

A LEGISLAÇÃO DO PREGÃO

MARCIA WEBER LOTTO RIBEIRO¹

RESUMO

Objetiva-se demonstrar as dificuldades enfrentadas pelo administrador público, que levaram a criação da nova modalidade licitatória denominada pregão. Em primeiro plano é traçado o histórico legislativo do instituto, desde sua primitiva veiculação através de Medida Provisória, e todas as suas dezoito reedições, até sua conversão em lei. A seguir, delinea-se sua regulamentação no âmbito federal. Discorre-se ainda sobre a aplicação subsidiária da Lei Geral de Licitações e a possibilidade de regulamentação da norma por cada ente federativo.

Palavras-chave: Licitação. Pregão. Legislação Aplicável.

¹ Procuradora Nível V do Município de Diadema, Professora do Curso de Direito da UNIANHANGUERA, Especialista em Direito do Trabalho, Mestre em Direito Constitucional

SUMÁRIO

1. A CRIAÇÃO DA NOVA MODALIDADE LICITATÓRIA	03
2. A MEDIDA PROVISÓRIA N° 2.026	04
3. O DECRETO FEDERAL N° 3.555	05
4. O ADVENTO DA LEI FEDERAL N° 10.520	07
5. O DECRETO FEDERAL N° 5.450	11
6. A LEI COMPLEMENTAR FEDERAL N° 123	12
7. O DECRETO FEDERAL N° 5.504	13
8. CONCLUSÃO	15
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	15

1. A CRIAÇÃO DA NOVA MODALIDADE LICITATÓRIA

Consoante o disposto no art. 22 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, são cinco as modalidades licitatórias, a saber: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

Importante salientar que o §8º, do art.22, do Estatuto das Licitações veda a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das modalidades existentes.

As três primeiras são utilizadas para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, e sua escolha está atrelada a critérios de valor da contratação, estabelecidos no art. 23 do mesmo diploma legal.

O concurso, por sua vez, se presta para escolha de trabalho técnico, artístico e científico.

Por fim, o leilão é utilizado para venda de bens móveis inservíveis (sucata) ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou ainda para alienação de bens imóveis.

Ocorre que os valores limite para a fixação da modalidade estavam (e continuam) extremamente defasados e, dessa forma, com o passar dos anos, os procedimentos licitatórios passaram a ser gradativamente mais morosos, ante a necessidade de utilizar modalidade licitatória mais solene, visto que as aquisições e contratações além de exigir mais quantitativos em razão do aumento da demanda, também tiveram seus custos majorados, ante a desvalorização da moeda.

Para melhor intelecção vejamos o quadro comparativo que segue:

MODALIDADE LICITATÓRIA	VALOR	PUBLICAÇÃO
obras e serviços de engenharia		
convite	até R\$ 150.000,00	05 dias úteis
tomada de preços	até R\$ 1.500.000,00	15 ou 30 dias
concorrência	acima de R\$ 1.500.000,00	30 ou 45 dias
compras e outros serviços		
convite	até R\$ 80.000,00	05 dias úteis
tomada de preços	até R\$ 650.000,00	15 ou 30 dias
concorrência	acima de R\$ 650.000,00	30 ou 45 dias

Nesse passo, na prática, o convite que é a modalidade mais simples, começou a cair em desuso, e cada vez mais houve a obrigatoriedade de utilizar a tomada de preços e/ou concorrência, que devido a seus prazos de publicação de edital mais longos, bem como a solenidade de seus trâmites, dificultavam muito o trabalho.

Diante dessa situação, o administrador público federal, passou a idealizar um novo formato para criar uma modalidade licitatória que pudesse otimizar o procedimento destinado às compras e às contratações, notadamente aquelas de uso diuturno, sem grande complexidade e de oferta usual no mercado.

Nesse sentido, Carvalho Filho (2012, p. 300) anota que:

As modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/1993, em muitos casos, não conseguiram dar a celeridade desejável à atividade administrativa destinada ao processo de escolha de futuros contratantes. As grandes reclamações oriundas de órgãos administrativos não tinham como alvo os contratos de grande vulto e de maior complexidade. Ao contrário, centravam-se nos contratos menores ou de mais rápida conclusão, prejudicados pela excessiva burocracia do processo regular de licitação.

2. A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.026

Em 04 de maio de 2000, houve a edição da Medida Provisória nº 2.026 que instituiu, no âmbito da União, nos termos do art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal², a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.

A espécie normativa em comento, embora constitucionalmente prevista, é considerada uma atividade atípica do Poder Executivo, pois é editada pelo Presidente da República e passa a vigor com força de lei, e somente depois é submetido ao crivo do Legislativo.

Na época de sua veiculação ainda não vigorava a Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, o que possibilitou a reedição do texto por dezoito vezes, até sua conversão em lei³.

² Art. 37, inc. XXI, CF: “ressalvados os casos específicos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

³ Quando da promulgação da Constituição Federal as medidas provisórias tinham validade de trinta dias, podendo ser prorrogadas sem limites, até sua conversão em lei ou rejeição. A partir da Emenda

As reedições são as seguintes: Medida Provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000; Medida Provisória nº 2.026-1, de 01 de junho de 2000; Medida Provisória nº 2.026-2, de 29 de junho de 2000; Medida Provisória nº 2.026-3, de 28 de julho de 2000; Medida Provisória nº 2.026-4, de 28 de agosto de 2000; Medida Provisória nº 2.026-5, de 27 de setembro de 2000; Medida Provisória nº 2.026-6, de 26 de outubro de 2000; Medida Provisória nº 2.026-7, de 23 de novembro de 2000; Medida Provisória nº 2.026-8, de 21 de dezembro de 2000; Medida Provisória nº 2.108-9, de 27 de dezembro de 2000; Medida Provisória nº 2.108-10, de 26 de janeiro de 2001; Medida Provisória nº 2.108-11, de 23 de fevereiro de 2001; Medida Provisória nº 2.108-12, de 27 de março de 2001; Medida Provisória nº 2.108-13, de 26 de abril de 2001; Medida Provisória nº 2.108-14, de 24 de maio de 2001; Medida Provisória nº 2.108-15, de 21 de junho de 2001; Medida Provisória nº 2.182-16, de 28 de junho de 2001; Medida Provisória nº 2.182-17, de 26 de julho de 2001 e Medida Provisória nº 2.182-18, de 23 de agosto de 2001.

O texto da medida provisória tratava dos seguintes pontos: definição do conceito de bens e serviços comuns a ser regulamentado; definição da nova modalidade licitatória; definição das fases do procedimento licitatório, em que se destaca a inversão das fases em relação aos certames usuais (primeira a fase de propostas e lances, depois a fase de habilitação); possibilidade de utilização de recursos tecnológicos mediante regulamentação (pregão eletrônico); vedação de exigência de garantia de proposta; regra geral de validade das propostas de sessenta dias; aplicação subsidiária da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

3. O DECRETO FEDERAL Nº 3.555

Logo após a terceira reedição da espécie normativa (MP nº 2.026-3, de 28 de julho de 2000) foi editado o Decreto Federal nº 3.555, de 08 de agosto de 2000, que aprovou a regulamentação para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.

Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, a validade das medidas provisórias passou a ser de sessenta dias, prorrogáveis por igual período, sendo certo que se as mesmas não forem apreciadas em até quarenta e cinco dias contados da sua publicação, entrarão em regime de urgência e sobrestarão, até que sejam votadas, todas as demais deliberações legislativas que estiverem tramitando em cada casa do Congresso Nacional (inteligência dos §§ 6º e 7º da C.F.)

O referido ato normativo continua parcialmente vigente.

O regulamento é bastante elucidativo, e merecia destaque seu Anexo II, que enumera a classificação de bens e serviços comuns, passíveis de serem licitados via pregão.⁴

Os bens eram classificados como bens de consumo (água mineral; combustível e lubrificante; gás; gênero alimentício; material de expediente; material hospitalar, médico e de laboratório; medicamentos, drogas e insumos farmacêuticos; material de limpeza e conservação; oxigênio e uniforme) e bens permanentes (mobiliário; equipamentos em geral, exceto bens de informática; veículos automotivos em geral; microcomputador de mesa ou portátil, monitor de vídeo e impressora).

Por sua vez os serviços comuns classificavam-se em: serviços de apoio administrativo; serviços de apoio à atividade de informática (digitação e manutenção); serviços de assinaturas (jornal; periódico; revista; televisão via satélite e televisão a cabo); serviços de assistência (hospitalar; médica e odontológica); serviços de atividades auxiliares (ascensorista; auxiliar de escritório; copeiro; garçom; jardineiro; mensageiro; motorista; secretária e telefonista); serviços de confecção de uniformes; serviços de copeiragem; serviços de eventos; serviços de filmagem; serviços de fotografia; serviços de gás natural; serviços de gás liquefeito de petróleo; serviços gráfico; serviços de hotelaria; serviços de jardinagem; serviços de lavanderia; serviços de limpeza e conservação; serviços de locação de bens móveis; serviços de manutenção de bens imóveis; serviços de remoção de bens móveis; serviços de microfilmagem; serviços de reprografia; serviços de seguro-saúde; serviços de degravação; serviços de tradução; serviços de telecomunicações de dados; serviços de telecomunicações de imagem; serviços de telecomunicações de voz; serviços de telefonia fixa; serviços de telefonia móvel; serviços de transporte; serviços de vale-refeição; serviços de vigilância e segurança ostensiva; serviços de fornecimento e energia elétrica; serviços de apoio marítimo; serviços de aperfeiçoamento, capacitação e treinamento e serviços topográficos.

⁴ Deve destacar-se, por outro lado, a estranheza acerca da solução formal adotada pelo Dec. nº 3555, que possui dois “anexos”, nos quais se contém a regulamentação. Isso produz algumas dificuldades práticas, inclusive de remissão. A melhor técnica seria integrar o regulamento federal no próprio corpo do decreto. Dá-se um exemplo para comprovar a procedência do raciocínio. Existem dois dispositivos normativos de redação (e numeração) idêntica. Há o art. 1º, §1º, do corpo do Decreto e existe o art. 1º, §1º, do Anexo I. Seria desnecessária a duplicação de dispositivos se houvesse um único corpo normativo. Isso não importa, no entanto, qualquer vício ou defeito que afete a validade dos dispositivos. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 29)

O Anexo II vigorou até 12 de maio de 2010, quando foi editado o Decreto nº 7.174, que além de regulamentar a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União; em seu art. 14, inc. I, revogou expressamente o Anexo II, do Decreto nº 3.555/00.

Assim, a situação atual é que a Administração Pública federal tem discricionariedade para decidir, diante do caso concreto, o que pode ser considerado objeto comum e licitado via pregão. O Decreto n.7174/2010 disciplina também as contratações de bens e serviços de informática e automação pelos órgãos e entidades da Administração federal, eliminando a antiga proibição do uso do pregão para licitar bens e serviços de informática e automação. (MAZZA, 2012, p.342).

4. O ADVENTO DA LEI FEDERAL Nº 10.520

Finalmente em 17 de julho de 2002, foi sancionada a Lei nº 10.520, que instituiu a modalidade de licitação denominada pregão, no âmbito de todas as unidades federativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

A diferença entre a Medida Provisória e a Lei, reside no fato desta última estender a aplicação da nova modalidade a todos os entes que compõe a República Federativa do Brasil.

Carvalho Filho (2012, pp. 300-301) critica a restrição da medida provisória e avalia como positiva a ampliação da aplicada do pregão consagrada na lei:

As medidas provisórias que, antes da conversão em lei, regulavam a matéria (MPs nºs 2.026, 2.108 e 2.182), haviam estabelecido – por mais esdrúxulo que pudesse parecer – que o pregão era modalidade de licitação adotada exclusivamente no âmbito da União Federal. Era o que constava de suas ementas e dispunha o art. 2º.

A restrição não se justificava sob qualquer ótica administrativa. Ao contrário, se a nova modalidade tinha o escopo de dar maior celeridade ao processo licitatório para certas contratações, não se conseguia entender por que razão não era estendida também para Estados, Distrito Federal e Municípios, na medida em que estas pessoas federativas, da mesma forma que a União, tinham a mesma inspiração no que tange à eliminação de certos trâmites burocráticos existentes nas licitações tradicionais. Quer dizer: era incompreensível ter dado aos diplomas reguladores o caráter de federal e não de nacional⁵.

⁵ A doutrina constitucionalista distingue a natureza das leis oriundas da União Federal. Lei nacional é aquela cujas normas se aplicam indistintamente a todo o território nacional, ao passo que a lei federal é aquela editada para ter eficácia exclusivamente junto aos órgãos federais, sem abranger, por isso as demais pessoas da federação.

A Lei nº 10.520/2002, entretanto, eliminou aquela anomalia, expressando, em sua ementa, que a instituição do pregão poderá dar-se no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, introduzindo no texto as alterações necessárias à adequação do instituto a todos os entes federativos. Estes, por conseguinte, poderão utilizar essa modalidade licitatória, observando, é claro, as regras gerais e as condições delineadas naquele diploma legal, que assim passou a caracterizar-se como lei nacional.

Por sua vez, Justen Filho (2009, p.16) enaltece a criação da nova modalidade de licitação:

É verdade que a introdução do pregão envolveu um projeto de alteração geral da legislação sobre licitações. Tratou-se de substituir a disciplina tradicional da Lei nº 8.666 por instrumentos licitatórios mais ágeis e rápidos. Diante da impossibilidade material (por circunstâncias políticas) de produzir a substituição da Lei nº 8.666/93, a União passou a editar legislação específica e diferenciada, com a perspectiva de que, a médio prazo, todas as licitações se subordinem aos novos modelos.

Assim, as primeiras normas restringiam a aplicação do pregão ao âmbito federal. O segundo passo foi a generalização do pregão para todas as órbitas federativas. Depois, consagrou-se dispositivo regulamentar que impôs como obrigatória a adoção do pregão, preferencialmente sob a forma eletrônica.

A par disso, a sistemática procedimental do pregão foi adotada para outras formas contratuais, tal como previsto na Lei nº 11.079 (que dispôs sobre os contratos de Parceria Público-Privada – PPP).

Em suma, pode-se esperar que, ao longo do tempo, a Lei nº 8.666 torne-se um diploma cuja única utilidade normativa será a veiculação de princípios gerais. A disciplina concreta das licitações será efetivada pro meio de diplomas específicos. E um papel fundamental caberá á figura do pregão.

Destacamos que o art. 9º, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, prevê expressamente que, aplicam-se de forma subsidiária ao pregão, as regras estatuídas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Destarte, temos que as duas espécies normativas coexistem no ordenamento jurídico, e apesar de ter sido criada em lei própria, a modalidade licitatória pregão se subordina ao regime do Estatuto das Licitações.

Nesse contexto, segue o posicionamento doutrinário:

É essencial insistir, no entanto, que a Lei nº 10.520 não revogou a Lei nº 8.666. A Lei nº 8.666 veiculou normas gerais sobre licitação e contratação administrativa, inclusive em relação ao pregão. Isso significa que as normas da Lei nº 10.520 devem ser interpretadas em termos harmônicos com os princípios e regras albergados na Lei nº 8.666.

Ou seja, não se admite que o pregão seja reputado como uma modalidade licitatória absolutamente não subordinada ao regime da Lei nº 8.666. Assim não o é, e a existência de duas leis é absolutamente irrelevante. Assim, aplicam-se ao pregão as determinações do art. 3º da Lei nº 8.666, que impõem a observância de princípios fundamentais. Todas as regras da Lei nº 8.666 relativamente a formalidades (inclusive publicidade), habilitação, julgamento, contagem de prazos e assim por diante são plenamente aplicáveis no âmbito do pregão.

Logo, a omissão da Lei nº 10.520 não significa a autonomia da Administração Pública para adotar as regras e os princípios que melhor lhe aprouver. Tais

omissões são meramente aparentes e significam, pura e simplesmente, que incidem ao caso as normas da Lei nº 8.666. Somente não se aplicam ao pregão as regras que sejam incompatíveis com a natureza e com as peculiaridades inerentes à figura. (JUSTEN FILHO, 2009, pp.16-17).

Na mesma linha de raciocínio:

É importante sublinhar que a nova legislação tem o objetivo básico de complementar a Lei nº 8.666/1993. Não houve, pois, o intuito de revogação desta última lei.

É claro que a nova disciplina tem normas que alteram *certos aspectos de fins e procedimentos* em relação ao Estatuto. Evidentemente, por ser *Lex posterior*, prevalecem suas normas sobre as da lei antiga. Mas, confrontando-se sistematicamente os diplomas legais, pode-se, quando muito, considerar presente, em alguns casos, hipótese de *derrogação* (ou revogação parcial), mantendo-se, no entanto, o arcabouço fundamental do Estatuto.

Nesse sentido, registra o novo diploma a aplicação subsidiária das normas da Lei nº 8.666/1993 à modalidade pregão. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 301)

Em suma, podemos afirmar que hoje tanto a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993/93, quanto a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 veiculam normas gerais em matéria de licitações públicas em nosso ordenamento jurídico.

Ambas têm o condão de regulamentar o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, sendo que a segunda acrescentou normas às disposições iniciais.

Por outro prisma, importante registrar que o Executivo vetou o art. 2º que estava assim redigido:

Art. 2º. Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme disposto em regulamento, qualquer que seja o valor da contratação, na qual a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública, vedada sua utilização na contratação de serviços de transporte de valores e de segurança privada e bancária”.

Os motivos do veto, consubstanciados na Mensagem nº 638, de 17 de julho de 2002, dizem respeito à proibição da contratação dos serviços de vigilância, visto que a mesma vinha sendo realizada com sucesso desde a criação do pregão pela medida provisória.

Foi argumentado que os serviços de vigilância traziam grandes despesas para a Administração Federal, o que impõe a utilização de procedimentos que garantam maior competição e possibilitem a redução de custos.

Também foi alegada a inexistência de impedimento de ordem técnica à aplicação do pregão para esta espécie de contratação, sendo certo que o Decreto nº 3.555, de 08 de agosto de 2000, inclui no rol dos bens e serviços comuns, os serviços de vigilância ostensiva.

O veto foi aceito pelo Congresso Nacional, e embora não tenha sido o objetivo principal acabou por evitar uma ação direta de inconstitucionalidade, junto ao Supremo Tribunal Federal.

Explica-se:

A Lei do pregão é considerada uma lei geral, não havendo óbices para que os outros entes federativos regulamentem a matéria no âmbito de suas competências legislativas, desde que, por óbvio, não extrapolem ou contrariem as regras gerais⁶.

Ocorre que com a redação originária do art. 2º, o legislador pretendia que todos os entes federativos utilizassem o pregão sob a égide da regulamentação estabelecida pela União.

Com o veto evitou-se uma agressão ao sistema federativo e, via de conseqüência, não houve necessidade de alegação de inconstitucionalidade através do controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, Alexandrino e Paulo (2008), anotam que, com o veto, perdeu-se a determinação expressa que o pregão pode ser utilizado para qualquer valor de contrato, mas mesmo assim, não existe limitação do valor contratual, cujo procedimento de licitação tenha sido fulcrado no pregão.

A rigor, havia interesse somente em vetar a parte final do artigo, que vedava a utilização da nova modalidade para contratação de serviços de transporte de valores e de segurança privada e bancária.

Ocorre que isso não era possível em razão da previsão constitucional inserta no art. 66, §2º, que determina: “o veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea”. Destarte, seria juridicamente inviável que o veto se restringisse a última frase do dispositivo. A corroborar essa assertiva citamos:

O Presidente da República poderá vetar total ou parcialmente o projeto de lei aprovado pelo Legislativo, desde que esta parcialidade somente alcance texto

⁶ Nesse sentido: A CF/88 reservou à União competência legislativa privativa para editar normas gerais em matéria de licitação (art. 22, inc. XXVII), as quais vinculam a todos os sujeitos integrantes da Administração Pública. A competência federal para editar normas gerais não se exauriu com a Lei nº 8.666/1993. Nada impede que a União edite outras normas gerais, além daquelas previstas no referido diploma. Em suma, a União dispõe de poder para escolher se editará as normas gerais sobre licitação em um único diploma legislativo ou se produzirá uma pluralidade de leis para tanto. Desse modo, as normas da lei nº 10.520 vinculam a todos os sujeitos que exercitem função administrativa. No entanto, a União não dispõe de competência para editar regulamento vinculante para todas as esferas federativas. Os regulamentos federais aplicam-se apenas na órbita federativa correspondente, o que significa a ausência de sua aplicabilidade no âmbito dos demais esferas da Federação (JUSTEN FILHO, 2009, p. 22).

integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. Dessa forma, impossível o veto de palavras, frases ou orações isoladas, pois a prática constitucional mostrou que o veto parcial, incidindo sobre qualquer parte do projeto como previsto na Constituição revogada, desvirtuava, muitas vezes, o sentido da proposta legislativa e transformava o Presidente em legislador. A razão da existência do veto parcial é recordada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, e visa atender uma necessidade universal, qual seja, fornecer ao Poder Executivo os meios necessários para expurgar dos textos legislativos as denominadas *riders* (causas legais), que constituíam disposições que, sem conexão com a matéria principal tratada, eram enxertadas pelos parlamentares, forçando o Presidente da República a aceitá-las, sancionando-as, sob pena de fulminar todo o projeto com o veto total. (MORAES, 2012, p.689).

5. O DECRETO FEDERAL N° 5.450

Surgiu, ainda, com a publicação da Lei a necessidade de regulamentar o §1º, art. 2º, que facultou a realização do pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

A questão foi sanada com a edição do Decreto nº 5.450 de 31 de maio de 2005, o qual regulamentou o pregão, na forma eletrônica, para bens e serviços comuns⁷.

Referido ato normativo se aplica aos órgãos da administração pública federal direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

Nesse passo, para que os outros entes federativos (Estados, Distrito Federal e Municípios) utilizem a modalidade, mister se faz que os mesmos editem seus próprios decretos regulamentadores.

⁷ Deve-se ressaltar que diversos dispositivos do Dec. nº 5.450 apresentam clara aplicabilidade a qualquer modalidade de pregão. Portanto, é necessário examinar o se o Dec. Fed. nº 5.450 importou no efeito de revogar não apenas o Dec. Fed. nº 3.697, mas também algumas disposições do Dec. Fed. nº 3.555. Ou seja, não há dúvida de que o Dec. nº 5.450 revogou o Dec. Nº 3.697. Fê-lo de modo expresso, no art. 33. Mas também é necessário reconhecer que, tendo disposto sobre temas gerais atinentes ao pregão, o Dec. Fed. nº 5.450 *também* afetou a vigência do Dec. nº 3.555. Logo, o Dec. nº 5.450 produziu dois efeitos normativos em relação ao pregão comum. Em primeiro lugar, o Dec. nº 5.450 contém normas regulamentares gerais que se aplicam a qualquer modalidade de pregão, que não constavam no Dec. nº 3.555. Sob esse ângulo, o Dec. nº 5.450 *ampliou* a disciplina regulamentar do pregão comum. Por outro lado, o Dec. nº 5.450 veicula regras substitutivas (porque contraditórias) com as do Dec. nº 3.555. Nesse ponto, o Dec. nº 5.450 *revogou* (de modo implícito) algumas disposições do Dec. nº 3.555. A maior dificuldade reside em que o texto legal do Dec. nº 5.450 não apresenta qualquer indicativo dessa disciplina aplicável de modo amplo às duas formas de pregão. Mas daí não se segue que toda e qualquer divergência entre os dois Decretos signifique a revogação da disciplina do Dec. nº 3.555. (JUSTEN FILHO, 2009, p.29).

Anote-se que o art. 4º do Decreto em comento determina que nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização na sua forma eletrônica. Caso seja comprovado ser inviável o seu uso, o fato deverá ser justificado pela autoridade competente.

Carvalho Filho (2012, 302), tece o seguinte comentário:

A diretriz da Administração Federal teve por fundamento a necessidade de dar maior transparência ao processo seletivo, observar os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, proibidade administrativa e todos os demais aplicáveis às licitações em geral, e, finalmente, evitar a ocorrência de corrupção e outras condutas qualificadas como de improbidade administrativa.

A norma que traduz a citada obrigatoriedade não tem propriamente a natureza de norma regulamentadora geral. Cuida-se apenas de mandamento direcionado exclusivamente aos órgãos da Administração federal, abrangendo todos os Poderes. A interpretação como norma geral acarretaria sua inconstitucionalidade, pois que a Estados, Distrito Federal e Municípios cabe somente observar os termos da lei, e nesta não está prevista qualquer obrigatoriedade.

Frise-se que a rigor, a Lei não instituiu o pregão como modalidade obrigatória, a regra foi inserida pelo Decreto Federal, portanto, não é impositiva para os outros entes da Federação.

Importante registrar que há críticas sobre o ato normativo que regulamenta o pregão eletrônico, senão vejamos:

A disciplina do pregão comum consta não apenas dos regulamentos, mas está prevista na Lei nº 10.520. As inovações atinentes ao pregão eletrônico, no entanto, estão consagradas exclusivamente em nível regulamentar. Rigorosamente, o pregão eletrônico está eivado de defeitos insanáveis, eis que o Regulamento introduziu alterações no procedimento licitatório previsto na Lei nº 10.520.

No entanto, existe uma situação fática consolidada. Todos os órgãos estatais, inclusive os do Poder Judiciário, praticam pregão eletrônico, o que orna implausível a pronúncia do defeito.

Esse argumento não afasta, no entanto, o defeito. Sob o enfoque constitucional, o pregão eletrônico somente poderia ser praticado em termos estritamente conformes com a Lei nº 10.520. (JUSTEN FILHO, 2009, p.15)

6. A LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 123

Outra regra que merece destaque é a contida na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que introduziu no ordenamento jurídico disposições que trazem benefícios em favor das microempresas e empresas de pequeno porte, abaixo transcrito:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Esclarece Justen Filho (2007, p. 92) que:

O art. 44 cria uma solução de “empate ficto”. O dispositivo estabelece, no *caput*, que as pequenas empresas gozarão de preferência de contratação em caso de empate.

Mas o parágrafo 1º do art. 44 determina que se entende “por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada”. Essa regra é aplicável inclusive no âmbito do pregão, mas com uma redução de valor.

Em outras palavras, o “empate” configurar-se-á quando houver mais de uma proposta com idêntico valor. Mas também serão consideradas como empate as situações em que a diferença entre as propostas se enquadre num determinado limite percentual. Produz-se, desse modo, uma *ficção de empate*, na medida em que, sob o prisma aritmético, não existe igualdade de valores.

E continua (2007, p. 94):

É fundamental destacar que a LC nº 123 não determina que, verificada a situação de “empate ficto”, a pequena empresa será reputada vencedora. O art. 45 estabelece que, em tal hipótese, “a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado” (inc. I).

Ou seja, a preferência assegurada à pequena empresa não se traduz e, se reputar como vencedora a proposta por ela formulada, ainda que apresente valor superior ao das propostas dos demais licitantes. Em caso de empate (ficto, inclusive), surge uma faculdade para a pequena empresa consistente no poder de *alterar* a proposta apresentada, reduzindo o seu valor para montante inferior àquele constante da proposta do licitante *normal*.

Logo, a Administração Pública não é autorizada a contratar com a pequena empresa quando a proposta por ela apresentada não for a mais vantajosa dentre as diversas apresentadas no certame.

7. O DECRETO FEDERAL Nº 5.504

Por fim, não podemos nos olvidar do Decreto nº 5.504, de 05 de agosto de 2005, que estabelece a exigência de 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.

De acordo com este ato administrativo todos os entes federativos que recebem recursos da União, têm que, obrigatoriamente, e desde que tecnicamente viável, utilizar a

modalidade pregão, preferencialmente no modo eletrônico, para realizar as aquisições ou contratações que sejam custeadas por essas verbas.

A aplicação dessas regras gera dúvidas, pois, é preciso deixar claro o significado da expressão “transferências voluntárias” e ainda, o que deve ser feito caso o beneficiário do repasse não tenha condições de realizar o pregão eletrônico, em razão da especificidade da contratação.

De acordo com o art. 25, da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal entende-se por transferência voluntária o repasse de recursos correntes ou de capital a outro ente da federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, excluindo-se os decorrentes de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

Assim a utilização das verbas entregadas pela União aos outros entes federativos, oriundas da celebração de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos similares cuja finalidade seja a realização de obras e/ou serviços de interesse comum, via de regra, deverão se submeter a procedimento licitatório na modalidade pregão eletrônico.

Caso seja inviável a utilização do pregão na forma eletrônica o fato deverá ser devidamente justificado pelo dirigente ou autoridade competente, *ex vi*, do disposto no §2º, do art. 1º, do Decreto nº 5.504, de 05 de agosto de 2005.

A determinação gerou grande polêmica e opiniões divergentes, suscitando, inclusive, o posicionamento do Tribunal de Contas da União.

Nesse sentido colacionamos abaixo, aresto do Acórdão nº 2.490/2005, da 1ª Câmara, em que atuou como Relator o Ministro Marcos Bemquerer:

A exigência do art. 1º, *caput*, e §§ 1º e 5º, do Decreto nº 5.504/2005 harmoniza-se com os princípios constitucionais da licitação, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade, publicidade, além de ser conveniente ao interesse público, porque o pregão é modalidade célere, simples e econômica, haja vista sua condução não demandar grande volume de recursos humanos e financeiros, especialmente se realizado na forma eletrônica.

Desde logo verifica-se insustentável a pretensão da recorrente neste específico, eis que não há razão lógica que justifique a entidade contratar bens e serviços comuns à margem da legislação federal que disciplina a modalidade licitatória do Pregão. Ressalte-se que não se trata de contratação de bens e serviços afetos especificamente à área fim da entidade – hipótese na qual poder-se-ia até vislumbrar limitações de mercado, melhor adequação de determinado equipamento para o sucesso da pesquisa -, mas de contratar bens e serviços comuns em termos exclusivos de regulamento próprio elaborado por pessoa jurídica de direito privado, esquivando-se da legislação federal sobre o assunto.

Atualmente, a questão já não causa mais, grandes questionamentos e a regra vem sendo observada pelos entes que recebem transferências voluntárias federais.

Concluimos assim, a exposição sobre as regras vigentes em nosso ordenamento jurídico que dispõe sobre a modalidade licitatória denominada pregão.

8. CONCLUSÃO

Como vimos, as modalidades licitatórias previstas pela Lei Federal nº 8.666/93, se resumem em convite, tomada de preços, concorrência, leilão e concurso.

Ocorre que, ao longo do tempo, por conta da tabela de enquadramento das modalidades não ter sido atualizada, os procedimentos licitatórios se encontravam cada vez mais morosos, pois quanto maior o valor da contratação, mais solene deve ser a modalidade e, conseqüentemente, haverá mais demora, para a conclusão do certame.

Foi nesse cenário que foi editada a Medida Provisória nº 2.026/2000, que criou a modalidade de licitação denominada “pregão”, aplicável somente na esfera federal.

Delineou-se todo o histórico da espécie normativa, que após dezoito reedições, em 17 de julho de 2002, foi convertida na Lei Federal nº 10.520, que instituiu no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, a modalidade licitatória pregão para aquisição de bens e serviços comuns.

A nova norma prevê expressamente a aplicação subsidiária da Lei Federal nº 8.666/93, além de permitir sua regulamentação por cada ente federativo, no âmbito de suas competências.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 16 ed. rev. e atual., São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 14 dez. 2013.

BRASIL. Decreto Federal nº 3.555, de 08 de agosto de 2000. Aprova o regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 14 dez. 2013.

BRASIL. Decreto Federal nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 14 dez. 2013.

BRASIL. Decreto Federal nº 5.504, de 05 de agosto de 2005. Estabelece a exigência de 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. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 14 dez. 2013.

BRASIL. Decreto Federal nº 7.174, de 12 de maio de 2010. Regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 14 dez. 2013.

BRASIL. Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 14 dez. 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas gerais sobre licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 14 dez. 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 14 dez. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14. ed. rev., São Paulo:Saraiva, 2009.

JURISPRUDÊNCIA DO TCE disponível em <<http://www.tce.org.br>> Acesso em 14 dez. 2013

JURISPRUDÊNCIA DO STF disponível em <<http://www.tcu.jus.br>> Acesso em 14 dez. 2013

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed., São Paulo: Dialética, 2009.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Dialética, 2007.

_____. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Dialética, 2009.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 28. ed., São Paulo: Atlas, 2012.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações**. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.