



Centro Universitário do Distrito Federal – UDF

Coordenação do Curso de Direito

Welder Rodrigues Lima

Matrícula: 0710326

**Ilegalidade ou inconstitucionalidade:
Análise dos dispositivos do decreto regulamentar do Pregão Eletrônico
(5.450/2005)**

**Brasília (DF)
2011**

Welder Rodrigues Lima

**Ilegalidade ou inconstitucionalidade:
Análise dos dispositivos do decreto regulamentar do Pregão Eletrônico
(5.450/2005)**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito
Orientador: Vinícius Fialho Reis.

**Brasília
2011**

Reprodução parcial permitida desde que citada a fonte.

Rodrigues Lima, Welder.

Illegalidade ou inconstitucionalidade: Análise dos dispositivos do decreto regulamentar do Pregão Eletrônico (5.450/2005) / Welder Rodrigues Lima. – Brasília, 2011.

49 f.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientador: Vinícius Fialho Reis.

1. Direito Administrativo. I. Título.

CDU:

Welder Rodrigues Lima

A legalidade das normas do decreto regulamentar do Pregão Eletrônico

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito
Orientador: Vinícios Fialho Reis.

Brasília, _____ de _____ de 2011.

Banca Examinadora

Presidente da Banca: Vinícios Fialho Reis
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
Professor do UDF

Nome do Examinador
Titulação
Instituição a qual é filiado

Nome do Examinador
Titulação
Instituição a qual é filiado

Nota: _____

*“Quando o homem começa com certezas,
termina com dúvidas, mas se ele se
contenta em começar com dúvidas,
terminará com certezas.”*

Francis Bacon

Resumo

O pregão eletrônico é a modalidade de licitação introduzida pela lei 10.520 de 17 de julho de 2002 e regulamentada pelo decreto 5.450 de 31 de maio de 2005, com o objetivo de proporcionar maior eficiência às compras governamentais de bens e serviços comuns, maior agilidade, economicidade e transparência. Surge a partir de uma política pública específica do Governo Federal, denominada governo eletrônico, um conjunto de ações destinadas a proporcionar maior alcance das informações e serviços públicos por meio da utilização de tecnologia da informação. Ocorre que a legalidade do decreto regulamentar do pregão eletrônico é posta em discussão pela doutrina, de modo que há quem sustente sua inconstitucionalidade com o argumento de que houve vício formal em sua edição, já que não poderia ter sido editado do Poder Executivo sem a delegação do Congresso Nacional, nos trâmites previstos na Constituição Federal. No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) caminha no sentido de que decreto regulamentar não pode ser considerado inconstitucional, já que é um ato administrativo e, portanto, no máximo é possível que se sustente sua ilegalidade. Dentro desse entendimento, o decreto 5.450/2005 tem alguns dispositivos questionáveis, sendo que neste trabalho conclui-se pela ilegalidade da vedação da realização de pregão eletrônico para a contratação de obras e serviços de engenharia.

Palavras-chave: pregão eletrônico, licitação, bens comuns.

Abstract

The electronic trading is a process bidding introduced by Law 10,520 of July 14, 2002 and regulated by Decree 5,450 of May 31, 2005, in order to provide greater efficiency to government procurement of common goods and services, greater agility, economy and transparency. Appears as a policy government actions, called e-government, a set of actions intended to provide longer range of information and public services. Occurs that the legality of Decree of the electronic trading is compromised by doctrine, so that some people maintain its unconstitutionality on the grounds that there was formal defect in its issue, because it couldn't have started by executive power without delegation in procedures provided in the Federal Constitution (FC). Case Law of Federal Supreme Court (FSC) understanding that Decree can't be considered unconstitutional, because it is an administrative act is the maximum that can sustain its illegality. This respect, the decree 5.450/2005 is questioned some aspects, and concludes this work by the illegality of the sealing of realization electronic trading for the procurement of works and engineering services, single point peaceful in the doctrine

Key-words: electronic trading, bidding, common goods.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	1
2 O PREGÃO COMO MODALIDADE DE LICITAÇÃO.....	6
2.1 GOVERNO ELETRÔNICO.....	6
2.2 LICITAÇÃO.....	9
2.2.1 Conceito de Licitação.....	9
2.2.2 Modalidades.....	10
2.2.3 Dispensa de licitação.....	12
2.2.4 Inexigibilidade de licitação.....	14
2.3 CONCEITO E FORMAS DE PREGÃO.....	15
2.3.1 Pregão Presencial.....	16
2.3.2 Pregão Eletrônico.....	16
3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DISCIPLINA JURÍDICA DO PREGÃO.....	19
3.1 Lei 9.472/97.....	19
3.2 A MEDIDA PROVISÓRIA 2.026/2000.....	20
3.3 O DECRETO 3.555/00.....	21
3.4 O DECRETO 3.697/00.....	22
3.5 LEI 10.520/2002.....	23
3.6 DECRETO 5.450/2005.....	25

4	DECRETO	5.450/2005:	INCONSTITUCIONALIDADE	OU
	ILEGALIDADE?			
				28
5	CONCLUSÃO			36
	REFERÊNCIAS			39

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca encontrar resposta para a controvérsia jurídica em torno da discussão da inconstitucionalidade ou ilegalidade do decreto regulamentador da modalidade de licitação denominada pregão eletrônico, o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, buscando concluir por uma dessas hipóteses.

O tema foi escolhido a partir da observação de discussões doutrinárias e entre profissionais da área de compras e contratações públicas, presentes nos manuais, congressos, convenções e palestras promovidas pelos agentes envolvidos no setor e com base em critérios de afinidade.

Tais discussões indicam que o tema possui grande relevância econômica e social, uma vez que uma definição sobre o assunto pode determinar a legalidade ou ilegalidade dos atos administrativos que se pautam no referido decreto e que são realizados diariamente. Envolve diretamente a forma pela qual os recursos públicos são gastos, com maior ou menor eficiência, a depender, entre outros fatores, do procedimento licitatório utilizado em determinada compra ou contratação.

Dados estatísticos oficiais demonstram que o pregão eletrônico trouxe grande eficiência e economicidade às compras e contratações no âmbito do governo federal, portanto, a abolição da obrigatoriedade da adoção dessa modalidade de licitação poderia impactar negativamente nesses números, causando um retrocesso na busca por maior eficiência nos procedimentos licitatórios, algo que se tem observado pela implementação do pregão eletrônico, mais eficiente do que as modalidades tradicionais de licitação.

Com o advento da medida provisória 2.026/2000, uma nova modalidade de licitação foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, trata-se do Pregão.

Nessa ocasião, sua aplicabilidade estava restrita ao âmbito federal.

Em seguida, foi editado o Decreto 5.450 de 2005, que regulamentou as normas relacionadas ao Pregão Eletrônico. Este se tornou a principal modalidade de

licitação a ser observada pela Administração Pública, uma vez que o referido Decreto em seu artigo 4º e Parágrafo 1º torna obrigatória a adoção dessa modalidade para a aquisição de bens e serviços comuns.

A Medida Provisória 2.026/2000 foi convertida na lei 10.520/2002, que previu o pregão em duas formas, a eletrônica e a presencial.

O pregão foi utilizado pela primeira vez como modalidade de licitação em 1997, mas apenas no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), por meio da Lei 9.472/97, Lei Geral de Telecomunicações.

Como os resultados obtidos por meio do pregão foram considerados vantajosos, foi editada a Medida Provisória 2.026, de 04.05.2000 autorizando a utilização dessa modalidade de licitação no âmbito da Administração Pública Federal.

A referida Medida Provisória, foi convertida na Lei 10.520/02 que introduziu a modalidade pregão como nova modalidade de licitação.

Por sua vez, a Lei 10.520/02 não dispõe sobre todas as normas necessárias para um processo de licitação pública, por isso o artigo 9º da citada lei assinala que deve ser aplicada subsidiariamente a Lei 8.666/93 para modalidade pregão.

Assim, o pregão, como sexta modalidade de licitação, foi introduzido pela Lei 10.520/2002. Trata-se de modalidade de licitação destinada à aquisição de bens ou serviços comuns. A Lei 10.520/2002, art. 1º assim define bens e serviços comuns: “aquele cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

O pregão eletrônico é o tipo de pregão realizado por meio da *internet*. Seus procedimentos são encontrados no decreto 5.450/2005. Com ele busca-se trazer para a Administração Pública as vantagens proporcionadas pela utilização dos recursos de tecnologia da informação. A mais importante seria a possibilidade de redução de custos proporcionada pela não necessidade de deslocamento físico do licitante, já que o pregão eletrônico é realizado pela *internet*.

A lei 10.520/2002 se refere de forma geral ao pregão, bem como ao pregão presencial. No que tange ao pregão eletrônico, o Parágrafo Primeiro do artigo 2º da referida lei prescreve¹: “Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica”. Ou seja, o pregão eletrônico foi previsto na lei 10.520/2002 e regulamentado pelo decreto 5.450/2005.

Destarte, o decreto 5.450 de 2005 veio a regulamentar as normas relacionadas ao pregão eletrônico. Este se tornou a principal modalidade de licitação a ser observada pela Administração Pública, uma vez que o referido decreto em seu artigo 4º e Parágrafo 1º² torna obrigatória a adoção dessa modalidade para a aquisição de bens e serviços comuns, vejamos.

Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

§ 1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

Anteriormente à Lei 10.520/2002, o decreto 3.555/2000 já havia regulamentado o pregão. Ocorre que esse decreto regulamentava a medida provisória 2.020/2000, que posteriormente foi convertida na lei 10.520/2002, passando assim a regulamentá-la, já que não fora revogado.

Ou seja, cronologicamente temos a Lei 9.472/97 que criou o pregão no âmbito da ANATEL; o decreto 3.555/2000 que regulamentou a modalidade pregão no âmbito federal; a lei 10.520/2002 que instituiu o pregão e, por fim, o decreto 5.450/2005 que regulamenta a modalidade de pregão eletrônico.

Ocorre que há divergências doutrinárias quanto à constitucionalidade ou ilegalidade do aludido decreto regulamentar do pregão eletrônico, há quem sustente

¹ BRASIL. **Lei 10.520 de 17 de julho de 2002**. 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. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm. Acesso em 16 de outubro de 2011.

² BRASIL. **Decreto 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/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm. Acesso em 16 de outubro de 2011.

sua total inconstitucionalidade, outros a ilegalidade de alguns pontos, conforme é detalhado será discutido na seção 3.

A controvérsia jurídica que envolve o tema propicia o desenvolvimento de trabalhos científicos por meio de consulta a acervos bibliográficos, legislação e artigos científicos, valendo-se ainda da hermenêutica e jurisprudências, ao passo que se busca neste trabalho a resposta mais adequada, levando-se em conta a jurisprudência, a hermenêutica, os princípios do direito e os entendimentos dos principais doutrinadores e estudiosos do tema.

Há vasto material de pesquisa relacionado ao tema, de artigos científicos a acórdãos, tendo os mais diversos posicionamentos. Neste sentido, o presente trabalho se valerá do método de pesquisa bibliográfico e jurisprudencial, por meio do qual pretende encontrar o posicionamento mais coerente com o ordenamento jurídico.

Contudo, é importante observar que não será abordada a obrigatoriedade da adoção do pregão eletrônico nos estados e municípios, uma vez que é pacífico entre os doutrinadores de que, nestes casos, o pregão eletrônico não é absolutamente necessário. O trabalho limitar-se-á, portanto, a uma abordagem no âmbito da Administração Pública Federal.

Será examinada ao longo das três partes que compõem este trabalho a legislação em torno do pregão eletrônico, a forma com que foi introduzido no ordenamento jurídico, leis e decretos.

A discussão a cerca do tema proposto deverá confirmar ou refutar às seguintes hipóteses:

1) São inconstitucionais ou ilegais as normas contidas no decreto 5.450/2005, não sendo obrigatória a adoção do pregão eletrônico nas compras e contratações da Administração Pública Federal;

2) Não há inconstitucionalidade ou ilegalidade na aplicação do decreto 5.450/2005, sendo obrigatória a adoção do pregão eletrônico nas compras e contratações no âmbito da Administração Pública Federal.

O tipo de pesquisa a ser adotado será dogmática, o método de procedimento será monográfico e fonte de pesquisa será bibliográfica, manuais doutrinários, livros, artigos científicos, dados estatísticos realizados pelos órgãos oficiais e legislação, valendo-se da hermenêutica e da jurisprudência correlata ao tema.

O trabalho está dividido em três seções, além desta introdução, onde é feita uma apresentação geral do tema e forma com que será tratado, da conclusão e das referências bibliográficas consultadas para a realização da pesquisa.

Na primeira seção (O PREGÃO COMO MODALIDADE DE LICITAÇÃO) é feita uma abordagem do pregão eletrônico no contexto da prática do governo eletrônico e se expõe ao leitor uma visão geral acerca do tema licitações (conceito, modalidades e tipos). Em seguida passa-se à abordagem específica do pregão como modalidade de licitação.

Na segunda seção (EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DISCIPLINA JURÍDICA DO PREGÃO) é apresentada a evolução histórica do pregão do ponto de vista jurídico, sua criação, as medidas provisórias, os decretos e as leis atinentes.

Na terceira seção (DECRETO 5.450/2005: INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGALIDADE?) dedica-se à discussão da inconstitucionalidade ou ilegalidade do decreto 5.450/2005, que visa regulamentar a modalidade licitatória de pregão eletrônico. São apresentados os argumentos prós e contra de diversos doutrinadores, para que se possa chegar a uma conclusão a respeito do tema, que é apresentada ao final.

2 O PREGÃO COMO MODALIDADE DE LICITAÇÃO

O presente capítulo aborda o pregão como modalidade de licitação, procurando distinguir as formas em que se apresenta (presencial e eletrônico), conceituando cada uma dessas formas. Procura-se contextualizar o pregão na ótica do “governo eletrônico”, para o qual é dedicado um tópico para considerações desse recente ferramenta administrativa que vem auxiliando o governo em suas ações administrativas.

No intuito de proporcionar uma melhor compreensão do tema, é feita uma breve introdução ao tema “licitações”, já que neste trabalho é feito um estudo do pregão como modalidade desta. Assim, é apresentado um conceito e elencado as modalidades de licitação previstas na lei 8.666/93.

Antes, contudo, é feita uma introdução a cerca do tema “governo eletrônico”, contexto no qual se insere o Pregão Eletrônico, como sendo uma das ações do “governo eletrônico”.

2.1 GOVERNO ELETRÔNICO

O governo eletrônico é uma ação do poder executivo federal que tem por objetivo a melhoria dos serviços públicos, facilitando o acesso às informações, por meio de ferramentas de tecnologia da informação e comunicação.

Dentre as diretrizes do governo eletrônico está a inclusão digital, pois é notório que de nada adiantaria a informatização dos serviços públicos sem que os cidadãos tenham instrumentos para acessá-los. Outras importantes diretrizes são a racionalização de custos, promoção da cidadania e a utilização de *softwares* livres

As ações em prol dessas diretrizes tiveram início no ano de 2.000 através do Decreto Presidencial de 03.04.2000 que instituiu grupo de trabalho interministerial com o objetivo de “[...] examinar e propor políticas, diretrizes e normas relacionadas com as novas formas eletrônicas de interação”.

Em 2003 por meio do decreto de 29 de outubro³, foram adotadas as seguintes iniciativas:

(...) instituiu os Comitês Técnicos do CEGE e delega as atribuições de Secretaria Executiva ao Ministério do Planejamento, por intermédio da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, que passou a ter as atribuições de apoio técnico administrativo e de supervisão dos trabalhos dos oito [Comitês Técnicos](#):

- Implementação do Software Livre;
- Inclusão Digital;
- Integração de Sistemas;
- Sistemas Legados e Licenças de Software;
- Gestão de Sítios e Serviços On-line;
- Infra-Estrutura de Rede;
- Governo para Governo - G2G;
- Gestão de Conhecimentos e Informação Estratégica.

Assim, em 2004, é criado o Departamento de Governo Eletrônico, pelo Decreto nº 5.134, de 07 de julho, encarregado de coordenar e articular a implantação de ações unificadas e integradas de governo eletrônico, as atividades relacionadas à prestação de serviços públicos por meios eletrônicos, além de normatizar e disseminar o desenvolvimento de ações e informações de governo eletrônico na administração federal.

Em 2005, por meio do Decreto 5.450 o governo federal tornou obrigatória a realização das licitações públicas na modalidade pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica, utilizando os recursos de tecnologia da informação disponibilizados pelo poder executivo federal com essa finalidade.

Infere-se, desse modo, que o pregão eletrônico é parte de uma ação desenvolvida pelo conceito de governo eletrônico. Este, portanto, pode se compreendido como um conjunto de ações destinadas a facilitar e democratizar o acesso às informações públicas por meio de tecnologia da informação.

As vantagens almejadas pelo governo, ao idealizar as ações do “governo eletrônico” são:

Transformar a relação do governo com a sociedade e promover interatividade com cidadãos, empresas e órgãos governamentais melhora o processo de democratização do país, dinamiza os serviços públicos e proporciona uma administração pública mais eficiente, já que, agora, a sociedade possui instrumentos para se manifestar junto às ações governamentais.

³ Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. HISTÓRICO DO GOVERNO ELETRÔNICO. Disponível em: <http://www.governoeletronico.gov.br/o-gov.br/historico>. Acesso em 04 set. 2011.

Do ponto de vista específico das compras governamentais, as ações de governo eletrônico, consubstanciadas na utilização das tecnologias da informação proporcionam uma maior transparência na condução dos procedimentos, pois abrem a possibilidade de maior controle por parte da sociedade; ampliação da competição; redução de custos e celeridade na conclusão do procedimento. Além disso, a inclusão dos contratos nos sistemas informatizados do governo, tais como o Sistema de contratações do governo (Sicon) e o Sistema de Serviços Gerais (Siasg) permitem uma maior confiabilidade na gestão e acompanhamento desses contratos, pois consolidam informações gerenciais e geram indicadores que auxiliam os gestores na avaliação da qualidade dos serviços e tarefas desempenhadas.

Ou seja, abre-se uma oportunidade de maior eficiência na coordenação das atividades administrativas governamentais.

Assim, temos que a utilização de recursos de tecnologia da informação nas compras governamentais tem por objetivo a redução de custos, a celeridade na realização dos procedimentos e a ampliação da competitividade, já que facilita o acesso às informações e participação através dos sítios de compras destinados às licitações, tais como o “*comprasnet*” do governo federal e o portal de licitações do Banco do Brasil. Um importante instrumento implementado com esse objetivo foi o Pregão Eletrônico, que por tratar-se de uma disputa virtual de lances para as compras e contratações, proporciona maior concorrência, já que não há a necessidade de presença física dos participantes em uma sala, como ocorre nas demais modalidades de licitação.

Para a introdução dessa ação fez-se necessário a modificação da lei de licitações para se incluir a aludida modalidade Pregão como sexta modalidade de licitação. Assim, o Pregão Eletrônico torna-se o principal instrumento para as aquisições e contratações do governo federal, já que foi alçado à condição de modalidade preferencial para a aquisição de bens e serviços comuns em detrimento das demais modalidades, assim resta claro a tendência de maior presença das tecnologias da informação nas atividades governamentais.

2.2 LICITAÇÃO

Neste tópico é feita uma conceituação e apresentação das modalidades de licitação previstas na legislação pertinente, ou seja, a lei 8.666/93 que estabelece o regime geral de licitação no Brasil, traz as modalidades e tipos de licitação possíveis, seus procedimentos e penalidades, bem como a lei 10.520/2002 que introduziu a modalidade de licitação denominada Pregão e os decretos regulamentadores das variações do Pregão (presencial e eletrônico, conforme será visto a seguir).

1.2.1 Conceito de Licitação

Por licitação entende-se o conjunto de procedimentos administrativos os quais a Administração deve realizar para que se alcance a melhor proposta para a concretização de compras ou contratações de bens ou serviços de seu interesse, inclusive a execução de obras.

Segundo Mukai⁴, licitação tem o significado de propostas feitas por particulares ao Poder Público visando à execução de uma obra ou a prestação de um serviço ou alienação pela Administração, onde é escolhida aquela mais vantajosa, mediante um processo administrativo.

Tal procedimento administrativo está consolidado na Lei 8.666/1993, que estabelece o processo a ser observado para se alcançar esse fim.

Já nas palavras de Hely Lopes Meirelles⁵:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público [...].

Os procedimentos para sua realização estão previstos na Lei 8.666 de 1993, que estabelece os atos vinculantes para a Administração e licitantes, devendo ser observado sob pena de nulidade de todo o processo licitatório e atos decorrentes deste.

⁴ MUKAI, Toshio, 1938. **Licitações e contratos públicos**. 8ª edição – São Paulo, Saraiva: 2008.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27.

Pode ser compreendida ainda, como uma sucessão de atos administrativos, divididos em duas fases, a interna e a externa, a interna é aquela restrita ao âmbito do órgão, vai desde a constatação da necessidade da compra ou contratação, passando pela elaboração do edital, até a sua divulgação para o público, inicia-se desse modo, a fase externa, que culmina com a assinatura do contrato entre o particular e a Administração.

Rege-se pelos seguintes princípios, conforme Meirelles⁶:

procedimento formal, publicidade de seus atos, igualdade entre os licitantes, sigilo na apresentação das propostas, vinculação ao edital ou convite, julgamento objetivo, adjudicação compulsória ao vencedor.

2.2.2 Modalidades

A Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, conforme assinala Mukai⁷ pretendeu estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos administrativos. Prevê como modalidades de licitação a concorrência, a tomada de preços, o convite, o leilão e o concurso.

A Lei 8.666/93 foi editada com base na regra constitucional constante do Art. 22, XXVII da Constituição Federal⁸, que assim preceitua:

Art. 22 Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

A Lei Geral das Licitações, como é chamada a lei 8.666/93, previu cinco modalidades de licitação, uma sexta modalidade, o pregão, foi criado pela Lei 10.520/2002. Este último será melhor discutido no tópico seguinte.

As cinco modalidades de licitação previstas na Lei 8.666/93 são:

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30

⁷ MUKAI, op. cit. p. 10.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 16 de outubro de 2011.

- Concorrência;
- Tomada de preços;
- Convite;
- Concurso;
- Leilão.

As três primeiras modalidades acima citadas são procedimentos que obedecem as fases de habilitação e de apresentação de propostas, onde na fase de habilitação os licitantes devem comprovar que atendem as exigências do edital. São determinadas em função do valor estimado para a contratação, de modo que de acordo com os limites mínimos estabelecidos na lei 8.666/93 se facultará a realização do convite, atingindo um limite maior, será obrigatória a realização da tomada de preços e, atingindo um limite ainda maior será obrigatória a realização da concorrência. Esta última será obrigatória, ainda, e independentemente do valor estimado para a contratação, quando se tratar de compra ou alienação de imóveis, concessão de uso, de serviço ou obra pública e licitações internacionais.

No convite a Administração escolhe três interessados do ramo do objeto licitado, no mínimo, e os solicita apresentação de propostas. É destinado a contratações de pequeno valor.

O leilão é aplicável para os casos de alienação de bens móveis inservíveis para a Administração ou ainda para os bens imóveis adquiridos por meio judicial ou de dação em pagamento.

Concurso é a modalidade destinada para a escolha de trabalho técnico ou científico, criação intelectual.

Além das modalidades, a lei ainda prevê o que é entendido como “tipos” de licitação, quais sejam, o menor preço, a melhor técnica e a técnica e preço.

O menor preço, como se infere, é o tipo de licitação pelo qual sagra-se o vencedor, atendidas as demais exigências editalícias, aquele licitante que ofertar o menor preço.

A melhor técnica é o tipo de licitação pela qual que importa não é preço, mas sim a melhor qualidade, não se desprezando, porém, a razoabilidade do valor proposto para a contratação.

Na técnica e preço, há um estabelecimento de pontuação para os ofertantes do menor preço e da melhor técnica, sagrando-se vencedor aquele que obtiver a melhor pontuação.

2.2.3 Dispensa licitação

Há que se ressaltar que a realização do processo licitatório é procedimento obrigatório, consagrado no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal⁹, porém, este mesmo dispositivo constitucional abre a possibilidade para que em casos especificados em lei tal procedimento não seja realizado.

Artigo 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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

São os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, cujo rol taxativo vem expresso respectivamente nos artigos 24 e 25 da lei 8.666/93.

Conforme ensina Moreira¹⁰ as hipóteses de dispensa de licitação podem ser divididas em quatro grupos, quais sejam:

- 1) Em razão do pequeno valor;

⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Op. cit. p. 10.

¹⁰ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Licitações*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 16 de outubro de 2011.

- 2) Em razão de situações excepcionais;
- 3) Em razão da pessoa;
- 4) Em razão do objeto.

A primeira hipótese é prevista nos incisos I e II bem como no parágrafo único do artigo 24, e estabelece que é permitida a dispensa quando o valor previsto para a contratação for de até 10% do valor máximo permitido para o convite. Esse percentual é de 20% quando se tratar de consórcios públicos, empresas públicas, sociedades de economia mista e agências executivas.

As situações excepcionais são as previstas no incisos de III a VII, IX, XI, XIV e XVIII, quais sejam:

- a) Guerra ou grave perturbação da ordem;
- b) Emergência ou calamidade pública;
- c) Licitação deserta: ocasião em que não há interessados na licitação;
- d) Intervenção no domínio econômico;
- e) Propostas com valores manifestamente superiores aos praticados no mercado;
- f) Comprometimento da segurança nacional;
- g) Contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento;
- h) Aquisição de bens ou serviços por meio de acordo internacional;
- i) Compras e serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas em seus meios de deslocamento.

As hipóteses de dispensa em razão da pessoa ocorrem mediante os casos previstos nos incisos VIII, XIII, XIV, XX, XXII, XXIV a XXVI e XXXVII. São hipóteses em que o contratado será órgão ou entidade da Administração Pública; instituição brasileira voltada à pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional;

instituição científica e tecnológica para transferência de tecnologia; entidade dedicada à recuperação do preso; associação de portadores de deficiência física, de baixa renda ou catadores de materiais recicláveis; organizações sociais; além de contrato destinado à impressão de diários oficiais, fornecimento ou suprimento de energia elétrica ou gás natural e para celebração de contrato de programa para a prestação de serviço público autorizado em consórcio ou convênio de cooperação.

Por último, as hipóteses de dispensa em razão do objeto estão elencadas nos incisos X, XII, XV, XVII, XIX e XXVIII a XXX. São os casos de contratação destinados à compra ou locação de imóveis para o atendimento de atividades fim da Administração, compra de alimentos perecíveis, aquisição ou recuperação de obra de arte e de documentos históricos, aquisição de peças e componentes originais na vigência de garantia técnica de equipamentos, compra de matérias pelas Forças Armadas para manter a padronização exigida pelo apoio logístico, para o fornecimento de bens ou serviços produzidos ou prestados no país e que sejam de alta complexidade tecnológica ou defesa nacional, para aquisições de bens que visem atender contingentes militares brasileiros em missões de paz no exterior e, por último, para contratação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito de programa de agricultura familiar e reforma agrária.

2.2.4 Inexigibilidade de licitação

Ocorre a inexigibilidade de licitação quando não for possível a ocorrência de competição, de modo que as hipóteses também são previstas na lei 8.666/93, artigo 25¹¹, conforme a seguir.

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

¹¹ BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em 22 de outubro de 2011.

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Em resumo e ainda segundo Moreira², são as hipóteses de contratação que se enquadrem no seguinte:

a) Fornecedor exclusivo: o bem ou serviço é produzido ou prestado apenas por uma pessoa;

b) Serviços técnicos especializados de natureza singular, que são aqueles cuja execução exija qualificação técnica específica;

c) Artistas consagrados pelo público e pela crítica especializada de determinado local e época.

2.3 CONCEITO E FORMAS DE PREGÃO

Neste tópico discute-se a sexta modalidade de licitação, introduzida pela lei 10.520/2002, denominada Pregão.

De acordo com o referido normativo legal, o Pregão destina-se à aquisição de bens e serviços comuns. A própria lei 10.520/2002 trata de definir “bens e serviços comuns”, art. 1º, § 1º¹²: “[...] aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”

O Pregão distingue-se das demais modalidades previstas na lei 8.666/93 pela inversão de fases, ou seja, enquanto que naquelas todos os licitantes devem ter

¹² BRASIL. Lei 10.520. Op. cit. p. 3.

validadas a sua habilitação para que então apresentem suas propostas, no Pregão, todos os proponentes devidamente credenciados apresentam suas propostas, de modo que apenas o ofertante do menor preço é que terá checada a sua habilitação.

Apresenta-se em duas formas, a presencial e a eletrônica, sendo a primeira caracterizada pela presença física dos envolvidos em local previamente agendado e a segunda pela realização de sessão virtual por meio de sítio na rede mundial de computadores.

2.3.1 Pregão Presencial

O Pregão Presencial é aquele em que há a presença física do Pregoeiro e interessados, em local previamente divulgado por meio da imprensa oficial e jornais de grande circulação, a depender do valor estimado da compra ou contratação, é regulado pelo decreto 3.555/2000, onde estão elencados os procedimentos a serem adotados pelo Pregoeiro e equipe de apoio.

Aberta a sessão, o Pregoeiro procede à abertura das propostas apresentadas pelos proponentes, devidamente credenciados, e verifica a compatibilidade dessas com as condições previstas no Edital, aquelas que atendam às exigências previstas no edital são classificadas para a fase seguinte, que é a fase de envio de lances verbais quando os proponentes são convidados a reduzir os seus lances, ao passo que o autor da menor oferta é considerado o vencedor da disputa.

Procede-se, então, à verificação de sua habilitação ao passo que constatada qualquer irregularidade o proponente é desclassificado e é convocado o colocado seguinte para o mesmo procedimento.

2.3.2 Pregão Eletrônico

O Pregão Eletrônico é o tipo de Pregão realizado por meio de recursos de tecnologia da informação, ou seja, *internet*. É previsto no Parágrafo 2^a do art. 2º da lei 10.520/2002 e regulado pelo Decreto 5.450/2005, distingue-se do Pregão Presencial pela não presença física do Pregoeiro, equipe de apoio e interessados, sendo toda a sessão pública realizada por meio da *internet*.

Em outras palavras, consiste na realização de sessão virtual, onde toda a comunicação entre os proponentes e o Pregoeiro é realizada por meio eletrônico, correio eletrônico, fac-símile, ou chat de mensagens.

A fase interna tem início com a constatação pela Administração da necessidade da compra ou contratação, passa pela elaboração de um projeto básico ou termo de referência, que são instrumentos onde constam todas as informações necessárias para a elaboração do Edital (definição do objeto, valor estimado, especificações técnicas, forma de pagamento, etc.). Após a elaboração do Edital, este é publicado em sítio da rede mundial de computadores, onde estarão disponíveis à quaisquer interessados que terão ciência de sua publicação por meio do próprio sítio, Diário Oficial da União ou jornais de grande circulação (a depender do valor da compra ou contratação, a publicação nesses três meios de comunicação é obrigatória).

Com a publicação do Edital, tem-se início a fase externa do Pregão Eletrônico, é estipulada data para a realização da sessão virtual da disputa de lances.

Os interessados enviam suas propostas eletronicamente. No dia e horário estipulado para a realização da sessão, o Pregoeiro procede à abertura das propostas, verifica quais estão de acordo com as condições previstas no Edital e então as classifica para a fase de disputa de lances. Ocorre então uma espécie de “leilão ao contrário”, os proponentes enviam seus lances, de modo que a menor proposta é considerada a vencedora da disputa.

Ressalte-se que durante a sessão de disputa de lances há o controle do tempo pelo Pregoeiro apenas em um primeiro momento, pois após efetuar o comando de encerramento da disputa pelo Pregoeiro, o sistema assume o controle do tempo da disputa, de modo que há uma contagem aleatória por um período máximo de 30 minutos.

Ao término da disputa de lances o vencedor envia por meio eletrônico, com o posterior envio dos originais, sua documentação de habilitação para verificação pelo Pregoeiro. Caso o proponente atenda as condições de habilitação

previstas no Edital, terá o objeto adjudicado e homologado pela Administração e será formalizada a contratação.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DISCIPLINA JURÍDICA DO PREGÃO

O presente capítulo dedica-se a fazer um panorama da evolução histórica do Pregão Eletrônico, sua origem legal, as leis e decretos pertinentes, enfim, toda a disciplina jurídica relacionada à sua criação e regulamentação. São cinco os dispositivos legais pertinentes, as leis 9.472/1997 e 10.520/2000, a medida provisória 2.026/2000 e os decretos 3.555/2000, 3697/2000 e 5.450/2005. A seguir discorre-se a cerca de cada um desses dispositivos.

O primeiro normativo citado trata-se apenas de um precedente para a instituição do pregão como modalidade de licitação, como será visto. Os demais se relacionam diretamente com a política do governo federal de tornar o pregão uma modalidade de licitação.

3.1 Lei 9.472/97

Trata-se da Lei Geral de Telecomunicações, foi essa lei que originalmente criou o pregão como modalidade de licitação, porém, exclusivamente no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). A previsão consta do Parágrafo Único do artigo 54 da citada lei¹³, que também institui a modalidade “consulta”. Tais modalidades, pregão e consulta, seriam disciplinadas pela própria ANATEL, segundo reza o artigo 55.

Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública.

Parágrafo único. Para os casos não previstos no *caput*, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

Art. 55. A consulta e o pregão serão disciplinados pela Agência, observadas as disposições desta Lei [...]

¹³ BRASIL. **Lei 9.472 de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm. Acesso em 22 de outubro de 2011.

Foi suscitada sua inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF) com o argumentando a incompetência normativa da ANATEL para disciplinar as modalidades de licitação então instituídas, bem como que a União não poderia criar novas modalidades de licitação, uma vez que a lei 8.666/93 já traz as modalidades e estabelece as normas gerais. Entretanto, o STF admitiu a constitucionalidade da lei atacada e assim foi possível a realização no âmbito da ANATEL de licitação na modalidade de Pregão.

3.2 A MEDIDA PROVISÓRIA 2.026/2000

Após a experiência no âmbito da ANATEL com o uso do pregão, o governo federal decidiu por instituir o pregão como modalidade de licitação, no intuito de se obter maior agilidade nas contratações ante seus prazos recursais diferenciados em relação às outras modalidades, redução de custos, ante a possibilidade de lances até que se esgote a possibilidade de redução das propostas, fato este não observado em relação às demais modalidades.

Assim, foi editada a medida provisória número 2.026, de 4 de maio de 2000 instituindo a modalidade de licitação denominada Pregão no âmbito da União Federal.

Tal restrição se deu pelo fato de que a emenda constitucional número 6, de 1995, vedou o uso de medida provisória para editar normas gerais que viessem a regulamentar artigo que tenha sido objeto de emenda constitucional. Considerando que o artigo 22, Inciso XXVII, da Constituição Federal havia sido emendado, o Poder Executivo estaria impedido de legislar nessa matéria para Estados, Distrito Federal e Municípios.

Emenda Constitucional nº 6¹⁴:

Art.2º Fica incluído o seguinte [art. 246](#) no Título IX - "Das Disposições Constitucionais Gerais":

¹⁴ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995**. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc06.htm. Acesso em 22 de outubro de 2011.

"Art.246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995."

Constituição Federal, Art. 22¹⁵:

Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Nesse sentido escreve Jacoby¹⁶:

A restrição decorreu da impossibilidade da União editar normas gerais sobre licitações e contratos por Medida Provisória, tendo em vista que a Emenda Constitucional nº 6, de 1995, vedou o uso desse instrumento legislativo na regulamentação de artigo que tivesse sido objeto de emenda constitucional. Como o artigo 22, inc. XXVII, da Constituição Federal, que define a competência da União para legislar sobre licitações e contratos, havia sido emendado, o Poder Executivo não poderia legislar para Estados, Distrito Federal e Municípios.

Desta senda, em um primeiro momento, a modalidade licitatória Pregão foi instituída apenas no âmbito da União Federal, para que tal restrição tivesse o condão de excluir o caráter geral da norma, não incidindo a vedação constitucional instituída pela Emenda Constitucional número 6, supra.

3.3 O DECRETO 3.555/00

O decreto 3.555 data de 8 de agosto de 2.000 e aprova o regulamento federal que estabelece normas e procedimentos para a realização de licitação na modalidade Pregão.

O decreto em discussão traz em seu artigo 2º¹⁷ um conceito de pregão nos seguintes termos: "[...] é a modalidade de licitação em que a disputa pelo

¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Op. cit. p. 10

¹⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de Registro de Preços e Pregão**. Belo Horizonte. Fórum, p. 420.

¹⁷ BRASIL. **Decreto 3.555 de 8 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/ccivil_03/decreto/d3555.htm. Acesso em 16 de outubro de 2011.

fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública, por meio de proposta de preços escritas e lances verbais”.

Por ocasião da edição do decreto em questão, o pregão passou à condição de modalidade preferencial, tendo prioridade sob as demais modalidades previstas na Lei 8.666/93, como se extrai do artigo 3º¹⁸, a seguir.

Art. 3º Os contratos celebrados pela União, para a aquisição de bens e serviços comuns, serão precedidos, prioritariamente, de licitação pública na modalidade de pregão, que se destina a garantir, por meio de disputa justa entre os interessados, a compra mais econômica, segura e eficiente.

Convém destacar que o decreto trata dos procedimentos atinentes à realização do que se convencionou chamar Pregão Presencial, contudo, foi também previsto o uso de recursos eletrônicos ou de tecnologia da informação para a realização do pregão, ao que se passou a denominar Pregão eletrônico. Tal previsão é observada no Parágrafo Primeiro, Artigo 3º do Decreto 3.555/2000, segundo o qual: “dependerá de regulamentação específica a utilização de recursos eletrônicos ou de tecnologia da informação para a realização de licitação na modalidade de pregão.”.

Com a utilização de recursos de tecnologia da informação nas licitações, pretendia-se promover maior celeridade e eficiência na compra ou contratação, devido à maior competitividade proporcionada e desburocratização dos procedimentos. Este último, já ocorrera com a instituição do pregão, mas o uso de tecnologia da informação, com a realização de sessões *on-line* dispensou a presença física dos participantes, o que de certo reduziu os custos com deslocamento, o que era embutido na proposta ofertada. Assim, o instituto do pregão representou grande avanço.

A regulamentação do Pregão Eletrônico ocorreu por meio do decreto 3.697/2000, o qual se discorre a seguir.

3.4 O DECRETO 3.697/00

¹⁸ BRASIL. Lei 8.666/1993. Op. cit. p. 14.

O Decreto 3.967/2000 objetivou estabelecer os procedimentos a serem adotados na condução do Pregão Eletrônico, muito embora não contemplasse todos os passos necessários para tal, fazendo várias remissões ao Decreto 3.555/2000, aplicado subsidiariamente, o que obrigou a edição de novo Decreto, em 2005, o que será visto a seguir.

O uso da tecnologia da informação na realização do Pregão proporcionou uma redução com custos de deslocamento, já que não mais houve a necessidade da presença física dos participantes em um determinado local, uma vez que no pregão eletrônico a sessão é realizada virtualmente, por meio de conexão com a rede mundial de computadores, fato que também proporciona maior agilidade nos procedimentos, devido ao envio de documentos por meio eletrônico. Além disso, o meio eletrônico permite maior alcance com a publicidade, elevando significativamente a concorrência, tudo isso se resume a maior eficiência nos procedimentos licitatórios.

Neste diapasão, observam-se os seguintes benefícios relacionados ao pregão eletrônico:

- Maior agilidade na contratação;
- Redução de custos;
- Maior competitividade

Como fora dito, o decreto em questão não contempla todos os procedimentos necessários para a realização do pregão eletrônico, o que obrigou a edição do decreto 5.450 de 2005, será mais bem detalhado a seguir.

3.5 LEI 10.520/2002

A medida provisória 2.026/2.000 foi convertida na Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. Como já dito, a medida provisória 2.026/2000 institui o pregão como modalidade de licitação. A edição da lei 10.520 restou superada a restrição de aplicação da norma nela prevista aos estados e municípios, desse modo, o pregão foi instituído no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Em seu bojo traz normativo geral de licitação na modalidade pregão, de modo que a regulamentação é feita por meio de decreto, assim, o decreto 3.555/2000 disciplina o pregão presencial e o decreto 5.450/2005 (será detalhado no tópico seguinte) disciplina o pregão eletrônico.

Foi editada com fundamento no disposto no artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal, que estabelece ser de competência privativa da União legislar sobre norma geral de licitação. Assim, admite-se a edição de normas suplementares nos demais âmbitos administrativos, desde que obedecidas as normas gerais constantes da lei 10.520.

Resta evidenciada a superveniência da lei 10.520/2002 em relação ao seu decreto regulamentador, 3.555/2000. Ocorre que o decreto foi editado na vigência da medida provisória que instituiu o pregão, o que explica tal fenômeno.

Conforme observa Marçal¹⁹, as primeiras normas do pregão o restringiram ao âmbito federal, com a lei 10.520 foi generalizado para todos os entes federativos.

Marçal ainda observa a discussão em torno da viabilidade jurídica da instituição do pregão por meio de nova lei que estipule normas gerais de licitação e não por modificação na lei 8.666/93, já que esta tratou originalmente das normas gerais de licitação. Para o aludido doutrinador:

A competência federal para editar normas gerais não se exauriu com a Lei n 8.666. Nada impede que a União edite outras normas gerais, além daquelas previstas no referido diploma. A competência federal para produzir normas gerais poderá exteriorizar-se em uma única lei ou em vários diplomas. Não é possível estabelecer uma espécie de hierarquia superior da Lei 8.666, do que derivaria a impossibilidade de lei ordinária posterior disciplinar a mesma matéria. Entre leis ordinárias, não há cabimento em instituir distinções hierárquicas. A Lei nº 8.666 constitui-se em uma lei ordinária, que pode ser modificada por lei subsequente de idêntica hierarquia (Marçal, 2005, p. 9)¹⁸.

No toca ao critério de aplicação do pregão, a lei 10.520 traz em seu artigo primeiro a seguinte redação: “Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.”. Temos assim que, diferentemente do previsto na lei 8.666/93 na

¹⁹ JUSTEN Filho, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. São Paulo. Dialética, 2005, p. 9.

definição da modalidade de licitação nela prevista, em que o critério do valor estimado para a contratação é que irá influenciar na escolha, no pregão não limite de valor, podendo ser adotado, por inteligência do artigo primeiro da lei 10.520, para quaisquer aquisições desde que se trate de bens ou serviços comuns.

Neste diapasão imperioso discutir o conceito de bens e serviços comuns.

A própria lei 10.520 se preocupou em estabelecer um conceito de bens e serviço comuns, em seu artigo primeiro, parágrafo único²⁰, segundo a qual:

Artigo 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo Único - Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado.

Porém, essa definição não é considerada satisfatória, uma que a rigor todos os bens e serviços devem ter critérios objetivos definidos no edital, por previsão da lei 8.666/93. Para Hely Lopes Meirelles²¹ “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.” Além disso, o decreto 3.555/2000 em seu anexo 2 traz um rol exemplificativo de bens e serviços considerados comuns.

Em síntese, a lei 10.520 institui o pregão como modalidade de licitação em todas as esferas administrativas, sendo uma norma de caráter geral, admitindo, portanto regulamentação específica. Estabelece a nova modalidade como preferencial às demais, devendo ser utilizada para todas as contratações de bens e serviços comuns, independentemente do valor orçado para a aquisição, sendo o critério de escolha exclusivamente o do menor preço, ou seja, não se admite por meio do pregão as escolhas pelos tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço”.

3.6 DECRETO 5.450/2005

²⁰ BRASIL. **Lei 10.520, de 17 de julho de 2002**. Op. cit. p. 3.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 9.

Trata-se de decreto substitutivo ao de número 3.697/2000, expressamente revogado, em regulamentação ao artigo terceiro, parágrafo primeiro do decreto 3.555/2000, que previu o uso de tecnologia da informação para a realização do pregão.

Ocorre que a regulamentação anterior não contemplava todos os procedimentos necessários para a condução do pregão eletrônico, ao passo que o decreto 5.450/2005 dispensou as inúmeras remissões ao decreto 3.555/2000, como ocorrera com o normativo anterior.

O artigo quarto do regulamento em comento torna obrigatória a utilização do pregão para as aquisições de bens e serviços comuns, ao passo que o parágrafo primeiro do mesmo artigo, torna obrigatória a utilização do pregão em sua forma eletrônica, “salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente”. Desta senda, o pregão eletrônico tornou-se a principal modalidade de licitação no âmbito da união.

Frise-se que a regulamentação é pertinente apenas para o âmbito da União Federal, uma vez que em que pese a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitações, esta não recai sobre sua regulamentação, cabendo aos estados e municípios, portanto, elaborar seus próprios regulamentos.

O decreto 5.450/2005 traz os procedimentos específicos para a condução do pregão eletrônico, as regras básicas são as mesmas observadas para o pregão presencial. Questionam-se, entretanto, alterações em regras estabelecidas na lei 10.520/2002 por meio de decreto que tem o condão apenas de regulamentar a referida lei. Conforme observa Marçal²²:

Lembre-se que o fundamento de validade do Dec. Nº 5.450 continua a ser o art. 2º, § 1º, da Lei 10.520. Esse dispositivo autoriza a utilização dos recursos da Tecnologia da Informação para o pregão, nos termos de regulamentação específica. Isso não justifica a adoção de regras jurídicas totalmente desvinculadas da Lei 10.520. Portanto, nenhuma solução inovadora da ordem jurídica pode ser produzida através do decreto regulamentar do pregão eletrônico.

²² JUSTEN Filho, Marçal. Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico,. São Paulo. Dialética, 2005, p. 221.

A situação mais evidente relaciona-se com a alteração da sistemática de apresentação das propostas. A Lei nº 10.520 alude, de modo expresso, à apresentação de propostas em envelopes – solução que não é contemplada no âmbito do pregão eletrônico. Outra alteração relaciona-se com a seleção dos licitantes que passarão à etapa de lances: enquanto a Lei nº 10.520 determina que a competição se fará apenas entre os proponentes que preencham determinados requisitos, o Dec. Nº 5.450 estabelece que todos os proponentes classificados estarão autorizados a participar da fase de lances. Em ambos os casos, a regra foi alterada por um Decreto (Marçal²¹).

Ainda na visão do doutrinador supracitado, são inúmeras as passagens do decreto em que o tema exigia ser introduzido por via legislativa, tais como a “responsabilidade do licitante por atos indevidos praticados por terceiros, em virtude de utilização indevida de sua senha.”.

Sob este aspecto é que se evoca a inconstitucionalidade do decreto regulamentar do pregão eletrônico, de modo que as características peculiares desta forma de pregão, eletrônica, exigiria disciplina por meio de uma nova lei. Essa hipótese será investigada no capítulo seguinte.

4 DECRETO 5450/2005: INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGALIDADE?

Neste capítulo serão expostos e debatidos os diversos aspectos sobre os quais diversos doutrinadores se propõem a sustentar a inconstitucionalidade ou ilegalidade do decreto 5.450/2005, bem como os entendimentos que sustentam a perfeita adequação desse regulamento do ponto de vista jurídico.

O primeiro aspecto a ser exposto é o sustentado por Joel de Menezes Niebuhr²³, que advoga a inconstitucionalidade da regulamentação do pregão eletrônico por meio de decreto, segundo o qual:

[...] o legislador, através do § 1º do artigo 2º da Lei 10.520/02, transferiu competência para disciplinar o pregão eletrônico para o Executivo, que deve fazê-lo, de acordo com o dispositivo supracitado, através de decreto. Digase, por oportuno, que essa delegação de competência, como destacado na primeira parte deste livro, é inconstitucional. Como dito, só à lei é permitido criar direitos e obrigações, inovando a ordem jurídica. Os decretos prestam-se apenas a complementar as leis, dizer como elas devem ser executadas pela Administração, conforme se depreende, com clareza, do inciso IV do artigo 84 da constituição Federal. Ademais, a delegação de competência legislativa pode ocorrer somente na forma do artigo 68 da constituição Federal, por meio de lei delegada, o que não é o caso da Lei nº 10.520/02, de natureza ordinária (Niebuhr²²).

O artigo 68 da Constituição Federal (CF) a qual alude o autor supra, traz a disciplina acerca das leis delegadas, forma e hipóteses de não cabimento. Infere-se pelo exposto que no entendimento desse doutrinador, o Poder Executivo Federal deveria solicitar a delegação ao Congresso Nacional para que então pudesse dispor sobre a regulamentação do pregão eletrônico.

Sugere o autor que a delegação contida no § 1º do artigo segundo da Lei 10.520/2002 não encontra respaldo na constituição, assim, quaisquer decretos que versem sobre essa modalidade nos âmbitos federal, estadual e municipal seriam inconstitucionais. Adverte que tal delegação é possível desde que obedeça aos trâmites previstos na Constituição Federal (CF), que prevê a possibilidade de o Congresso Nacional delegar leis ao Presidente da República, mediante solicitação deste. É o chamado decreto legislativo, que para o autor em questão, não foram levadas a cabo em relação ao pregão eletrônico. Prossegue Niebuhr²²:

²³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 4 ed. Curitiba: Zênite, 2006.

A rigor jurídico, as normas prescritas nos decretos sobre pregão eletrônico – quer federais, quer estaduais, quer do Distrito Federal, quer municipais – são inconstitucionais, por que a delegação legislativa não poderia se dar do jeito que se deu, em descompasso com o artigo 68 da Constituição Federal. Nada obstante a inconstitucionalidade dos aludidos decretos, discorrer-se-á sobre eles no curso do texto, até porque ela não é reconhecida pelos agentes administrativos nem pelo judiciário, que aceitam e aplicam as normas prescritas por meio deles, provavelmente por herança da vasta experiência e tradição autoritária brasileira, ainda não afeiçãoada com a democracia e com o papel do Legislativo (Niebuhr, 2006).

Como fora exposto nos capítulos anteriores, a obrigatoriedade de adoção do Pregão Eletrônico nas compras e contratações governamentais se deu por meio do decreto federal 5.450, de 31 de maio de 2005. A função de um decreto regulamentar, segundo Carlos Medeiros Silva²⁴ *apud* Hely Lopes Meirelles:

A função do regulamento não é reproduzir, copiando-os literalmente, os termos da lei. Seria um ato inútil se assim fosse entendido. Deve, ao contrário, evidenciar e tornar explícito tudo aquilo que a lei encerra. Assim, se uma faculdade ou atribuição está implícita no texto legal, o regulamento não exorbitará, se lhe der forma articulada e explícita (Silva²³).

Por este raciocínio, conforme observa Alves²⁵, temos que o Presidente da República torna a norma que na Lei 10.520/2002 aparece como facultativa (utilizar a modalidade pregão para as compras e contratações de bens e serviços comuns), conforme já explicitado nos capítulos anteriores, em norma obrigatória a partir do decreto 5.450/2005, provindo de quem detém competência constitucional para tal, prevista no artigo 84, Inciso IV da Constituição Federal.

Compete privativamente ao Presidente da República:

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

Ainda de acordo com Alves⁶, ao citar passagem de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), abaixo, afirma que:

Não há, portanto, que se falar em se falar de inconstitucionalidade de um decreto regulamentar. Falar-se-á, entretanto, por se tratar de um ato administrativo, em ilegalidade, se exorbitar, ou contrariar a lei que regulamenta.

²⁴ SILVA, Carlos Medeiros. RDA 33/453. In: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 184.

²⁵ ALVES, Felipe Dalenogare. **A legalidade do pregão como modalidade de licitação obrigatória à aquisição de bens e serviços na Administração Pública Federal**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. ISSN 1983-4225. v. 3. n. 3, Franca, 2010. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/issue/view/22/showToc>>. Acesso em: 10.10.2011.

Tal avaliação funda-se nas seguintes palavras do Ministro Celso de Melo²⁶:

Se a interpretação administrativa da lei, que vier a consubstanciar-se em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha este se projetado *ultra legem*, quer porque tenha permanecido *citra legem*, quer, ainda, porque tenha investido *contra legem*, a questão caracterizará, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar, em conseqüência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata (Melo²⁵).

Nesse diapasão, na visão de Alves²⁷ autor supracitado, a discussão gira em torno da legalidade ou ilegalidade do decreto, caso constate-se que o mesmo exorbita os ditames da lei que visa regulamentar, qual seja, a lei 10.520/2002. Contudo, interpreta que o Presidente da República, valendo-se de seu poder discricionário, tem a faculdade de adotar ou não, por inteligência do contido no artigo 84, inciso II da Constituição Federal, tornando obrigatório, ou mantendo facultativa a norma contida no artigo primeiro da Lei 10.520/2002, "Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei."

Art. 84 Compete privativamente ao Presidente da República:
II – exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal.

Tal raciocínio funda-se no poder hierárquico da Administração Pública, os quais estão ligados os decretos regulamentares, o que é corroborado por Luis Fernando Almeida de Araújo²⁸.

[...] cabe a cada poder a sua organização interna. Isso advém do chamado poder hierárquico, onde cabe ao superior *ordenar* o modo como serão executadas as atividades administrativas. Ora, se existe a possibilidade de se realizar licitação por mais de uma modalidade, então poderá o Presidente da República, como chefe do poder executivo, determinar aos seus subordinados que somente realizem licitação para aquisição de bens e serviços comuns, através da modalidade pregão (Araújo²⁹).

²⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 996-6/DF. Relator: Min. CELSO DE MELO. Julgamento em: 11/03/1994, publicado no D.J de 06-05-1994, p. 229. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346742>>. Acesso em: 16 out. 2010.

²⁷ ALVES, Felipe Dalenogare. Op. cit. p. 29.

²⁸ ARAÚJO, Luis Fernando Almeida de. **A obrigatoriedade do Pregão**. Boletim de Legislação e Jurisprudência. Legisl. Juris. v 14. n 2. Aracaju: TRT 20ª Região, 2006, p. 97-98. Disponível em: <[http://www.trt20.jus.br/docu mentos/sacj/blj2_06.pdf](http://www.trt20.jus.br/docu%20mentos/sacj/blj2_06.pdf) >. Acesso em: 16 out. 2010.

²⁹ ARAÚJO, Luis Fernando Almeida de. Op. cit. p. 30.

Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo³⁰ os atos administrativos normativos são aqueles que contêm determinações gerais, incidindo sobre administrados indeterminados, a exemplo dos decretos regulamentares, das instruções normativas, dos atos declaratórios normativos e resoluções editadas por agências reguladoras.

Os atos administrativos normativos possuem conteúdo análogo aos das leis, mas não podem inovar o ordenamento jurídico, devem detalhar e explicitar o conteúdo das leis que regulamentam.

Sustentam esses autores que o ato administrativo normativo pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, desde que atendidos os pressupostos dessa ação e impugnados pelos órgãos e autoridades legitimados.

Desta senda, cumpre-nos investigar a função e a motivação das normas imperativas e em seguida verificar se a motivação da norma contida no decreto 5.450/2005, ao tornar obrigatória a realização das compras e contratações de bens e serviços comuns por meio de pregão eletrônico, se coaduna nessa hipótese. Para tanto, nos socorremos às palavras de Telles Jr.³¹, *apud* Maria Helena Diniz:

A imperatividade absoluta de algumas normas é motivada pela convicção de que determinadas relações ou estados da vida social não podem ser deixados ao arbítrio individual, o que acarretaria graves prejuízos para a sociedade. As normas impositivas tutelam interesses fundamentais diretamente ligados ao bem comum, por isso são bem chamados de ordem pública (Júnior²⁹).

Infere-se, desse modo, que o objetivo primordial das normas imperativas é a garantia da ordem pública e a tutela dos interesses ligados ao bem comum. O pregão eletrônico surge como inovadora modalidade de licitação na qual se objetiva maior eficiência nas aquisições públicas, com maior transparência e economicidade pelo incremento da competitividade e simplificação dos procedimentos para a concretização dos atos administrativos do processo licitatório. Evidenciado resta, dessa sorte, que tais princípios servem ao interesse público, de modo que as

³⁰ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18ª Edição. São Paulo: Método, 2010, p. 465.

³¹ JÚNIOR, Goffredo Telles. *Introdução à ciência do Direito*. Cit. Fasc. 5, p. 347 e 348. In: DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 20. Ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 390.

previsões do decreto 5.450/2005 por essa ótica estão de acordo com o objetivo das normas imperativas, não havendo que se falar em ilegalidade do mesmo.

Já para Marçal³² o decreto 5.450/2005 está eivado de vícios formais e materiais o que levaria à sua inconstitucionalidade e ilegalidade. Os vícios formais estariam relacionados ao uso do decreto como forma de inovação à ordem jurídica e os materiais pela “não observância de garantias fundamentais e a princípios inafastáveis no âmbito da atividade administrativa”. Os vícios formais são assim relatados por Marçal³⁰:

[...] o fundamento de validade do dec. Nº 5.450 continua a ser o art. 2º, § 1º, da Lei nº 10.520. Esse dispositivo autoriza a utilização dos recursos da Tecnologia da Informação para o pregão, nos termos de regulamentação específica. Isso não justifica a adoção de regras jurídicas totalmente desvinculadas da Lei nº 10.520. Portanto, nenhuma solução inovadora da ordem jurídica pode ser produzida através do decreto regulamentar do pregão eletrônico.

A situação mais evidente relaciona-se com a alteração da sistemática de apresentação das propostas. A Lei nº 10.520 alude, de modo expresso, à apresentação de propostas em envelopes – solução que não é contemplada no âmbito do pregão eletrônico. Outra alteração relaciona-se com a seleção dos licitantes que passarão à etapa de lances: enquanto a Lei nº 10.520 determina que a competição se fará apenas entre os proponentes que preencham determinados requisitos, o Dec. nº 5.450 estabelece que todos os proponentes classificados estarão autorizados a participar da fase de lances. Em ambos os casos, a regra da Lei foi alterada por um Decreto.

Além disso, outras inovações introduzidas através do Decreto retrataram não uma simples opção de natureza técnica. Consagraram, isto sim, uma dentre diversas opções jurídicas, o que escapa aos limites de um decreto regulamentar.

Assim se passa, por exemplo, com a disposição acerca da responsabilidade do licitante por atos indevidos praticados por terceiros, em virtude de utilização indevida de sua senha. Essa não é uma simples questão tecnológica, mas envolve uma profunda discussão jurídica. Outra questão vincula-se à obrigatoriedade de cadastramento no SICAF como requisito para credenciamento nos pregões promovidos no âmbito federal (art. 13, inc. I). Determinação dessa ordem apenas poderia ser imposta por meio de lei (Marçal³³)

No que toca aos vícios materiais apontados pelo doutrinador supra, é citado um exemplo atinente ao credenciamento necessário para participação no certame. Ocorre que o regulamento anterior do pregão eletrônico, decreto 3.697, expressamente revogado pelo decreto 5.450, previa prazo de credenciamento de até

³² JUSTEN Filho, Marçal. Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico, p. 220. São Paulo. Dialética, 2005.

³³ JUSTEN Filho, Marçal. Op. cit. p. 31.

3 (três) dias antes da data prevista para a abertura da sessão, regra ausente no decreto atualmente vigente, apesar de ter sido mantida a obrigatoriedade para o credenciamento. Tal fato, conforme assinala o autor, geraria dúvida quanto ao prazo para o credenciamento por parte dos interessados.

Por essa ótica, destacam-se novos aspectos em que o decreto 5.450 seria inconstitucional ou ilegal. Entretanto, como já visto anteriormente, ocasião em que se recorreu à jurisprudência do STF, não há que se falar em inconstitucionalidade de decreto regulamentar, sendo pertinente sua análise apenas quanto à sua legalidade, de modo que os vícios materiais e formais apontados teriam o condão de salientar tal ilegalidade.

Não obstante, Ricardo Meneghelli de Freitas³⁴ entende inconstitucional uma outra regra do Decreto 5.450, trata-se do contido no artigo 6º, desse dispositivo legal, cuja redação é a seguinte: “A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral”.

Trata-se de repetição de vedação já prevista no Artigo 5º do Decreto 3.555/200: “A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia...”. Ocorre que tal vedação não consta da Lei 10.520/2002, motivo pelo qual embasa o entendimento do autor supracitado, segundo o qual:

Considerando que a lei 10.520/02 não proíbe a contratação de obras de engenharia por pregão, inclusive na modalidade eletrônica, jamais o poderia ter feito o citado decreto em seu artigo 6º, extrapolando seu limite de atuação, fugindo de sua função regulamentar;

Examinada a aplicabilidade do citado dispositivo legal, recorro que somente à lei compete inovar o ordenamento jurídico, criando e extinguindo direitos e obrigações para as pessoas, como pressuposto do princípio da legalidade. Assim, o Decreto, por si só, não reúne força para criar proibição que não esteja prevista em lei, com o propósito de regram-lhe a execução e a concretização, tendo em vista o que dispõe o inciso IV do art. 84 da Carta Política de 1988;

Desse modo, as normas regulamentares que proíbem a contratação de obras e serviços de engenharia pelo Pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei nº 10.520, de 2002.

³⁴ FREITAS, Ricardo Meneghelli de. Supralegalidade do Artigo 6º do Decreto nº 5.450/05. Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3391. Acesso em 13 de outubro de 2011.

O único condicionamento que a Lei do Pregão estabelece é a configuração do objeto da licitação como bem ou serviço comum;

Em entendimento mais recente do TCU, a Lei nº 10.520, de 2002, não proíbe a contratação de obras e serviços de engenharia por meio de Pregão, tendo como único condicionante a configuração do objeto da licitação como bem ou serviço comum (Freitas³²).

Já para Joel de Menezes Niebuhr³⁵:

Sem embargo, percebe-se que a Lei nº 10.520/02 condiciona o uso da modalidade pregão somente aos bens e serviços comuns, sem excluir espécies de serviços e de contratações. Quer dizer que a Lei não exclui, de antemão, a utilização do pregão para a contratação de obra e serviço de engenharia. Se houvesse obra ou serviço de engenharia de natureza comum, simples, sem maiores especificidades, em princípio, seria permitida a adoção do pregão.

Por esse raciocínio é que conclui pela improcedência da vedação de realização do pregão eletrônico para obras e serviços de engenharia contida no Artigo 6º do Decreto 5.450/2005, restando comprovado assim que nesse aspecto o decreto regulamentar extrapolou sua função regulamentar e passou a criar obrigação não inicialmente prevista na lei que visa regulamentar.

Nota-se uma distinção entre a já debatida legalidade da exigência prevista no Artigo 4º do Decreto 5.450/2005, o qual torna obrigatória a realização de toda e qualquer aquisição de bens e serviços comuns por meio de pregão eletrônico e a vedação para sua adoção em se tratando de obras e serviços de engenharia. Ocorre que no primeiro caso havia norma na Lei 10.520/2002 estabelecendo a possibilidade de utilização da modalidade pregão para as aquisições de bens e serviços comuns, ao passo que no Decreto 5.450/2005 fora evocado o poder discricionário do Presidente da República, conforme já explicitado. Já no segundo caso, a Lei 10.520/2002 é silente sobre a matéria, tendo, portanto, o decreto inovado na questão, exorbitando de sua função regulamentar.

Jacoby³⁶ ao discorrer sobre o mesmo tema procura responder à seguinte pergunta: “pode o decreto instituir vedação não prevista na lei?” Em resposta observa que a medida provisória 2.026/2000 previa disciplina por regulamento acerca da relação de bens e serviços comuns, o que foi feito por meio do decreto

³⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. cit. p. 28.

³⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de Registro de Preços e Pregão**. Belo Horizonte. Fórum, 2003, p. 428/429.

3.555/2000, ou seja, a lei deixou a "... decisão de ser ou não bem ou serviço comum ao prudente arbítrio do Administrador". Para tal doutrinador, considerando que a Lei 10.520/2002 não mais exige indicação por norma inferior acerca de quais seriam os bens e serviços comuns, tornando ineficaz qualquer norma de decreto que institua vedação. Assim, "Se o serviço de engenharia for comum, poderá ser licitado por pregão".

Em suma, a constitucionalidade do decreto 5.450/2005 é questionada por determinar a obrigatoriedade de adoção do pregão eletrônico, pela existência de vícios materiais, por trazer regras procedimentais não inicialmente previstas na lei que visa regulamentar, bem como pela vedação à sua adoção para a contratação de obras e serviços de engenharia, postos os argumentos contrários e favoráveis para cada uma dessas alegações, resta claro que trata-se de ato administrativo normativo e como tal é passível de ser considerado ilegal, a depender da existência de vícios, determinando assim sua anulação.

Seria esse o caso da norma contida no Artigo 6º do Decreto em questão, já que pela análise realizada seria esse o único aspecto considerado ilegal, pelas razões já postas, mas isso não invalidaria a totalidade do Decreto. Não seria o caso de inconstitucionalidade que, apesar do entendimento de alguns autores citados, a jurisprudência do STF parece mais adequada, já que sendo o decreto regulamentar um ato administrativo normativo, não podendo contrariar a lei que regulamenta, não poderá ser considerado legal se assim fizer, a constitucionalidade poderia ser questionada da lei que visa regulamentar, não o decreto em si, já que este visa salientar ou explicitar as normas já estabelecidas na lei.

Por esse raciocínio opta-se por filiar-se à corrente dos que advogam pela constitucionalidade do decreto 5.450/2005 e legalidade de suas normas, pelas razões expostas, à exceção daquela mencionada no parágrafo anterior.

Por fim, destaca-se a diversidade de dispositivos legais que tratam da matéria, desde a Lei 8.666/93, passando por medidas provisórias, decretos e acórdãos, o que dificulta uma pesquisa rápida e saneamento de dúvidas por parte daqueles profissionais que atuam diariamente nas compras governamentais, de modo que seria de grande valia uma revisão e consolidação dessa legislação. Isso

reduziria a insegurança jurídica na condução dos processos evitando a anulação dos atos devido a falhas cometidas no curso do procedimento tendo em vista a legislação esparsa.

5 CONCLUSÃO

Neste trabalho discutiram-se questões relativas aos aspectos jurídicos atinentes ao pregão eletrônico, especialmente no que toca à discussão acerca de suposta constitucionalidade ou ilegalidade do seu decreto regulamentador.

Resta esclarecido de que se trata de ação decorrente da política de governo eletrônico, iniciada pelo Governo Federal a partir do ano 2.000, e que tem o condão de fazer uso de tecnologias da informação para promover o acesso mais democrático às informações relativas aos serviços públicos. Além disso, o uso de recursos de tecnologia da informação proporcionam maior eficiência na realização de procedimentos administrativos governamentais, tais como as compras e contratações realizadas pro meio de procedimento licitatório na modalidade pregão eletrônico.

O Pregão surge como modalidade de licitação em 2.000 por meio da medida provisória 2.026. Posteriormente essa medida provisória foi convertida na lei 10.520/2002, o pregão eletrônico é regulamentado pelo decreto 5.450 de 2005, Nesse interregno, várias críticas se insurgiram contra a admissibilidade dessa normatização.

O primeiro aspecto discutido consistiu na obrigatoriedade da utilização do pregão eletrônico em quaisquer compras e contratações de bens e serviços comuns, ponto que seria inconstitucional, por que inova a ordem jurídica, criando obrigação inédita, o que não seria função de decreto, ou ainda porque a delegação não obedeceu aos ditames constitucionais previstos no artigo 68 da Carta Magna.

O argumento de inconstitucionalidade de decreto regulamentar é contestado por alguns autores que se apoiam em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que considera não haver inconstitucionalidade de decreto que exorbite ou venha a contradizer a lei que visa regulamentar, mas sim ilegalidade do ato administrativo-normativo.

Nesse sentido, conforme demonstrado ao longo deste trabalho, não há que se falar em inconstitucionalidade do decreto 5.450/2005, mas sim de ilegalidade,

cabendo então analisar os alegados vícios sob a ótica da ilegalidade do ato administrativo-normativo.

Neste diapasão mostrou-se que alguns autores refutam a tese de ilegalidade do decreto, ao considerar que o Presidente da República faz uso de seu poder discricionário ao determinar aos administrados, em prol do interesse público a obrigatoriedade de utilização do pregão eletrônico em todas as compras e contratações de bens e serviços comuns, condição prevista na lei 10.520/2002 como facultativa.

O único ponto considerado pacífico entre os doutrinadores, em consonância com o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU), é a ilegalidade da norma contida no artigo 6º do decreto 5.450/2005 que objetivou a vedação da adoção do pregão eletrônico nas contratações de bens e serviços de engenharia. É pacífico o entendimento de que tal vedação não deve prevalecer, uma vez que o único requisito previsto na lei 10.520/2002 para o enquadramento do pregão é que o objeto seja considerado bem ou serviço comum.

Finalmente quanto aos demais vícios materiais e formais apontados neste trabalho e muito embora descartada a possibilidade de inconstitucionalidade do decreto 5.450/2005, poderiam ser tidos como vícios de ilegalidade, hipótese que é também pode ser descartada levando-se em consideração que a função do regulamento não é reproduzir a lei, repetindo seus termos, mas sim tornar evidente seus pontos essenciais, seu objeto.

Assim, repita-se, o único aspecto pacífico de ilegalidade do decreto 5.450/2005 é a norma prevista no artigo 6º, ao instituir vedação não prevista em lei: “A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.”

Por fim, e considerando o exposto, o presente trabalho permitiu concluir que embora o decreto 5.450 de 31 de maio de 2005 seja perfeitamente constitucional, o dispositivo previsto em artigo 6º é ilegal. Sugeriu-se a consolidação e revisão das normas relativas às modalidades de licitação a fim de dirimir eventuais dúvidas e mitigar possíveis vícios apontados neste trabalho, considerando a vasta

gama de atos normativos, dentre leis e decretos relativos ao tema das licitações, que tem implicações nos procedimentos administrativos adotados pelos órgãos de todas as esferas administrativas, proporcionando a realização e conclusão dos procedimentos de forma juridicamente mais segura e empiricamente mais célere, já que os servidores dispensariam menor tempo em pesquisa e interpretação da legislação correlata.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18ª Edição. São Paulo: Método, 2010.

ALVES, Felipe Dalenogare. **A legalidade do pregão como modalidade de licitação obrigatória à aquisição de bens e serviços na Administração Pública Federal**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. ISSN 1983-4225. v. 3. n. 3, Franca, 2010. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/issue/view/22/showToc>>. Acesso em: 21.05.2011.

ARAÚJO, Luis Fernando Almeida de. **A obrigatoriedade do Pregão**. Boletim de Legislação e Jurisprudência. Legisl. Juris. v 14. n 2. Aracaju: TRT 20ª Região, 2006, p. 97-98. Disponível em: <http://www.trt20.jus.br/documentos/sacj/blj2_06.pdf>. Acesso em: 16 out. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 16 de outubro de 2011.

BRASIL. Decreto 3.555 de 8 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/ccivil_03/decreto/d3555.htm. Acesso em 16 de outubro de 2011.

BRASIL. **Decreto 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/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm. Acesso em 16 de outubro de 2011.

BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em 22 de outubro de 2011.

BRASIL. **Lei 9.472 de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm. Acesso em 22 de outubro de 2011.

BRASIL. **Lei 10.520 de 17 de julho de 2002**. 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. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm. Acesso em 16 de outubro de 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 996-6/DF. Relator: Min. CELSO DE MELO. Julgamento em: 11/03/1994, publicado no D.J de 06-05-1994, p. 229. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346742>>. Acesso em: 16 out. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20. Ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de Registro de Preços e Pregão**. Belo Horizonte. Fórum, 2003.

FREITAS, Ricardo Meneghelli de. **Supralegalidade do Artigo 6º do Decreto nº 5.450/05**. Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3391. Acesso em 13 de outubro de 2011.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte. Fórum: 2007.

JÚNIOR, Goffredo Telles. **Introdução à ciência do Direito**. Cit. Fasc. 5, p. 347 e 348. In: DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 20. Ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 390.

JUSTEN Filho, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. São Paulo. Dialética, 2005.

_____. **Pregão: comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo. Dialética, 2009.

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

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINISTÉRIO do Planejamento, Orçamento e Gestão. **HISTÓRICO DO GOVERNO ELETRÔNICO**. Disponível em: <http://www.governoeletronico.gov.br/o-gov.br/historico>. Acesso em 04 set. 2011.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Licitações**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 16 de outubro de 2011.

MUKAI, Toshio, 1938. **Licitações e contratos públicos**. 8ª edição – São Paulo, Saraiva: 2008.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 4 ed. Curitiba: Zênite, 2006.

PINTO, Sólton Lemos. **A Aplicação da Tecnologia da Informação às Compras Governamentais na Administração Federal**. Disponível em http://www.ip.pbh.gov.br/ANO2_N2_PDF/ip0202lemospinto.pdf. Acesso em 11 set. 2011.

SILVA, Carlos Medeiros. *RDA 33/453*. In: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 184.