

---

# A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

---



2003

# A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

## IPDA

Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo

### Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

### Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

### Direção Executiva

Emerson Gabardo

### Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

### Conselho Editorial

|                                 |                                    |
|---------------------------------|------------------------------------|
| Adilson Abreu Dallari           | Manoel de Oliveira Franco Sobrinho |
| Alice Gonzáles Borges           | ( <i>in memoriam</i> )             |
| Carlos Ari Sundfeld             | Marçal Justen Filho                |
| Carlos Ayres Britto             | Marcelo Figueiredo                 |
| Carlos Delpiazzi                | Márcio Cammarosano                 |
| Cármem Lúcia Antunes Rocha      | Maria Cristina Cesar de Oliveira   |
| Celso Antônio Bandeira de Mello | Nelson Figueiredo                  |
| Clèmerson Merlin Clève          | Odilón Borges Junior               |
| Enrique Silva Cimma             | Pascual Caiella                    |
| Eros Roberto Grau               | Paulo Eduardo Garrido Modesto      |
| Fabrcio Motta                   | Paulo Henrique Blasi               |
| Guilherme Andrés Muñoz          | Paulo Ricardo Schier               |
| Jorge Luís Salomoni             | Pedro Paulo de Almeida Dutra       |
| José Carlos Abraão              | Regina Maria Macedo Nery Ferrari   |
| José Eduardo Martins Cardoso    | Rogério Gesta Leal                 |
| José Luís Said                  | Rolando Pantoja Bauzá              |
| José Mario Serrate Paz          | Sérgio Ferraz                      |
| Juan Pablo Cajarville Peruffo   | Valmir Pontes Filho                |
| Juarez Freitas                  | Yara Stropa                        |
| Julio Rodolfo Comadira          | Weida Zancanner                    |
| Luís Enrique Chase Plate        |                                    |

Lúcia Valle Figueiredo

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores, que gozam de inteira liberdade de opinião. e-mail para remessa de artigos, pareceres e contribuições: e.gab.@uol.com.br ou conselho@editoraforum.com.br  
Endereço para envio de contribuições: Editora Fórum - Revista A&C, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

---

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./fev./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.  
Trimestral  
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba  
ISSN: 1516-3210  
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

Editor responsável: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira  
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta  
Diagramação: Luis Alberto Pimenta  
Revisora: Olga M. A. Sousa  
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868  
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros -  
CRB 1545/MG - 6ª região  
© Editora Fórum Ltda., 2003.  
Proibida a reprodução total ou parcial desta obra,  
por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos  
xerográficos, sem autorização expressa do editor.  
Distribuída em todo o território nacional  
Assinaturas e comercialização:  
Editora Fórum, Av. Afonso Pena, 2770, 15-16 andar,  
Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG  
Tel.: (31) 2121-4900 – 0800 704-3737  
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br  
www.editoraforum.com.br

# Pregão: Definindo “Bens e Serviços Comuns”

---

Gustavo Henrique Justino de Oliveira

Procurador do Estado do Paraná. Advogado paranaense. Doutorando em Direito do Estado na USP. Coordenador da Especialização em Administração Pública na UTP.

Ementa: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA. DECRETAÇÃO DE NULIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, POR IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO OBJETO SOB A MODALIDADE DO PREGÃO. O pregão é um procedimento em que não se exigem requisitos mais elaborados acerca da habilitação do fornecedor dos bens ou prestador dos serviços. Havendo complexidade inerente ao objeto da licitação, afastada está a hipótese de “bens e serviços comuns”, qualificadora da modalidade licitatória do pregão. Obrigatoriedade da decretação de nulidade do procedimento. Observância prévia das garantias do inc. LV do art. 5º da Constituição da República.

## 1 A consulta

O Exmo. Sr. Secretário de Estado da Administração e da Previdência encaminha o Ofício nº 0993/GS/SEAP ao Chefe do Executivo Estadual no qual, embasando-se no Parecer nº 653/2003-DJRH, aponta a existência de vícios insanáveis que teriam ocorrido no transcurso do Pregão Presencial nº 068/2003. Em razão desses vícios, e em virtude da competência prevista no Decreto nº 3.471/01, sugere ao Exmo. Governador Paranaense que seja decretada a nulidade do procedimento licitatório em questão.

Insta registrar que o Parecer nº 653/2003-DJRH enfrentou com esmero os principais pontos referentes à realização do procedimento licitatório em tela, razão pela qual concorda-se com seus termos e conclusões, constituindo a presente manifestação da Procuradoria Geral do Estado em ratificação integral do conteúdo do referido parecer, porém com acréscimos que reputo serem necessários para o deslinde da situação ora trazida para análise.

## 2 O parecer

### **2.1 Preliminarmente: a competência para decidir acerca da nulidade ou não do procedimento licitatório em tela**

Cumprе observar o que prescreve o Decreto nº 3.471/01:

Art. 1º – Os atos que impliquem na efetivação de despesas na forma do disposto na Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com as alterações nela introduzidas pelas Leis Federais nºs 8.883, de 08 de junho de 1994 e 9.648, de 27 de maio de 1998, serão exercidos, no âmbito da Administração Direta e da Indireta do Poder Executivo, de acordo com os valores e competência estabelecidos a seguir, observados o disposto nos arts. 2º a 7º deste Decreto:

I – os Secretários de Estado e o Procurador Geral do Estado, até R\$200.000,00 (duzentos mil reais);

II – os Diretores titulares das Sociedades de Economia Mista, o Superintendente da Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina – APPA e o Diretor Geral do Departamento de Estradas de Rodagem – DER, até R\$100.000,00 (cem mil reais);

III – os Diretores titulares das Empresas Públicas e das Autarquias e o Diretor do Departamento Estadual de Administração do Material – DEAM, até R\$50.000,00 (cinquenta mil reais);

IV – os Dirigentes dos Órgãos de Regime Especial, o Comandante Geral da Polícia Militar, o Delegado Geral da Polícia Civil e os Chefes dos Centros Regionais do Departamento de Estradas de Rodagem – DER, até R\$10.000,00 (dez mil reais)

§1º – As despesas que ultrapassarem os limites acima deverão ser submetidas à prévia e expressa autorização do Governador do Estado. (g.n).

Assim sendo, em face do §1º do art. 1º do Decreto nº 3.471/01, a autoridade competente para decidir sobre a validade ou invalidade do procedimento licitatório em tela é o Chefe do Executivo Estadual, pois, ainda que seja desconsiderada a possibilidade de prorrogação dos contratos que eventualmente poderiam vir a ser firmados, o valor correspondente a esses contratos estaria em torno de R\$116.000.000,00 (cento e dezesseis milhões de reais).

## **2.2 Impossibilidade de realização da licitação sob a modalidade “pregão”, em face do objeto perseguido pela Administração Pública Estadual — Vício insanável do procedimento — Obrigatoriedade da decretação de nulidade**

Entende-se por autotutela administrativa o controle exercido pela Administração Pública sobre os seus próprios atos; “é a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário”.<sup>1</sup>

As súmulas nº 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal foram responsáveis pela consolidação da noção de autocontrole dos atos praticados pela Administração Pública. Com base nos enunciados aludidos, entendeu-

<sup>1</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo : Atlas, 1996, p. 66.

se por muito tempo que a Administração teria apenas uma faculdade de proceder à revisão e decretação de nulidade dos atos por si praticados de forma ilegal. Todavia, consagrou-se a orientação de que a revisão pela própria Administração constitui-se em um autêntico *poder-dever*, muito embora a expressão *dever-poder* seja mais consentânea com o sistema de princípios, normas e valores jurídicos que regem o Direito Administrativo.

A revisão administrativa, portanto, decorre da atividade controladora a cargo dos órgãos competentes e implica, eventualmente, em um resultado retificador. Supõe um reconhecimento de que a Administração tenha-se equivocado, ou seja, haja ocorrido falhas em seus controles prévios, referentes não somente à legalidade do ato praticado, mas de todo o atuar administrativo que culminou com a prática do mesmo.

No caso do protocolado, constata-se um vício insanável do procedimento licitatório: a impossibilidade da Administração Estadual alcançar o objeto pretendido por intermédio da modalidade licitatória “pregão”. E embora o procedimento não tenha sido ultimado, uma única decisão administrativa deve ser tomada na atual fase, qual seja, a decretação de nulidade do procedimento licitatório, uma vez que a modalidade eleita pelo administrador não encontra fundamento no ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 1º da Lei Federal nº 10.520/02 estipula que “para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei” (g.n.).

Assim, consiste o pregão em uma competição pública por meio de propostas escritas e lances verbais, e tem como uma de suas principais características a inversão das fases: enquanto nas outras modalidades de licitação a habilitação vem em primeiro lugar, no pregão ela aparece depois da definição do vencedor, que será o único que deverá comprovar sua qualificação para a execução do objeto almejado pela Administração.

O critério do *menor preço* será o único a ser adotado quando do julgamento e classificação das propostas, “observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e os parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital” (inc. X do art. 4º).

Todavia, cumpre colocar em relevo que o ponto nodal para o perfeito entendimento e a correta aplicação da modalidade licitatória denominada pregão reside na compreensão do que vem a ser objeto do processo licitatório levado a efeito por intermédio dessa modalidade: os intitulados “bens e

serviços comuns”.

E é no parágrafo único do art. 1º da Lei do Pregão que se encontra o conceito legal de “bens e serviços comuns”, ou seja, “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

O Decreto nº 3.555/2000, que aprovou o Regulamento da modalidade licitatória em apreciação, reitera a definição legal de “bens e serviços comuns”, ajuntando que devem ser assim considerados aqueles bens e serviços descritos na lista que compõe o Anexo II de referido ato normativo federal (§2º do art. 3º). Ademais disso, exclui expressamente a possibilidade de utilização dessa modalidade de licitação quando pretenda a Administração adquirir (i) obras e serviços de engenharia e proceder a (ii) locações imobiliárias e alienações em geral (art. 5º).

Para uma caracterização inicial de “bens e serviços comuns”, como objeto de licitação na modalidade “pregão”, argumenta Marçal Justen Filho:

O resultado imediato da padronização consiste numa espécie de *fungibilidade* do objeto. Utiliza-se o vocábulo num sentido próximo ao conhecido no Direito Civil. O art. 50 do Código Civil dispõe que se consideram fungíveis os bens que podem ser substituídos por outros de mesma espécie, qualidade e quantidade. Uma característica fundamental do objeto fungível consiste em que ele não se apresenta como insubstituível em face do sujeito, cujo interesse pode ser satisfeito através de outros bens de características equivalentes. O bem fungível pode ser substituído por outro com qualidades similares sem que isso prejudique o interesse de quem quer que seja. Algo semelhante se passa com o objeto comum, que se peculiariza pela ausência de especialidades. Sob um certo ângulo, pode-se considerar, portanto, que o bem ou serviço comum caracteriza-se como um bem fungível. (...).<sup>2</sup>

Mais à frente, arremata o autor que “bem ou serviço comum é o objeto que pode ser adquirido, de modo satisfatório pela Administração, através de um procedimento de seleção destituído de sofisticação ou minúcia. Pode dizer-se que ‘comum’ não é o objeto destituído de sofisticação, mas aqueles para cuja aquisição satisfatória não se fazem necessárias investigações ou cláusulas mais profundas”.<sup>3</sup>

Ora, salta aos olhos que o objeto pretendido por intermédio da realização do Pregão Presencial nº 068/2003, qual seja, “contratação de serviços de manutenção preventiva e corretiva, incluindo fornecimento de peças, acessórios e mão de obra, para veículos e equipamentos próprios da frota da Administração Direta e Autárquica do Governo do Estado do Paraná

<sup>2</sup> *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 19.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, p. 20.

e outros órgãos do Poder Público” (fls. 15), não poderia ser perseguido através da modalidade licitatória eleita pela Administração Estadual.

Em primeiro lugar, o objeto pretendido engloba tanto a contratação de serviços quanto a aquisição de bens, o que por si só denota uma maior complexidade na realização do procedimento prévio de escolha daqueles que ao final serão os vencedores do certame licitatório.

Em segundo lugar, se o critério “menor preço” (frise-se, único critério legal que pode ser adotado no julgamento e classificação das propostas no pregão) é compatível com a busca da melhor proposta para a *aquisição de peças e acessórios para veículos e equipamentos próprios da frota da Administração Direta e Autárquica do Governo do Estado do Paraná e outros órgãos do Poder Público*, não se pode dizer o mesmo para a escolha daqueles que realizarão *serviços de manutenção preventiva e corretiva desses veículos*. Além do menor preço desses serviços, obviamente há de ser observado e buscado pela Administração a qualidade, alto grau de técnica, perícia, precisão e competência desses serviços, fator que por si só desautoriza a Administração Pública a eleger a modalidade do pregão para a escolha dos contratados para executar tais serviços.

Em terceiro lugar — e isso ficou claro notadamente em razão do conteúdo das impugnações recursais de algumas das empresas participantes do certame (fls. 724-726) — a contratação de serviços de manutenção preventiva e corretiva de veículos demanda, obrigatoriamente, a tomada de posturas mais cuidadosas, zelosas e de caráter preventivo por parte da Administração, relativa ao histórico dos licitantes, notadamente comprovadas por intermédio no da apreciação da qualificação técnica e econômico-financeira, regularidade fiscal, e na forma prevista na Lei Federal nº 8.666/93 (arts. 27 e seguintes). Em outras palavras, é preciso averiguar minuciosamente — e no caso em tela, por razões de segurança por parte da Administração, até como critério prévio à apreciação das propostas — se as empresas que postulam serem contratadas detêm qualificação técnica suficiente para prestar os serviços almejados, nos termos do inc. II do art. 30 da Lei Federal nº 8.666/93. A forma de habilitação prevista no Edital referente ao Pregão Presencial nº 068/2003 (fls. 24 e ss) não teria — como de fato não teve — como averiguar as condições e requisitos acima aludidos, razão pela torna patente a impossibilidade jurídica de escolha dessa modalidade licitatória para atender o intento da Administração Pública Estadual.

Em síntese apertada, se o pregão, nas palavras do Prof. Marçal

Justen Filho, é um procedimento “em que não se impõem requisitos mais aprofundados acerca da habilitação do fornecedor” (Op. cit. p. 20), tem-se como ululante que tal modalidade não poderia ter sido empregada na hipótese aqui apreciada.

Em quarto lugar, impõe-se atentar para o fato de que a Lei do Pregão (*caput* de seu artigo 1º), indica que a Administração tem a faculdade (“pode”) de adotar a modalidade do pregão para efetivar a contratação almejada. Todavia, tal opção encontra-se condicionada pela própria lei, pois essa modalidade de licitação, conforme vem sendo aqui reprisado, há de ser adotada motivadamente em função de tratar-se o futuro objeto da contratação de “bem ou serviço comum”.

Portanto, a opção conferida pelo legislador ao gestor público tem um critério objetivo que deve ser totalmente comprovado pelo próprio gestor público, quando da tomada de sua decisão em realizar a licitação via pregão, presencial ou eletrônico. Ou seja, DEVE o administrador comprovar explicitamente que o objeto a ser licitado constitui-se em “bem ou serviço comum”, sob pena de posterior declaração de nulidade do procedimento licitatório, inclusive a cargo do Poder Judiciário. Ora, no caso em tela, tal comprovação não resta evidenciada em nenhuma fase da licitação, nem mesmo no parecer jurídico de fls. 40. Por esse motivo, diante da ausência na fase de instauração do procedimento licitatório, da aludida comprovação necessária (e nem poderia haver comprovação, pois o objeto visado não pode ser rigorosamente qualificado como “bem ou serviço comum”) — o procedimento licitatório em tela encontra-se viciado desde sua origem, sendo totalmente insanável tal vício, razão pela qual deve ser anulado.

E ainda que se considerasse possível a realização *in casu* dessa modalidade licitatória — se porventura fosse o caso de “bens ou serviços comuns” a serem licitados — a Administração poderia, seguindo critérios de maior segurança jurídica de todos os envolvidos e principalmente em face do interesse público, optar pela realização da licitação sob a modalidade de concorrência (em função do alto valor em jogo).

Todas as razões acima elencadas, ao lado daquelas tão bem expostas pela autora do Parecer nº 653/2003-DJRH servem de fundamento para a imediata decretação de nulidade do procedimento licitatório correspondente ao Pregão Presencial nº 068/2003, pois resta evidente a nulidade insanável da licitação por vício presente desde o seu ato de instauração.

### 3 Conclusão



Mesmo entendo que o pregão, sob quaisquer de suas espécies, traz agilidade, transparência e economia para a Administração Pública, há um grave risco ao interesse público, em decorrência de uma certa banalização ou vulgarização dessa modalidade licitatória.

Em situações como a presente, diante da ausência de zelo por parte da Administração Pública — em que se instaurou um procedimento quando efetivamente não era o caso de ter sido instaurado sob tal modalidade — pode restar comprometido o próprio atingimento do interesse público visado, pois em não sendo possível escolher, com maior rigor, aqueles que prestarão serviços de qualidade à Administração, a própria Administração poderá ser responsabilizada pelo fato de ter escolhido mal seus contratados, gerando não somente onerosos dispêndios aos cofres públicos, mas responsabilização pessoal dos agentes e autoridades envolvidas na falta de cuidado na aplicação do dinheiro público.

Sugiro, portanto, duas medidas simples, que podem bem nortear o agir da Administração Estadual, nesse aspecto. A primeira, no sentido de que seja editado um Decreto do Exmo. Governador do Estado, elencando exemplificativamente aqueles bens e serviços que sejam caracterizados como sendo passíveis de contratação via realização prévia do pregão; em segundo lugar, que, fora desses casos enumerados pelo Decreto, caiba ao agente público ou autoridade competente para a instauração do procedimento licitatório, editar previamente um ato administrativo em que apresente razões de fato e de direito suficientes a qualificar os bens ou serviços a serem licitados como sendo “bens e serviços comuns”, e, portanto, passíveis de licitação via pregão.

EM FACE DO EXPOSTO, opino pela imediata decretação de nulidade do procedimento licitatório correspondente ao Pregão Presencial nº 068/2003, diante da impossibilidade de realização da licitação em tela sob a modalidade “pregão”, em face do objeto perseguido pela Administração Pública Estadual. Atento para o fato de serem observadas, previamente à decretação de nulidade do procedimento por decisão do Exmo. Governador do Estado, as garantias