

Novas Considerações sobre o Pregão

Antônio Carlos Cintra do Amaral

A Medida Provisória 2.026, que criou o **Pregão**, foi reeditada em 01/06/00 (D.O.U. de 02/06/00), sem alterações. O CELC realizará, em 04 de julho próximo, Seminário sobre essa nova modalidade de licitação, em que serão enfrentadas importantes questões, sobretudo:

- Os Estados, os Municípios e o Distrito Federal podem adotar o **Pregão**?
- A MP 2.026 aplica-se às sociedades de economia mista e empresas públicas?
- Nos casos em que cabe realizar o **Pregão**, a Administração Pública pode realizar Concorrência, Tomada de Preços ou Convite, de acordo com o valor estimado da licitação, ou tem o dever, sempre, de adotar a nova modalidade de licitação?
- Quais as normas da Lei 8.666/93 que se aplicam ao **Pregão**?

Duas dessas questões merecem ser respondidas desde já. São as que se referem ao âmbito de aplicação da MP 2.026. Como acentuei no Comentário anterior (transcrito nesta página), as normas sobre modalidades de licitação sempre foram consideradas **normas gerais**, aplicáveis à União, Estados, Municípios e Distrito Federal por força do art. 22, inciso XXVII, da Constituição. São normas que têm caráter **nacional**, e não **federal**. Assim, uma MP que cria nova modalidade de licitação, que substitui em certos casos a Concorrência, a Tomada de Preços e o Convite, é também **norma geral**, caracterizando-se como norma **nacional**, e não **federal**. Aplica-se ela, portanto, à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, mesmo que, **em sua literalidade**, refira-se apenas à União.

Mais ainda: no preâmbulo, a MP 2.026 diz que tem fundamento no inciso XXI do art. 37 da Constituição. O preâmbulo não é norma integrante da MP, mas indica o fundamento constitucional de sua edição. E o inciso XXI do art. 37, da Constituição, como de resto todo o artigo, refere-se à “*Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*”. **O fundamento constitucional da MP 2026 é o mesmo fundamento constitucional da Lei 8.666/93.**

A MP 2.026, porém, não é auto-aplicável. O conceito de bens e serviços comuns, contido no § 1º do seu art. 1º, é dirigido ao Executivo, que deverá baixar regulamento definindo (provavelmente elencando) o que, com base no conceito legal, deve ser considerado bem ou serviço comum. A aplicação da MP 2.026, portanto, depende de regulamentação. Entendidas suas normas como **normas gerais**, de caráter **nacional**, cada esfera de poder (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) deverá baixar seu regulamento específico, a partir do qual as normas legais (com força de lei) poderão ser aplicadas, e o **Pregão** poderá ser adotado.

Quanto à aplicabilidade da MP 2.026 a sociedades de economia mista e empresas públicas, vale notar que, **no meu entendimento**, essas entidades, a partir da Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, não estão mais vinculadas a **normas gerais** sobre licitações e contratos administrativos, e sim apenas aos **princípios** da licitação. Este, porém, não tem sido o entendimento dominante, tanto é que as empresas estatais – federais, estaduais, municipais e distritais – continuam a observar a Lei 8.666/93. Ora, se continuam elas a observar a Lei 8.666/93, realizando Concorrências, Tomadas de Preços e Convites, deverão observar a MP 2.026, substituindo essas modalidades de licitação pelo **Pregão**.

Sintetizando:

- a) a MP 2.026 aplica-se não apenas à União, mas também a Estados, Municípios e Distrito Federal;
- b) a realização de **Pregão** depende da definição, a ser efetuada em regulamentos (federal, estaduais, municipais e distrital), do que sejam bens e serviços comuns, observado o conceito contido no § 1º do art. 1º da MP; e
- c) as sociedades de economia mista e empresas públicas (federais, estaduais, municipais e distritais) poderão adotar o **Pregão**.

Observe, ainda, que tem sido sustentado que a MP 2.026 não poderia aplicar-se a Estados, Municípios e Distrito Federal porque não cabe MP na regulamentação de artigos da Constituição cuja redação tenha sido alterada por emenda promulgada a partir de 1995 (art. 246 da Constituição). Assim, a produção de normas gerais

aplicáveis não apenas à União mas também a Estados, Municípios e Distrito Federal somente poderia ser efetuada por lei, já que o inciso XXVII do art. 22 teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998. A MP 2.026 somente poderia aplicar-se, portanto, à União.

Não concordo com esse entendimento. Parece-me que o “*sentido*” do art. 246 da Constituição é proibir que medidas provisórias regulem dispositivos constitucionais que tenham sido **alterados** por emenda. E a nova redação dada ao inciso XXVII do art. 22 pela Emenda Constitucional nº 19 não alterou a competência da União para produzir **normas gerais** aplicáveis a todas as esferas de Poder, competência que já existia no texto original. Ressalto, porém, que mesmo para os defensores dessa tese a MP 2.026 aplica-se não apenas à Administração Federal direta, autárquica e fundacional, mas também a sociedades de economia mista e empresas públicas **federais**, como as empresas do grupo ELETROBRÁS, o SERPRO, a DATAPREV, a ECT e outras.

Comentário CELC nº 19, de 15/06/2000, divulgado no site www.celc.com.br

☞ É permitida a transcrição de trechos deste Comentário, desde que indicada a fonte.