

# A Lei que Estende o Pregão a Estados e Municípios

(LEI Nº 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002)

Toshio Mukai

# 1

**1. A M.P. Nº 2.182-12, DE 23 DE AGOSTO DE 2001, QUE INSTITUIU O PREGÃO COMO NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO SOMENTE PARA A UNIÃO, ACABA DE SER CONVERTIDA NA LEI Nº 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002.**

Logo em sua ementa, a nova Lei se diferencia da M.P., posto que torna utilizável a nova modalidade pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

No resto, salvo um veto ao art. 2º do projeto de lei e a faculdade de serem utilizados os serviços das bolsas de mercadorias e, ainda, a possibilidade da utilização da modalidade pregão para o registro de preços, inclusive, quanto a bens e serviços comuns na área da saúde (inclusive o pregão eletrônico), a M.P. praticamente foi mantida, apenas com um problema: o que era norma específica virou norma geral só pelo efeito da Lei, o que nos parece um simplismo e uma inconstitucionalidade flagrante, já que o inciso XXI do art. 37, no qual se fundou a Lei não autoriza a União a expedir normas gerais sobre licitações e contratos; quem a autoriza é o inciso XXVII do art. 22 da Constituição.

Mas, como sabemos que os órgãos e as entidades públicas, neste país corroído pelas ilegalidades e atitudes antiéticas, imorais e inescrupulosas, em todos os âmbitos e camadas da sociedade, mormente no plano jurídico, tudo vai continuar como se tudo fosse absolutamente legal, deixemos de lado tais preocupações.

# 2

**2. PASSEMOS A ANALISAR ALGUNS PONTOS NOVOS QUE A LEI TROUXE À NOSSA REFLEXÃO.**

O parágrafo único do art. 1º considera bens e serviços comuns, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

A M.P. nº 2.182-18 nos ofereceu essa definição no seu art. 1º § 1º, e, no § 2º dispôs que o regulamento disporá sobre os bens e serviços comuns do artigo.

O art. 1º da Lei de Conversão traz em parágrafo único a definição e, portanto, não repete o conteúdo do § 2º.

Destarte, perguntar-se-ia: o rol de bens e serviços comuns, que integra o Anexo II do Decreto federal nº 3.555, de 2000, ainda está de pé?

Entendemos que sim, mas apenas para o nível federal, eis que o Decreto nº 3.555/00 continua sendo o Regulamento do Pregão, em nível federal.

**Toshio Mukai**

é Mestre e Doutor em Direito (USP).  
Ex-Professor de Direito da Fac. Direito Mackenzie (SP). Especialista em Direito Administrativo, Urbanístico e Ambiental.

***“Qualquer que seja o objeto da licitação: bem ou serviço comum, ou não, dever-se-á levar em conta os limites de valores que fazem parte integrante das definições de concorrência, tomada de preços e convite.”***

Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão considerar quaisquer bens ou serviços como sendo comuns, desde que enquadráveis na definição do Parágrafo único do art. 1º. Poderão, ainda, em cada um dos decretos regulamentares próprios, criarem o mesmo ou outro rol de bens e serviços comuns.

O art. 2º do projeto de Lei continha elementos valiosos para a sistematização do pregão:

*a) o pregão seria utilizado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em regulamentos próprios;*

*b) o valor seria sem limite.*

A letra “a”, por sua falta, exigirá lei formal de cada Estado ou Município, ou ainda, do Distrito Federal; a letra “b” deverá criar o seguinte problema: como não há mais limitação de valor, dever-se-ão aplicar os valores fixados no art. 23 da Lei nº 8.666/93. Portanto, por enquanto, o pregão está suspenso em sua utilização. Qualquer que seja o objeto da licitação: bem ou serviço comum, ou não, dever-se-á levar em conta os limites de valores que fazem parte integrante das definições de concorrência, tomada de preços e convite.

Destarte, como era intenção do Governo, vetar a parte final do art. 2º, que vedava a utilização do pregão na contratação de serviços de transporte de valores e de segurança privada e bancária, ele teve que vetar todo o artigo, o que determina o § 2º do art. 66 da Constituição Federal (“O veto parcial somente abrangerá o texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea”).

O § 1º do art. 2º permite o pregão eletrônico, regulamentado, em nível federal, pelo Decreto nº 3.697, de 21.12.00 e pela M.P. nº 2.200/01.

O § 2º faculta, nos termos de regulamentação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a participação de bolsas de mercadorias no apoio técnico e operacional aos órgãos entidades promotores da modalidade pregão utilizando-se de recursos de tecnologia da informação, sendo que o § 3º exige que essas bolsas sejam organizadas sem fins lucrativos e com a participação plural de corretoras que operem sistemas eletrônicos unificados de pregões.

O problema aqui consiste na questão da exigência ou não de licitação para a contratação dessas bolsas; não poderá ser convênio, pois nesse caso, elas não poderão receber remuneração pelos serviços.

Somente se a remuneração das bolsas se der através de pagamentos em percentuais do valor de cada licitação (0,5% p. ex.) pagável pelo vencedor da licitação, não deverá se falar em licitação, pois não haverá, no caso, despesas para o órgão público.

O art. 3º traz as disposições já contidas na M.P. nº 2.182-18/01. Diz respeito à fase preparatória do pregão.

O art. 4º cuida da fase externa do pregão, dispondo que serão observadas 23 (vinte três) regras, dispostas nos seus incisos.

O inciso XIV, em virtude da extensão do pregão a Estados, Distrito Federal e Municípios, teve a sua redação ampliada para permitir o uso, pelo licitantes, não só do SICAF, como dos sistemas cadastrais dos entes federativos.

O recurso (que será único) após a eleição do vencedor, terá efeito suspensivo, e, tendo ou não a manifestação dos demais licitantes sobre ele, será ele decidido pelo pregoeiro; este fará a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor (o inciso XXI fala em autoridade competente, e o inciso XX dispõe que será o pregoeiro que fará a adjudicação do objeto da licitação).

O art. 5º veda a garantia de proposta, ou seja, impede a exigência de caução para participação na licitação; veda a aquisição do edital como condição de participação na licitação e, finalmente, somente admite a cobrança de despesas referentes ao custo da reprodução gráfica, e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso.

O art. 6º reproduz regra duvidosa, quanto à sua legalidade: o prazo de validade das propostas será de 60 (sessenta) dias, se outro não estiver fixado no edital.

É que o § 3º do art. 64 da Lei nº 8.666/93 dá um prazo máximo de validade para as propostas, como norma geral, de 60 (sessenta) dias.

Agora, para o pregão, como se trata também de norma geral, vale a estipulação.

O art. 7º dá nova redação, procurando esclarecer e incluindo novas “ilicitudes”, ao art. 7º da M.P. 2.182-18/01.

Os ilícitos são os seguintes:

- a) Se convocado dentro do prazo de validade da sua proposta o interessado não celebrar o contrato;*
- b) Se o interessado “deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame” (não aproveitaram da oportunidade para alterar a péssima e duvidosa redação);*
- c) Ensejar o retardamento da execução de seu objeto;*
- d) Não manter a proposta;*
- e) Falbar ou fraudar na execução do contrato;*
- f) Comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal.*

As sanções são as seguintes (aplicáveis cumulativamente):

- a) Impedimento de licitar ou contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos.*
- b) Descredenciamento do SICAF ou dos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º da Lei (cadastros estaduais, municipais e do Distrito Federal), pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.*

As críticas e observações que temos são as seguintes:

*a) A cumulatividade das sanções para apenas um só ilícito é ilegal, porque viola o princípio da proporcionalidade;*

*b) A escolha da(s) sanção(ões) será efetuada com base na equidade e na proporcionalidade (bastando aplicar mais outra ou outras, sob pena de prática de abuso e excesso de poder);*

*c) Ilícitos como: retardamento na execução do objeto, não manutenção da proposta, falha na execução do contrato, deixar de entregar a documentação exigida para o certame, por exemplo, não poderão suportar penas cumulativas ou, mesmo que isoladamente, as mais severas, pena de quebra do princípio da proporcionalidade, com excesso e abuso de poder. Nesse sentido, para essas hipóteses não vemos como se possam aplicar cumulativamente ou até mesmo isoladamente, as seguintes sanções: impedimento de licitar e contratar com a União, D.F., Estados e Municípios, por dois motivos: a) - a pena de suspensão está adstrita ao órgão e/ou entidade aplicadora da pena, já que a competência do agente se esgota dentro dele ou dela; b) - a aplicação dessa pena para aqueles ilícitos (menores) viola, às escancaras, o princípio da proporcionalidade.*

Também não vemos legalidade na aplicação da pena de descredenciamento junto aos cadastros federal, estadual e municipal, pelas mesmas razões.

Para todos os casos, salvo na hipótese de inidoneidade e fraude fiscal, a sanção de impedimento de licitar e contratar com a Administração, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, é esdrúxula e desproporcional.

O art. 9º continua com aquela aberração jurídica já denunciada por nós: “aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade pregão, as normas da Lei nº 8.666/93”.

Ora, a M.P. 2.182-18, trazia normas específicas sobre licitações e, portanto, jamais, as normas gerais da Lei nº 8.666/93 poderiam ser aplicadas em caráter subsidiário. Conforme a doutrina e exemplificadamente, o previsto no art. 24 da Constituição, as normas gerais (em especial as da União) se aplicam superiormente às normas específicas.

Porém, agora, estamos perante uma Lei que também se pretende geral. Então a aplicação não é mais subsidiária mas em pé de igualdade com todas as demais normas da Lei nº 8.666/93.

O art. 11 permite a utilização do pregão para as “compras e contratações de bens e serviços comuns” pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços, o que também se aplica, no caso de licitações sob o sistema de preços destinados à contratação de bens e serviços comuns da área da saúde (Lei nº 10.191, de 14.02.2001). ■

