

Instituto Brasiliense de Direito Público  
Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público

Leandro Zannoni Apolinário de Alencar

**OBRIGATORIEDADE E APLICABILIDADE DA  
MODALIDADE DE LICITAÇÃO PREGÃO**

Brasília – DF  
2008

Leandro Zannoni Apolinário de Alencar

## **OBRIGATORIEDADE E APLICABILIDADE DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO PREGÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Orientador: Marlon Tomazette, Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB)

Brasília – DF  
2008

Leandro Zannoni Apolinário de Alencar

## A OBRIGATORIEDADE E APLICABILIDADE DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO PREGÃO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Orientador: Marlon Tomazette, Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB)

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_/\_\_/\_\_, com menção \_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

---

Presidente: Prof.

---

Integrante: Prof.

---

Integrante: Prof.

## Resumo

O trabalho teve o objetivo de analisar os principais pontos acerca da obrigatoriedade e aplicabilidade da modalidade de licitação pregão. Apresentaram-se visões a respeito da obrigatoriedade de utilização do pregão, em face das outras modalidades de licitação, desde que se demonstre que o objeto a ser adquirido seja um bem ou serviço comum. Abordaram-se as possibilidades de utilização do pregão nas contratações de informática e de engenharia, diante da legislação infraconstitucional e dos princípios constitucionais atinentes à Administração Pública. Foram analisadas decisões de Tribunais de Contas, do Poder Judiciário e a Doutrina especializada, a fim de apresentar várias opiniões pontuais acerca do tema, sem se afastar de uma visão global do Direito Administrativo no Estado Democrático de Direito. Por ser o pregão a modalidade de licitação mais rápida e econômica, concluiu-se no sentido de que a melhor interpretação desta modalidade deve ter o intuito de ampliar sua utilização e respeitar sua celeridade e simplicidade, observando-se o princípio da eficiência em harmonia com outros pertinentes ao Direito Administrativo.

## Abstract

The work aimed to analyse the main points about the applicability of the new method of purchase by Public Administration, called "pregão", and obligation to use it. There were presented points of view concerning the obligation to use this form of purchase, compared with other forms, provided it is satisfied that the object being acquired is usual in the local market. There were discussed the possibilities of using the "pregão" in the contracts of information technology and engineering, taking up the legislation relating to the Public Administration. There were analyzed decisions of courts of Auditors, the Judiciary and Doctrine specialist, to present various opinions spot on the theme, without departing from a global view of Administrative Law in a democratic state. As the "pregão" how to purchase more quickly and cost, it was concluded that the best interpretation of this type must have the aim of expanding its use and respect its speed and simplicity, in compliance with the principle of efficiency in line with other relevant principles to the Administrative Law.

## SUMÁRIO

1. Introdução	1
2. Aspectos gerais do pregão	4
2.1. O pregão como processo administrativo	4
2.2. Síntese do processo do pregão	5
2.3. Estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte	11
3. Obrigatoriedade e aplicabilidade do pregão	17
3.1. Bens e serviços comuns	17
3.2. Obrigatoriedade do pregão	26
3.3. Utilização do pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia	31
3.4. Utilização do pregão para a contratação de bens e serviços de informática	37
4. Conclusão	46

## 1. INTRODUÇÃO

Atualmente, a Administração brasileira passa por uma impregnação de valores democráticos pós Constituição de 1988, visando-se a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Assim, o Direito Administrativo procura afastar tendências autoritárias, tal como a supremacia absoluta do interesse público e a imposição unilateral de atos administrativos; há uma constitucionalização desse Direito, cujos princípios devem absorver os valores contidos nos preceitos constitucionais (pós-positivismo); tenta-se legitimar a atuação administrativa através de sua aproximação com a sociedade, inclusive com o desenvolvimento de organizações não-governamentais (ONG's); aceitam-se mais conexões interdisciplinares, adotando-se até mesmo institutos oriundos do Direito Privado; incorporam-se institutos oriundos do sistema da *common law*, consentindo-se, inclusive, com o controle judicial pelo critério da razoabilidade; predomina Direito decorrente da legislação, abrindo-se novos espaços para o poder normativo da Administração; intensifica-se um movimento político pela privatização e maior regulação das atividades estatais.

Nesse quadro, surgiu o pregão como a mais nova modalidade de licitação, que além da regulamentação legal, depende de uma constante construção e interpretação, que são realizadas pelos administradores públicos, pela doutrina e pela jurisprudência, conforme os princípios insculpidos na Constituição.

O pregão surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a edição da Lei n. 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), em regulamento destinado às contratações realizadas pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Posteriormente, a Medida Provisória n. 2.026/00, que recebeu diversas alterações e reedições, estabeleceu o pregão no âmbito da União.

A normatização geral foi consolidada com a Lei n. 10.520/02, que “Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências”.

O pregão é uma modalidade de licitação moderna e dinâmica, que acompanha o desenvolvimento do processo democrático brasileiro. Permite a

efetivação de contratações administrativas de maneira mais simples, competitiva e transparente, se comparada com as outras modalidades de licitação previstas na Lei n. 8.666/93 (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão).

A existência da fase apresentação de propostas antes do momento de habilitação (inversão de fases em relação às modalidades contidas na Lei n. 8.666/93) aumenta a participação de licitantes e simplifica o trabalho do administrador, pois, dentre outras facilidades, ele não precisará verificar a documentação habilitatória de todos os interessados. Outro ponto de destaque no pregão é a possibilidade de alteração e melhora de propostas de preços durante o transcurso do procedimento, de forma verbal ou por meio eletrônico. Isto é, prioriza-se a fase de apresentação das propostas com o objetivo de atingir a melhor contratação.

Por ser uma modalidade licitatória simples, proporciona uma economia de tempo e dinheiro.

Segundo o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão da União, cerca de 54% (cinquenta e quatro por cento) dos valores gastos em compras do Governo Federal no ano de 2007 ocorreram por meio de licitação na forma de pregão eletrônico ou presencial. Informa, ainda, que o pregão eletrônico permitiu uma economia de 16% (dezesesseis por cento), considerando-se a diferença entre os valores de referência e os valores homologados, o que corresponde a R\$ 3.214.300,00 (três bilhões, duzentos e quatorze milhões e trezentos mil reais).<sup>1</sup>

Fulvio Julião Biazzi, Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, também apresenta opinião semelhante a respeito das vantagens da nova modalidade licitatória (2007, p. 258):

Na prática, além de obedecer às imposições e princípios legais, o novo procedimento reveste-se das garantias necessárias à segurança e higidez do procedimento de licitação, constituindo-se hoje num fundamental instrumento para eficácia da gestão pública.

**Digo isso, não só amparado em minha experiência no honroso desempenho do mister fiscalizatório como Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, mas também baseado no conhecimento administrativo gerencial que obtive do Pregão, a partir do exercício da Presidência daquela Corte de Contas durante o exercício de 2003, gestão na qual foi pela primeira vez utilizada a nova modalidade licitatória.**

<sup>1</sup> MINISTÉRIO DO ORÇAMENTO, PLANEJAMENTO E GESTÃO. Disponível em: <[http://www.planejamento.gov.br/arquivos\\_down/publicacoes/Relatorio\\_atividade\\_MP\\_07\\_20080422.pdf](http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/publicacoes/Relatorio_atividade_MP_07_20080422.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2008.



**Nesse particular, alio-me aos diversos depoimentos favoráveis colhidos entre os Administradores Públicos, os quais dão conta da extrema economia experimentada a partir da adoção da nova sistemática, relatando que no meu caso específico, constatei que em três procedimentos de Pregão levados a efeito no exercício de 2003, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo obteve a significativa economia média de 51,75% entre os valores inicialmente orçados para aqueles efetivamente contratados, demonstrando toda eficácia que essa modalidade conferiu aos procedimentos de contratação do Poder Público.**

(grifamos)

Mas sendo o pregão uma nova modalidade de licitação destinada a operacionalizar as contratações da Administração Pública, existem problemas e dúvidas que devem ser dissipados pela doutrina especializada, pelos gestores públicos, pelo Poder Judiciário e pelos Tribunais de Contas.

O presente trabalho visa elucidar alguns pontos polêmicos da modalidade de licitação pregão. Inicialmente, oferecer-se-á uma visão geral acerca do instituto pregão. Depois, será discutida a obrigatoriedade ou não de aplicação do pregão a todas as contratações de bens e serviços comuns. Logo após, serão definidos o que são bens e serviços comuns. Por fim, será abordada a possibilidade de utilização do pregão para a contratação de bens e serviços de informática e de obras e serviços de engenharia.

Decisões jurisprudenciais pertinentes a tais questões serão analisadas, tanto decisões do Poder Judiciário quanto dos Tribunais de Contas. Referidas deliberações também serão confrontadas com opiniões doutrinárias, a legislação e os com princípios e regras constitucionais.

Assim, os operadores do Direito, especialmente aqueles que atuam no âmbito de licitações e contratos administrativos, poderão agir em conformidade com as orientações emanadas dos responsáveis pelo controle e julgamento – Tribunais de Contas e o Poder Judiciário – ou enfrentar, fundamentadamente, tais posicionamentos, caso entenda-se que são equivocados.

## 2. ASPECTOS GERAIS DO PREGÃO

A modalidade de licitação pregão é destinada à aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado para o objeto pretendido. Possui o intuito de simplificar e trazer eficiência à atuação administrativa na realização de contratos pertinentes a compras ou serviços, expondo um processo simplificado, bem como permitindo uma disputa em sessão pública e transparente.

Inclusive, o pregão poderá ser realizado com a utilização de recursos de tecnologia da informação (*internet*), nos termos de regulamentação específica (art. 2º, § 1º, Lei n. 10.520/02).<sup>2</sup> Nesta hipótese, temos o pregão eletrônico.

### 2.1. O pregão como processo administrativo

O pregão é composto por uma seqüência ordenada de atos administrativos que visam proporcionar a melhor contratação para a Administração Pública, em face dos quais deve ser garantido o contraditório, a ampla defesa, a transparência (respeitando-se o sigilo inicial de apresentação das propostas), a motivação das decisões e a isonomia entre os interessados em participar desse rito.

O procedimento deve garantir tratamento igualitário aos os interessados em contratar com o ente público e também assegurar-lhes outros direitos decorrentes do devido processo legal, em que se oferece um resultado final justo e razoável.

Nesse sentido, existindo interesses contrapostos entre os participantes do pregão e, eventualmente, entre estas pessoas e o ente estatal, é imprescindível que se oportunizem aos interessados na licitação os direitos ao contraditório e à ampla defesa.

Com efeito, o pregão é um processo administrativo.

Ainda que não se evidencie um litígio ou desavenças entre os licitantes ou entre estes e a Administração, a garantia do processo administrativo deixará em estado latente os direitos que lhe são decorrentes.

<sup>2</sup> O Decreto Federal n. 5.450/05 regulamenta o pregão na forma eletrônica no âmbito da União. O Decreto Distrital n. 25.966/05 regulamenta o pregão na forma eletrônica no Distrito Federal.

Leciona Medauar (2006, p. 164):

No aspecto substancial, procedimento distingue-se de processo porque, basicamente, significa a sucessão encadeada de atos. **Processo, por seu lado, implica, além do vínculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades na relação processual. Processo implica, sobretudo, atuação dos sujeitos sob o prisma do contraditório.**

Assim, processo administrativo caracteriza-se pela atuação dos interessados, em contraditório, seja ante a própria Administração, seja ante outro sujeito (administrado em geral, licitante, contribuinte, por exemplo), todos, neste caso, confrontando seus direitos ante a Administração.  
(grifamos)

É indisfarçável, pois, a configuração de um processo administrativo na realização de uma licitação, composta de todas as garantias processuais extraídas do devido processo legal, inclusive na modalidade pregão.

## 2.2. Síntese do processo do pregão

O processo relativo ao pregão, didaticamente, pode ser dividido em duas fases principais, a interna e a externa.

Na fase interna, denominada pela Lei n. 10.520/02 de fase preparatória, permitir-se-á a adequada programação da Administração a respeito da contratação buscada. É considerada por muitos doutrinadores a fase mais importante.

Justen Filho explica a relevância da fase interna (2005, p. 104):

**Como regra, toda e qualquer licitação exige que a Administração estabeleça, de modo preciso e satisfatório, as condições de disputa. Mais precisamente, a Administração tem de licitar aquilo que contratará – o que significa dominar, com tranquilidade, todas as condições pertinentes ao objeto licitado e estabelecer de modo preciso as cláusulas da futura contratação.** Por isso, o procedimento interno inicia-se com a identificação da necessidade a ser atendida, a apuração das soluções técnica e economicamente viáveis, a configuração do futuro contrato e, por fim, a conformação do procedimento destinado à contratação.

Isso significa que a instauração da licitação pressupõe inúmeras atividades anteriores, pelas quais se definem as necessidades, identificam as conveniências e estabelecem as condições da disputa e da contratação. **É imperioso insistir sobre a relevância dessa etapa interna, antecedente à elaboração do ato convocatório. Grande parte das dificuldades e a quase totalidade dos problemas enfrentados pela Administração ao longo da licitação e durante a execução do contrato**

**podem ser evitados por meio de atuação cuidadosa e diligente nessa etapa interna.**  
(grifamos)

A fase interna inicia-se quando a autoridade competente apresenta razões referentes à necessidade de contratar e define o objeto do certame (art. 3º, Lei 10.520/02). A delimitação do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara; são vedadas especificações que limitem a competição, por serem excessivas, irrelevantes ou desnecessárias (art. 3º, inc. II).

Ou seja, deve ser esclarecido o objeto de forma que não restem dúvidas aos interessados em contratar sobre os requisitos exigidos pela Administração. É inadmissível que elementos pertinentes ao objeto visado sejam obscuros, postergando-se sua definição, sob pena de ocorrer favorecimentos indevidos a quem possua privilegiadas informações internas ou, ainda, poderá ocorrer o afastamento de eventuais interessados, que não conseguem visualizar quais são as intenções da Administração ao realizar o certame.

A licitação também só poderá ocorrer se a Administração Pública possuir os recursos necessários.

Dessa forma, a Administração deverá promover uma estimativa do valor da contratação (art. 3º, inc. III). A pesquisa de mercado permitirá que se verifique se recursos públicos disponíveis são adequados aos custos necessários para o empreendimento e informará, de maneira aproximada, o valor do orçamento público que será utilizado para o pacto.

Ademais, a estimativa do valor possibilitará a fixação de critérios de aceitabilidade dos preços das propostas, afastando contratações com preços desarrazoados. A partir do momento em que são estabelecidos valores máximos para as propostas, segundo o respectivo mercado, são evitados contratos com valores excessivos, que destoam do mercado atingido e possam levar à dilapidação do patrimônio da coletividade.

Após esse momento, serão delineadas as exigências de habilitação, os critérios aceitáveis para as propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento (art. 3º, inc. I).

Nos autos do processo, deverão constar a justificativa das definições anteriormente apontadas, os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais

estiverem apoiadas tais delimitações e o orçamento dos bens ou serviços a serem licitados (art. 3º, inc. III).

Nessa fase, autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cujas atribuições se incluirão, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor (art. 3º, inc. IV).

O pregoeiro é o agente público que conduz o pregão. Contrariamente às outras modalidades de licitação, que normalmente são dirigidas por uma comissão, no pregão apenas o pregoeiro faz esse trabalho com a ajuda da equipe de apoio.

O pregoeiro e sua equipe de apoio serão nomeados dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação. Esta equipe deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da Administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora da licitação (art. 3º, inc. IV, e § 3º).

A fase externa do pregão iniciar-se-á com a convocação dos interessados, por meio da publicação do edital de licitação (art. 4º). A publicação deverá ser feita com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis em relação à data de apresentação das propostas (art. 4º, inc. V).

Nesse momento, o processo administrativo realmente é iniciado. O certame se torna público e os postulados do contraditório e da ampla defesa serão garantidos aos interessados.

Como condição para participação no certame, são vedadas exigências de garantia de proposta, de aquisição do edital pelos licitantes ou de pagamento de taxas e emolumentos. Porém, admite-se a cobrança de custos referentes ao fornecimento do edital, que não serão superiores ao valor de sua reprodução gráfica, e da utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso (art. 5º).

Resumidamente, a fase externa compreende: (1) a convocação dos interessados por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, se este não houver, em jornal de circulação local, sendo facultada a divulgação por meios eletrônicos e, de acordo com o vulto da licitação, em jornal de

grande circulação (art. 4º, inc. I);<sup>3</sup> (2) a apresentação das propostas de preço, o julgamento e a classificação; (3) a verificação de habilitação do licitante vencedor; (4) a adjudicação e a homologação do processo.

A seqüência de atos do processo de licitação realizado por meio de pregão e aqueles efetivados através de procedimentos previstos na Lei n. 8.666/93 são semelhantes.

Entretanto, evidenciam-se algumas diferenças na jovem modalidade, tais como: (1) é possível haver lances na disputa por preços em sessão pública; (2) a habilitação do participante vencedor ocorrerá em momento posterior à classificação das propostas; e (3) é possível a utilização de recursos de tecnologia da informação (realização através da *internet*).

Ao se abrir a sessão pública da licitação, os participantes da licitação deverão entregar as propostas de preço por escrito, dentro de envelopes lacrados e identificando o objeto; também devem fornecer declarações informando que cumprem os requisitos de habilitação (art. 4º, inc. VII).

Primeiramente, após a abertura das propostas, serão desclassificadas aquelas que estiverem em desconformidade com os prazos máximos para fornecimento, especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade expostos no edital (art. 4º, inc. X).

A classificação atingirá apenas as propostas adequadas em relação ao preço e no que tange às especificações apontadas para o objeto. Isto é, as propostas devem respeitar os critérios de aceitabilidade fixados no instrumento convocatório.

O autor da oferta de valor mais baixo e os demais que apresentarem ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela, poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor (art. 4º, inc. VIII).

Não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas anteriormente, os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), poderão oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos (art. 4º, inc. IX). Ou seja, a inexistência de até 3 (três) licitantes cujas propostas não sejam superiores a até 10% (dez por cento) daquela considerada

---

<sup>3</sup> Bandeira de Mello (2004. p. 519) informa que a obrigatoriedade de publicação em jornal de grande circulação deve observar os mesmos limites de valor estabelecidos para essa imposição em relação às outras modalidades licitatórias, os quais foram definidos na Lei n. 8.666/93.

mais baixa, permitirá a convocação de outros participantes cujos preços sejam mais altos para o início da nova disputa entre eles por meio de lances verbais e públicos, sendo, nesta hipótese, limitado a 3 (três) o número de licitantes.

Como visto, característica fundamental e distinta do pregão consiste na autorização para o oferecimento de lances verbais (ou via *internet*, na forma eletrônica) depois da apreciação e classificação inicial das propostas.

Nesse momento, é importante que os interessados ou seus representantes se identifiquem e comprovem poderes para a formulação das novas propostas (art. 4º, inc. VI). Assim, por meio de lances verbais, ocorrerá a disputa quanto ao melhor preço, até a declaração do vencedor. Ressalte-se, o critério de classificação será o de menor preço.

Permite-se uma real e combativa disputa, na qual os participantes já conhecem a oferta de seus concorrentes. Nesse sentido, os preços poderão ser reduzidos até o limite máximo suportado por cada empresário, sendo vencedor aquele que oferecer a melhor proposta – aceitável tecnicamente e com o menor preço possível.

Logo após ser encerrada a fase competitiva, o pregoeiro analisará a aceitabilidade da proposta vencedora e a habilitação do respectivo licitante.

O pregoeiro deverá, motivadamente, decidir a respeito da aceitabilidade da proposta classificada em primeiro lugar, no que tange ao objeto e ao valor (art. 4º, inc. XI).

Na fase de habilitação, após aceita a proposta de preço, verificar-se-á se o licitante vencedor está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências de habilitação jurídica e de qualificações técnica e econômico-financeira (art. 4º, inc. XIII).

Em princípio, na fase habilitatória da licitação são analisados somente os documentos do licitante vencedor (jurídicos, fiscais, técnicos e econômico-financeiros). Mas se este participante for considerado inabilitado, serão examinados os documentos de habilitação do segundo colocado e, sucessivamente dos outros, se essa pessoa também não possuir os requisitos exigidos.

Ou melhor, se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes e a

qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor (art. 4º, inc. XVI). O pregoeiro poderá, ainda, negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço mais vantajoso (art. 4º, inc. XVII).

Simplifica Di Pietro (2004, p. 345):

Essa fase apresenta alguma peculiaridade em relação às demais modalidades de licitação, porque combina proposta escrita com lances verbais; os envelopes contendo as propostas serão entregues e abertos na sessão pública supra-referida; haverá um exame prévio da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no edital. Embora a lei não o diga, se não forem atendidos os requisitos do edital pertinentes à proposta, a consequência inevitável é a desclassificação das que não estejam de acordo com as exigências, conforme o artigo 48 da Lei n. 8.666/93, de aplicação subsidiária. O autor da oferta de valor mais baixo e das ofertas com preços até 10% superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor (inciso VIII); embora a lei não o diga expressamente, é evidente que os demais ficam fora do certame. No entanto, se não houver pelo menos três ofertas nas condições definidas no inciso VIII, os autores das três melhores propostas poderão oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos (inciso IX).

Escolhido o vencedor, só então o pregoeiro examinará a aceitabilidade da proposta em função das exigências do edital. Se a oferta for aceita, o licitante será declarado vencedor. Caso contrário, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido o melhor preço (art. 4º, XVII). Não havendo concordância, serão chamados os licitantes subsequentes, pela ordem de classificação, até a apuração de um que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor (inciso XVI).

Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos (art. 4º, inc. XVIII). O acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento (art. 4º, inc. XIX).

Não sendo interpostos recursos ou após o seu julgamento, o objeto da licitação será adjudicado ao vencedor (art. 4º, inc. XXI). Esta pessoa deverá assinar o contrato no prazo definido no edital (art. 4º, inc. XXII). O prazo de validade das propostas será de 60 (sessenta) dias, se outro não estiver fixado no edital (art. 6º).

Se o licitante vencedor não firmar o contrato dentro deste prazo, serão convocados outros conforme a ordem classificatória (art. 4º, inc. XXIII).



O vencedor que for convocado dentro do prazo de validade da proposta e não celebrar o contrato, deixar de entregar documentação exigida para o certame ou apresentar uma falsa, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar a execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, ou nos sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no edital e no contrato e das demais cominações legais (art. 7º).

### **2.3. Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte**

A Lei Complementar n. 123/06 instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e também trouxe benefícios a elas no que concerne aos processos de licitação. É uma legislação que segue a determinação constitucional de igualar juridicamente as microempresas e empresas de pequeno porte àquelas consideradas médias e grandes, possibilitando o real equilíbrio em função da superioridade econômica exercida por essas (conf. art. 179, CF).

Dessa forma, segundo a Lei Complementar n. 123/06, quando a disputa pelo menor preço for vencida, preliminarmente, por interessado não qualificado como microempresa ou empresa de pequeno porte, serão consideradas empatadas as propostas das microempresas e empresas de pequeno porte que sejam iguais ou até 5% (cinco por cento) superiores à proposta mais bem classificada (art. 44, §§ 1º e 2º).<sup>4</sup>

Ocorrendo o empate, dentro do referido limite de 5% (cinco por cento), proceder-se-á da seguinte forma: a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada (logo após a primeira colocada) poderá apresentar proposta

---

<sup>4</sup> Ressata-se que o limite para o benefício nas outras modalidades de licitação é de 10% (dez por cento).

com preço inferior àquela considerada inicialmente vencedora (de médio ou grande porte), situação em que será adjudicado em favor daquela o objeto licitado. Isto é, se a primeira colocada não for uma microempresa ou empresa de pequeno porte e existir uma empresa com esta qualificação cujo valor da proposta seja até 5% (cinco por cento) superior ao daquela, proceder-se-á à convocação da que possua a melhor proposta para que ofereça um preço inferior ao da primeira colocada, possibilitando a adjudicação do objeto em seu benefício (art. 45, inc. I).

Haverá uma possibilidade para o exercício deste direito. Assim, caso a microempresa ou empresa de pequeno porte não utilize este direito ou não ofereça uma proposta abaixo daquela inicialmente vencedora, a oportunidade será oferecida às outras licitantes que cumpram aqueles requisitos, segundo a ordem de classificação (art. 45, inc. II).

Ou seja, não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada, serão convocadas, na ordem classificatória, as remanescentes que porventura se enquadrem no mesmo limite pertinente ao empate fictício para o exercício do mesmo direito. Assim, desde que existam mais de uma microempresa ou empresa de pequeno porte com a proposta não superior em 5% (cinco por cento) àquela considerada vencedora inicialmente, respeitando-se a ordem de classificação do certame licitatório quanto às oportunidades, permitir-se-á que ofereçam proposta melhor do que aquela oferecida pela empresa de médio ou grande porte.

Na hipótese de existirem microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem no intervalo estabelecido para o empate e cujos valores das propostas apresentados sejam iguais, pelas será realizado um sorteio entre elas para que se identifique a ordem em que se poderá apresentar melhor oferta (art. 45, inc. III).

Na hipótese da não-contratação em benefício da microempresa ou empresa de pequeno porte, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame (art. 45, § 1º).

Resumindo: seguindo-se a ordem de classificação entre as empresas beneficiadas, haverá a possibilidade de uma microempresa ou empresa de pequeno porte apresentar proposta mais vantajosa do que aquela mais bem classificada no procedimento normal do pregão, se esta for uma empresa de médio ou grande porte (empresas não protegidas pela Lei Complementar n. 123/2006), desde que exista uma diferença de até 5% (cinco por cento) entre as propostas. Assim, a

microempresa ou empresa de pequeno porte poderá ser a vencedora da licitação se apresentar proposta com valor mais baixo do que aquela em princípio considerada melhor, em oportunidade única.

Vale a pena verificar a criteriosa e exemplificativa análise acerca do procedimento para o desempate fictício exposta por Jacoby (2007, p. 27-29):

Se o autor da proposta de menor preço for empresa beneficiária da LC123/2006 não haverá empate; caso contrário, poderá ocorrer o empate que será definido conforme o procedimento estabelecido nessa lei.

**Colocando com outras palavras, no intervalo – de 10% para as licitações nas modalidades de convite, tomada de preços e concorrência, ou de 5% para as licitações na modalidade de pregão – podem ocorrer quatro distintas hipóteses:**

**a) não existir qualquer empresa beneficiária da LC123/2006, no intervalo, situação em que o licitante que tiver oferecido menor preço sagrar-se-á vencedor;**

**b) existir apenas uma empresa beneficiária da LC123/2006, no intervalo, situação em que a comissão de licitação ou o pregoeiro a convocará para ofertar novo lance, menor do que o provisoriamente classificado como vencedor, observando que na modalidade de pregão, na forma eletrônica, dever-se-á aguardar o prazo de até cinco minutos;**

**c) existir mais de uma empresa beneficiária da LC123/2006, no intervalo, situação em que as mesmas serão convocadas segundo a ordem de classificação de suas propostas, para ofertarem novo lance, menor do que o provisoriamente classificado como vencedor, observando que na modalidade de pregão, na forma eletrônica, dever-se-á aguardar o prazo de até cinco minutos;**

**d) de modo similar ao da alínea anterior, existindo mais de uma empresa beneficiária da LC123/2006, no intervalo, e havendo igualdade de valores – que o legislador preferiu incorretamente denominar de valores equivalentes, quando o mais correto seria de iguais valores – o órgão responsável pela licitação deverá promover ao sorteio para definir “aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta”.**

O legislador não definiu o procedimento para a situação das alíneas “c” e “d”, lamentavelmente.

Para que a LC123/2006 seja cumprida de modo a ter a sua efetividade maximizada, cada empresa beneficiária somente deve ser convocada uma única vez para cobrir o lance menor ou a proposta mais vantajosa. Não é correto pretender conceder a possibilidade de nova oferta, porque isso levaria a competição entre as pequenas e microempresas, em detrimento da própria categoria empresarial que a lei pretende proteger. Para a norma é suficiente que uma das empresas beneficiárias desse regime seja vencedora, em razão da preferência que estabelece.

Tomando por exemplo a mesma situação final apresentada:

– menor preço: R\$ 10.000,00, licitante não favorecido pelo Estatuto em comento;

– 2º menor preço: R\$ 10.100,00, licitante favorecido pelo Estatuto em comento;

– 3º menor preço: R\$ 10.200,00, licitante não favorecido pelo Estatuto em comento;

– 4º menor preço: R\$ 10.300,00, licitante favorecido pelo Estatuto em comento.

Considerando empatados com o primeiro classificado, na dicção do Estatuto, o 2º e 4º classificados serão convocados para apresentar nova oferta, nesse caso segundo a ordem de classificação, como determina o art. 45, II, da LC123/2006. Note-se, não serão ambos convocados, mas cada um segundo a ordem de classificação, de tal modo, que se o 2º classificado se dispuser a cobrir o valor da proposta mais vantajosa, o 4º não será convocado.

É evidente que se o 4º classificado fizer sua oferta após o segundo, a esse não deve ser permitido reconsiderar sua decisão de não cobrir a proposta, pois se estabeleceria uma espécie de leilão, com prejuízo para ambos.

Somente uma solução se impõe: na lacuna dessas regras, deve-se buscar a finalidade da LC123/2006. Afinal, a proposta mais vantajosa já foi conquistada na fase de lances.  
(grifamos)

Também em face da Lei Complementar n. 123/06, na fase de habilitação não mais se exige a imediata regularidade fiscal e da seguridade social<sup>5</sup> de microempresa ou empresa de pequeno porte (arts. 42 e 43). Tal pessoa deverá ser declarada vencedora do certame se apresentar a melhor proposta, dentro dos critérios de aceitabilidade, e apresentar os documentos habilitatórios, ainda que não comprove imediata regularidade fiscal (e da seguridade social), nos termos na nova legislação.

Ou seja, a regularidade fiscal somente poderá ser exigida no momento da assinatura do contrato, após a concessão de prazo para a apresentação dos documentos corretivos.

Nota-se, contudo, que é mantida a exigência apresentação dos documentos pertinentes à regularidade fiscal no momento adequado para a habilitação do participante. Entretanto, a existência de alguma restrição não o impedirá de prosseguir no processo, pois a regularidade poderá ser comprovada no momento da assinatura do contrato.

Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal (e da seguridade social), será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. O início da

---

<sup>5</sup> No nosso entender, há redundância ao se referir a regularidade fiscal e da seguridade social, porquanto o sistema constitucional tributário acolhe as obrigações pertinentes à seguridade social dentro de sua estrutura (conf. art. 149, CF). Todavia, cautelarmente, o legislador faz referência à regularidade fiscal e à seguridade social, em virtude de eventuais discussões que poderiam surgir acerca de diferenciações existentes no sistema tributário nacional.

contagem do prazo para que se proceda à regularização será o momento em que o licitante for declarado vencedor.

É importante que a regularização seja cumprida dentro do prazo legal. Entretanto, a sua prova poderá ocorrer até o momento da assinatura do contrato, desde que seu prazo não seja inferior àquele fixado inicialmente para a regularização. Assim, o licitante terá à sua disposição o maior prazo (ou aquele oferecido pela Administração de dois dias úteis, ou o momento da assinatura do contrato) para demonstrar sua regularidade fiscal.

Mas se for ultrapassado esse limite temporal, a não correção dentro do interstício marcado implicará na decadência do direito à contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte beneficiada, sem prejuízo das sanções previstas em lei. Ainda, será facultado à Administração, fundamentadamente, se for demonstrado o interesse público, revogar o certame licitatório ou convocar os licitantes remanescentes para a assinatura do contrato, respeitada a ordem de classificação.

Mais uma vez, recorreremos aos ensinamentos de Jacoby (2007, p. 16-20):

**h) na fase de julgamento de habilitação, as ME's e EPP's devem apresentar todos os documentos exigidos no edital, mas a documentação relativa a regularidade fiscal e a seguridade social pode apresentar situação irregular.**

**Se o licitante for ME ou EPP, em razão do regime da Lei Complementar n. 123/2006 deve ser declarado vencedor;**

**i) nesse momento, inicia-se a contagem do prazo de dois dias úteis, prorrogáveis por igual período, para regularização da documentação. No entanto, a apresentação da prova da regularização, que será feita por meio de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa, será diferida para o momento da assinatura do contrato;**

**j) em seguida, o pregoeiro abre a fase de recursos e, não havendo intenção dos demais licitantes em recorrer, o pregoeiro adjudica o objeto e encerra o certame;**

**k) o direito dos demais licitantes de examinar a documentação, citada na parte final da letra "i", que será oferecida posteriormente, fica limitado ao que dispõe o art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93 e será exercido como simples direito de petição;**

**l) o licitante declarado vencedor na forma da letra "h" será convocado para assinar o contrato, momento em que deverá apresentar a prova da regularização;**

**m) não havendo a regularização, proceder-se-á a convocação do licitante remanescente, na forma do art. 64, § 2º, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 e, no caso de pregão, art. 4º, inc. XXIII, da Lei n. 10.520, de 17 de junho de 2002, e iniciar-se-á o processo apuratório e punitivo, em face do art. 43, § 2º, da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006.**

**Este parecerista e a doutrina de Marçal Justen elegem como mais adequada esta última linha de entendimento que sinaliza no sentido de declarar vencedora a ME ou EPP mesmo sendo**

**irregular sua situação da perante o fisco, ficando o momento da comprovação da regularização para o ato da contratação.**

Os fundamentos de validade desse entendimento deitam raízes no próprio texto da LC123/2006, porquanto:

a) o § 1º do art. 43 informa que a contagem do prazo para a regularização de restrições fiscais inicia-se da declaração de vencedor, logo, mesmo em situação não regular há formalmente a declaração do vencedor;

b) o artigo 42 reza que a comprovação de tal regularidade – ou seja, a apresentação da prova –, será exigida apenas no momento da assinatura do contrato.

A literalidade da norma abona, portanto, essa interpretação, visto que a apresentação da prova da regularidade fiscal, da ME ou EPP, fica para o ato da contratação que é posterior ao da declaração de vencedor, no qual se consente a possibilidade de irregularidade na documentação fiscal.

Para o professor Carlos Pinto Coelho Motta, o artigo 43:

...reforça a tese de que o licitante ME ou EPP deve submeter-se ao cumprimento integral dos requisitos limítrofes da habilitação (arts. 27 ao 31 da LNL), com a ressalva de que a exigência de comprovação de regularidade fiscal será cobrada apenas na assinatura do contrato;...

Daí compreender-se que o benefício se restrinja ao saneamento e não a complementação, pois, do contrário, estabelecer-se-ia a desordem processual, ficando os beneficiários da LC123/2006 com o direito de apresentar parte dos documentos no momento em que bem entendessem. Licitação, como já lembrado, é procedimento formal.

(...)

A evolução do processo decisório administrativo vem ampliando o dever de motivação. No caso em questão, sobretudo, caso o agente público opte pela revogação da licitação, em detrimento do chamamento dos remanescentes, essencial se faz a motivação do ato, "para que reste inequívoco que constitui a melhor forma de realizar o interesse público".

Sobre a convocação do licitante remanescente, é preciso distinguir entre a aplicação da regra do art. 64, § 2º da Lei nº 8.666/9338 e a inserida na Lei do Pregão. No primeiro caso, a convocação do licitante remanescente deve assegurar o preço da nova proposta mais vantajosa; no caso do pregão será a proposta do respectivo licitante, sem a necessidade de cobrir o preço da proposta mais vantajosa.

(grifamos)

A nova legislação destinada a microempresas e empresas de pequeno porte desenvolve o mesmo espírito daquela pertinente ao pregão. Visa simplificar e desburocratizar o certame licitatório, desde que sejam respeitados os princípios constitucionais republicanos.

Por conseguinte, temos como adequada e constitucional a Lei Complementar n. 123/06, que equipara, através do poder normativo, as empresas que atuam no território nacional. Realçamos também que sua interpretação deve sempre objetivar a aplicação prática, ágil e isonômica dos processos de licitação. Há que se observar, contudo, que a isonomia visada pelo Poder Constitucional não é simplesmente formal, mas material, real e efetiva.

### 3. OBRIGATORIEDADE E APLICABILIDADE DO PREGÃO

#### 3.1. Bens e serviços comuns

Segundo a Lei n. 10.52/02, que instituiu o pregão, esta modalidade de licitação poderá ser utilizada para a aquisição de bens e serviços comuns (art. 1º, *caput*).

A Lei não detalha o que são bens e serviços comuns; isto é, não são informados, claramente, os objetos que permitem a utilização da modalidade de licitação pregão. Entretanto, a verificação do que sejam bens e serviços comuns é essencial para a escolha dessa simplificada modalidade de licitação, em detrimento daquelas mais complexas.

Notamos, por outro via, que o conceito de bens e serviços comuns pode ser enquadrado na categoria de conceitos jurídicos indeterminados<sup>6</sup>, dependendo de interpretação e integração normativas segundo os elementos da realidade. Portanto, cumprirá aos aplicadores do Direito analisar, caso a caso, se a contratação será possível por meio do pregão.

Facilita-se, assim, a realização da boa administração, conforme lição de Juarez Freitas (2007, p. 9-10):

**De fato e de direito, a vinculação cega, fruto tardio e irrealista da racionalidade monológica, nada serve ao acatamento dos princípios constitucionais.** Na realidade, o agente público tem, sim, o magno dever de rejeitar a ordem manifestamente contrária às diretrizes axiológicas superiores do ordenamento, algo que supõe liberdade e juízos de valor.

**É imperativo, pois, assimilar que não se deve interditar a sindicabilidade nesse plano, eis que os valores integram a Carta Fundamental. A escolha axiológica dos resultados pode apresentar-se rarefeita.** Nula, jamais.

Deveras, o ato vinculado, malgrado a aparente ausência de "discrecionalidade volitiva" ou avaliativa, comporta sempre o exame de aspectos relacionados à indeterminação cognitiva (efeito da ambigüidade/equivocidade ineliminável dos enunciados normativos e da "textura aberta" - na expressão de Friedrich Waismann), aspectos que transcendem a aplicação acrítica das condições de aplicação das regras

<sup>6</sup> Segundo Abbagnano, "um enunciado é logicamente determinado se é analítico ou tautológico, e nesse caso sua verdade independem dos fatos; mas é logicamente indeterminado se é sintético e se, portanto, sua verdade depende dos fatos" (2003, p. 244-245).

(Tatbestand). A não ser desse modo, a lúgubre máxima *in claris cessat interpretatio* voltaria a assombrar, e todos os progressos hermenêuticos seriam postos a perder.

Há, sem dúvida, motivos de sobra para afugentar tal fantasma: em primeiro lugar, a indeterminação dos conceitos normativos nunca será abolida inteiramente, sob pena de recaída, voluntária ou involuntária, nas armadilhas da Escola da Exegese ou de seus rebentos contemporâneos mais sofisticados. Em segundo lugar, implausível que a vinculação às regras prepondere. É, de todo em todo, inapropriado dar as costas à capital clivagem hierárquica e funcional entre princípios constitucionais e regras legais. Agir, sim, mas só depois de pensar em termos de Constituição.

(...)

Acresce que, sem excetuar o campo das regras, a hierarquização axiológica revela-se impositiva. **Nesse sentido, o balanceamento é inarredável; e a hierarquização axiológica, uma realidade onipresente. Tudo conduz à vinculação relativizada, apta à eventual mitigação de efeitos e à mútua influência dos princípios**, de maneira que nem sempre se produzem, por exemplo, os feitos extintivos *ex tunc* da anulação de atos administrativos. Como se vê, há espaço – ínfimo que seja – para a liberdade responsável do agente público. (grifamos)

Dessa forma, é uma norma aberta à boa administração aquela que prevê utilização do pregão para a contratação de bens e serviços comuns, que dependerá de determinação através de análise técnica e estrutural dos objetivos visados pelo ordenamento jurídico, fundamentado na Constituição Federal, em conformidade com a realidade social.

Justen Filho (2005, p. 20) destaca, nesse sentido, a importância de constatação dos bens e serviços comuns, colocada sob responsabilidade do administrador público:

No pregão, produz-se a inversão entre as etapas de habilitação e julgamento. Mais ainda, reduzem-se significativamente os requisitos de participação. Tal somente pode ser justificado em vista de que a Administração Pública necessita de um bem ou serviço “comum”.

Se o bem ou serviço de que a Administração necessitar não se enquadrar no conceito de “comum”, a utilização do pregão gera riscos muito sérios para a Administração Pública.

**É que as características peculiares de bem ou serviço “não comum” impõem a obrigatória aplicação do sistema da Lei n. 8.666. Isso significará a necessidade de estabelecimento de requisitos de participação detalhados, cuja análise deverá preceder ao exame das propostas. E tais propostas serão imutáveis, sendo inconcebível sua alteração no curso do certame.** A sistemática consagrada pela Lei n. 8.666 reflete a concepção legislativa de submissão ao princípio da indisponibilidade dos interesses colocados sob a tutela do Estado. Adotam-se precauções e cautelas para evitar colocar em risco a realização do interesse coletivo.

O pregão é destituído dessas garantias. A Administração corre riscos muito mais sérios e graves, na medida em que contratará fornecer de quem, rigorosamente, pouco se sabe e que formulou proposta cuja efetiva seriedade pode até ser colocada em dúvida.



A Lei restringiu a aplicação do pregão para bens ou serviços comuns por entender que, quanto a eles, os riscos de frustração da contratação são mais diminutos.  
(grifamos)

A Lei esclarece que são considerados bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (art. 1º, parágrafo único). Determina, ainda, que a definição do objeto no processo de contratação seja precisa, suficiente e clara; e veda especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição (art. 3º, II).

O Decreto n. 3.555/00, que aprova o regulamento referente ao pregão no âmbito federal, apresenta uma lista de bens e serviços comuns no Anexo II. São inúmeros objetos que, por meio de exemplos, iluminam o caminho do administrador, no âmbito do Poder Executivo federal, para a identificação de bens e serviços comuns.

Desse modo, a definição de bens e serviços comuns foi traçada em linhas gerais pelo legislador, que na seara federal, inclusive, fornece exemplos.

No entanto, a decisão para o caso concreto foi acertadamente deixada nas mãos do gestor público. Consoante a hipótese a ser contratada, o administrador deverá verificar se a celeridade e simplicidade do pregão oferecerão o melhor procedimento para se atingir o bem comum, segundo as características do objeto no caso concreto.

Dentre os princípios administrativos a serem verificados, destacamos o da eficiência e da impessoalidade, porquanto a modalidade de licitação pregão não pode impedir a contratação mais vantajosa para a Administração nem obstar a disputa entre os interessados.

Confira-se, na lição de Moreira Neto, o conteúdo do princípio da eficiência (2005, p. 106-107):

De um lado, o conceito de eficiência foi elaborado fora da Ciência do Direito, a partir da Revolução Industrial, ocasião em que começou a ser definido como a relação entre um produto útil e aquele teoricamente possível com os meios empregados, daí passando à Economia, onde se aproximou e até certo ponto se confundiu com o conceito de produtividade, ou seja, de uma relação mensurável ou estimável entre produto e insumos, daí chegando à administração privada e à pública.

De outro lado, destaca-se sua origem em estudo jurídicos doutrinários de vanguarda, desenvolvidos desde meados do século XX, por

juristas do porte de Raffaele Resta e de Guido Falzone, no sentido de superar o conceito de poder-dever de administrar afirmado pela administração burocrática, empenhada apenas em lograr eficácia, para estabelecer como um passo adiante, **o dever da boa administração, que passou a ser respaldado pelos novos conceitos gerenciais, voltados à eficiência da ação administrativa pública.**

Realmente, com o desenvolvimento dos conceitos da administração pública gerencial, que revelam grande influência do pragmatismo do direito público anglo-saxônico, passou-se a reconhecer não ser o bastante praticar-se atos que, simplesmente estejam aptos a produzir os resultados juridicamente dele esperados, o que atenderia apenas ao conceito clássico de eficácia. Exigiu-se mais, que esses atos devam ser praticados com tais qualidades intrínsecas de excelência, que possibilitem lograr-se o melhor atendimento possível das finalidades para eles previstas em lei.

Essas exigíveis qualidades intrínsecas de excelência haverá, por certo, de ser numerosas, sendo, assim, imprescindível defini-las através de parâmetros objetivos, previamente fixados, destinados à aferição dos resultados alcançados pela ação administrativa.

Esses parâmetros poderão ser fixados pela lei, pelo ato administrativo, pelo contrato administrativo ou pelo ato administrativo complexo, sob critérios de tempo, de recursos utilizados, de generalidade do atendimento ou de respostas de usuários (*feed-back*), tendo sempre em linha de conta que o conceito jurídico de eficiência jamais poderá ser subjetivo, de outro modo, chegar-se-ia ao arbítrio no controle.

**Entendida, assim, a eficiência administrativa, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos.**

(grifamos)

Medauar, por sua vez, bem explica o princípio da impessoalidade (2006, p. 126):

**Com o princípio da impessoalidade, a Constituição visa a obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em concursos públicos, licitações, processos disciplinares, exercício do poder de polícia.** Busca, desse modo, que predomine o sentido de função, isto é, a idéia de que os poderes atribuídos finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portanto a resultados desconectados de razões pessoais.

(grifamos)

Nessa linha, como o conceito de bens e serviços comuns é indeterminado, cumpre ao administrador, auxiliado por órgãos técnicos, delimitar seu âmbito de aplicação no caso concreto, segundo os preceitos fundantes na Constituição para a adequada satisfação das necessidades fundamentais dos cidadãos.

Primeiramente, antes de se definir a modalidade de licitação, técnicos competentes da Administração deverão oferecer subsídios científicos necessários à decisão do administrador responsável pelo processo de licitação. Ex.: informações a respeito da complexidade do objeto ou serviço a ser contratado, do mercado empresarial pretensamente interessado, do prazo para a disponibilidade do objeto, infra-estrutura peculiar, mobilização logística, diferenciações pertinentes à Administração Pública etc. Logo, haverá um subsídio técnico a respeito do que são bens e serviços comuns, aptos a serem licitados por meio de pregão.

Depois, os mandamentos legais acerca de bens e serviços comuns serão dissecados. Ou seja, haverá um cotejo entre os fundamentos jurídicos e as informações técnicas, traçando-se as características gerais dos objetos que podem ser licitados por meio do pregão.

Justen Filho esclarece que “bem ou serviço comum é aquele que se apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível, a qualquer tempo, num mercado próprio” (2005, p. 30). Para tanto, desenvolve a seguinte argumentação (2005, p. 26-28):

O núcleo do conceito de bem ou serviço comum reside nas características da prestação a ser executada em prol da Administração Pública. O bem ou serviço é comum quando a Administração não formula exigências específicas para uma contratação determinada, mas se vale dos bens e serviços tal como disponíveis no mercado.

Poderia afirmar-se que a disponibilidade no mercado é a primeira característica que dá identidade ao bem ou serviço qualificável como comum.

(...)

**Somente se configura a disponibilidade no mercado quando existir atividade empresarial habitual, que disponibiliza objetos com características homogêneas, competitivamente, num certo mercado.**

O bem ou serviço estar disponível significa a possibilidade de aquisição e fornecimento a qualquer tempo, tendo em vista a existência de atividade empresarial estável.

(...)

**A característica da padronização complementa aquela da disponibilidade do bem ou serviço num mercado próprio. É que um bem ou serviço somente estará disponível num mercado próprio na medida em que se produzir sua padronização. Tal se configura quando são predeterminados, de modo objetivo e uniforme, a qualidade e os atributos essenciais de um bem ou serviço.**

A padronização pode ser decorrência de regras técnicas formalmente adotadas por entidades especializadas (em especial, a ABNT) ou também pode ser gerada por procedimentos internos à própria Administração, em que se estabeleçam padrões de identidade de certos objetos aptos à satisfação das necessidades estatais. Mas nada impede que resulte da evolução espontânea do mercado.

(...)

O resultado imediato da padronização consiste na ausência de variação das características do objeto a ser selecionado. Um bem ou serviço é "comum" quando suas qualidades e seus atributos são predeterminados, com características invariáveis ou sujeitas a diferenças mínimas e irrelevantes.  
(grifamos)

Biazzi, Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, também apresenta explicação a respeito do que são bens e serviços comuns fundamentada no mercado local (2007, p. 265-266):

**Fermo uma convicção pessoal que nos termos consolidados no dispositivo, além da definição objetiva do edital, é pressuposto dos bens e serviços comuns seu fácil acesso no mercado correspondente, em razão da sua disponibilidade factual, que deve independer de encomenda ou especificação técnica.**

(...)

Assim, entendo que para um bem ou serviço caracterizar-se como "comum", para efeitos de sua aquisição pela modalidade de Pregão, é necessária sua disposição de imediato no mercado fornecedor, 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.  
(grifamos)

Portanto, o pregão deve ser utilizado para contratações de bens e serviços usuais e competitivos no mercado, que não exijam exagerados detalhamentos, distantes dos padrões já existentes.

As modalidades licitatórias mais conservadoras e que possuem um trâmite mais rígido acolhem de forma mais adequada os contratos que exigem preparação mais comedida por parte de eventuais empresários interessados no certame. Tais modalidades, previstas na Lei n. 8.666/93, restam, pois, para a realização de contratações diferenciadas e mais complexas.

Por outro lado, isso não impede a contratação de objetos, em tese, complexos, mas que são usualmente encontrados no mercado, pois aí não existem dificuldades para a definição do objeto visado. Ou seja, em essência, deve-se verificar se a simplicidade e a celeridade do procedimento não serão afetados por um objeto complexo e/ou tecnologicamente moderno para o mercado interessado, em especial, quanto à qualidade exigida para este objeto e em relação à necessidade manutenção da impessoalidade na contratação.

Nesse sentido, leciona Scarpinella (2003, p. 79-82):

**Bens e serviços que exigem alta complexidade técnica e também os que são produzidos ou executados sob encomenda não são, a priori, incompatíveis com o pregão. Necessariamente, para fins**

de aferição da aplicabilidade desta modalidade no caso concreto, o objeto pretendido pela Administração Pública deve envolver tecnologia ou solução conhecida pelo mercado, ainda que complexo e o número de possíveis ofertantes seja reduzido e o bem ou serviço seja produzido ou executado sob encomenda. É o caso, por exemplo, da aquisição de uma sofisticada máquina de impressão gráfica, ou de paredes divisórias fabricadas nos tamanhos e padrões escolhidos pela Administração na reforma de um prédio público. Excluir bens e serviços com tais características da licitação por pregão impede a celebração de contratos economicamente mais vantajosos para a Administração.

Por tais razões, propomos uma interpretação mais ampla do parágrafo único do art. 1º da Lei 10.520, nele incluindo bens e serviços com metodologia de produção e execução conhecida do mercado, sejam eles com ou sem complexidade tecnológica, feitos ou não sob encomenda.

**Mas a Administração Pública só deve utilizar-se do pregão se esta modalidade garantir segurança na avaliação e escolha da melhor proposta e celebração do melhor contrato.**

Aqui está o segundo elemento de fundamental importância na caracterização da hipótese de cabimento da modalidade de pregão acima referido – qual seja, a possibilidade de os bens e serviços envolvidos nos diversos casos concretos serem utilmente adquiridos por pregão. Isto implica adequação da estrutura procedimental da modalidade ao caso concreto. Considerando que o procedimento do pregão é abreviado, que o critério de julgamento é objetivo (sempre pelo menor preço) e que a inversão das fases de habilitação e julgamento impossibilita aferição especial a respeito do fornecedor ou do objeto licitado, somente serão compatíveis com esta modalidade as aquisições de bens e serviços comuns, na forma acima definida, que garantam a celebração de contratos em total consonância com as necessidades da Administração Pública.

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

A descrição detalhada e extensa do objeto no edital é medida garantidora de clareza, não se configurando como fator impeditivo de contratação por meio de pregão. Importa, para fins de cabimento da modalidade, que as propostas possam ser objetivamente comparadas tendo em vista o critério de menor preço; bem como que a sumariedade do procedimento (sua estrutura procedimental) não seja fator limitador da segurança e certeza na contratação. Como se disse, a análise do cabimento do pregão não leva em conta se o universo de fornecedores é pequeno ou grande; mas sim a capacidade do pregoeiro de aferir as condições técnicas mínimas exigidas no edital na sessão pública do pregão.

(grifamos)

Outro ponto importante seria a limitação quanto ao valor da contratação. Não existem restrições legais no que concerne ao valor do contrato a ser concretizado em decorrência do pregão.

Todavia, se for constatado que a quantia a ser investida em serviços ou bens é excepcionalmente elevada para a localidade em que se realiza o certame, a

contratação deixa de ser comum. Isto é, objetos com valores absurdamente elevados, que fogem do padrão normal dos contratos locais, exigindo maior cautela por parte do respectivo empresariado, não podem ser consideradas ordinárias e deverão ser consolidadas por meio de alguma tradicional modalidade licitatória prevista na Lei n. 8.666/93.

Por conseguinte, destacamos que o fundamental para a definição de bens e serviços comuns é a verificação do mercado eventualmente interessado no certame, que não pode ser surpreendido com objeto que, em face das especificações apresentadas, demande prolongado tempo para sua preparação e oferecimento à Administração. Outrossim, tal complexidade não pode ocorrer a ponto de favorecer determinadas pessoas, que possuam informações privilegiadas, em detrimento do amplo universo de competidores encontrados no mercado local.

A simplicidade do pregão impossibilita a contratação de bens ou serviços de alta complexidade, que exijam elevadas e distintas qualificações técnicas ou econômicas dos licitantes. Mas, evidentemente, isto depende do mercado interessado no certam. Ex.: aquisição de ambulância equipada com UTI móvel, dependendo de suas características, poderá não ser de alta complexidade para uma aquisição do Município de São Paulo; entretanto, provavelmente será para uma cidade no interior do estado do Piauí.

Por fim, atente-se que o objeto deve estar claramente exposto no edital, independentemente do acesso ao termo de referência ou eventual projeto básico, porquanto a rapidez da licitação, e a própria decisão do empresário em participar do certame, impossibilitam que se exija um aprofundado estudo dos documentos anexados ao edital para que se possa entender o objeto.

É pertinente, nesse ponto, a ampla observância da Súmula n. 177 do Tribunal de Contas da União:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada em uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

Em qualquer licitação, o objeto deve estar bem definido, permitindo uma ampla participação de interessados, que evidentemente devem saber a intenção da Administração Pública quanto à contratação. Ou melhor, dúvidas em relação ao

objeto poderão afastar eventuais interessados, permitir que licitantes ofereçam propostas descabidas e/ou favorecer indevidamente algum competidor, tornando nulo o processo licitatório e podendo até mesmo ocasionar responsabilidades para os gestores públicos responsáveis por sua promoção.

Tal fato merece especial destaque no pregão, que normalmente possui um procedimento mais célere, cujo edital pode ser publicado com o prazo de apenas 8 (oito) dias úteis para a apresentação das propostas.

Dessa forma, ressalta-se ser imprescindível que o edital já informe de forma objetiva e clara o objeto. O bem visado, que deve ser comum no mercado local, deverá ser exposto concisamente e com facilidade no próprio edital.

Batista informa, com perspicácia, que o bem ou serviço comum deve ser definido sem a necessidade de qualquer estudo ou análise, bastando a simples descrição usual do mercado (2007, p. 356).

Ainda assim, poderão ser utilizados anexos para a exposição de detalhes do bem comum. Mas isso será apenas para complementar a definição do objeto, sendo expressamente vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição (art. 3º, II, Lei n. 10.520/2002).

Portanto, percebe-se que embora no Decreto n. 3.555 existam paradigmas que direcionam o administrador, em especial no âmbito da Administração federal, é imprescindível a verificação concreta a respeito do objeto a ser contratado, que deverá realmente ser comum segundo o mercado local e os padrões de produção que ele apresenta.

Por fim, cumpre destacar a responsabilidade colocada nas mãos do administrador. Este, diante da modalidade licitatória pregão, possui a competência para definir esta modalidade é adequada, mas também poderá ser responsável por eventuais desvios.

Dessa forma, motivadamente, deverá acerca da utilização da modalidade pregão. Com efeito, a possibilidade de definição quanto à sua utilização exige extrema cautela e estudos para se verificar a melhor modalidade licitatória segundo o caso concreto.

Explica Vera Scarpinella (2003, p. 77):

Ao determinar o cabimento da nova modalidade licitatória o legislador fez uso de um conceito fluido, onde o enfrentamento do caso como passa a ser extremamente relevante para a aferição da validade da solução adotada pelo administrador público. **A decisão sobre o que cabe**

**no conceito de bens e serviços comuns é própria da Administração e será tomada pelo órgão que determinará a abertura da licitação.**

(...)

É indubitoso que o conceito de bem e serviço comum usado pela vaga, plurissignificativo ou indeterminado. Tal vagueza, por si o permite a conclusão de que a lei teria, ao utilizar conceito de tal categoria, outorgado uma competência discricionária à Administração Pública. **Tratando-se de linguagem, ela precisa ser interpretada no tempo e lugar em que se lhe reconhece sentido, no contexto da e diante das peculiaridades do caso concreto.**  
(grifamos)

Concluimos, por conseguinte, que o conceito de bens e serviços comuns é indeterminado, dependendo de uma análise técnico-jurídica segundo o caso concreto. Entretanto, a legislação delimita a escolha do administrador nos seguintes termos: (1) o objeto deve ser usual no mercado em que ocorrerá a competição; (2) o objeto deve estar disponível no mercado a qualquer momento; (3) a identificação do objeto não pode depender de aprofundados estudos ou análises técnicas por parte dos interessados.

Após esta análise, cumprirá ao gestor justificar por escrito a conclusão a respeito do enquadramento do objeto a ser contratado como bem ou serviço comum.

### **3.2. Obrigatoriedade do pregão**

A Lei n. 10.52/02, que institui o pregão, não especifica os casos em que deve ser utilizado. Apenas diz que para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão (art. 1º, *caput*).

No âmbito do Poder Executivo Federal, o Decreto n. 5.450/05 tornou o pregão obrigatório para aquisição de bens e serviços comuns, sendo preferencial a utilização da forma eletrônica (art. 4º, § 1º). O Decreto n. 5.504/05 exige a utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos (art. 1º).

As normas são de observância obrigatória para os agentes públicos hierarquicamente inferiores ao Chefe do Poder Executivo Federal e para aqueles



que recebam dinheiro desse Poder, sendo que a inviabilidade de utilização do pregão em tais hipóteses deverá ser devidamente justificada pelo agente competente (art. 4º, § 1º do Decreto n. 5.450/05 e art. 1º, § 2º do Decreto n. 5.504/05).

Portanto, a legislação é clara no que tange ao dever de utilização do pregão nas contratações do Poder Executivo federal e em relação àquelas realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios, consórcios e instrumentos públicos semelhantes.

Contudo, quanto ao restante da Administração Pública, existem dúvidas a respeito da obrigatoriedade de utilização do pregão, quando se visa adquirir bens ou contratar serviços comuns. Questiona-se acerca do poder discricionário do administrador em relação à possibilidade de opção entre o pregão e outras modalidades licitatórias, como convite, tomada de preços e concorrência.

Justen Filho (2005, p. 42-43) diz haver uma faculdade conferida por lei, nos seguintes termos:

O pregão poderá ser utilizado nas hipóteses em que seria cabível concorrência, tomada de preços ou convite. **A opção pelo pregão é facultativa, o que evidencia que não há um campo específico, próprio e inconfundível para o pregão.** Não se trata de uma modalidade cuja existência se exclua a possibilidade de adotar-se convite, tomada ou concorrência, mas se destina a substituir a escolha de tais modalidades, nos casos em que assim seja reputado adequado e conveniente pela Administração.

O cabimento do pregão não se relaciona com o valor da contratação porque se configura outro modelo. **Cabe o pregão para contratações que versam sobre objetos destituídos de maior complexidade. Ou seja, o critério de cabimento do pregão é qualitativo e não quantitativo.** Admite-se que podem existir objetos complexos de pequeno valor e contratos de grande valor que envolvam objetos comuns. O pregão é adequado para contratação de objeto comum, padronizado, simples, disponível no mercado. Portanto, não há cabimento de questionar o valor da contratação. Daí a irrelevância do critério de valor para fixação do cabimento do pregão.  
(grifamos)

Furtado Rocha (2007, p. 514) expõe opinião semelhante:

**Vê-se que pela redação da legislação pertinente, para contratação de bens e serviços comuns, a adoção do pregão é discricionária:** se o administrador desejar, pode utilizar o pregão; se preferir, pode utilizar a Lei n. 8.666/93, adotando a concorrência, a tomada de preços ou o convite em função do valor a ser contratado.  
(grifamos)

Contudo, tendo em vista o princípio da eficiência, dentre outros presentes em nosso ordenamento jurídico, não comungamos com tais assertivas.

A simplicidade procedimental dessa modalidade de licitação atrai maior número de interessados e imprime celeridade ao processo.

Com efeito, a inexistência de burocracia facilita uma contratação mais vantajosa para a Administração, principalmente em face do pregão eletrônico – que sequer exige o deslocamento físico dos licitantes aos prédios da Administração. Além disso, o procedimento eletrônico possui um maior grau de segurança, em face da inexistência de contatos prévios entre os licitantes e entre esses e o pregoeiro, e diante da possibilidade de acompanhamento pelos cidadãos das compras eletrônicas do governo por meio da *internet*.

Ou seja, o pregão é claramente mais competitivo e eficiente, além de realçar os princípios inerentes à transparência democrática.

Ainda, o pregão é mais rápido, pois segundo dados governo federal, 17 (dezessete) dias é o prazo médio para se contratar na sua forma eletrônica, contados desde a solicitação para se realizar a contratação até a assinatura do contrato. No convite são gastos aproximadamente 22 dias, na tomada de preços 90 dias e na concorrência 120 dias.<sup>7</sup>

A Administração possui a obrigação de aplicar os recursos públicos da melhor forma possível. A contratação deve ser a mais vantajosa para o bem comum, eis que o patrimônio da coletividade é indisponível e não admite malversação. Assim, na utilização do pregão, transparece o princípio da eficiência.

A Emenda Constitucional n. 19/98 incluiu o princípio da eficiência dentre os princípios que regem a Administração Pública (art. 37, *caput*, CF). Mas Meirelles (1998, p. 93) já dizia, antes da reforma, que o princípio da eficiência é o mais moderno da função administrativa, que deve ser oferecida com presteza, perfeição e rendimento funcional; corresponde, assim, à obrigação de boa administração da doutrina italiana.

O princípio da eficiência visa fortalecer o direito dos cidadãos quanto ao acesso a serviços administrativos de qualidade.

Pereira Junior explica, pois, a importância do princípio da eficiência (2007, p. 63-64):

<sup>7</sup> MINISTÉRIO DO ORÇAMENTO, PLANEJAMENTO E GESTÃO. Disponível em: <[http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id\\_noticia=235](http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id_noticia=235)>. Acesso em: 17 jan. 2008.

**Arremata-se o exame dos princípios com aquele que por último se incorporou à ordem jurídica brasileira expressamente, mas que deve ser o primeiro a balizar a atividade dos gestores públicos, no que se tem convencionalmente denominado de administração pública pós-moderna.** Trata-se do princípio da eficiência, que ingressou na cabeça do art. 37 da Constituição Federal pelas mãos da Emenda Constitucional n. 19/98.

Por pós-modernidade se deve entender a era histórica a partir da qual as sociedades se dão conta de que a gestão patrimonialista do Estado não se mostra apta a assegurar, para todos, os direitos fundamentais proclamados em quatro sucessivas gerações (direitos individuais, direitos sociais, direitos do consumidor e direitos ambientais). Esse conjunto de gerações de direitos, que começa com a declaração universal dos direitos do homem, enunciada pela Revolução Francesa e pelo movimento pela independência das colônias norte-americanas (segunda metade do século XVIII), reconhece direitos e incumbe o Estado de garanti-los. (...) Passados duzentos anos, o que se verifica é que muito se avançou em termos de reconhecimento abstrato, muito menos em termos de efetividade de acesso das populações aos direitos reconhecidos. Os espaços de exclusão são imensos, as discriminações parecem incorrigíveis.

Admite-se que o Estado moderno falhou não porque seja estado, mas por administra sem compromisso com os resultados de sua ação. **O compromisso com os resultados de interesse público, que devem necessariamente surgir das ações estatais, carece de método de implementação. Surge o princípio da eficiência como o marco inicial da pós-modernidade, o tempo do compromisso com os resultados, a exigir uma mescla desafiante de atributos: racionalidade, conhecimento, profissionalismo e ética na gestão pública.**  
(grifamos)

Se existe o dever de buscar o melhor resultado para a coletividade com o menor dispêndio e sendo o pregão o processo menos burocrático e com maior número de competidores, não há como fugir desse modelo se ele puder ser tecnicamente utilizado.

Nessa linha, desde que seja garantido respeito aos princípios administrativos no pregão, em especial aqueles pertinentes ao devido processo legal, é inadmissível a utilização de outra modalidade de licitação.

Repita-se que é conferido ao administrador decidir qual a modalidade adequada, justificadamente. Mas a escolha deverá ser fundamentada em avaliação técnica – e não em conformidade com a conveniência e oportunidade momentâneas –, existindo, portanto, o dever de utilização da modalidade pregão se ela for viável.

Nesse sentido, assevera Carvalho Filho (2005, p. 230):

**Surgindo hipótese que admita o pregão, temos para nós que a faculdade praticamente desaparece,** ou seja, o administrador deverá adotá-lo para atender ao fim público da lei. **É o mínimo que se espera diante do princípio da razoabilidade.** Entretanto, se optar por outra modalidade, caber-lhe-á justificar devidamente sua escolha, a fim de

que se possa verificar se os motivos alegados guardam congruência com o objeto do ato optativo.  
(grifamos)

Motta, inteligentemente, também conclui que o administrador possui o poder-dever de usar a modalidade pregão quando for possível, por ser mais ágil e menos oneroso (2006, p. 944).

Por fim, Vera Scarpinella elucida a questão (2003, p. 166-167):

Tratando-se de certame para a contratação de bens e serviços comuns, e sendo compatível a estrutura procedimental do pregão com o específico bem licitado, então não haverá dúvida na escolha da modalidade. Como bem e serviço comum é conceito plurissignificativo, apenas no caso concreto, e confrontando-o com o procedimento específico do pregão, é que será possível a aferição do cabimento da modalidade. **É evidente que, ainda que se trate de bem e serviço comum, se o procedimento do pregão não for adequado para o atingimento do melhor interesse público, então será possível o uso de alguma das modalidades previstas na Lei 8.666. No entanto, sendo bem e serviço comum, é um ônus para o agente administrativo a demonstração da inconveniência da aplicação do pregão.**

**Neste sentido, a definição da modalidade pela Administração Pública deve ser precedida de ato específico, devidamente motivado.** Antes da edição da Lei 10.520 não se fazia esta exigência, porquanto na Lei 8.666 a distinção entre as diversas modalidades leva em conta um critério objetivo: o do valor da contratação. No pregão este critério não é útil para a definição da modalidade, que é identificada pelo objeto da contratação e pelo cabimento do procedimento estabelecido em lei. Como tal objeto envolve a compreensão de um conceito jurídico indeterminado – bem e serviço comum –, portanto, de aferição em cada caso concreto, é imprescindível a explicitação das razões que levaram a Administração Pública a escolher outra modalidade licitatória que não o pregão. É um ônus para o administrador, que, caso a caso, tratando-se de bem de tal espécie, deverá justificar a não adoção da modalidade, indicando o específico interesse público que estaria desatendido caso adotado o procedimento do pregão.

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

**Isto tudo porque a modalidade de pregão tem um núcleo específico de aplicabilidade: trata-se de bem e serviço comum adaptável à sua estrutura procedimental. Certamente, se o procedimento do pregão não for o mais adequado para o atendimento do melhor negócio para a Administração, então não se tratará de bem e serviço comum para os fins da Lei 10.520.**

(grifamos)

No mesmo sentido, de que o uso do pregão é obrigatório se for tecnicamente viável sua utilização, manifestou-se Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

**Independentemente da ausência de obrigatoriedade, o gestor deverá justificar sempre que deixar de utilizar a modalidade**

**pregão, se, tecnicamente, havia condições para tanto.** As razões são óbvias. A característica de celeridade procedimental, decorrente da inversão das fases da habilitação e da abertura das propostas de preços é apenas a parte mais perceptível do processo. (...)

A ampliação da disputa entre os interessados tem como consequência imediata a redução dos preços. Aliada à celeridade, a competitividade é característica significativa do pregão. A possibilidade de simplificar o procedimento licitatório, sem perda da essência da competitividade e da isonomia, deve marcar toda licitação.(...)

**A discricionariedade do administrador está jungida pelo princípio da indisponibilidade do interesse público. O legislador, ao disponibilizar ferramenta de comprovada eficácia e atribuir prioridade para sua aplicação, imbuíu a Administração do dever de a utilizar.**

(Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues; Acórdão n. 1547/04 - Primeira Câmara; grifamos)

Assim, ante a sua evidente eficiência, temos como indiscutível a existência do poder-dever de utilizar a modalidade de licitação pregão nas contratações administrativas sempre que for tecnicamente possível.

### **3.3. Utilização do pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia**

A Lei n. 10.520/02, que instituiu a modalidade de licitação pregão, não dispõe a respeito da possibilidade de contratação de obras e serviços de engenharia.

Por outro lado, o Decreto n. 3.555/00, que regulamenta o pregão no âmbito da Administração Pública federal, assenta que as contratações de obras e serviços de engenharia não poderão ocorrer por meio desta modalidade licitatória (art. 5º, Anexo I).

Cumpramos, assim, verificar se o referido Decreto apenas esclareceu e detalhou a Lei n. 10.520/02, ou se extrapolou o poder regulamentar conferido ao Chefe do Poder Executivo.

Alguns doutrinadores entendem que as obras e serviços de engenharia jamais poderão ser considerados bens ou serviços comuns, em virtude da especificidade de cada trabalho a ser realizado. Nesse diapasão, é o pensamento de Furtado Rocha (2007, p. 515).

Também expõe Batista (2007, p. 357-358):

**As obras e serviços de engenharia certamente não serão objeto de pregão, pois pressupõem de complexidade de especificações e peculiaridades atinentes a cada caso concreto.** A correção dessa afirmação está estampada no art. 5º, do anexo I, do Decreto Federal n. 3.555/00.

O art. 6º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em seus incs. I e II, dispõe sobre a definição de obras e serviços, no entanto, o que se observa, não é um conceito propriamente dito, mas um elenco de situações que poderão configurar tais objetos. Os referidos incisos não apresentam soluções para dirimir dúvidas acerca de objetos que aparentam enquadrar-se tanto em obras como em serviços. Nas obras e nos serviços de engenharia é indubitável a necessidade de um profissional de engenharia, arquitetura ou agronomia, para a execução fiel do objeto pretendido pela Administração.

**Urge destacar novamente que, justamente por consistir em um objeto de maior complexidade que necessita obrigatoriamente de um profissional especializado, não há o que se falar em pregão para contratação de obra ou serviço de engenharia, visto que, não se enquadram no conceito de bem ou serviço comum, ao qual a Lei Federal 10.520/02 delimita expressamente como objeto do pregão.**  
(grifamos)

Justen Filho também manifesta opinião pela impossibilidade de utilização do pregão para contratação de obras e serviços de engenharia sem apresentar argumentos pertinentes à constitucionalidade de o Decreto n. 3.555/00; entretanto, reconhece que poderiam ocorrer situações demonstrando a possibilidade de contratação de bens e serviços comuns por meio de pregão, *in verbis* (2005, p. 30-31):

Bem por isso, a regra é que obras e serviços de engenharia não se enquadrem no âmbito de "bens e serviços" comuns. **Como toda edificação imobiliária envolve avaliação de circunstâncias específicas, variáveis segundo as peculiaridades de local e necessidade, toma-se muito problemático cogitar de objeto padronizado. Mas até poderia, por exceção e especialmente no tocante a serviços de engenharia, encontrar hipóteses em que se reconheceria um objeto comum.**

Suponha-se, por exemplo, a implantação de habitações populares, envolvendo projetos padronizados e construções destituídas de maior complexidade. Não seria viável negar a possibilidade de licitação mediante pregão apenas em virtude do silêncio legislativo acerca de "obras". Portanto, foi necessária a solução consagrada pelo art. 5º do regulamento federal, excluindo da incidência do pregão as contratações versando sobre obras e serviços de engenharia.  
(grifamos)

Nesses termos, parece-nos que o respeitado doutrinador notou o equívoco quanto à vedação absoluta realizada pelo Decreto. Entretanto, tomou-o como correto, em razão de sua presunção de legalidade e constitucionalidade.

No sentido da exclusão das contratações de obras e serviços de engenharia da modalidade pregão, ainda se posicionou o Tribunal de Contas da União:

A literalidade do art. 5º do regulamento fala por si. Serviços de engenharia não podem ser objeto de contratação mediante pregão. (...) Não bastasse a clareza do texto regulamentar, deve-se frisar que mantém perfeita consonância, nesse particular, com a norma legal. O objetivo da medida provisória foi tornar viável um procedimento licitatório mais simples, para bens e serviços razoavelmente padronizados, no que fosse possível à Administração negociar o preço com o fornecedor sem comprometimento da viabilidade da proposta.  
(Rel. Min. Benjamin Zymler; Acórdão n. 195/02 - Plenário; grifamos)

Contudo, a proibição apriorística desconsidera os fatos da realidade, quanto à análise do que sejam serviços comuns, viola princípios administrativos e, ainda, extrapola o poder normativo conferido pela Lei n. 10.520/02.

A complexidade do objeto ou a necessidade de intervenção de um profissional especializado, não podem ser utilizados como argumentos para afastar a possibilidade de realização de pregão nas licitações de obras ou serviços de engenharia.

É inegável, assim, que a vedação total à utilização do pregão na contratação de obras e serviços de engenharia constrange os princípios da eficiência e da publicidade, caso se contrate, por exemplo, por meio de licitação na modalidade convite se o objeto é um serviço comum.

Com efeito, cumprirá ao gestor público analisar o enquadramento da situação concreta como bem ou serviço comum, nos termos anteriormente propostos. Trata-se de uma atribuição conferida pela Lei n. 10.520/02, objetivando respaldar a boa administração da coisa pública, que não pode ser alterada ou modificada por meio de Decreto.

Nesse diapasão, esclarece Vera Scarpinella (2003, p. 82-83):

**Neste sentido, não há razão para que esteja impedido, de pronto, o uso do pregão para contratos que envolvam obras e serviços de engenharia.** Não se deve tirar da referência a "aquisição", na lei (art. 1º), a proibição de aplicação do procedimento para contratos dessa natureza. "Aquisição", na lei, é sinônimo de contratação.

(...)

Para nós o cabimento da modalidade para tais serviços depende da aferição, em concreto, da adequação do procedimento pregão e do atendimento do específico interesse público que a Administração pretende atingir com o certame. **Assim é que se a estrutura procedimental do pregão for incompatível com a segurança e certeza que a complexidade do serviço exige no caso concreto, então não será o caso de licitação por pregão.**

(grifamos)

Dessa forma, é evidente que a constatação do que seja bem ou serviço comum dependerá do caso apresentado ao administrador, avaliando-se se o objeto

é ou não comum nos termos do mercado local, segundo os padrões aceitos para a realização do pregão.

Na mesma linha, são as recentes manifestações do Tribunal de Contas da União:

16. Em que pese haver a previsão de execução de atividades que demandam certo grau de especialização, a exemplo dos relacionados nos subitens 1.11 a 1.15, 1.17, 1.18, 1.21 e 1.22 do Anexo II (regularização da superfície de contra-piso, aplicação de manta asfáltica, recolocação de placas de mármore, etc.), a realização de serviços para a substituição de impermeabilização de uma área determinada do edifício (jardim interno), cuja finalidade principal é a solução de problemas de infiltração e cujo valor total estimado é de aproximadamente R\$ 85.000,00, não aparenta envolver grande complexidade, a ponto de inviabilizar sua realização mediante pregão.

(...)

18. Portanto, conforme se observa nas exigências acima transcritas, apenas empresas registradas no CREA-DF, que comprovem ter realizado serviços compatíveis com o objeto da licitação e que tenham vistoriado o local da obra poderão ser contratadas para a realização dos serviços licitados pelo CNPq por meio do Pregão Eletrônico 061/2006, o que reduz o risco das ocorrências mencionadas no item 4 da representação (fl. 02), principalmente as relativas à possibilidade de contratação de empresa sem a devida qualificação técnica ou que não conheça o local onde serão executados os serviços.

**19. É oportuno ressaltar, ainda, que, caso o CNPq optasse pela realização da licitação por meio de outra modalidade que não fosse o pregão, na forma sugerida pelo representante, os serviços seriam contratados por meio de convite, em razão de o valor da contratação estar dentro do limite previsto na alínea 'a' do inciso I do art. 23 da Lei 8.666/93.**

20. Nessa hipótese, o CNPq somente estaria obrigado a convidar 3 empresas, de forma a atender o disposto no § 3º do art. 22 da Lei 8.666/93, e estaria dispensado de promover a ampla divulgação a que se refere o art. 21 da mesma lei, uma vez que esse dispositivo não contempla essa modalidade. Na opção pelo pregão, há obrigatoriedade de, no mínimo, publicação do aviso da licitação no Diário Oficial da União (no caso de órgãos e entidades da Administração Pública Federal), nos termos do inciso I do art. 4º da Lei 10.520/2002.

**21. Sendo assim, é muito provável que, em comparação com a opção adotada, a participação de licitantes no convite seja menor, o que tem o potencial de reduzir a competitividade do certame, levando o CNPq a contratar os serviços por preços superiores aos que obteria na disputa por lances prevista no pregão.**

22. Em relação a esse tema, cabe citar que, em consulta ao sítio do Tribunal de Contas do Estado do Paraná - TCE/PR ([www.tce.pr.gov.br](http://www.tce.pr.gov.br)), constatou-se a existência de interessante trabalho realizado pelo Núcleo de Engenharia do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco - TCE/PE, apresentado por ocasião do XI SINAOP, realizado pelo TCE/PR, nos dias 6 a 10 deste mês, em Foz do Iguaçu, no Paraná [<http://www.tce.pr.gov.br/xisinaop/sinaop.zip>].

23. Nesse trabalho, intitulado 'Uso do Pregão nas Obras e Serviços de Engenharia: Legalidade e Economicidade', de autoria dos servidores Saulo Mesquita de Araújo, Gustavo Pimentel da Costa Pereira e Ricardo Calheiros de Andrade Lima, são apresentados vários dados relativos a licitações realizadas em municípios do Estado de Pernambuco



que reforçam a tese defendida nesta instrução. **Ou seja, a opção pelo convite tem como consequência a baixa competitividade nos certames, o que implica a contratação de serviços por valores superiores aos que poderiam ser obtidos por meio de pregão.**

24. Além disso, o trabalho apresenta uma comparação entre os aspectos envolvidos nas modalidades de convite e pregão, demonstrando as vantagens da segunda em relação à primeira no que diz respeito à publicidade do certame e ao prazo para apresentação das propostas (5 dias para convite e 8 para pregão), bem como evidenciando que não há prejuízos em termos de requisitos de habilitação.

25. Portanto, levando-se em conta que:

- o conjunto dos serviços que compõem o objeto do Pregão Eletrônico 061/2006 não apresenta grande complexidade, podendo ser enquadrados como serviços comuns;

- o valor estimado para a contratação não envolve elevado montante de recursos, estando dentro dos limites previstos para a realização de convite;

- as condições para habilitação técnica possibilitam a contratação de empresa que tenha a devida qualificação para a execução dos serviços;

- a realização da licitação na modalidade de convite pode reduzir a competitividade do certame, levando a Administração do CNPq a contratar os serviços por valores superiores aos que seriam obtidos por meio da realização de pregão; e

- a Lei 10.520/2002 não veda a realização de pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia;

a representação apresentada pelo Sinduscon-DF deve ser considerada improcedente.

#### CONCLUSÃO

26. **Com base na análise realizada no tópico anterior, conclui-se que não estão presentes o *fumus boni juris*, ante a inexistência de vedação para a contratação de obra por meio de pregão na Lei 10.520/2002 e o entendimento constante do Acórdão 817/2006 - 1ª Câmara, nem o *periculum in mora*, uma vez que não há evidência de prejuízos ao Erário ou restrição de participação de potenciais licitantes no certame, em função da modalidade de licitação adotada pela Administração do CNPq para a contratação dos serviços para a reforma do jardim interno do edifício situado no SEP 507.**

(Rel. Min. Valmir Campelo; Acórdão n. 817/05 - 1ª Câmara; grifamos)

4. O objeto do pregão consiste de 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 do CNPq.

5. Segundo o representante, tal objeto não poderia ser licitado por meio de pregão, uma vez que consiste de obra de engenharia, e não de manutenção predial, a qual encontra abrigo no anexo II do Decreto 3.555/2000. Nesse sentido, anexou parecer emitido pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do DF - CREA/DF, no qual se atesta que o objeto da licitação trata de obra e serviços que não deveriam ser caracterizados como serviços comuns.

6. O referido conselho especializado afirma que a celeridade de um processo de pregão, no qual não existe fase de análise da proposta técnica, possibilita a contratação de obras e/ou serviços de engenharia sem a devida qualificação exigida pelas normas técnicas.

7. **Primeiramente, ressalto o exame efetuado pela unidade técnica demonstrando que a recente jurisprudência do Tribunal já consolidou o entendimento de que a Lei 10.520/2002 não veda a contratação de obras e serviços de engenharia por meio da**

modalidade de pregão (Acórdãos 331/2006 e 1.329/2006, do Plenário, e 817/2005 da Primeira Câmara).

8. Em seguida, a instrução traz cuidadosa análise acerca da possibilidade de enquadramento do referido objeto do pregão como serviços comuns, os quais, em síntese, consistem na substituição da impermeabilização da laje e das paredes do jardim, abrangendo os serviços acessórios de remoção e recolocação do jardim interno.

9. Ademais, destaca-se a exigência do edital licitatório para que a licitante vencedora comprove sua capacidade técnica por meio da apresentação de atestados de serviços prestados e registros de inscrição no CREA/DF, o que supre a preocupação esposada pelo representante e pelo Conselho.

10. Por fim, mostra-se relevante a análise comparativa empreendida pela unidade técnica, caso tivesse sido adotado o convite como modalidade licitatória, em virtude do valor dos serviços contratados (aproximadamente R\$ 85.000,00). Nesse caso, a competitividade seria reduzida e possivelmente os preços superiores ao que se obteria na disputa por lances prevista no pregão.

11. Por conseguinte, sem mais observações, adoto como minhas razões de decidir a análise empreendida pelo diretor técnico, Alexandre Giovanini Fuscaldi.

Diante do exposto, acolhendo *in totum* o parecer da unidade técnica, manifesto-me por que o Tribunal aprove o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

(Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti; Acórdão n. 286/07 - 1ª Câmara; grifamos)

Temos, assim, como incabível a norma regulamentar que proíbe a contratação de obras e serviços de engenharia por meio do pregão, ante sua ilegalidade, violando frontalmente a delimitação de bens e serviços comuns oferecida pela Lei n. 10.520/02, além de se perceber um ataque aos princípios administrativos da eficiência e da publicidade (este será violado principalmente quando o pregão for substituído pela modalidade convite).

Portanto, no que tange à proibição de utilização do pregão para contratação de obras e serviços de engenharia, ressaltamos a necessidade de declaração de ilegalidade (e conseqüente inconstitucionalidade) parcial do Decreto n. 3.555/2000 pelo Tribunal de Contas da União ou pelo Poder Judiciário, caso não seja revogado pelo Presidente da República.

Em relação aos outros entes administrativos, caso não existam normas proibitivas, consideramos como perfeitamente possível a utilização do pregão para contratação de obras e serviços de engenharia, desde que o objeto da licitação seja classificado como serviço comum.

### **3.4. Utilização do pregão para a contratação de bens e serviços de informática**

Assim como ocorre com as contratações pertinentes a engenharia, também existem discussões acerca da possibilidade de realização de pregão em face de bens e serviços de informática em função de sua suposta complexidade.

A Lei 8.666/93 destaca que para contratação de bens e serviços de informática será adotado o tipo de licitação "técnica e preço"; só admite outro tipo de licitação se houver autorização do Poder Executivo por meio de decreto (art. 45, § 4º).

Assim, alguns defendem que as licitações cujos objetos são pertinentes a produtos de informática normalmente são demasiadas complexas e específicas, exigindo a utilização das tradicionais modalidades de licitação previstas na Lei n. 8.666/93, em especial àquelas do tipo técnica e preço; ou a utilização do pregão se houver especificação em decreto.

Entretanto, o preceito da Lei n. 8.666/93 decorre de alteração legislativa impressa pela Lei n. 8.883/94. Ou seja, é uma regra anterior à edição da Lei n. 10.520/2002, que regulamenta o pregão e possui o intuito de oferecer simplificação, celeridade e economia nas contratações públicas.

Estamos, pois, diante de um caso em que é claramente aplicável a Lei n. 10.520/02, em face dos princípios hermenêuticos da especialidade e derrogação normativa em razão de regra posterior.

Outrossim, o rápido desenvolvimento da informática possibilitou ao mercado oferecer serviços e produtos comuns, estes, inclusive, estão presentes em supermercados e lojas de departamentos. Tais produtos de informática são usualmente chamados de bens ou serviços de "prateleira" e, tendo em vista suas comuns características, não devem ser licitados por meio do tipo "técnica e preço".

A busca da melhor contratação administrativa, atendendo-se aos princípios da eficiência e da isonomia, impede uma interpretação restritiva, que possa depender de listas indicativas de bens e serviços comuns presentes regulamentos. Diariamente, surgem no mercado produtos padronizados de informática, que são

vendidos em supermercados e o administrador não pode ficar adstrito a entendimentos que ignoram a flexibilidade e dinamicidade do universo privado.

Nesse sentido, conforme já visto e demonstrado, tão-somente as circunstâncias concretas é que permitirão uma avaliação técnica a respeito do objeto para se verificar se é o não comum.

A Lei n. 8.248/91, que dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação em âmbito nacional, de outra banda, colocou fim a uma parcela da discussão ao permitir a contratação de determinados bens e serviços de informática por meio do pregão.

Trata-se de uma norma de competência da União, que atinge genericamente as licitações e também o direito econômico brasileiro (arts. 21, IX, 22, XXVII, e 24, I, CF).

Vejamos o referido artigo 3º da referida Lei n. 8.248/91, *in verbis*:

Art. 3º. Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem, a: (Redação dada pela Lei nº 10.176, de 11.1.2001)

I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; (Redação dada pela Lei nº 10.176, de 11.1.2001)

II - bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo. (Redação dada pela Lei nº 10.176, de 11.1.2001)

§ 1º Revogado. (Redação dada pela Lei nº 10.176, de 11.1.2001)

§ 2º Para o exercício desta preferência, levar-se-ão em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço. (Redação dada pela Lei nº 10.176, de 11.1.2001)

§ 3º **A aquisição de bens e serviços de informática e automação, considerados como bens e serviços comuns nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, poderá ser realizada na modalidade pregão, restrita às empresas que cumpram o Processo Produtivo Básico nos termos desta Lei e da Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991.** (Redação dada pela Lei n. 11.077/04)

(grifamos)

Assim, o referido parágrafo terceiro, decorrente da alteração legislativa proporcionada pela Lei n. 11.077/04, só permite a aquisição de bens e serviços comuns de informática através da modalidade pregão se for cumprido o Processo Produtivo Básico previsto em lei.

Entretanto, no que concerne à limitação existente na Lei n. 8.248/91, pertinente à obediência ao referido Processo Produtivo, também pregamos uma interpretação em conformidade com os princípios administrativos.

O legislador infraconstitucional não pode restringir a licitação por meio de pregão a apenas alguns participantes, que cumpram o Processo Produtivo Básico previsto em lei. Tal regra é desarrazoada e poderá permitir a formação de cartéis pelos poucos empresários que conseguirem comprovar a obediência a esse procedimento, sendo que sua aceitação irracional violaria os princípios republicados que dão suporte ao instituto da licitação, em especial o da competitividade, o da eficiência e da isonomia.

Vejamos a lição de Justen Filho (2005, p. 52-53):

Já a disciplina introduzida pela Lei nº 11.077 afigura ao comentarista como inconstitucional. **A nova regra restringiu as contratações por meio de pregão para produtos que tivessem obtido certos benefícios fiscais. Isso significa a redução do universo de possíveis fornecedores para a Administração Pública – a qual poderá ser constringida a adquirir produtos por preço superior aos existentes no mercado.** Logo, a União instituiu uma sistemática inconstitucional, que apenas pode prejudicar a ela própria, além de promover uma discriminação indevida entre os potenciais fornecedores.

Não se trata de negar a constitucionalidade de estabelecer discriminações e preferências destinadas a proteger a indústria nacional, os bens fabricados no Brasil, os empregos aqui gerados, o pagamento de tributos aos cofres públicos. O ponto fundamental não é esse.

Todos esses valores são protegidos por meio da sistemática que assegura tratamento fiscal mais benéfico para as empresas que desenvolverem as suas atividades no Brasil.

**O aspecto fundamental da inconstitucionalidade reside em estabelecer uma sistemática que não assegura a transferência dos benefícios para a Administração Pública. Quando se impede a participação de licitante que não tenha obtido a aprovação de seu PPB, produz-se uma espécie de cartelização do mercado de fornecedores.** Isso significa que inúmeros potenciais fornecedores, estabelecidos no Brasil, não poderão disputar os contratos. **A Administração será obrigada a adquirir produtos de qualidade inferior e (ou) por preço superior ao disponível mercado.** Essa solução infringe dois princípios constitucionais fundamentais.

Por um lado, há ofensa ao princípio da República, na medida em que a Administração Pública será constringida a realizar uma contratação que não é a mais vantajosa.

Por outro, há infração ao princípio da isonomia, eis que potenciais fornecedores são indevidamente excluídos.  
(grifamos)

Dessa forma, Justen Filho assevera que uma contratação com fundamento na nova regra, que exige atenção ao Processo Produtivo Básico, poderia até ser possível, desde que vantajosa para a Administração. Confira-se (2005, p. 53):

Incumbirá ao pregoeiro e à autoridade competente verificar se a oferta obtida por meio do pregão é inferior aos preços praticados no mercado. Essa ressalva é óbvia, eis que a homologação do certame depende de tal apuração. No entanto, adquire especial relevância no

âmbito de um certame que é restrito a um grupo predeterminado e limitado de possíveis licitantes.

**Se o pregão realizado para a contratação de objeto comum na área de informática, subordinado ao regime da Lei nº 11.077, conduzir a ofertas de produtos de qualidade inferior à disponível no mercado e (ou) a preços iguais ou superiores aos praticados no mercado, será vedada a homologação do resultado.** Ou seja, não se pode admitir que o fornecedor de objeto de informática, recebendo benefícios que produzem a redução de seus custos, não transfira os benefícios para a Administração Pública (*rectius*, para a comunidade).

**Portanto, deve exigir-se que se produza, ainda no regime da Lei nº 11.077, o mesmo resultado que seria atingido sem a sua existência: será vencedor o licitante que apresentar a proposta mais vantajosa de contratação para a Administração Pública, não aquele que for simplesmente beneficiário do privilégio de participar de pregão.**

(grifamos)

Entretanto, tal linha de raciocínio poderia acarretar na impossibilidade de contratação pela Administração, caso ela só pudessem concorrer aqueles que atendessem o Processo Produtivo Básico e oferecessem preços compatíveis com o mercado. Não podemos negligenciar, ainda, que existem entes administrativos localizados em pequenos e distantes Municípios, que poderiam não ter acesso a determinados competidores.

Dessa forma, a melhor interpretação da regra de preferência estabelecida pela redação atualizada do art. 3º da Lei n. 8.248/93, deverá ser aquela que aceita um amplo universo de competidores, inclusive aqueles que não cumprem o Processo Produtivo Básico. Àqueles que observassem tal Processo, seria oferecida preferência para a contratação, mas somente se suas propostas fossem economicamente as vantajosas e com equivalentes condições, conforme ensina Rocha Furtado (2007, p. 517). Ou seja, haveria um novo critério de desempate, favorecendo os licitantes que cumprem o Processo Produtivo Básico.

Tendo em vista que o *caput* do art. 3º da Lei n. 8.248/91 norteia uma tentativa de oferecer “preferência”, na modalidade de licitação pregão em que se visa contratar bens ou serviços de informática poderão participar quaisquer empresas. E em caso de empate, será dada preferência àquela que cumprir o Processo Produtivo Básico.

Nesse sentido, decidiu o Plenário do Tribunal de Contas da União, nos termos desta ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONSULTA. PREGÃO. AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA. REGRA DE PREFERÊNCIA. APLICAÇÃO. PROVIMENTO.

1 - **Subsiste, no atual ordenamento jurídico pátrio, a regra de preferência para aquisição de bens e serviços de informática e automação, a que alude o artigo 3º da Lei 8.248/91, atualizada pelas Leis 10.176/2001 e 11.077/2004, mesmo após a promulgação da Emenda Constitucional 06/95, sem que, com isso, se viole os demais princípios da Constituição Federal, como o da isonomia.**

2 - A regra imposta pelo artigo 3º da Lei 8.248/91, em sua redação atual, tem por escopo o exercício do direito de preferência como critério de desempate das melhores propostas obtidas em certame público, destinadas ao fornecimento de bens e serviços tecnológicos de automação e informática, sendo que a opção deverá recair sobre a oferta que satisfaça simultaneamente os seguintes requisitos: a) bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; b) bens e serviços fornecidos por empresas que cumpram o Processo Produtivo Básico definido pela Lei 8.387/91.

3 - Em persistindo o empate entre as melhores ofertas, nada impede que Administração proceda ao sorteio da proposta que atenderá o interesse público, observado o disposto no artigo 45, § 2º, da Lei 8.666/93, aplicável subsidiariamente ao Pregão por força do artigo 9º da Lei 10.520/2002.

4 - **O Pregão que se destina a contratar o fornecimento de bens e serviços comuns de informática e automação, como espécie de licitação pública, sujeita-se aos princípios constitucionais da eficiência e isonomia, devendo ser franqueado a todos os interessados, independentemente de cumprirem ou não o Processo Produtivo Básico.**

(Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues; Acórdão n. 1.707/05 – Plenário; grifamos)

O Decreto n. 3.555/00 ainda apresenta restrições concernentes à contratação de bens e serviços de informática, listando os objetos possíveis.

Esse regulamento é válido no âmbito da organização do Poder Executivo federal. Isto é, em face do sistema hierárquico desse Poder, todos os agentes públicos subordinados ao Presidente da República deveriam cumprir o Decreto Federal n. 3.555/2000.

O anexo II desse decreto destaca que “microcomputador de mesa ou portátil (‘notebook’), monitor de vídeo e impressora” são bens comuns permanentes (item 2.5).<sup>8</sup> No que tange aos serviços, são considerados comuns os “serviços de apoio à atividade de informática” de “digitação” e “manutenção” (itens 2.1 e 2.2).

Entretanto, como ressaltado, tais normas devem ser vistas como recomendações, porquanto a correta interpretação da Lei n. 10.520/02 deverá ser realizada pelo administrador público segundo a situação concreta colocada à sua apreciação.

Desde que o objeto a ser licitado seja caracterizado como bem ou serviço comum, não existe impedimento para a realização de licitação pelo tipo menor

<sup>8</sup> Embora “equipamentos em geral” e “utensílios de uso geral” sejam considerados bens comuns permanentes, nestes casos são expressamente excluídos os bens de informática (itens 2.2 e 2.3).

preço, que é o único do próprio do pregão. Entendemos, assim, que bens e serviços de informática podem ser contratados por meio de pregão em todos os níveis administrativos, ainda que não constem na lista prevista no referido Decreto.

Contudo, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em atenção ao art. 45, § 4º, da Lei n. 8.666/93, afirmou que a aquisição de bens e serviços de informática deve se submeter à licitação do tipo "técnica e preço" (situação que afastaria o pregão), exceto quando houver autorização do Poder Executivo. Ou melhor, exige rigorosa e limitada observância ao Decreto n. 3.555/00 para uso do pregão no âmbito da União, citando precedentes judiciais (Recurso Especial nº. 584.842/DF, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 21.06.2005, DJ 22.08.2005, STJ; Agravo de Instrumento nº. 2004.01.00.001190-0/DF, Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, DJ de 13/09/2004, TRF/1ª Região). Confira-se a ementa:

ADMINISTRATIVO. MANDANDO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. MENOR PREÇO. SERVIÇOS DE INFORMÁTICA. ART. 45, §4º, DA LEI N. 8.666/93. REVOGAÇÃO DO PREGÃO N. 9/2005. I - **A aquisição de bens e serviços de informática, não incluídos no critério de serviços comuns (digitação e manutenção - Decreto nº. 3.555/2000 e Lei n. 10.520/2002), nem ressalvados pelo Poder Executivo, sujeita-se ao critério de melhor técnica e preço, nos termos do art. 45, parágrafo 4º, da Lei n. 8.666/93, afigurando-se nulo o edital n. 09/2005, tendo em vista que o objeto é a contratação de empresa especializada para o desenvolvimento do Portal do Ministério Público do Trabalho na internet, conforme especificações, ali, contidas, não podendo, pois, ser licitada na modalidade pregão-menor preço.** II - Na espécie dos autos, contudo, alterados os pressupostos de fato da impetração, com a revogação do Edital nº. 09/2005, o ato impugnado esvaziou-se em sua consistência, cessou-se o interesse processual, que impulsionara o impetrante, pelo que se aplica, na espécie, o disposto no art. 267, inciso VI, última figura, do CPC. III - Apelação desprovida. (Rel. Des. Federal Souza Prudente; Apelação em Mandado de Segurança n. 2005.34.00.014427-7/Distrito Federal – Sexta Turma, grifamos)

Tal interpretação, todavia, conforme já observado, não poderia incidir em relação à Lei n. 10.520/02, pois a redação conferida ao art. 45, § 4º, da Lei n. 8.666/93 é genérica e anterior à Lei que dispõe sobre o pregão.

Nesse sentido, Justen Filho sustenta que o conceito de bem ou serviço comum da Lei n. 10.520/02 não pode ser delimitado pelo Decreto Federal n. 3.555/00, que não apresenta um rol *numerus clausus* (2003, p. 32):

Em primeiro lugar, o elenco não é exaustivo. Qualquer outro objeto qualificável como comum, ainda que não constante do rol do Anexo



II, pode ser contratado através de pregão. **Sob esse ângulo, a relação contida no Anexo II envolve um elenco mínimo, exemplificativamente indicado no regulamento federal. Essa solução deriva da impossibilidade jurídica de o conceito de “bem ou serviço comum”, contido em diploma legislativo, ser delimitado ou restringido através de um regulamento federal.**  
(grifamos)

O próprio Tribunal de Contas da União, assim decidiu:

40.4 - admissibilidade do uso do pregão para a aquisição de softwares classificados como bens comuns.

41. Sobre esse último tema, creio oportuno transcrever as percipientes observações do Ministério Público:

(...)

No caso vertente, a primeira questão que se apresenta reside em saber se bens e serviços de informática podem ser considerados 'comuns' na acepção da Lei n. 10.520/2002. Sobre esse assunto, já tivemos a oportunidade de emitir parecer nos autos do TC 012.678/2002-5, nos seguintes termos:

(...)

A concisão das definições dadas pelas normas legal e regulamentar sobreleva a importância do entendimento doutrinário sobre a caracterização do que é um bem ou serviço comum. Esclarece Benedicto de Tolosa Filho que a 'licitação na modalidade pregão destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, estes definidos como de padrão e tendo a característica de desempenho e qualidade que possam ser estabelecidos de forma objetiva, ou seja, sem alternativas técnicas de desempenho dependentes de tecnologia sofisticada.' (Pregão. Uma nova modalidade de licitação, Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 9).

(...)

Ao compulsarmos o Anexo I do Edital do Pregão n. 127/2002 (fls. 53 a 200), verificamos que os bens descritos coadunam-se com a definição de bem comum, mormente por constituírem equipamentos comumente utilizados em tarefas que podemos reputar como básicas, sobretudo se considerarmos a vasta complexidade e grande variedade de equipamentos disponíveis no mercado. Ou seja: não há nada de especial ou incomum em equipamentos como microcomputadores (com gabinete principal, adaptador de rede e unidade de disco rígido), monitores de vídeo monocromáticos, teclados, impressoras matriciais, leitores de caracteres e códigos de barras, leitora ótica de marcas, teclados de clientes, mouses, leitoras manuais de códigos de barras e no-breaks).

**Nesse passo, para que determinados bens e serviços possam ser considerados 'comuns' (de acordo com a Lei n.º 10.520/2002), a meu ver, é necessário verificar se características como qualidade e produtividade podem ser aferidas objetivamente. De outro modo, se é possível compará-los entre si sem maiores dificuldades, ou se esses bens e serviços podem ser fornecidos por diversas empresas, '(...) de modo a permitir a decisão de compra com base no menor preço'** (destaque no original, Arídio Silva e outros, Desvendando o Pregão Eletrônico, Revan, Rio de Janeiro, 2002, p. 34).

**No campo da informática, é aconselhável agir com cautela na definição do que sejam bens e serviços 'comuns', tendo em conta o envolvimento, em muitos casos, de tecnologia sofisticada.** O próprio relatório chama a atenção para o fato de que a opção pela modalidade pregão nesses casos '(...) deve ser adotada com cuidado visto que a qualidade e padrão de desempenho envolvem aspectos técnicos relevantes' (folha 23, v.p.).

(...)

**Forçoso concluir, portanto, que, apesar do uso do pregão ser uma faculdade da Administração, se no caso concreto os bens e serviços de informática forem considerados 'comuns', a nosso sentir, tudo indica que a licitação na modalidade pregão afigurar-se-á como a solução mais econômica, além de mais célere e ágil, possibilitando a obtenção de preços mais baixos.**

Fato é que nem sempre a decisão sobre a modalidade de licitação que melhor atenderá ao interesse público se apresenta clara para a administrador. Por outro lado, a discricionariedade na escolha dentre as alternativas que se apresentam também não significa que o administrador está dispensado de buscar a modalidade ótima para a Administração. Nesse sentido é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Discricionariedade e Controle Jurisdicional, 2ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2003, p. 35): 'É exatamente porque a norma legal só quer a solução ótima, perfeita, adequada às circunstâncias concretas, que, ante o caráter polifacético, multifário, dos fatos da vida, se vê compelida a outorgar ao administrador - que é quem se confronta com a realidade dos fatos segundo seu colorido próprio - certa margem de liberdade para que este, sopesando as circunstâncias, possa dar verdadeira satisfação à finalidade legal.'

(...)

Como afirmamos, nem sempre a solução ótima pode ser facilmente identificada pelo agente público. Todavia, no caso em comento a proposta da ADFIS é para que o Tribunal firme o entendimento de que a modalidade pregão é admitida para a aquisição de softwares desde que estes sejam classificados como bens 'comuns', nos termos da Lei n.º 10.520/2002. Como bem ressaltou o relatório, 'Na aquisição de muitos tipos de software a questão técnica ou de cunho intelectual do vendedor não se verifica uma vez que se trata, quase sempre, de representantes comerciais'. **De fato, existem softwares no mercado que já ostentam a condição de produtos 'comuns', na medida em que os parâmetros de desempenho e qualidade podem ser objetivamente especificados no edital. Por conseguinte, nos parece que nesses casos (de bens nitidamente 'comuns') a solução que melhor atenderá ao interesse público se revela com mais clareza, de modo que é aconselhável a adoção da modalidade pregão.**

Destarte, perfilho-me aos termos da proposta da ADFIS (item 'c' do encaminhamento), tendo em vista que o pregão tem-se mostrado a solução mais eficiente e econômica para a Administração quando se trata da aquisição de bens e serviços 'comuns', com é o caso da maioria dos softwares usados nas grandes organizações."

(Rel. Min. Marcos Bemquerer; Acórdão n. 2.094/04 - Plenário; grifamos)

Portanto, diante da variedade de produtos e serviços de informática oferecidos pelo mercado, é evidente que a lista do Decreto n. 3.555/00 é apenas indicativa, cabendo ao gestor público observar o caso concreto para a definição do que sejam bens e serviços comuns.

Esse entendimento, que alarga o âmbito de aplicação do pregão, aliás, permite que a Administração realize mais contratações de forma ágil e econômica, desde que haja a caracterização de como bens e serviços comuns, pois então não haverá qualquer prejuízo à coletividade.

Nesse sentido, simplifica Batista (2007, p. 358):

**Quanto a possível dúvida que possa surgir acerca do enquadramento de bens e serviços de informática no conceito de bens e serviços comuns, não se vislumbra maiores dificuldades, pois, cada caso concreto será analisado separadamente.** Em suma, a utilização da modalidade de licitação pregão será possível sempre que o objeto da licitação enquadrar-se no conceito de bens e serviços comuns, consoante ao que impõe a própria Lei Federal 10.520/02 em seu art. 1º.  
(grifamos)

Isto é, segundo a Lei n. 10.520/02, compete ao gestor público definir se a contratação refere-se a um bem ou serviço comum, inclusive aquelas pertinentes a bens e serviços de informática. Outrossim, em face do § 3º do art. 3º da Lei n. 8.248/93, o competidor que cumprir o Processo Produtivo Básico terá preferência na contratação na hipótese de empate.

#### 4. CONCLUSÃO

O estudo desenvolvido nesse trabalho teve a preocupação central de trazer a lume uma interpretação da Lei n. 10.520/02, pertinente ao pregão, que pondere os princípios administrativos em face da realidade posta ao administrador público. Foram rejeitadas, pois, posições absolutas, que desconsideram o dia-a-dia da Administração Pública.

Nesse sentido, a modalidade de licitação pregão foi analisada em função das novas diretrizes do Estado Democrático brasileiro. A análise dirigiu-se para a absorção dos valores vigentes atualmente na sociedade e para o oferecimento de idéias transformadoras da Administração, no que tange à licitações, visando a efetivação dos direitos fundamentais de forma racional.

Abandona-se a idéia de supremacia do Poder Público, fundada em concepções autoritárias e que deixa em segundo plano os outros princípios, em benefício da eficiência legal.

Portanto, faz-se uma abertura para a realização de conexões interdisciplinares para decisão real acerca de qual objeto poderá licitado por meio do pregão, ponderando-se os vários princípios administrativos, através da aplicação implícita da razoabilidade e da proporcionalidade nas considerações realizadas.

Tal esforço, somado à forte tendência de justificar claramente todas as posições tomadas, objetiva corporificar o princípio da eficiência administrativa em conjunto com a legitimidade da atuação administrativa. Isto é, a eficiência não pode ser levada a extremos, que sufoque e agrida outros princípios, nem ser obscura ou destituída de sustentação social no Estado Democrático.

Nessa linha, observou-se que Lei n. 10.520/02 não apresentou um conceito fechado de bens e serviços, conferindo ao administrador, com o auxílio de órgãos técnicos, o poder de delimitar o enquadramento do objeto a ser contratado nesse conceito, o que possibilitaria a realização de uma licitação na modalidade pregão.

Por conseguinte, o conceito de bens e serviços comuns é indeterminado, dependendo de uma análise técnico-jurídica segundo o caso concreto. Entretanto, a legislação restringe a escolha do administrador nos seguintes termos: (1) o objeto deve ser usual no mercado em que ocorrerá a competição; (2) o objeto deve estar

disponível no mercado a qualquer momento; (3) a identificação do objeto não pode depender de estudos ou análises técnicas por parte dos interessados.

Após esta análise, cumprirá ao gestor justificar detalhadamente, por escrito, a conclusão a respeito do enquadramento, ou não, da hipótese como bem ou serviço comum.

Também foram demonstradas as vantagens na utilização do pregão em relação às outras modalidades licitatórias, quando houver a adequada caracterização da contratação como bem ou serviço comum. Assim, ante a evidente eficiência da novel modalidade licitatória, temos como indiscutível a existência do poder-dever de utilizar a modalidade de licitação pregão nas contratações administrativas sempre que for tecnicamente possível.

Logo, mesmo nas hipóteses de contratação de serviços ou obras de engenharia e de bens ou serviços de informática, não existe regra absoluta quanto à possibilidade ou não de adoção da modalidade pregão. Cumprirá ao administrador decidir, motivadamente, segundo o caso concreto se o objeto pode ser definido como bem ou serviço comum.

Portanto, no que tange à proibição de utilização do pregão para contratação de obras e serviços de engenharia, ressaltamos a necessidade de declaração de ilegalidade (e conseqüente inconstitucionalidade) parcial do Decreto n. 3.555/2000 pelo Tribunal de Contas da União ou pelo Poder Judiciário, caso haja a revogação pelo Presidente da República.

Em relação aos outros entes administrativos, caso não existam normas proibitivas, consideramos como perfeitamente possível a utilização do pregão para contratação de obras e serviços de engenharia, desde que o objeto da licitação seja classificado como serviço comum.

Quanto à contratação de bens e serviços de informática, também entendemos possível a contratação por meio de pregão, desde que se trate de objeto comum. Ainda, em face do § 3º do art. 3º da Lei n. 8.248/93, o competidor que cumprir o Processo Produtivo Básico terá preferência na contratação na hipótese de empate.

Dessa forma, esse foi um estudo destinado ao administrativista contemporâneo, que deve objetivar a inovação e a eficiência na realização dos direitos fundamentais, mas que não trata com desleixo os demais princípios administrativos, tal como o da legalidade e o da impessoalidade.

Esse é o Direito Administrativo vivo, em que a Administração oferece maiores atribuições aos gestores públicos, com maior flexibilidade, mas também exige mais responsabilidade, inclusive com rigorosa, expressa e consistente motivação de seus atos, justificando as premissas axiológicas de todas as suas decisões em face dos detentores reais do poder: os cidadãos.

## 5. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 1ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2003.
- BATISTA, Ronaldo Joaquim Patah. Pregão Presencial – Aplicação do Princípio da Subsidiariedade da Lei 8.666/93 e Princípio da Competitividade – Análise do Objeto do Pregão e do Valor Estimado da Contratação. *Licitações e Contratos Administrativos: Uma Visão Atual à Luz dos Tribunais de Contas*. Curitiba: Juruá Editora. 2007.
- BIAZZI, Fulvio Julião. Pregão – Considerações Acerca de sua Aplicabilidade para Estados e Municípios e a “Difícil” Conceituação de Bens e Serviços Comuns. *Licitações e Contratos Administrativos: Uma Visão Atual à Luz dos Tribunais de Contas*. Curitiba: Juruá Editora. 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª edição. São Paulo: Editora Atlas. 2004.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores. 2007.
- JACOBY, Jorge Ulisses. *Emissão de parecer jurídico sobre a regulamentação dos direitos das Microempresas e Empresas de pequeno porte quanto à aplicabilidade da Lei Complementar nº 123/2006 – e as inovações introduzidas nas licitações e contratos administrativos..* Disponível em: < <http://www.jacoby.pro.br/MEeEPP.php>>. Acesso em: 1 jan. 2008.
- JACOBY, Jorge Ulisses. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Editora Dialética. 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)*. 4ª ed. São Paulo: Editora Dialética. 2005.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006.

- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações & Contratos*. 10ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2005.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 7ª ed. São Paulo: Editora Renovar. 2007.
- ROCHA, Lucas Furtado. *Curso de Direito Administrativo*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2007.
- SCARPINELLA, Vera. *Licitação na Modalidade Pregão*. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.