

## ***Novas Considerações sobre o Pregão***

***Antônio Carlos Cintra do Amaral***

Em 15 de agosto último, divulguei nesta página comentário com o seguinte teor:

“Acaba de ser editada a Nova Lei do Pregão (Lei 10.520, de 17/07/2002, publicada no DOU de 18/07/2002). Essa lei apresenta importantes problemas jurídicos a serem enfrentados por seus intérpretes e aplicadores. Vejamos.

Sua ementa diz que ela:

*“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.”*

Curiosamente, em nenhum de seus dispositivos diz-se que ela é aplicável à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, tal como consta da ementa. Por quê?

Do projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, constava o art. 2º, cujo “caput” tinha a seguinte redação:

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

Esse dispositivo foi vetado, porque implicava na proibição da contratação de serviços de vigilância por meio do Pregão. Como o Presidente da República, de

acordo com o § 2º do art. 66 da Constituição, somente pode vetar texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea, ele não podia vetar apenas o final do artigo, ou seja, a expressão “*vedada sua utilização na contratação de serviços de transporte de valores e de segurança privada e bancária*”. Assim, vetou o texto integral do artigo.

Criou-se uma situação esdrúxula. Não existe na Lei 10.520 dispositivo que estabeleça o âmbito de sua aplicação. O dispositivo que constava do projeto aprovado foi vetado e, portanto, **não ingressou no mundo jurídico**. Mais ainda: pelo mesmo motivo não existe dispositivo estabelecendo que o Pregão pode ser adotado independentemente do valor estimado da contratação.

Poder-se-á dizer que o âmbito de aplicação da lei está definido na ementa. Mas isso será total desatino, porque qualquer estudante de Direito aprende logo no 1º ano que a ementa não integra o texto legal. Vale dizer: **a ementa de uma lei não é norma jurídica**. Além do mais, nem na ementa se diz que o Pregão pode ser adotado qualquer que seja o valor estimado da contratação.

Poder-se-á dizer que essa segunda parte (adoção do Pregão independentemente do valor estimado da contratação) constava da Medida Provisória 2.182-18, de 21/06/2001, de cuja conversão resultou a nova lei. Mas essa MP foi convertida em lei, ou seja, **não existe mais**.

Como ficamos?

É possível que se sustente a tese de que, embora não fique explicitado na lei o âmbito de sua aplicação, ele está implícito no § 2º do art. 2º, no inciso XIV do art. 4º, no art. 7º, no art. 11 e no art. 12. Assim, a Lei 10.520 é uma lei **nacional**, aplicável à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e não **federal**, aplicável apenas à União.

E quanto à adoção do Pregão independentemente do valor estimado da contratação?

Ainda bem, pelo menos, que não precisamos mais tentar encontrar o inexistente § 2º do art. 1º, a que se referiam o inciso I do art. 4º e o art. 8º. Isso porque a lei foi retificada no DOU de 30/07/2002, substituindo-se a menção a esse parágrafo pela menção ao regulamento previsto no art. 2º. Só que o art. 2º **também não existe**, porque seu “*caput*”, como vimos, foi vetado. Poder-se-á dizer, em um esforço hercúleo de imaginação interpretativa, que o regulamento a que se referem o inciso I do art. 4º e o art. 8º da Lei 10.520 não está previsto nem no § 2º do art. 1º (que não existia sequer no projeto aprovado), nem no art. 2º (cujo “*caput*” foi vetado e, portanto, também não existe), mas sim no § 2º do art. 2º. Só que o § 2º do art. 2º refere-se apenas à participação das bolsas de mercadorias na realização do Pregão.

À vista de toda essa confusão, cabe formular duas questões básicas:

- 1) Considerando que em direito público prevalece o princípio de que **“o que não é permitido é proibido”**, e que não existe norma legal que permita ou autorize **expressamente** a realização de Pregão por Estados, Distrito Federal e Municípios, poderão eles realizá-lo, ou a Lei 10.520 é lei **federal**, aplicando-se apenas à União?
- 2) Considerando que a Lei 8.666/93 estabelece faixas, em função do valor estimado da contratação, dentro das quais deve ser realizada Concorrência, Tomada de Preços ou Convite, conforme o caso, e que a Lei 10.520 não diz, nem expressa nem tacitamente, que o Pregão será realizado independentemente do valor estimado da contratação, poderá ele substituir a Concorrência, a Tomada de Preços e o Convite? Ou, em outras palavras, o veto presidencial ao **“caput”** do art. 2º do projeto aprovado não terá inviabilizado juridicamente o Pregão, **inclusive no âmbito da União?**

Dar resposta a essas relevantes questões, especialmente à segunda, é desafio que se coloca de imediato para os intérpretes e aplicadores da Lei 10.520.

Voltarei ao assunto em uma próxima oportunidade.”

Muitos leitores alegaram que não emiti opinião sobre o assunto, limitando-me a levantar questões. Pensei ter deixado clara minha posição. É possível, porém, que não tenha atingido a clareza necessária. Assim, digo agora: na minha opinião, a Lei 10.520 é válida, mas juridicamente ineficaz. Em outras palavras: em decorrência do veto presidencial ao art. 2º do projeto de lei, o Pregão não pode ser adotado, quer na União, quer no Distrito Federal, Estados e Municípios.

A Lei 10.520 não foi editada com fundamento no art. 37, XXI, da Constituição, como erroneamente dá a entender sua ementa, que - repito - não integra a lei, ou seja, **não é norma legal**. Seu fundamento constitucional está no art. 22, XXVII, que diz ser competência privativa da União legislar sobre **“normas gerais de licitação e contratação”** para todas as esferas de governo. É esse mesmo dispositivo constitucional que fundamenta a validade da Lei 8.666. Assim, as duas leis devem ser interpretadas em conjunto, não só porque compõem o **sistema** jurídico mas sobretudo porque têm o mesmo fundamento constitucional. Nesse sentido, é juridicamente absurda a norma do art. 9º da Lei 10.520, que diz ser a Lei 8.666 aplicável **subsidiariamente** ao Pregão.

Se a Lei 8.666 estabelece faixas em função do valor estimado da contratação, dentro das quais cabe realizar Convite, Tomada de Preços ou Concorrência, conforme o caso, **não sobra espaço para realização do Pregão**. Isso porque o art. 2º do projeto do qual resultou a Lei 10.520 foi vetado pelo Presidente da República. E com ele deixou de ingressar no mundo jurídico a expressão **“qualquer que seja o valor estimado da contratação”**.

Poder-se-á argumentar que as faixas estabelecidas na Lei 8.666 referem-se à aquisição de bens e serviços em geral, enquanto o Pregão somente poderá ser adotado para aquisição de “**bens e serviços comuns**”. Mas a nova lei não elenca o que seriam esses “**bens e serviços comuns**”, limitando-se a dar um conceito extremamente vago e amplo (art. 1º, parágrafo único), qual seja: “... *aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado*”. Raríssimos bens ou serviços poderiam ser excluídos desse conceito legal. Talvez apenas equipamentos fabricados sob encomenda e serviços técnicos altamente especializados. Isso significa que a regra contida na Lei 8.666 pode ser excepcionada de tal maneira que a exceção passe a ser a regra.

Estou consciente de que este meu argumento valeria mesmo que tivesse sido mantida a expressão “*qualquer que seja o valor estimado da contratação*”. Mas ele passa a ter uma nova dimensão, com sua exclusão resultante do veto presidencial.

A situação é curiosa. Desde 04/05/2000, com a edição da Medida Provisória 2.026, até a aprovação do projeto do qual resultou a Lei 10.520, considerou-se relevante dispor que o Pregão poderia ser adotado qualquer que fosse o valor estimado da contratação. Agora, com a exclusão dessa expressão, resultante do veto presidencial ao art. 2º do projeto de lei, chegou-se à conclusão de que essa norma era desnecessária. No meu entendimento, ela era indispensável, e agora, com a edição da Lei 10.520, nos termos em que foi aprovada, **está fazendo falta**. Sem ela, a lei perde sua aptidão para produzir efeitos jurídicos (**eficácia jurídica**).

O fato é que o Pregão está sendo amplamente realizado, sem maiores questionamentos sobre sua juridicidade. Mas isso não é de surpreender, porque, segundo se apregoa, sua adoção tem contribuído para baratear as contratações da Administração Pública. E são muitos os que afirmam que a preocupação maior da Administração deve ser com a **eficiência**, hoje um princípio explicitado no “*caput*” do art. 37 da Constituição (v. Comentário nº 70, nesta página), mesmo que isso leve a alguns “*pequenos arranhões*” na **legalidade** dos atos administrativos, ou na **constitucionalidade** das leis.

**(Comentário CELC nº 71 – 01.11.2002, divulgado no site [www.celc.com.br](http://www.celc.com.br))**

*Esta página é renovada quinzenalmente, nos dias 1 e 15 de cada mês.*