislador ao definir bem ou serviço comum como aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

Esta definição de bens e serviços comuns, da forma como se apresenta descrita, deve ser interpretada com certa cautela. Isto porque a própria definição de bens e serviços comuns não é tão objetiva como deveria ser. Apesar de o Decreto nº 3.555/2000, cuja redação deriva do Decreto nº 3.784/01, selecionar os bens e serviços comuns em três grupos, discorrendo acerca de cada um deles, há ainda discussão dos teóricos sobre o que realmente viria a ser bens e serviços comuns.

Muitas dúvidas se apresentam ao agente público, a quem caberá, na prática, a responsabilidade de caracterizar tais bens e serviços de acordo com a necessidade da Administração Pública. Afinal, a lista de bens e serviços comuns não é exaustiva, dada a quantidade de bens e serviços comuns utilizados pela Administração Pública. A lista é apenas exemplificativa, pois, com o avanço da tecnologia, os bens e serviços vão sofrendo conseqüente alteração em sua caracterização.

Desta forma, o que pode não se adequar na caracterização de comuns nos dias de hoje, em um futuro próximo pode se adequar. Cabe, portanto, ao administrador público uma análise cautelosa das características dos bens e serviços que deseja licitar, a fim de enquadrá-los no certame mais vantajoso ao interesse público.

A necessidade de descrição dos padrões de desempenho e qualidade, antes considerada como base para a decisão, não poderia definir um bem como sendo comum, pois este é um pré-requisito para gerar um edital licitatório. Justen Filho (2000) chama a atenção para a contratação de obras e serviços de engenharia, se referindo a serviços comuns como aqueles que têm um perfil qualitativo definido no mercado.

O presente trabalho propõe como objetivo geral:

- Apresentar uma definição mais abrangente, ou aceitável, junto aos órgãos de controle, do que vem a ser bens e serviços comuns, a fim de elucidar e facilitar a utilização da modalidade de licitação Pregão.

Busca também alcançar os seguintes objetivos específicos:

- Conceituar a nova modalidade licitatória denominada Pregão e seu principal objetivo;
- Identificar os fundamentos teórico-jurídicos que caracterizam o bem ou serviço comum;
- Caracterizar, o mais objetivo possível, bens e serviços comuns passíveis de licitação pela modalidade Pregão seja presencial ou eletrônico;
- Apresentar o entendimento e jurisprudência do TCU em determinados casos, onde surgiram dúvidas, quanto a definição precisa de bens e serviços comuns.

Por isso, o trabalho encontra-se estruturado em quatro partes principais. A primeira se refere à parte introdutória, onde se encontra o objetivo geral, objetivos específicos, metodologia utilizada e delimitação do problema.

Na segunda parte, discorre-se acerca do conceito de licitação, dos aspectos históricos, da obrigatoriedade do ato de licitar, que engloba situações onde podem ocorrer dispensa ou inexigibilidade do certame, princípios da licitação e modalidades de licitação.

Na terceira parte é abordado o foco principal deste trabalho, onde está apresentada a caracterização de bens e serviços comuns na modalidade de licitação pregão, expondo as definições de alguns doutrinadores, além da apresentação da Jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Na quarta parte são apresentadas as considerações finais.

2. LICITAÇÃO

2.1 CONCEITUAÇÃO DE LICITAÇÃO

Administração Pública deve buscar a proposta vantajosa quando necessitar realizar obras e serviços, fazer compras e alienar bens. As aquisições realizadas pela Administração Pública encontram-se subordinadas a critérios estabelecidos por Lei.

Cabe à Administração Pública o dever de gerir o dinheiro público com responsabilidade. Foi na busca deste objetivo que se criou o ato de licitar. Logo, licitação pode ser definida como um ato que a Administração Pública realiza, direta ou indiretamente entre aqueles que se habilitam a contratar com o Poder Público na compra ou alienação de bens ou ainda na concessão de serviços ou obra pública.

Para Meirelles (2006), licitação é o procedimento administrativo pelo qual a Administração seleciona a proposta mais vantajosa, procurando manter igualdade entre os participantes do certame. É, pois, um meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a compra de materiais, requisição de obras e serviços e alienação de bens públicos.

Licitação trata-se de

(...) um processo que a um só tempo restringe o arbítrio do agente do Poder Público na seleção de seus fornecedores, enseja a todos os interessados igualdade de condições na apresentação do negócio e impõe a escolha daquele que apresentar a melhor proposta. (GONDO, 1969, p. 9)

Nas aquisições pelo poder público de bens e serviços, busca-se a neutralidade de vínculos, vantagens ou qualquer outro benefício a terceiros. As vantagens oferecidas deverão atender a necessidade da Administração Pública, buscando economicidade e qualidade. Quando os papéis de interesse se invertem, observa-se que surge um problema ético na unidade gestora.

Mukai (1988 *apud* MEIRELLES, 2006) conclui que “licitação pode ser definida como um convite do Poder Público aos administrados para que façam as

suas propostas e tenham, pois, chance de serem contratados para determinada prestação de serviço” .

Segundo Mello (2000 *apud* MIRANDA, 2004) licitação é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, na pretensão de realizar obras ou serviços, adquirir ou locar bens, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou uso exclusivo de bem público, segundo condições estipuladas, convoca interessados em apresentar propostas, para selecionar aquela que tenha maior relação com os parâmetros pré-estabelecidos.

O Poder Público transfere a terceiros os serviços para os quais ele não dispõe de mão-de-obra suficiente, ou não qualificada para executá-los. Para transferir estes serviços ou adquirir materiais para os mesmos, ele utiliza a licitação, que é um ato administrativo em busca da melhor proposta.

Ainda que sejam analisados inúmeros conceitos de Licitação, pode-se identificar como pontos comuns duas principais características deste ato. A primeira delas diz respeito à exigência de que o serviço ou bem seja adquirido pela Administração Pública de forma vantajosa ao Poder Público. Outro ponto é que o processo licitatório deve garantir igualdade de oportunidades a todos que desejarem participar do certame.

2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS

O certame licitatório foi introduzido no direito público brasileiro em 14 de maio de 1862, por meio do Decreto nº 2.926, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Porém, sua consolidação somente foi possível com o advento do Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922, organizando o Código de Contabilidade da União (arts. 49-53), em âmbito Federal. (MEIRELLES, 2002)

Desde o antigo Código de Contabilidade da União, de 1922, o procedimento licitatório vem evoluindo, com o objetivo de conferir maior eficiência às contratações públicas, sendo, por fim, sistematizado por meio do Decreto-Lei nº 200,

de 25 de fevereiro de 1967 (arts. 125 a 144), que estabeleceu a reforma administrativa federal, e estendido, com a edição da Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968, às Administrações dos Estados e Municípios. (MAURANO, 2002)

O Decreto-lei nº 2.300, de 21.11.86, atualizado em 1987, pelos Decretos-Lei nº 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.

Mas foi a Constituição de 1988 que apresentou um avanço na democratização da Administração Pública. Isso porque a verdadeira constitucionalização da Administração Pública somente foi levada a efeito pela Carta Magna de 1988. (MAURANO, 2002)

De acordo com o texto constitucional, a licitação passou a possuir status de princípio, o qual deve ser seguido por toda a Administração Pública, englobando todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O princípio de licitar está intimamente ligado aos princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público, sendo estes norteadores da atividade estatal.

Para que a lei de licitações verdadeiramente atenda às necessidades da Administração Pública, ela apresenta diferentes modalidades. Porém, na tentativa de acompanhar a evolução do mercado, “foi editada pelo Presidente da República a Medida Provisória nº 2.182-18, de 23 de agosto de 2001, que sucedeu as Medidas Provisórias nº 2.026/2000 e nº 2.108/2000, instituindo a nova modalidade de licitação: o pregão”. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 215)

A Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, por sua vez, regulamenta a criação da modalidade de licitação “pregão”. Apesar da nova modalidade não estar inserida na Lei nº 8.666/93, é regulamentada, posteriormente, por meio do decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, instituindo uma nova forma para este tipo de certame. Trata-se do chamado “Pregão Eletrônico”, que surge no intuito de acompanhar o progresso tecnológico. (JUSTEN FILHO, 2005)

O pregão poderá, em breve, ser a única modalidade licitatória utilizada pelo Poder Público, devido a sua agilidade e facilidade de aquisição, fator

característico do certame. É fato que a evolução e o entendimento da Lei deverão ocorrer gradativamente para não atropelar nenhum princípio constitucional. O avanço da Tecnologia da Informação será o fator principal para que este fato se concretize.

2.3 OBRIGATORIEDADE DO ATO DE LICITAR

A licitação é uma exigência legal a todos os órgãos da administração direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, bem como às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pelos Estados, Municípios, Distrito Federal ou pela União.

Esta obrigação legal se encontra amparada pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, em seu art.1º, parágrafo único. Trata-se da lei à qual coube regulamentar o art. 37 inciso XXI da Constituição Federal de 1988.

Apesar de se realizar Licitações na Administração Pública, como forma de se submeter o dinheiro público ao controle não só estatal, mas da sociedade, há casos nos quais a Lei nº 8.666/93 permite dispensa ou inexigibilidade deste procedimento.

2.3.1 *Dispensa de Licitação*

Para Meireles (2006, p.113), “licitação dispensada é aquela que a Administração pode deixar de realizar, se assim lhe convier”.

A Lei nº 8.666/93, em BRASIL (2007a), enumera cerca de 26 casos (art.24) onde podem ocorrer dispensa de licitação, dentre os quais:

- Quando as obras ou serviços de engenharia apresentarem um pequeno valor. Procurando ser mais explícita a lei determina que este pequeno valor não ultrapassa 10% do limite previsto para se realizar a modalidade convite (art. 24, I);

- Nos casos da Administração Pública necessitar contratar serviços ou adquirir compras de pequeno valor. Porém também neste caso exige-se que o valor não ultrapasse 10% do limite exigido para realização da modalidade convite (art. 24, II);
- Quando houver guerra ou grave perturbação da ordem (art. 24, III);
- Em casos onde haja calamidade ou emergências públicas (art. 24, IV);
- Quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento (art. 24, VI).

2.3.2 Inexigibilidade de Licitação

A inexigibilidade de licitação ocorrerá quando a Administração Pública verificar que há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, dada a natureza do objeto ou serviço que necessite ser adquirido ou contratado por esta. Os casos de inexigibilidade de licitação encontram-se enumerados no art.25 da lei nº 8.666/93, em BRASIL (2007a).

Ilustrando o artigo 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93, que trata da contratação de profissionais que são consagrados pela crítica especializada ou pela opinião pública, pode-se citar a figura de Oscar Niemeyer, autor de grande parte das obras arquitetônicas da Capital Federal. Nos casos de alterações ou inclusões no projeto original, não poderia a Administração Pública utilizar outra modalidade que não fosse a inexigibilidade. Trata-se de obra exclusiva do profissional.

2.4 PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

Princípios são fundamentos éticos que deverão estar presentes na construção dos editais, na realização da licitação e na própria escolha desta ou daquela modalidade. Observá-los é uma forma de garantir a legalidade do certame.

Por este motivo, o administrador público, ao realizar um procedimento licitatório, deve fazê-lo observando os princípios da licitação, caso contrário, o ato perderá a validade. (BRASIL, 2006)

Os princípios, segundo Miranda (2004), são os seguintes:

- **Princípio da Legalidade** – ao observar este princípio, o administrador público está vinculando o ato de licitar a procedimentos legais. Trata-se de construir o certame dentro do que a lei determina. O mesmo não acontece com as empresas privadas. Elas, apesar de não poderem burlar a lei, podem fazer também o que a lei não proíbe.

- **Princípio da Impessoalidade** – diz respeito ao tratamento dado a todos os envolvidos no ato licitatório. Dessa forma, o princípio da impessoalidade objetiva garantir a todos os participantes do processo de licitação sejam tratados sem discriminação ou distinção de qualquer que seja a natureza.

- **Princípio da Isonomia** – visa garantir a igualdade de direitos e oportunidades a todos os envolvidos no certame.

- **Princípio da Publicidade** – busca assegurar ampla divulgação dos atos a serem praticados pelo ente público que deseja adquirir produtos ou serviços por meio do processo de licitação. Desta forma, estará garantida a existência do Estado Democrático de Direito, onde todos podem fiscalizar a legalidade do processo.

- **Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa** – neste princípio, o agente administrativo deve observar que o certame seja construído, observando padrões éticos e morais que regem a sociedade de direito.

- **Princípio da Finalidade** – o certame deve acontecer se o objetivo atender, em primeiro lugar, ao interesse ou à necessidade do povo.

- **Princípio da Razoabilidade** – define, segundo Mello (2000 *apud* MIRANDA, 2004), que o procedimento deve obedecer a critérios aceitáveis dos pontos de vista racional.

- **Princípio da Proporcionalidade** – o administrador público deve restringir seu campo de atuação ao que for estritamente necessário ao atendimento da finalidade. Deve contratar ou adquirir somente o que atende à real necessidade da Administração Pública.

- **Princípio da Motivação** – trata-se da garantia de que o administrador público seja obrigado a prestar esclarecimentos de todas as ações, que venha a tomar e que motivem o ato licitatório.

- **Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório** – vincula qualquer ato licitatório ao instrumento convocatório, ou seja, ao edital. Isso porque é o edital que vai regulamentar todo o processo da licitação.

- **Princípio do Julgamento Objetivo** – princípio que visa garantir que o processo licitatório seja direto e objetivo. Restringindo o certame ao que está expresso no edital, não se levando em conta qualquer valoração subjetiva.

Observar princípios é muito mais do que meramente ler o texto legislativo. Trata-se de um posicionamento ético que o indivíduo deve apresentar perante a sociedade, pois, nem sempre os princípios estão explícitos nas normas. O que não significa que o administrador público pode agir de forma amoral ao realizar o procedimento licitatório. Trata-se do dinheiro público, de agir em função do bem comum.

2.5 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Meirelles (2006) define as modalidades de licitação como sendo: “[...] concorrência, tomada de preço, convite, concurso, leilão e pregão [...]”. Ele entende que o principal objetivo destas modalidades de licitação é ajustar-se às peculiaridades de cada tipo de negócio que a Administração Pública necessite contratar.

Segundo Brasil (2006), modalidades de licitação são atos administrativos que regem o procedimento licitatório, obedecendo a critérios definidos em lei. O principal desses critérios é o valor estimado da contratação, exceto na modalidade de pregão, em que não há limite de valor.

Utilizando-se dessas modalidades o administrador público adquire bens e serviços para manutenção da máquina pública. Regidas por Leis, as modalidades são específicas para cada aquisição pelo valor estimado. Entretanto, o pregão veio alterar o critério de enquadramento do bem ou serviço a ser adquirido. O parâmetro

utilizado por Lei no pregão se refere à caracterização do objeto a ser contratado, sem limites de valor estimado.

2.5.1 – Concorrência

Concorrência é a modalidade de licitação destinada a contratos de grande valor. Nesta modalidade licitatória pode haver a participação de quaisquer interessados, registrados ou não, desde que satisfaçam as condições do edital e que sejam convocados com antecedência mínima de 45 ou 30 dias. (BRASIL, 2007a)

De acordo com Brasil (2007a) em obras e serviços de engenharia, a obrigatoriedade de se realizar a licitação por concorrência se dá a partir de R\$ 1.500.000,00 e, para compras e os demais serviços, no valor acima de R\$ 650.000,00.

É também obrigatória para compras na alienação de imóveis, concessão de uso, de serviços ou de obra pública e licitações internacionais, independente do valor do objeto do contrato (BRASIL, 2007a), podendo ainda ser utilizada no lugar de qualquer outra modalidade de licitação, a critério da administração. (BRASIL, 2007a)

Neste caso, a modalidade do pregão substituiria a concorrência na aquisição de bens e serviços comuns, uma vez que no pregão não existe limite de valor. Deverá, no entanto, o gestor público se certificar da simplicidade ou complexidade dos bens ou serviço a ser adquirido.

2.5.2 Tomada de Preços

Segundo Brasil (2006), a Tomada de Preços é uma modalidade de licitação destinada a contratos de vulto médio. Nesta modalidade, exige-se que os interessados sejam cadastrados antes do início do processo, aberto mediante publicidade, ou que atendam às condições de cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, devidamente observada a necessária qualificação.

Para essa modalidade, os preços estipulados para a contratação serão, no caso de obras e serviços de engenharia, entre R\$ 150.000,00 e R\$ 1.500.000,00. No caso de compras e outros serviços, enquadram-se nessa modalidade os que tiverem valor entre R\$ 80.000,00 e R\$ 650.000,00. (BRASIL, 2007a)

Também, neste caso, o pregão poderá ser utilizado para aquisições de serviços comuns que não necessitem de qualificação técnica na excussão. O TCU tem analisados alguns casos de serviços de engenharia que se enquadram perfeitamente como serviços comuns. Por exemplo, o caso de jardinagem, reposição de mármore na fachada de prédios, reposição ou troca de azulejos, entre outros.

2.5.3 Convite

Segundo Brasil (2006) é uma modalidade de licitação simples, havendo apenas a necessidade de prévia afixação de cópia do convite no quadro de avisos do órgão ou entidade licitadora, além da entrega das cartas-convite. Mas, é preciso ter no mínimo a participação de três interessados do ramo, que se candidatem até 24 horas antes da apresentação das propostas. É uma modalidade destinada a pequeno valor.

Em Brasil (2007a), os valores dessa modalidade se restringem a, no âmbito de obras e serviços de engenharia, valores inferiores a R\$ 150.000,00. Enquanto que, no âmbito de compras e outros serviços, refere-se aos que possuem valor inferior a R\$ 80.000,00.

O pregão poderá substituir a modalidade convite nos casos em que o bem ou serviço obviamente sejam comuns e/ou quando a quantidade de fornecedores for expressiva. Desta forma, será preservada uma das características que marcam o pregão, que é a obtenção de vantagem financeira para a Administração Pública, no que se refere à aquisição de bens ou serviços comuns.

2.5.4 Concurso

O Concurso é a modalidade de licitação que tem como objetivo a fomentação da cultura, tecnologia, artes cênicas ou mesmo encontrar soluções para problemas atuais, segundo Brasil (2006). Para isso, é realizada a escolha do melhor trabalho técnico, artístico ou científico. Há critérios previamente estipulados em edital e, aos classificados, é possível atribuir prêmios ou remunerações. Assim, o concurso é uma das modalidades insubstituíveis, por se tratar de aquisições individualizadas, inerentes à qualificação do profissional, que é única.

2.5.5 Leilão

Segundo Brasil (2006), trata-se de uma modalidade utilizada para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração, produtos legalmente apreendidos ou empenhados e também para os bens imóveis, cuja aquisição haja derivado de procedimento judicial ou de dação em pagamento. Neste processo, não há necessidade da habilitação prévia dos licitantes, podendo apenas ser exigidos destes um depósito percentual do preço, quando não se pedir todo o pagamento à vista. É importante que o leilão seja precedido de ampla publicidade.

Outra modalidade insubstituível pelo pregão, por tratar-se de modalidade inversa a este certame. Ou seja, no pregão negocia-se aquisições de bens e serviços comuns, no leilão vende-se bens a disposição da Administração Pública. No leilão, busca-se o melhor preço para venda. No pregão, o melhor preço para compra.

2.5.6 O Pregão

Com a evolução das relações existentes, o fenômeno da globalização e o apelo de uma economia digital, surge uma urgente necessidade de tornar a Administração Pública mais rápida, desburocratizada, econômica e eficiente, principalmente no que se refere às futuras contratações.

É nesta busca pela agilidade e praticidade, quanto à aquisição de bens e/ou serviços, por parte da Administração Pública, que surge a mais nova modalidade de licitação, denominada Pregão.

Esta nova modalidade de licitação, Pregão, foi criada com base na Medida Provisória n° 2.026, de 04 de maio de 2.000. Após várias reedições e numerações, esta Medida Provisória acabou sendo convertida na Lei Federal n° 10.520, do dia 17 de junho de 2002.

Ao contrário do que ocorre em outras modalidades de licitação, não há um valor estipulado para que se adquira um bem ou serviço, por parte da Administração Pública nesta modalidade licitatória.

A exigência fundamental para que esta modalidade de licitação possa ser utilizada encontra-se na observância de certas particularidades, princípios e finalidades a que se destina.

Em primeiro lugar, para que se realize um certame nesta modalidade é fundamental que haja concorrência. Ou seja, várias propostas e lances em uma sessão pública que caracterize a existência de um Pregão. Outro ponto fundamental é que o objetivo principal desta modalidade seja a aquisição de uma proposta vantajosa para a Administração, sem, contudo, deixar de observar a oferta de iguais condições aos participantes.

Outro ponto importante é verificar a natureza do objeto das contratações, que deve ser rigorosamente o de adquirir, por parte da Administração Pública bens ou serviços caracterizados como comuns.

Este último ponto constitui-se no principal item a ser observado em se tratando da realização de um certame nesta modalidade. Mas, se faz necessário ressaltar que a não observância de quaisquer destes pontos mencionados, contribuirá para o comprometimento do processo licitatório.

Segundo Gasparini (2000), a realização do pregão pode se dar de dois modos. O primeiro modo é o tradicional: um procedimento em que se tem partes escritas e partes orais, verbais. Em um segundo modo, utiliza-se a informática, onde os lances são dados por meio da Internet.

De acordo com o art. 2º do decreto 5.450,

o pregão, na forma eletrônica, como modalidade de licitação do tipo menor preço, realizar-se-á quando a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns for feita à distância em sessão pública, por meio de sistema que promova a comunicação pela Internet. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 224)

Pode-se dizer que o Pregão Eletrônico é a evolução do Pregão presencial. Sua adoção está ligada a uma imposição e uma necessidade do mercado, imposta à Administração Pública, dado o momento de transformação pelo qual passamos diante do desenvolvimento tecnológico e da necessidade de uma maior agilidade e eficiência dos Órgãos Públicos.

Nota-se, assim, uma gradativa migração do Pregão Presencial para o Eletrônico, o que provoca na Administração uma mudança de postura e procedimentos dos envolvidos neste processo. No Pregão Eletrônico, há a observância das mesmas regras seguidas no Pregão Presencial. Uma das principais diferenças detectadas no Pregão Eletrônico é a ausência da presença física dos participantes do certame, pois todos os procedimentos realizados neste tipo de Pregão acontecem por meio de sistema eletrônico de comunicação, ou seja, via Internet.

Por ser o pregão uma modalidade nova de licitação, mas que possibilita agilidade, simplicidade e economicidade, na realização da licitação. Alguns ordenadores de despesas tentam utilizar-se desta modalidade para aquisição de bens e serviços não comuns. O gestor público deverá agir com responsabilidade. Analisando e refletindo sobre a aplicabilidade de determinado tipo de certame ao produto ou serviço que lhe foi solicitado adquirir para a Administração Pública. Nos casos em que ordenador aplicar a modalidade do pregão para aquisição de bens ou serviços não comuns, deve ter consciência de que estará empenhando energia e tempo em um ato que comprovadamente não será vantajoso à Administração Pública, por não ter legitimidade.

3. BENS OU SERVIÇOS COMUNS

Diferentemente das outras modalidades de licitação, o pregão apresenta como requisito básico a “aquisição de bens e serviços comuns”, e não o valor do objeto licitado. (MEIRELLES, 2006, p.103)

Para um melhor entendimento do objetivo da modalidade licitatória Pregão e da definição de bens e serviços comuns seguem definições.

Segundo Tolosa Filho (2005, p. 7), o pregão:

[...] destina-se à contratação de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões possam ser objetivamente definidos pelo edital, com a utilização de especificações usuais no mercado, observada a normatização técnica estabelecida pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). (TOLOSA FILHO, 2005, p. 7)

A Medida Provisória nº 2.026/00 já previa como condição para a realização do certame Pregão que a Administração Pública só utilizasse este tipo de modalidade, se o bem ou serviço a ser licitado pudesse ser definido como comum. Contudo, a referida medida provisória não trazia em seu texto uma lista que exemplificasse quando ou quais os bens que poderiam ser definidos como comuns. A lista de bens e serviços comuns só foi editada posteriormente, por regulamento administrativo. (MIRANDA, 2004)

Assim, a conceituação do que sejam bens e serviços comuns se encontra definida na Lei nº 10.520/02, em seu parágrafo 1º do art. 1º. Porém, a lista referencial, encontrada no Decreto nº 3.555/2000, não deve restringir o campo de atuação dessa modalidade. Miranda (2004, p.209), apresenta o anexo II do Decreto nº 3.555/2000, com redação que lhe deu o Decreto nº 3.784, de 6 de abril de 2001. Nele, os denominados bens e serviços comuns são separados em três grupos, sendo:

(1) bens comuns de consumo: água mineral, combustível e lubrificante, gás, gênero alimentício, material de expediente, material hospitalar, médico e de laboratório, medicamentos, drogas e insumos farmacêuticos, material de limpeza e conservação e oxigênio; (2) bens comuns permanentes: mobiliário, equipamentos em geral, exceto de informática, utensílios de uso geral, exceto de informática, veículo automotivo em geral, microcomputador de mesa ou portátil (notebook), monitor de vídeo e impressora; e (3) serviços comuns: serviços de apoio administrativo, serviços de apoio à atividade de informática, digitação, manutenção, serviços de assinaturas,

serviços de assistência hospitalar, médica e odontológica, serviços de atividades auxiliares, serviços de confecção de uniformes, serviços de copeiragem, serviços de eventos, serviços de filmagem, serviços de fotografia, serviços de gás natural, serviços de gás liquefeito de petróleo, serviços gráficos, serviços de hotelaria, serviços de jardinagem, serviços de lavanderia, serviços de limpeza e conservação, serviços de locação de bens móveis, serviços de manutenção de bens imóveis, serviços de manutenção de bens móveis, serviços de remoção de bens móveis, serviços de microfilmagem, serviços de reprografia, serviços de seguro saúde, serviços de gravação, serviços de tradução, serviços de telecomunicações de dados, serviços de telecomunicações de imagem, serviços de telecomunicações de voz , serviços de telefonia fixa, serviços de telefonia móvel, serviços de transporte, serviços de vale refeição, serviços de vigilância e segurança ostensiva. (MIRANDA, 2004, p.209)

Como afirma Miranda (2004), a apresentação do legislador, em um primeiro momento, fez-se pouco objetiva, pois, segundo o princípio do julgamento objetivo, mesmo diante de um bem de alta complexidade tecnológica, com requisitos de qualidade e especificações peculiares, faz-se necessária a descrição do objeto licitado a partir de parâmetros precisos e objetivos. Reside nessa definição a contradição a que estaria submetida à finalidade do pregão, que definiria os bens e serviços comuns apenas como os que possam ser objetivamente descritos no edital.

Justen Filho (2000) remete aos serviços de engenharia, contextualizados como comuns os que têm perfil qualitativo definido no mercado. Porém, não apenas os padronizados podem ser reportados como comuns. Assim, a regra é que obras e serviços de engenharia não se enquadram na definição de bens e serviços comuns.

Mas, o Decreto Federal 5.450/2005, anteriormente citado por regulamentar o pregão eletrônico, trouxe a obrigatoriedade da Administração Pública realizar o pregão nas aquisições de bens e serviços comuns, sendo preferencial a forma eletrônica e não mais considerando incompatível com o pregão os serviços de engenharia.

Outra discussão surgida, também, quanto à caracterização de bens e serviços comuns se refere à aquisição de equipamentos de informática, como explica Tolosa Filho (2005). O anexo II do Decreto nº 3.555/00 classifica como de natureza comum os microcomputadores de mesa ou portáteis, monitores de vídeo e impressoras, não abrangendo scanners e outros aparelhos relacionados à área.

Tolosa Filho (2005) entende que esses outros equipamentos não citados no texto são equiparados, devido ao seu uso e finalidade.

A aquisição desses bens, elencados no Decreto nº 3.555/00, fica restrita aos de fabricação no Brasil, com significativo valor agregado local, podendo usufruir o incentivo de isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI.

Justen Filho (2000) afirma que o anexo II do decreto citado é meramente exemplificativo, visto que poderão surgir novas hipóteses não descritas no texto. Por isso, segundo o mesmo autor, tornam-se exaustivos e indesejados elencar uma infinidade de bens e serviços, a fim de restringir a atuação do administrador.

Em consonância à tese apresentada por Justen Filho (2005 *apud* Miranda, 2004, p. 114), no Senado da República, o Ato da Comissão Diretora nº 29, de 23 de julho de 2003, prevê que “as aquisições de bens e serviços comuns são preferencialmente promovidas na modalidade de licitação denominada pregão, (...) aplicando-se, no que couber, o disposto no Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000 e alterações posteriores”.

Há a hipótese de se licitar bens e serviços de complexidade técnica neles envolvido, tanto em sua definição, quanto em sua execução. Porém, sua escolha se dará pelo menor preço, inexistindo a possibilidade de se escolher de acordo com o fator técnico.

Observa-se a dificuldade de alguns gestores em caracterizar o bem ou o serviço como comum. No entendimento de vários doutrinadores, o bem comum não poderá conter itens que descaracterizem o objeto, como por exemplo: “caneta esferográfica escrita fina ou grossa, nas cores, azul, preta, verde, amarela ou vermelha”, característica comum da caneta. Porém, se o objeto a ser licitado for “caneta esferográfica com 5 cores”, neste caso, o administrador público deverá pesquisar no mercado antes de utilizar a modalidade pregão, uma que o bem pelas suas características, poderá ser incomum.

A lista de bens e serviços comuns, dispostos no Decreto nº 3.555/00, apenas norteiam o agente público licitante acerca do que poderá contratar ou adquirir na modalidade do pregão. Embora a lista seja exemplificativa, podendo

posteriormente conter outros itens, não significa que o que nela está contido se encaixe como bem ou serviço comum na necessidade da aquisição. É preciso que o agente licitante observe a característica do bem ou serviço a ser licitado, podendo o mesmo estar fora da característica de comum.

3.1 JURISPRUDÊNCIA DO TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO ACERCA DE BENS E SERVIÇOS COMUNS

Fazendo uso de suas atribuições de órgão fiscalizador, o Tribunal de Contas da União – TCU cita casos de licitações de bens e serviços comuns, que foram objetos de sua análise. Os casos analisados pelo Tribunal servem de parâmetro aos administradores públicos responsáveis pelos futuros certames.

Segundo o Ministro Benjamin Zymler no acórdão nº 313/2004- Plenário:

Tendo em vista o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/02, acima citado, bem comum é aquele para o qual é possível definir padrões de desempenho ou qualidade, segundo especificações usuais no mercado. Dessarte, o bem em questão não precisa ser padronizado nem ter suas características definidas em normas técnicas. Da mesma forma, não deve restringir a utilização do pregão à aquisição de bens prontos, pois essa forma de licitação também pode visar a obtenção de bens produzidos por encomenda. (BRASIL, 2006)

Um dos casos analisados pelo TCU – Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 296/2007 – Segunda Câmara (BRASIL, 2007b), trata-se de possíveis irregularidades na contratação de serviços de engenharia por parte da ELETROACRE, utilizando-se a modalidade de pregão.

Este teve como objeto o registro de preços para futuras contratações de mão-de-obra em construções e reformas de redes de distribuição elétrica. Por considerar inadequada a modalidade da licitação “pregão” para contratação de obra e serviço de engenharia, a unidade técnica do TCU requereu a suspensão do Edital, até o pronunciamento definitivo sobre a matéria.

A ELETROACRE discrimina que os serviços a serem contratados são de construção ou reforma de rede de distribuição, compreendendo a instalação,

retirada, substituição e realocamento de materiais, equipamentos e acessórios da rede elétrica existente.

Com base no relatório do analista, o Ministro Relator questiona a categoria dos serviços a serem adquiridos por meio do pregão, por se tratar de serviços de engenharia qualificada. Somente a ELETROACRE apresenta qualificação técnica para estimar o valor do serviço, por ser a única empresa do ramo na região. Fica inviável, diante do exposto, a realização da modalidade de pregão, uma vez que não haverá concorrentes para que se negocie redução de preços na execução dos serviços ofertados pela ELETROACRE.

Indaga o Analista acerca da utilização da modalidade pregão para contratação de serviços de engenharia e utilização de registro de preço para a contratação deste tipo de serviço. Para definir e responder o questionamento, o relator, após pesquisar vários doutrinadores sobre o assunto, cita:

Helly Lopes Meirelles: Serviços comuns são todos aqueles que não exigem habilitação especial para execução, podendo ser realizados por qualquer pessoa ou empresa, por não serem privativos de nenhuma profissão ou categoria profissional. (BRASIL, 2007b)

Marçal Justen Filho, acerca do conceito de serviço comum contido no Anexo II do Decreto nº 3.555/2000: 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 competência instituída por lei seja restringida por meio de Decreto. (BRASIL, 2007b)

Ademais, a inclusão de um bem ou serviço na relação não 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. (BRASIL, 2007b)

No voto do Ministro Benjamim Zymler, na Segunda Câmara, examinando a irregularidade em procedimento licitatório praticada pela ELETROACRE, no que tange à contratação de serviço de engenharia, apresenta-se que esta prática é expressamente vedada pelo art. 5º do Decreto nº 3.555/2000. Manifesta ainda o Ministro Relator que, na prática, é fato que serviços de engenharia, normalmente desenvolvidos por engenheiros, têm certa complexidade, motivo pelo qual são

fiscalizados pelo CONFEA – Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. O Ministro chama, ainda, a atenção aos administradores públicos para o fato de quando incluírem tais serviços na modalidade pregão, promover-se maior segurança na execução contratual.

Concorda o Ministro Relator como o analista por ser evidente que o serviço contratado pelo ELETROACRE não se trata de serviço comum, declarando ainda, ser inviável a utilização da modalidade pregão para o objeto em questão.

A adoção do pregão neste serviço oneraria o Estado por não se enquadrar na modalidade do pregão, em função de não haver concorrentes e pelo fato do tipo de serviço a ser efetuado não se caracterizar como comum.

Outro caso analisado pelo TCU – Tribunal de Contas União por meio do Acórdão 286/2007 – Primeira Câmara (BRASIL, 2007b) foi a contratação de obras e serviços pelo CNPq – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, por meio do pregão eletrônico. A princípio, foi contestado pelo Sinduscon-DF – Sindicato da Indústria da Construção Civil do Distrito Federal, a utilização da modalidade de pregão para a execução do serviço, alegando se tratar de serviço de engenharia, e não de manutenção. De acordo com o edital, o objeto da licitação era contratação de pessoa jurídica com especialização na prestação dos serviços de impermeabilização da laje e vigas, repolimento com rejunte das placas de mármore branco das paredes e realinhamento das esquadrias em vidro temperado, com fornecimento de materiais e mão-de-obra para reforma do jardim interno do edifício da CNPq em Brasília.

Inicialmente, o Plenário do Tribunal entendeu que serviços de engenharia não podem ser contratados por meio da modalidade de licitação pregão, ressaltando que somente os serviços comuns encaixam no certame. Cita, ainda, que a Lei nº 10.520/02 não exclui previamente a utilização do pregão para obras e serviços de engenharia. Nesse caso, o Decreto 3.555/00 é que exclui essas contratações. Por outro lado, o item 20 do anexo II autoriza a contratação de manutenção de imóveis, o que pode ser considerado serviço de engenharia pela modalidade pregão.

Cita o Ministro relator, desse modo, as normas regulamentares que proíbem a contratação de obras e serviços de engenharia pelo pregão carecem de fundamento de validade, visto que, não possuem embasamento na Lei nº

10.520/2002. O único condicionamento que a Lei do Pregão estabelece é a configuração do objeto da licitação como bem ou serviço comum. (BRASIL, 2007b)

Valendo-se de decisões anteriores do Tribunal, o Relator verificou que a contratação de alguns serviços e obras de engenharia poderão ser licitados por meio do pregão. Passou, então, o Relator a analisar o fato concreto.

Qualquer indivíduo, ao solicitar em seu imóvel ou empresa serviços de reposição de azulejo, mármore, jardinagem, reposição de esquadrias, não necessitará, na maioria das vezes, contratar um engenheiro ou mesmo um arquiteto. Não havendo complexidade nos serviços a serem executados, com base no edital, torna-se absurdo não declarar o objeto como serviço comum, mesmo que se tratando de serviços de engenharia.

Por ter ficado explícita a simplicidade dos serviços a serem executados no edifício do CNPq, o Tribunal reconhece improcedente a representação e solicita o arquivamento do processo.

Constata-se que a maior parte dos casos analisados pelo TCU diz respeito à aquisição de serviços comuns, ponto no qual os ordenadores de despesas apresentam maior dificuldade na especificação.

Com relação à classificação de bens comuns, a maior dúvida acontece quando o objeto a ser adquirido se refere a produtos de informática. Nestes casos, o administrador público termina sempre descaracterizando o bem. Um exemplo disso se dá quando o administrador necessita adquirir computadores, considerado bem comum, mas inserem, nas especificações do objeto, programas com alto nível de complexidade, o que exclui o bem do rol de comum.

Um caso de bem comum analisado pelo TCU - Tribunal de Contas da União através do Acórdão 1114/2006 – Plenário (BRASIL, 2007b), onde haveria possíveis irregularidades na exigência de características técnicas dos produtos a serem adquiridos pelo TST – Tribunal Superior do Trabalho.

A representação foi feita pela empresa Aker – Consultoria e Informática Ltda. Alega a empresa que as especificações técnicas exigidas estariam restringindo a competitividade do certame e que a modalidade utilizada não seria a adequada.

Trata-se de um produto de informática conhecido como “Sistemas ‘Cluster fallover de firewalls com dois nós’, onde o próprio Ministro Relator encaminha os autos à Secretaria de Tecnologia da Informação do próprio Tribunal, devido à complexidade da questão, questionando se o bem é considerado comum, com padrão de qualidade e desempenho que possam defini-lo”.

Este equipamento será utilizado pelos Magistrados em computadores portáteis tipo notebook, em suas residências, sendo, segundo relato de TST, absolutamente necessário à proteção dos componentes.

A empresa Aker questiona se poderia ser adquirido pela modalidade do tipo técnica e preço ao invés do pregão, dada a complexidade do produto. Ao verificar a lista do Anexo do Decreto 3.555/2000, verificando que a mesma não é exaustiva. O Ministro Relator, de acordo com diversos autores, tem entendimento de que bem comum nada tem a ver com complexidade do bem a ser adquirido e sim com o produto comumente encontrado no mercado.

O Ministro Relator cita Scarpinella (2003 *apud* BRASIL, 2007b)

(...) 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 nº 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 do pregão. O que se exige é que a técnica neles envolvidas seja conhecida no mercado do objeto ofertado, possibilitando, por isso, sua descrição de forma objetiva no edital. (SCARPINELLA, 2003 *apud* BRASIL, 2007b)

Por fim, o voto no Ministro relator, o mesmo declara que todas as exigências de ordem técnica feitas pelo TST estão devidamente justificadas, tendo em vista que seis empresas participaram do certame, demonstrando a competitividade pelo produto. Levando-se em consideração, ainda, que dos produtos ofertados, quatro eram de fabricante distintos, o Ministro considera que o bem enquadra-se como comum, observados os padrões de desempenho e de qualidade compatíveis com o de mercado.

Observa-se claramente a complexidade na aquisição pela Administração Pública de bem de informática como comum. É necessário conhecimento específico e técnico do bem e do mercado quanto à disponibilidade e complexidade. Vê-se então a grande necessidade de se consultar a área de TI – Tecnologia da Informação do órgão solicitante, aliado à consulta literária e jurisprudencial dos Tribunais de Contas.

Em outro caso de bem comum, o TCU – Tribunal de Conta de União, analisa através do Acórdão 223/2006 – Plenário (BRASIL, 2007), o contrato de locação de 3.000 computadores e 150 notebooks pelo MAPA – Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, tendo como objeto a suposta irregularidade no certame, que teve como vencedora a empresa Siemens.

O TCU, diante dos indícios de irregularidade, solicita a MAPA que se justifique a necessidade, principalmente das exigências, que além restringir o certame, podem onerar a Administração Pública, tais como a dimensão do CPU, monitor integrado à CPU e duas portas seriais de nove pinos para todos os micros.

O MAPA justifica que as dimensões da CPU não são atípicas de mercado e seguem padrão Small Form Factor, projetado pela Intel, e que o monitor integrado à CPU não é exigência e, por fim, que as duas portas seriais de nove pinos não restringem a competição, nem oneram o erário.

Na análise da recomendação do Ministério Público Federal, foram detectadas irregularidades relativas à restrição da competitividade e da economicidade na realização do certame.

No voto o Ministro Relator considera que a justificativa dada pelo MAPA, quanto a dimensões da CPU, comprova que a escolha foi indevida de determinada marca, levando-se em consideração que essa dimensão não é adotada correntemente no mercado. Quanto à exigência de monitor integrado à CPU, o Ministro relata a afirmação do Coordenador Geral de Logística que cita

(...) este item não é uma exigência do edital, mas uma possibilidade, tendo em vista a disponibilidade no mercado de equipamentos com esta característica e que, assim como os equipamentos que seguem o padrão Small Form Factor, possuem características ergonômicas e estéticas que facilitariam o seu uso no Ministério. (BRASIL, 2007b)

Analisando ainda a questão de duas portas seriais de nove pinos, o Ministro relata que trata-se de tecnologia antiga, e grande fabricantes podem deixar de utilizá-la ou oferecer, acelerando assim o processo de desuso.

Por fim, o Ministro Relator declara que diante da falta de esclarecimento suficiente para afastar os indícios de irregularidades, seria chamar aos autos a licitante vencedora, com vistas a assegurar o contraditório diante de uma possível determinação de anulação do certame. No Acórdão, reunidos em Sessão Plenária, os Ministros determinam o arquivamento dos autos, por perda de objeto.

Observa-se claramente que, mesmo com a decisão da Corte em arquivar os autos, existem indícios de que a modalidade de certame utilizada foi indevida. Pelo simples fato que, conforme relatado, a CPU continha dimensões não comuns ao mercado, portanto, o objeto não se enquadra nas características para aquisição por meio do pregão.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O agente público, identificando a necessidade de se realizar um certame e optando pelo pregão, deve observar o disposto na Lei nº 10.520/02, especialmente em seu artigo 1º, parágrafo único e artigo 4º, inciso IX, que trata da principal característica para que este bem ou serviço se enquadre na exigência de que haja possibilidade de concorrência pelos participantes que se habilitarem. Estando o objeto de acordo com estes artigos, o ato licitatório poderá ser realizado na modalidade de pregão.

Porém, percebe-se que o ponto mais vulnerável neste procedimento diz respeito à caracterização de “comum” que deve apresentar o bem ou serviço a ser licitado. É neste item que os administradores mais apresentam dúvidas. No decorrer da pesquisa, alguns pontos obscuros com relação à caracterização dos bens e serviços puderam ser esclarecidos.

No início do trabalho, parece simples a definição de comum, como discriminado pelo legislador na própria Lei nº 10.520/2002. Todavia, para definir um bem ou serviço como comum é preciso observar dois fatores principais que deverão nortear o administrador público quanto à utilização do pregão como modalidade do certame: a especificidade do produto/serviço e a quantidade de fornecedores no mercado.

É possível que o órgão adquira um bem comum importado por meio do pregão e, após a perda da garantia do bem, apresente problema. Observa-se que, para efetuar o reparo, o mercado dispõe de apenas uma empresa especializada. Neste caso, o bem adquirido no pregão como comum passa a ser um bem incomum. Seria viável, neste caso, que antes da opção pela modalidade pregão o administrador verifique se a aquisição deste bem não seria antieconômica para a Administração Pública.

Depara-se, ainda, como um bem que hoje não é considerado comum, que poderá vir a ser assim considerado com o decorrer do tempo. É o caso da televisão de plasma, que há pouco tempo era incomum. Hoje, está disponível nos

supermercados, loja de móveis e eletrodomésticos e demais casas do ramo. Caso oposto, são as televisões com tubo de imagem, que daqui a alguns anos poderão se torna um bem incomum.

É por este motivo que os escritores e doutrinadores discordam quanto à concepção de uma lista de bem e serviços comuns, como a disposta no Decreto nº3.555, de 8 de agosto de 2000. Como a lista não é exaustiva, com certeza o trabalho de legislador o será, com o fato de excluir e incluir itens nos bens e serviços comuns.

Ao longo do trabalho, foi verificado que a grande dificuldade em adquirir um bem comum pela Administração Pública tem sido na área de informática. Nestes casos, o administrador tenta adquiri-lo de forma que este se adeqüe à necessidade da Administração Pública. Nesta busca, o administrador termina descaracterizando o bem da forma como ele está disposto no mercado, tornando-o um bem incomum.

Portanto, adquirir um bem como caneta esferográfica, lápis, veículo, portas, janelas, mesas, cadeiras, entre outros, não apresenta dificuldade por parte da administração, posto que a concorrência é grande e a maioria dos produtos é padronizada.

São exemplos simples que nos fazem refletir quanto à característica do bem comum ou incomum. Sabendo que existem particularidades, como um bem ou até mesmo um serviço classificado como comum no Estado de São Paulo, poderá não o ser no Estado do Amazonas, por exemplo, ou vice-versa. Neste caso específico, com a implantação do pregão eletrônico nos Estados e Municípios da Federação, deverá estar sanada a questão, não sabendo se a curto ou longo prazo, devido à peculiaridade inerente a cada região do País.

Quanto a serviço comum na contratação pelo pregão, a grande dificuldade que foi observada no trabalho tem sido a de verificar se o serviço a ser executado necessita, ou não, de especialista, como engenheiro ou arquitetos. Alguns escritores concordam que os serviços que não necessitem de um profissional especializado poderão ser contratados através do pregão pela Administração Pública. Dessa

forma, os serviços de vigilância, copeira, limpeza e conservação, entre outros, são considerados comuns.

Não justifica que os ordenadores de despesas, por não conseguirem distinguir quando um bem ou serviço é comum, onerem o erário público. Vale lembrar que, mesmo nos casos em que o parecer jurídico do órgão licitante não defina se a modalidade de licitação “pregão” poderá ser utilizada no certame, ou melhor, nos casos em que a dúvida perdure, o administrador público poderá consultar a legislação, os doutrinadores e os Tribunais de Contas dos Estados, Distrito Federal ou o da União.

Classificar um bem ou serviço como comum é manter a característica original dos mesmos, da forma como estão disponíveis no mercado, pois, acrescentar ou retirar qualquer componente pode torná-lo incomum, ferindo o requisito principal da modalidade pregão. Para a utilização do pregão como certame, também é necessário observar a quantidade de fornecedores do produto ou serviço no mercado. Este fator influenciará quanto à caracterização do bem ou serviço como comum. Se este produto ou serviço não está disponível no mercado, certamente ele não é comum.

Outro fator relevante para sanar a polêmica do bem comum, seria a alteração da Lei nº 10.520/2002, pelo legislador, propondo que toda a aquisição efetuada pela Administração Pública por meio de concorrência, tomada de preço e convite poderá ser efetuadas pelo pregão. Neste caso, o número de participantes deveria ser de, no mínimo, 5 (cinco) para que uma das características principais do pregão, a fase de lances, fosse mantida.

Concluindo, notou-se que, para aquisição ou contratação de bens e serviços comuns, é necessária a fase em que o administrador público busque efetuar todo um estudo de campo e literário antes de optar pelo certame pregão, seja ele eletrônico ou presencial.

Em pesquisa aprofundada acerca do assunto, foi constatado que tramita, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 7709, de 2007, que prevê o uso de pregão eletrônico na compra e contratação de produtos e serviços pela

Administração Pública. A proposta também pretende inverter as fases dos demais tipos de licitação, ocorrendo, primeiramente, a disputa de preços e depois, em seguida, a análise dos documentos e do histórico daquele que apresentar a melhor oferta, adequando os outros certames à modalidade pregão. Havendo erro, analisar-se-ia a documentação do segundo colocado.

Essa proposta, portanto, faria com que o pregão eletrônico não se restringisse mais somente aos bens e serviços comuns. Mas, essa restrição existe devido à necessidade de alguns produtos, ou serviços, exigirem qualificação ou avaliação da qualidade do que for adquirido.

Quanto aos bens e serviços comuns, como o próprio nome diz, pressupõe-se a mesma qualidade do que for adquirido, variando apenas o preço a ser pago pela Administração Pública. Por esse motivo, a modalidade “pregão” não foi ampliada e nem surgiu, inicialmente, como substituta dos outros tipos de licitação.

No decorrer da pesquisa, verifica-se que o administrador público não tem encontrado dificuldades em definir um bem ou serviço como comum. O grande entrave da definição de comum passa pela necessidade de busca pelo administrador público em atender primeiramente as necessidades do órgão, o que o leva a descaracterizar o bem, tornando-o incomum.

Portanto, para adquirir um bem comum pela Administração Pública através do pregão, basta discriminá-lo como ele foi concebido e está disposto no mercado, sem acrescentar ou retirar componentes que o descaracterizem.

No caso de serviços comuns, a descrição passa primeiro pelos estudos, pesquisas e consultas, principalmente doutrinária, literária e de jurisprudência, pelo administrador público, antes de optar pela modalidade pregão. O CONFEA tem contestado a utilização pela Administração Pública da modalidade pregão em serviços considerados pelo Conselho como incomuns. É óbvio que, como todo Conselho, sua intenção é defender o profissional conveniado, não aferindo a ele, ou a seu trabalho, a denominação de comum, muitas vezes utilizada pejorativamente. Diante do fato, para evitar contestações judiciais, fica a sugestão aos administradores públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**. Presidência da República, Brasília – DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8666cons.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2007.

BRASIL. **Lei 10.520, de 17 de julho de 2002**. Presidência da República. Brasília: Senado Federal, 2002.

BRASIL, **Tribunal de Contas União. Acórdãos**. Brasília – DF. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/MostraDocumento>>. Acesso em: 11 abr.2007.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União. Licitações e Contratos: Orientações Básicas**. 3. ed., Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006.

GONDO, J. Nascimento Franco-Niske. **Concorrência Pública**. São Paulo: RT, 1969.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. 4. ed., São Paulo: Dialética, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MELLO, Celso Miranda Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Licitações e Contratos Administrativos**. Brasília: Senado Federal, 2004.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão, uma nova modalidade de licitação**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.