

ASPECTOS POLÊMICOS DO PREGÃO

*Leon Frejda Szklarowsky**

Considerações Gerais

O pregão, como de resto as grandes novidades resultantes das reformas parciais que se estão realizando, na legislação brasileira, desde o fim do século anterior, deve receber os maiores encômios, por atender os anseios da sociedade.

Leis existem aos milhares. Basta que sejam bem aplicadas, com extremo rigor e justiça, sem contemplação. Não é necessário encherem-se os baús com novos diplomas falando a mesma linguagem ou, às vezes, até absolutamente contraditória, sob pena de não serem levados a sério. Aprimorem-se e cumpram-se as leis já existentes.

Aperfeiçoem-se, pois, as normas vigentes, ao invés de se prepararem mirabolantes projetos que nem sempre correspondem às necessidades, porque seus elaboradores não aproveitam o que de excelente tem o Direito posto, nem cuidam de colher da doutrina e da jurisprudência trabalhada, durante anos, os doces frutos da experiência.

Apresentaram-se inúmeros projetos substitutivos à Lei de Licitações e Contratos Administrativos¹. O último, o anteprojeto de Lei Geral de Contratações da Administração Pública, publicado no Diário Oficial da União de 18 de março de 2002, traduz mais defeitos do que virtudes, segundo o consenso dos especialistas. Entretanto, há que se aproveitar o maior número de propostas interessantes, numa futura revisão da atual lei. Leiam-se, a propósito, nossas sugestões aos anteprojetos anteriores, bem como o projeto de alteração da lei de licitações e contratos e da lei de arbitragem,² autorizando a submissão dos conflitos entre licitantes e contratante ou contratado (Administração Pública) à arbitragem.

Atendendo a esses reclamos, o legislador vem emendando e complementando a Lei 8666, de 1993, sucessora do Decreto-Lei 2300, de 1986, para adaptá-la à realidade cada vez mais distante do momento em que foi editada.

Com este trabalho, pretendemos analisar alguns aspectos polêmicos da lei.

* Advogado, escritor, jornalista, juiz de paz e arbitral

¹ Cf. ANÁLISE CRÍTICA DA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS. Proposta de aperfeiçoamento. Editado na www.teiajuridica.com, desde novembro de 1996 até o momento; na www.jusnavigandi.com; publicado no Informativo CONSULEX, 30 e 31, de 23 e 29 de julho 96, e na RDA 205/131. Publicado no *Correio Braziliense - Suplemento Direito & Justiça de 7-4-97, Brasília, DF; ANTEPROJETO DE NOVA LEI DE LICITAÇÕES*¹. Alterações e sugestões. Publicado na *Revista Jurídica CONSULEX*, 5, de maio de 1997, e no número especial publicado pela Editora NDJ de São Paulo, especialmente para o Encontro de 17 e 18 de abril para discussão do anteprojeto; EQUIVOCOS DA LEI 8666/93, publicado no Suplemento Direito & Justiça, *Correio Braziliense*, Brasília (DF), de 12 de agosto de 1996.

² Cf. ops. cit. na remissão 2

Lei nº 10520, de 17 de julho de 2002³, com fonte no Projeto de Lei de Conversão nº 19, de 2002⁴, da Medida Provisória 2182⁵-18, de 23 de agosto de 2001⁶, institui a modalidade de licitação pregão, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do inciso XXI do artigo 37, da Constituição (ementa da Lei).

O diploma legal é bastante conciso, contendo normas gerais. O regulamento rege a matéria específica e procedimental.

Trata-se, no entender de Carlos Pinto Coelho Motta de lei especial, em contraposição à Lei 8666/3, que considera lei geral.⁷

O projeto de lei de conversão apresenta algumas inovações não contidas na Medida Provisória, as quais foram encampadas pela lei.

Conceito

O pregão, na acepção do Dicionário Aurélio, significa divulgação, é o ato de apregoar. É o ato pelo qual os porteiros dos auditórios, os corretores de bolsas ou os leiloeiros apregoam a coisa que vai ser vendida e os lanços já oferecidos⁸.

O Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa ensina que essa palavra se origina do latim *praeco, onis* e significa o que proclama, anuncia ou diz em público⁹, fazendo alusão ao pregoeiro. José Náufel também define o pregão da mesma forma.¹⁰ O Dicionário Latino-Português, de Francisco Torrinha, registra *praeco, onis* (talvez do tema *praiwocon - <prai> + a raiz que deu origem a voco], com o significado de pregoeiro, arauto¹¹.

Airton Nóbrega, com extrema lucidez, enxerga nesse novo tipo de licitação não só um instrumento simplificador, mas propõe que os procedimentos sejam aprimorados, para que o intento do legislador seja realmente atingido.¹²

³ Publicada no DOU de 18 de julho de 2002.

⁴ Publicado no Diário do Congresso Nacional nº 10, de 28.6.2002, e 3.7.2002, relatado pelo Deputado Eunício Oliveira (parecer proferido oralmente)

⁵ Sobre a constitucionalidade da Medida Provisória que deu origem à Lei 10520/02, cf. nosso Constitucionalidade da MP 2182-18 que deu origem à Lei 10520/02, em publicação.

⁶ A MP 2026, de 4 de maio de 2000, foi a primeira Medida Provisória a instituir o pregão, para a aquisição de bens e serviços comuns, tendo sido reeditada 18 vezes, sob numeração diversa e com pequenas variações. Ei-las, pela ordem de edição: 2026-1, 2026-2, 2026-3, 2026-4, 2026-5, 2026-6, 2026-7, 2026-8, 2108-9, 2108-10, 2108-11, 2108-12, 2108-13, 2108-14, 2108-15, 2182-16 2182-17 e 2182-18. Fonte: Internet. *Site da Presidência da República – Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos* - www.planalto.gov.br.

⁷ Cf. Eficácia nas Licitações & Contratos, 9ª edição, Del Rey, 2002.

⁸ Cf. Novo Dicionário Aurélio, 2ª edição, Editora Nova Fronteira.

⁹ Editora Objetiva, 2001.

¹⁰ Cf. Novo Dicionário Jurídico Brasileiro, 1959, José Konfino Editor, Rio de Janeiro.

¹¹ Gráficos Reunidos Ltda., Porto, Portugal, 2ª edição, 1942.

¹² Cf. Licitação na modalidade de pregão, in L&C Revista de Direito e Administração 23, de maio de 2000, Editora Consulex, p. 42.

As Ordenações Filipinas já mencionavam o pregão e alguns países da América Latina e da Europa também se valeram dessa modalidade de licitação, como forma de desburocratizar e tornar mais rápida e econômica a licitação¹³.

Abrangência

Destina-se, por definição legal, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Entenda-se que, além dos órgãos da Administração Direta, também os fundos especiais¹⁴ as autarquias, as fundações, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União¹⁵ estão submetidas ao regime legal instituído pela referida lei¹⁶.

Emenda Constitucional Nº 19/98

Com relação às empresas públicas e às sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, deve-se ter presente o artigo 173 da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998, que manda estabeleça a lei o estatuto jurídico dessas entidades, o qual deverá dispor sobre a licitação e a contratação de obras, serviços, compras e alienações, com a observância dos princípios da Administração Pública.

A Lei 9472, de 1997, admite que a Agência Nacional de Telecomunicações adote a consulta e o pregão, o mesmo ocorrendo com a Agência Nacional de Saúde Suplementar, ex vi do disposto na Lei 9961, de 2000. A Agência Nacional de Petróleo, segundo dispõe o Regulamento da Petrobrás, utiliza-se da licitação simplificada.¹⁷

Destarte, enquanto essas empresas não dispuserem de estatuto próprio ou adaptá-lo, aplicar-se-á o estatuído na lei geral e no diploma especial do pregão.

A Medida Provisória 2182-18, de 23 de agosto de 2001, conceitua o pregão como sendo a modalidade de licitação **para aquisição de bens e serviços comuns, promovida exclusivamente no âmbito da União**. As anteriores também forneciam o mesmo conceito.

Contratação de serviços de transporte de valores e de segurança privada e bancária

¹³ Para um estudo mais aprofundado, consultem-se, de Carlos Pinto Coelho Motta, *Eficácia nas Licitações & Contratos*, Del Rey, 2002, e de Roberto Dromi, *Licitación Pública*, Argentina, 1995.

¹⁴ O conceito de fundo especial está inscrito no artigo 71, da Lei 4320, de 3 de junho de 1964, *in verbis*: “produto das receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”.

¹⁵ Leia-se o comentário *infra* sobre a EC 19/98.

¹⁶ O Decreto 3555, de 8.8.2000, alterado pelos Decretos 3693, de 20.12.2000, e 3784, de 6.4.2001, regulamenta, no âmbito da União, a licitação, pela modalidade de pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.

¹⁷ Cf. Decreto 2.745/98.

Já o *caput* do artigo 2º do Projeto de Lei de Conversão citado e que foi vetado ampliava sua incidência para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, todavia excluía sua utilização na contratação de serviços de transporte de valores e de segurança privada e bancária. Esta constrição não se fundava em qualquer razão técnica.

O Presidente da República, com o veto, propiciou a aplicação dessa modalidade a todos os tipos de serviços, inclusive os de transporte de valores e de segurança bancária. A justificativa realmente impressiona, visto que, tecnicamente, nenhum impedimento existe para a proibição imposta e não constava da redação originária da Medida Provisória.

Compreende todas as esferas de governo

É verdade que, com a supressão do *caput* do artigo 2º, surge a dúvida quanto à incidência da Lei em todos os níveis de Governo, visto que o restritivo *caput* do artigo 2º da Medida Provisória fora substituído pela elástica redação dada pelo Projeto de Lei de Conversão (PLC) citado, prevendo sua aplicação a todos os integrantes da Federação (artigos 1º e 18 da Federação), mas, com o veto, a redação final ficou capenga, gerando incertezas.

Todavia, além do indicativo certo da ementa, com a expressa declaração de sua extensão a todos os participantes federativos e da referência expressa aos participantes da Federação (§ 2º do artigo 2º da Lei 10520/2002), há que se entender que a omissão da aplicação aos três níveis de Governo e ao Distrito Federal, em nada afeta seu entendimento amplo, pois a lei deve ser interpretada segundo sua finalidade e dentro do contexto e não restritivamente.

O intérprete não pode desconsiderar a ementa que é o resumo do que está contido numa lei.¹⁸ Clovis Bevilacqua, com fundamento no direito romano (Ulpiano e Juliano), é incisivo ao ensinar que aplicar a lei no caso concreto se traduz num processo de lógica jurídica e, se a lei é omissa, deve o aplicador inteirar-se do pensamento jurídico pelo método da analogia, para ampliar a compreensão do direito. Conclui que, na interpretação, deve-se atender antes de tudo ao que é razoável, tendo em vista sempre os princípios gerais a que os outros se subordinam.¹⁹

Literalmente interpretado o diploma legal, chegar-se-á à conclusão absurda de sua negação, o que atenta contra a própria filosofia da lei, ou, como ministra o Professor Luiz Vicente Cernicchiaro, “o Direito, como sistema, é uno. Não admite contradição lógica. As normas harmonizam-se”.²⁰

O § 2º do artigo vetado (veto do *caput* do artigo 2º) refere-se às unidades da Federação, ao sinalizar que estas terão regulamentos próprios. Este parágrafo é mais um

¹⁸ Este é o significado que lhe dá De Plácido e Silva. Cf. Vocabulário cit.

¹⁹ Cf. Teoria Geral do Direito Civil atualizada por Achilles e Isaias Bevilacqua, 7ª edição, Francisco Alves, 1955, p. 34 a 45.

²⁰ Cf. Direito e Justiça, do Correio Braziliense, Brasília, DF, de 14 de abril de 1997, p. 1.

ingrediente para a solução proposta acima. O Chefe do Executivo vetou o *caput*, porém não percebeu que poderia causar essa intransigência.

Conquanto vetado o referido *caput*, a lei, da forma que está redigida, autoriza que os três níveis de Governo e o Distrito Federal dele se utilizem, pois não há qualquer óbice quanto a sua abrangência. Muito pelo contrário.

Valor estimado da contratação

Novamente, o exegeta vê-se tomado de incerteza, em virtude do abismo criado pelo veto. Com o desaparecimento do *caput* do artigo 2º, surge mais uma dificuldade, quanto ao valor estimado da contratação, objeto da licitação. Pelo texto da Medida Provisória e do Projeto de Lei de Conversão, a determinação era expressa, no sentido de permitir a seleção por essa modalidade, qualquer que fosse o valor.

Sem embargo da lacuna da lei, é de se concluir que o valor da contratação não é empecilho para sua utilização, porque a justificativa do veto se refere apenas à exclusão da proibição de sua utilização na contratação de serviços de transporte de valores e de segurança bancária.

As razões apresentadas têm sempre em vista as licitações de grande vulto (milhões de reais), a economia e a rapidez obtidas com o pregão, de há muito utilizado na esfera federal.²¹ Vale dizer: o veto não visou impedir a aplicação do pregão às contratações de qualquer valor, mas sim suprimir a vedação de sua incidência na *contratação de serviços de transporte de valores e de segurança bancária*.

Carlos Maximiliano oferece preciosas lições, a respeito da melhor exegese. Ensina que o intérprete não pode abstrair o processo sistemático, pois “não se encontra um princípio isolado em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos, constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. Cada preceito é, portanto, membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço”.²²

Roma legou o ensinamento cristalino de que: *incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua partícula ejus proposita, judicare, vel respondere*. Ou seja, “é contra o Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma”.²³

²¹ Cf. Mensagem nº 638, de 17 de julho de 2002, publicada no DOU do dia seguinte (proposta de veto do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão).

²² Cf. Hermenêutica de Aplicação do Direito, Freitas Bastos, 6ª edição, 1957, p. 164 a 167.

²³ Celso, in Digesto, Livro I, Título III, fragmento 24.

Interpretação diversa, não levando em conta essas regras de ouro, fugirá do bom senso e conduz ao absurdo.

Lembre-se que não se aplicam, portanto, as regras dos artigos 22 e 23 da Lei 8666/93.

Objeto da licitação por meio do pregão

A licitação, por meio da modalidade pregão, poderá ser utilizada para a aquisição de bens e serviços comuns. O parágrafo único do artigo 1º especifica-os como sendo aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser definidos objetivamente pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Desempenho diz respeito à eficiência²⁴, eficácia, ação ou virtude de produzir um efeito.²⁵ *Qualidade*, na dicção do Aurélio, é propriedade, atributo ou condição das coisas ou das pessoas capaz de distingui-las das outras e de lhes determinar a natureza; numa escala de valores qualidade que permite avaliar e, conseqüentemente, aprovar, recusar ou aceitar qualquer coisa.²⁶

A Lei 8666/93 conceitua a **compra** como sendo a aquisição remunerada de bens, para fornecimento de uma só vez ou parceladamente. **Serviço** é toda a atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração

Cita, exemplificativamente, demolição, conserto, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro, trabalhos técnico-profissionais etc. A citação não é exaustiva.

Os **contratos de locação em que o Poder Público é locatário** submetem-se a regime jurídico diverso, previsto no artigo 62, § 3º, da Lei Geral – Lei 8666/93.²⁷

A lei é clara, precisa e incisiva. Somente os contratos de aquisição de bens e serviços comuns poderão adotar a licitação por meio do pregão²⁸.

O Decreto federal 3555/2000 delinea, no Anexo II²⁹, quais são esses bens e serviços. A classificação é exaustiva. O Decreto 3784/2001 incluiu itens de bens de consumo e de serviços comuns, na classificação descrita no Anexo referido antes.

²⁴ Vide caput do artigo 37 da CF, com a redação dada pela EC 19/98.

²⁵ Cf. Dicionário Aurélio e Houaiss cit.

²⁶ Cf. Dicionário Aurélio cit.

²⁷ Cf. nosso Contratos de Locação, in Curso Avançado de Licitações e Contratos Públicos, sob a coordenação de Toshio Mukai, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2000, p. 189/190.

²⁸ Sobre o real significado da expressão poder, leia-se o comentário inserido no item referente à Regulamentação Federal.

²⁹ O Anexo II foi alterado pelos Decretos 3693/2000 e 3784/2001.

Na área estadual, do Distrito Federal e municipal, deverão os Poderes Executivos respectivos baixar regulamento próprio. Nada impede, porém, que adotem o molde desenhado no regulamento federal.

As compras, no âmbito da Administração, em qualquer nível de Governo, se efetuadas pelo regime de registro de preços, nos moldes do artigo 15 da Lei 8666/93, poderão³⁰ também adotar o pregão como modalidade licitatória.³¹

A seu turno, a Lei 10.191, de 14 de fevereiro de 2001, foi modificada, para autorizar que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possam adotar o pregão, comum ou eletrônico, nas licitações de registro de preços para a aquisição de bens e serviços comuns da área da saúde, desde que integrem o Sistema Único de Saúde.

Os incisos I, II e III, do artigo 2-A acrescido à citada Lei 10191/2001, pela Lei 10520/2002, sob comento, define os bens e serviços comuns da área da saúde e as condições a serem observadas, se for adotado o pregão, como modalidade de licitação.

Bens e serviços comuns da área da saúde são aqueles que se prestam a atender os órgãos integrantes do Sistema Único de Saúde³². Os padrões de desempenho e qualidade deverão estar definidos com precisão, no edital, tendo em vista as especificações do mercado.

Na hipótese de o licitante-vencedor não estar apto a atender a quem promoveu a licitação, poderão ser convocados, de acordo com a ordem de classificação, tantos licitantes quantos sejam necessários para que o objetivo do certame se cumpra, respeitado o mesmo preço da proposta.

O legislador autorizou, ainda, que, em caráter excepcional, se, também, os licitantes convocados não puderem cumprir as necessidades, objeto da licitação, se promova o registro de outros preços, mesmo que em desconformidade com a proposta vencedora. Todavia, a qualidade ou desempenho deverão ser superiores. Impõe a lei que as ofertas apresentem um valor inferior ao limite máximo admitido. Tudo deve estar justificado e a vantagem devidamente comprovada.

A redação deste inciso (de nº III do artigo 2º A) gera uma grande dúvida, quanto ao desempenho e à qualidade dos bens ou serviços, se o licitante-vencedor aceitasse ou, em caso negativo, se os demais classificados admitissem ter condições de cumprir a exigência. Por que, na hipótese do inciso III, a lei impõe que a qualidade ou desempenho sejam superiores. Poderão, então, naqueles casos, a qualidade e o desempenho ser inferiores? Na verdade, o legislador foi muito infeliz na redação do texto e na idéia que quis exprimir.

³⁰ Leia-se o comentário a respeito da expressão poder, no item Regulamento Federal.

³¹ Sobre o tema, consulte-se o livro de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, *Compras pelo Sistema de Registro de Preços*, Editora Jaurez de Oliveira, 1998, sem embargo de ter sido escrito, sob a égide do Decreto 2743/98, revogado pelo 3931, de 19.9.2001, dados os significativos ensinamentos que encerra.

³² Cf. o parágrafo único do artigo 1º c/c o inciso I do artigo 2-A acrescido à Lei 10191/2002.

Vantagens

A disputa pelo fornecimento far-se-á, necessariamente, por meio de propostas de preços, por escrito, e lanços verbais, em sessão pública, dando-se significativo destaque à negociação, com o objetivo de a Administração conseguir o melhor preço.

Muitas são as vantagens do pregão, distinguindo-se a presteza, busca de melhor preço, redução de gastos e desburocratização.

A Lei não obriga sua adoção, apenas faculta. Entenda-se, porém, que o administrador deverá prioritariamente optar por essa modalidade, por ser ela menos custosa e mais rápida³³.

Assim, as compras e os serviços serão mais econômicos, seguros e eficientes, vindo ao encontro da finalidade da lei.

Pregão eletrônico

O pregão eletrônico é a licitação realizada, com a utilização de recursos de tecnologia da informação.

A nova legislação, acompanhando as mais recentes conquistas científicas e tecnológicas das últimas décadas, propicia à Administração dos três níveis de Governo e do Distrito Federal a utilização dos recursos eletrônicos ou de tecnologia da informação e de ferramentas mais modernas e céleres, em consonância com os princípios maiores da presteza, desburocratização e eficiência, na forma de regulamentação específica.

O Decreto federal 3697, de 21 de dezembro de 2000, disciplina a utilização do pregão eletrônico³⁴.

Bolsa de mercadorias

José Náufel conceitua a bolsa como sendo a instituição autorizada, pelo Governo, a funcionar, em consonância com a lei, visando reunir, periodicamente, corretores, comerciantes e outros interessados, para a realização de operações e negociações de mercadorias, títulos, ações de bancos ou de sociedades por ações, títulos de fundos públicos, metais preciosos e quaisquer papéis de crédito.³⁵

De Plácido e Silva acrescenta que essas bolsas têm função dupla, pois, além de colocar os produtos ou títulos (valores), regularizam seus preços no tempo e no espaço.

³³ Leia-se o comentário a respeito da expressão *poder*, no item Regulamento Federal.

³⁴ Este decreto foi editado para regulamentar o parágrafo único da Medida Provisória 2026-7, de 23 de novembro de 2000. Dispõe sobre normas e procedimentos para a realização de licitação na modalidade de pregão eletrônico, objetivando a aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito federal.

³⁵ Cf. Dicionário cit.

Este autor preleciona, ainda, que, por extensão, também o local onde ocorrem essas reuniões se denomina bolsa³⁶.

A seu turno, bolsa de mercadorias é aquela que tem por finalidade fazer operações sobre mercadorias ou gêneros, notadamente produzidos em larga escala, como o algodão, café, cereais etc³⁷.

Este é também o sentido que lhe dá Maria Helena Diniz³⁸

A Administração Pública da União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderá valer-se do apoio técnico e operacional das bolsas de mercadorias, que deverão organizar-se sob a forma de sociedades civis sem fins lucrativos, apoiadas por corretoras que operem os sistemas eletrônicos unificados de pregões. Essa inovação tem origem no projeto de lei de conversão e permitirá, com esses conhecimentos técnicos, melhor desempenho da máquina estatal.

Regulamentação federal

No âmbito da União, a regulamentação, inequivocamente, já existe e fez-se por meio de dois decretos. Conquanto não se aplique às demais esferas de poder, poderá servir de modelo.

Alguns doutrinadores ensinam que, havendo decreto federal regulamentando lei nacional, descabe regulamentação local, como é o caso presente. Outros, porém, não admitem sequer a sobrevivência do decreto- regulamento, tampouco na área federal, fundamentando sua tese no fato de que a conversão da Medida Provisória em lei fez desaparecer o alicerce de sua existência.³⁹

O Decreto 3555/2000 manda que o administrador dê preferência à licitação pública na qualidade de pregão. Eis que se deve entender essa faculdade como expressão de poder-dever, visto que essa modalidade assegura, por meio da disputa justa entre os interessados, a compra mais econômica, segura, eficiente e dinâmica.

Esta é também a opinião de Carlos Pinto Coelho Motta, que avoca em seu socorro os ensinamentos de Carlos Maximiliano e Rudolf von Ihering.⁴⁰

A Administração Federal, que já o vinha utilizando largamente, foi a grande beneficiária, servindo de exemplo para as unidades federativas.

³⁶ Cf. Vocabulário Jurídico, Forense, 1982, volume I.

³⁷ Cf. Vocabulário cit.

³⁸ Cf. Dicionário Jurídico, Saraiva, 1998, volume I.

³⁹ Cf. Consulta respondida pela Consultoria da Editoria NDJ, São Paulo, sob a coordenação do ilustre publicista Marcelo Palmieri, citando o Professor Diógenes Gasparini, em 25 de julho de 2002, inédito. Cf., também, deste autor, Direito Administrativo cit., p. 107.

⁴⁰ Cf. op. cit., p. 645.

A convocação dos interessados em participar da licitação far-se-á não apenas pelo Diário Oficial e pelo jornal de grande circulação, obedecendo à forma tradicional, mas também pelos meios eletrônicos, na Internet.

O Decreto federal 3697, de 2000, regulamenta o parágrafo único do artigo 2º da Medida Provisória 2026-7, de 23 de novembro de 2000, estabelecendo normas e procedimentos e determinando a realização do pregão eletrônico, em sessão pública, em homenagem ao princípio constitucional da publicidade, por meio do sistema eletrônico a ser divulgado pela *Internet*.

Para a preservação da segurança do sistema, utilizam-se os recursos de criptografia, autenticação, senha, chave de identificação etc.

Atualmente, já contam os técnicos com inúmeras ferramentas e aperfeiçoam-se as já existentes, com o objetivo de salvaguardar a privacidade, a transparência, os direitos fundamentais do homem e oferecer confiabilidade, sem embargo de ainda muito faltar para atingir o ideal, notadamente no campo legislativo e da cooperação internacional.

Criptografia⁴¹ é um conjunto de técnicas, para criptografar, cifrar, codizar a escrita tornando-a incompreensível, segundo normas estabelecidas num código ou numa cifra, e dificultar o acesso por pessoas estranhas a essas convenções⁴².

Autenticar é reconhecer como verdadeiro, legitimar juridicamente um ato.⁴³

Senha é a ação, palavra ou fórmula secreta, previamente ajustada, para ser usada como forma de reconhecimento.

O citado Decreto 3697/2000 disciplina a realização de licitações por intermédio do pregão eletrônico, para a aquisição de bens e serviços comuns, descritos no artigo 3º do Decreto 3555/2000 e suas alterações posteriores.

Esses bens e serviços comuns devem apresentar um padrão de desempenho e qualidade tal que possam ser descritos no edital, de forma concisa e objetiva, em sintonia com as especificações usuais praticadas no mercado.

Dadas as peculiaridades, ficam excluídos, pelo decreto supracitado, os serviços de engenharia, as obras, as alienações em geral e as locações de imóveis, que se sujeitam às modalidades previstas na Lei Geral de Licitações – Lei 8666/93.

⁴¹ [De cript(o)- + graf(o)- + ia]

⁴² Cf. Dicionários Houaiss e Aurélio citis.

⁴³ Cf. Dicionário Houaiss cit.

Decreto - Regulamento - Medida Provisória - Lei

O Decreto 3555/2000 foi editado para regulamentar a Medida Provisória 2026-3, de 28 de julho de 2000,⁴⁴ no âmbito federal. Entretanto, este diploma não foi apreciado pelo Congresso Nacional, tendo o Presidente da República adotado, em 23 de agosto de 2000, a MP 2026-4 e assim sucessivamente até a MP 2182-18, sempre convalidando os atos praticados com base na medida provisória anterior.

A convalidação dos atos praticados durante sua vigência, já o dissemos em nosso livro *Medidas Provisórias*, deve ser operada pelo Congresso Nacional, e não por medida provisória expedida pelo Chefe do Executivo⁴⁵ (artigo 62, parágrafo único). Atualmente a Constituição é expressa na ordem, quando atribui ao Congresso Nacional a competência para disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas decorrentes das medidas provisórias que perderam eficácia (§ 3º do artigo 62, com a redação dada pela EC 32/2001). De qualquer forma, as relações jurídicas delas decorrentes vinham sendo convalidadas pelas medidas provisórias subseqüentes, e a lei, finalmente, convalidou os atos praticados com base na Medida Provisória 2182/2001.

Em face das sucessivas reedições das medidas provisórias e, portanto, do esvaziamento de cada uma delas, com a perda da eficácia, na medida em que o Congresso Nacional não a tivesse apreciado e convertido em lei, questão de sumo interesse surge com relação a decreto regulamentar de medida provisória que não tenha sido apreciada no prazo constitucional.

Indaga-se se o decreto-regulamento continua em vigor, na hipótese de a medida provisória ser substituída por outra, como vinha acontecendo, ou, como no caso concreto, pela lei.

Não temos dúvida em afirmar que o decreto permanece íntegro, para regulamentar os atos na esfera federal, desde que a nova medida provisória ou a lei contenha a mesma matéria regulamentada, com mínima variação, isto é, não disponha de modo diferente e as relações decorrentes do diploma anterior tenham sido convalidadas, isto é, naquilo que não colidir com a lei.

Hely Lopes Meirelles afirma, categoricamente, que o decreto vigora, em sua plenitude, se a matéria regulamentada estiver contida na nova lei.⁴⁶

Diógenes Gasparini leciona, que os decretos-regulamento fundamentam sua legitimidade na lei que eles regulamentam e, desaparecendo esta, deixa o decreto regulamentador de existir.⁴⁷

⁴⁴ Sobre Medidas Provisórias, consultem-se nossos *Medidas Provisórias*, Ed. Revista dos Tribunais, 1981, e *Medidas Provisórias – Instrumento de Governabilidade*, Editora NDJ, 2003.

⁴⁵ Cf. nosso *Medidas Provisórias*, Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 60 a 62.

⁴⁶ Cf. *Direito Administrativo Brasileiro*, 20ª edição, Malheiros Editores, p. 163.

⁴⁷ Cf. *Direito Administrativo*, Saraiva, 4ª edição, 1995, p. 107.

Contudo, com relação à medida provisória, desde que seja objeto de reedição e convalidadas as relações dela decorrentes, entende esse autor que o decreto regulamentador continua em vigor⁴⁸.

Outra questão significativa diz respeito à regulamentação de medida provisória.

A regulamentação da medida provisória, por decreto do Executivo, é perfeitamente lícita, visto que ela é lei, sem embargo de o ser, sob condição resolutiva. Seria absurdo que a Carta previsse, como de fato prevê, a edição desses atos, com vigência imediata, e não fosse possível regulamentá-la, o que seria uma contradição total, um verdadeiro paradoxo, já que sua execução poderia tornar-se inviável.

O texto legal deve ser interpretado inteligentemente, de modo que não conduza ao absurdo, segundo o pensamento sábio de Carlos Maximiliano, ou, na palavra lapidar do Ministro Sálvio de Figueiredo, a interpretação das leis é obra de raciocínio, mas também de sabedoria e bom senso, não podendo o julgador ater-se exclusivamente aos vocábulos, senão aplicar os princípios que informam as normas positivas.

Existindo, pois, decreto regulamentando a matéria, não deve este ser desprezado.

Observe-se, porém, que os Decretos 3555/2000 e 3697/2000 somente se aplicam à União.

Princípios cardeais

Os princípios básicos a que se submete o pregão são a legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência (desempenho), igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, celeridade, finalidade, razoabilidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objetiva das propostas. Nenhuma dessas diretrizes pode faltar.

A interpretação das normas de licitação far-se-á sempre da forma mais ampla possível, visando à ampliação da disputa entre os interessados, levando em conta o interesse da Administração, a segurança e a finalidade do contrato.

Recursos orçamentários

A previsão de recursos, isto é, a disponibilidade de recursos orçamentários, para pagamento dos encargos, no exercício financeiro, é *conditio sine qua non*, para a celebração do contrato (artigo 19 do Regulamento federal).

⁴⁸ Cf. palestra proferida em cursos organizados pela Editora NDJ.

A previsão de recursos orçamentários (obras e prestação de serviços – artigo 7º; compras – artigo 14 da Lei 8666/93) é essencial (art. 55, V, da Lei mencionada).

Não se fará nenhuma licitação nem se celebrará contrato sem a disponibilidade de recursos.

A Constituição é imperativa neste sentido⁴⁹.

A Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, aplica-se à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, compreendendo os Poderes Executivo, Legislativo (neste abrangidos os Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municipais, onde houver), o Judiciário e o Ministério Público. Também lhe devem obediência as administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes⁵⁰.

Este diploma legislativo traça as diretrizes para a realização da licitação e celebração dos contratos⁵¹.

A inobservância dessas normas sujeita o agente às sanções administrativas e penais, bem como à Lei de Improbidade Administrativa.

Licitação⁵²

Os contratos realizados com a Administração Pública deverão, obrigatoriamente, ser precedidos de licitação, salvo as exceções previstas na Lei 8666/93, e são extremamente formais e obrigatórios, nos casos de concorrência e tomada de preços, assim como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites dessas modalidades de licitação.

São facultativos os termos dos contratos, quando a Administração puder substituí-los por outros instrumentos⁵³, tais como carta-contrato⁵⁴, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução.

Visando simplificar, o legislador faculta a Administração adotar o pregão, mas aplicar-se-ão subsidiariamente as normas da Lei 8666/93, seguindo a ordem emanada do artigo 9º.

⁴⁹ Cf. Capítulo II do Título VI.

⁵⁰ Cf. artigos 1º e 2º.

⁵¹ Cf., de Carlos Pinto Coelho Motta Pinto, *Gestão Fiscal*. Del Rey, 2001., e, de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, *Responsabilidade Fiscal*, Brasília Jurídica, 2001.

⁵² Sobre licitações, consulte-se, de Ivan Rigolin e Marco Tullio Bottino, *Manual Prático das Licitações*, Saraiva, 1995, e de Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, Saraiva, 1995, 4ª edição.

⁵³ Sobre o assunto, consulte-se *Eficácia nas Licitações e Contratos*, de Carlos Pinto Coelho Motta, Del Rey, 2002.

⁵⁴ Nas relações comerciais, a carta – contrato é muito comum e faz-se através de troca de correspondência, entre as partes, e aposição da nota de acordo.

Autoridade competente⁵⁵

Cabe, à autoridade competente, isto é, àquele a quem o regimento ou o estatuto do órgão ou da entidade conferir essas atribuições: 1 - determinar a abertura da licitação, 2 - designar o pregoeiro e os componentes da equipe de apoio. 3 - decidir os recursos contra atos do pregoeiro. 4 - homologar o resultado da licitação e 5 - promover a celebração do contrato.

Cumpre-lhe, ainda, entre outras atividades, por si ou por delegação de competência ao pregoeiro ou ao ordenador de despesas ou ao agente encarregado da compra: 1- definir o objeto da licitação e o seu valor estimado em planilha, com clareza, concisão e objetividade. 2 - justificar a necessidade da aquisição e 3 - estabelecer os critérios de aceitação das propostas, as exigências de habilitação, as sanções administrativas aplicáveis por inadimplemento e as cláusulas contratuais, os prazos e demais condições essenciais.

Pregoeiro⁵⁶

O pregoeiro, designado pela autoridade competente, dentre os servidores do órgão ou da entidade, que está promovendo a licitação, é o responsável pelos trabalhos do pregão. Não é qualquer servidor, senão aquele que tiver habilitação específica.

Poderá contar com uma equipe de apoio, para lhe prestar assistência, designada pela autoridade competente, constituída, em sua maioria, de servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da Administração. A preferência recairá sobre servidores do quadro permanente do órgão ou da citada entidade.

Entre as relevantes funções do pregoeiro, distinguem-se: 1 - o credenciamento dos interessados. 2. o recebimento dos envelopes das propostas de preços e da documentação de habilitação. 3 - a abertura dos envelopes das propostas de preços. 4 – o seu exame e a classificação dos proponentes. 5 - a direção dos procedimentos referentes aos lances e à seleção da proposta ou do lance de melhor preço. 6 - a adjudicação da proposta de menor preço. 7 - a elaboração de ata. 8 - o recebimento, a apreciação e a decisão sobre recursos. 9 - o encaminhamento, à autoridade superior, do processo devidamente instruído. após a adjudicação, para a homologação e a contratação.

Cabe-lhe, também, nas hipóteses previstas no Regulamento, negociar diretamente com o licitante, visando conseguir melhor preço.

No Ministério da Defesa, o pregoeiro e a equipe de apoio poderão constituir-se de militares.

⁵⁵ Estas normas regulamentares valem para a União (Decreto federal 3555/2000), mas seu modelo é pertinente às Unidades Federativas.

⁵⁶ Estas normas regulamentares valem para União (Decreto federal 3555/2000), mas seu modelo é pertinente às Unidades Federativas.

Melhor preço

O melhor preço não significa desprezo à qualidade. Não é o único elemento para apreciação. A autoridade competente não só deve justificar a necessidade da aquisição, mas, ao julgar, deverá considerar, além do critério de menor preço, os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas, os parâmetros mínimos de desempenho de qualidade e as demais especificações do edital.

O critério melhor preço não pode ser analisado, isoladamente.

Assinatura do contrato

Logo após a homologação da licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato, no prazo definido pelo edital.

O contrato somente poderá ser celebrado se o licitante vencedor mantiver as mesmas condições de habilitação. Esta diretriz, para a área federal, está inscrita no inciso XXI do artigo 11 do decreto regulamentar.

Recusa de assinar o contrato

Para os contratos com a União, o Regulamento prevê a hipótese de o adjudicatário recusar-se a assinar o contrato, sem justificativa plausível. Neste caso, convocar-se-á outro licitante, com observância da ordem de classificação, sucessivamente, de conformidade com os incisos XV e XVI e XI, XII do artigo 11 do citado Decreto 3555/2000. Estas mesmas regras aplicam-se, se o licitante vencedor não estiver em situação regular no ato da assinatura do contrato, sem prejuízo das sanções cabíveis.

Marcelo Palmieri observa que a diretriz fixada nesse decreto é diferente daquela indicada no § 2º do artigo 64 da Lei 8666/93, com relação à chamada dos licitantes para contratar.⁵⁷

Formalidades do contrato

Alerte-se que os atos essenciais do pregão e os decorrentes de meio eletrônico deverão constar do respectivo processo, para apresentação aos órgãos de controle.

Os contratos e seus aditivos também se submetem às formalidades previstas na Lei Geral – Lei 8666/93 e às mesmas regras de simplificação.

Por óbvias razões, os prazos dos contratos, que têm por base a licitação pelo pregão, ficam submetidos a este supracitado diploma legislativo, inclusive quanto à duração, nulidades, condições etc.⁵⁸

⁵⁷ Cf. O Pregão, aspectos práticos, publicado na Revista dos Tribunais, volume 780, página 741, outubro de 2000, e editado no site www.jus.com.br

⁵⁸ Sobre a matéria, confira nosso *Duração de Contratos Administrativos*, in Curso Avançado cit., p. 163 a 198.

Negociação

A negociação é o ponto nevrálgico. O pregoeiro goza de extrema autoridade para negociar diretamente com o proponente, com vistas a obter o melhor preço, sem prejuízo, repita-se, da qualidade e da eficiência.

Publicidade do contrato

A publicidade dos atos administrativos e, por via de consequência, dos contratos administrativos e seus aditivos, qualquer que seja a modalidade de licitação eleita, tem como fonte a Carta Maior, assim que os extratos dos contratos, para terem eficácia, devem obrigatoriamente ser publicados, na imprensa oficial (artigo 60, parágrafo único, c/c o artigo 6º, XIII, da Lei 8666/93), obedecidos os prazos estipulados na lei geral.

A lei estadual, do Distrito Federal ou municipal não poderá dispensar a publicação, já que a publicidade é norma geral, com embasamento constitucional; os prazos, entretanto, poderão por lei local ser encurtados ou dilatados.

No entanto, na esfera federal, o artigo 20 do Decreto 3555/2000 comanda que a publicação do extrato de contrato se faça, no Diário Oficial da União, no prazo de vinte dias da data de sua assinatura, indicando ainda a modalidade de licitação e seu número de referência. Seu descumprimento implicará na aplicação de sanções administrativas.

O parágrafo único do artigo 60 da Lei 8666/93 (norma geral), contudo, determina, energicamente, que os contratos e seus aditamentos deverão ser obrigatoriamente publicados na imprensa oficial (*in casu*, no Diário Oficial da União), como condição indispensável para sua eficácia. A administração deverá providenciar a publicação até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias⁵⁹. Vale dizer, o decreto não pode, absolutamente, alterar a lei.

Sublinhe-se que o regulamento, como ato administrativo, posto em vigência, por decreto, não tem força bastante para modificar a Lei 8666/93, no que concerne ao prazo assinado para promover a publicação. Poderiam fazê-lo a lei ou a medida provisória, enquanto estava em vigor, mas não o fizeram.

Robertônio Pessoa, apoiado na melhor doutrina (Celso Antonio Bandeira de Mello, Michel Stassinopoulos, Fritz Fleiner e Ana Cândida Ferraz, entre outros), advoga que a atividade administrativa deve ser exercida, de conformidade com os limites pré-estabelecidos pela lei e, com Ana Cândida, escreve: quando o regulamento ultrapassa essas barreiras, o ato do Executivo revela-se abusivo.⁶⁰

⁵⁹ Cf. Nosso trabalho Publicidade e Eficácia, in Curso Avançado de Licitações e Contratos Públicos, cit., p.191 a 198.

⁶⁰ Cf. Curso de Direito Administrativo, Editora Consulex, 2000, p. 200 usque 205.

Na lição de Hely Lopes Meirelles, sendo o regulamento ato inferior à lei, não pode ele contrariá-la, sob pena de nada valer, ser írrito, nulo e ilegal, configurando-se, deste modo, total ilegalidade.⁶¹ Cita em abono a esse entendimento acórdão do Supremo Tribunal Federal.⁶² Não pode, assim, invadir as reservas legais, cabendo-lhe tão somente tornar a lei explícita dentro dos limites delineados por esta⁶³.

Entretanto, somente a autoridade competente poderá questionar a validade do artigo 20, no foro competente e pelos meios legais, visto que o ato administrativo, não importa o nome que se lhe dê, goza da presunção de legitimidade, e, por isso mesmo, enquanto não ocorrer sua invalidade, eles são plenamente válidos e operantes, quer para o Poder Público, quer para os súditos.

Estes atos, contudo, são passíveis de sustação até a manifestação de validade ou invalidade dos mesmos, seja através de recursos internos, seja através de ações próprias.

Enquanto esta providência não for tomada, o prazo previsto, no Decreto 3555/2000, deve ser obedecido em sua plenitude pela Administração da União.

A Lei, num rasgo de extrema felicidade, obriga a convocação dos interessados por meio de publicação no Diário Oficial ou, à sua falta, em jornal de circulação local. Contudo, faculta sua divulgação, pelos meios eletrônicos, aproveitando-se sem dúvida os recursos da moderna tecnologia e, se se tratar de licitação de grande vulto, a publicidade poderá dar-se também pelos jornais de grande circulação,

É lamentável que o legislador não tenha tornado obrigatória a publicidade desses atos através da Internet, quando até os interrogatórios de presos se farão por esse processo, e o mundo jurídico vem aderindo a esse meio eficaz e rápido de transmissão de dados. Atualmente, é impensável abrir-se mão desse fabuloso instrumento de trabalho.

Duração dos contratos

Os contratos administrativos estão adstritos à vigência do respectivo crédito orçamentário, que segue o exercício financeiro. Esta é a regra ditada pelo artigo 57, *caput*, da Lei 8666/93. Não obstante, prevê esta disposição as exceções inscritas nos respectivos incisos e no § 3º do artigo 62, devidos às peculiaridades desses contratos.⁶⁴

O § 9º do art. 165 da CF assenta que cabe à lei complementar dispor sobre o exercício financeiro. A Lei 4320, de 1964, no artigo 34, registra que o exercício financeiro coincidirá com o ano civil.

⁶¹ Cf. Direito Administrativo Brasileiro, 20ª edição, Malheiros Editores, p. 163.

⁶² Cf. ADIn 311-9, RT 661/207, Pleno.

⁶³ Cf. op. cit., p. 162/163.

⁶⁴ Cf. Contratos de Locação, in Curso Avançado de Licitações e Contratos Públicos, sob a coordenação de Toshio Mukai, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2000, p. 189/190.

Os contratos de prestação de serviços continuados poderão ter sua duração prorrogada, além do exercício financeiro, por iguais e sucessivos períodos, segundo a redação dada pela Lei 9648, de 27 de agosto de 1998. Anteriormente, o inciso II fora modificado pela Lei 8883, de 8 de junho de 1994.

Serviços contínuos são aqueles que não podem ser suspensos ou interrompidos. A interrupção ou suspensão poderá causar dano ou prejuízo, de monta. É imprescindível a continuação de sua execução. Esta é também a orientação do Tribunal de Contas da União⁶⁵.

O inciso II do artigo 57 impõe, porém, certas restrições que não podem ser olvidadas. Essa prorrogação somente poderá ser feita, se os preços dos serviços e as condições forem mais vantajosas.

A prorrogação poderá fazer-se por iguais e sucessivos períodos e não pode ultrapassar sessenta meses, excetuada a hipótese inscrita no § 4º desse artigo, que permite, em caráter excepcional, a dilação do prazo em até 12 meses, mediante autorização da autoridade superior e motivação, isto é, justificativa plausível. O § 2º do artigo 57 desse diploma legislativo é categórico, ao exigir, nesses casos, a justificação por escrito e autorização prévia da autoridade competente para celebrar o contrato.

Duas questões de suma importância apresentam-se ao aplicador da lei e ao intérprete.

1. O **fornecimento** pode ser acomodado no inciso II do artigo 57 mencionado?

Fornecimento é a aquisição remunerada de bens ou, na dicção do inciso III do artigo 6º, da LLCA⁶⁶, **compra** é toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente.

A resposta a essa indagação é positiva, desde que se caracterize a continuidade e seja devidamente justificada essa situação pela Administração, em harmonia com a Doutrina e a jurisprudência das Cortes de Contas. Neste sentido, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁶⁷.

2. Pode a Administração utilizar-se do pregão, em se tratando de serviços de duração continuada?

Respondemos afirmativamente, tendo em vista a filosofia que norteou o legislador (presteza, desburocratização, melhor preço e condições) e a redação do inciso II

⁶⁵ Cf. Decisão do TCU, in Boletim de Licitações e Contratos - BLC, da Editora NDJ, 10/97, p. 509; Idem, Boletim citado 6/96, p. 300; idem, 10/95, p.505, e 8/93, p. 333.

⁶⁶ LLCA: Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8666/93.

⁶⁷ Cf. Contratação Direta Sem Licitação, Brasília Jurídica, 4ª edição, 1999, p. 115. Vide, também, de Carlos Pinto Coelho Motta, Eficácia cit., p. 456.

do artigo 57 da citada Lei geral – 8666/93, que autoriza a prorrogação do contrato de prestação de serviços a serem executados de forma continuada por iguais e sucessivos períodos, desde que os preços e as condições sejam as melhores e mais proveitosas.

Os desígnios da lei, em ambas as hipóteses, sediam-se na obtenção de melhor preço e condições mais vantajosas.

Não há, pois, incompatibilidade na escolha da modalidade pregão, mesmo que se trate de contratação de prestação de serviços continuados, devido à rapidez desse procedimento. Muito pelo contrário.

Não obstante, a Administração somente estará autorizada a eleger esta modalidade, se se tratar de bens e serviços comuns, nos termos da lei.

Sistema de registros de preços

A lei permite que a União e as Unidades federadas adotem o pregão, nas licitações de registros de preços, para compra de materiais hospitalares, inseticidas, drogas, vacinas, insumos farmacêuticos e medicamentos. A condição é que esteja previsto no edital de licitação de registro de preços. Ironicamente, o § 2º do artigo 2º da Lei 10191/2001⁶⁸ indica que o edital não pode, em nenhuma hipótese, contrariar a legislação vigente, como se fosse necessário este pito ou aviso ao administrador público.

O Decreto federal 3931, de 19 de setembro de 2001, regulamenta, na área federal, as contratações de serviços, a locação e a aquisição de bens efetuadas pelo Sistema de Registro de Preços, em face do disposto no artigo 15 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos⁶⁹.

Esse dispositivo está sediado na Seção V deste último diploma legislativo, que trata das compras e traça as diretrizes e as condições em que elas devem ocorrer.

Manifestação do órgão jurídico

O parágrafo único do artigo 38 da Lei 8666/93 exige a prévia apreciação das minutas de editais de licitação e dos contratos e acordos, convênios⁷⁰ ou ajustes, pela assessoria jurídica da Administração.

⁶⁸ Essa lei é consequência da Medida Provisória 2070-27. A primeira a tratar da matéria é a MP 1796, de 6 de janeiro de 1999.

⁶⁹ Sobre o tema, consulte-se, de Jorge U. J. Fernandes, *Compras pelo Sistema de Registro de Preços*, Brasília, Editora Juarez de Oliveira, 1998.

⁷⁰ Sobre Convênios, leia-se nosso trabalho, publicado, na Revista dos Tribunais 751/166, maio de 1998, na Revista do IASP, ano 2, vol. 3, janeiro – junho 1999; no Boletim de Direito Municipal, Editora NDJ, N° 11, (novembro 2000). Ainda: nosso Os Convênios Administrativos, publicado, na Revista dos Tribunais 669/39, Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados 76/39 e no Boletim de Licitações e Contratos 3/90. Também na Revista de Informação Legislativa 125/112. Consultem-se ainda o trabalho de Maria Garcia, in op. cit.; de Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 20ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, e José Emmanuel Burle Filho, 02-1995; de Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*.

Esta disposição é radical, no seu comando, não podendo a Administração Pública de qualquer das esferas federadas prescindir dessa manifestação.

O Regulamento federal inclui, no âmbito da União, entre os atos essenciais do pregão e do pregão eletrônico, o parecer jurídico.

A razão desta exigência está no fato de serem privativas da advocacia as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídica. A advocacia é exercida, privativamente, por bacharéis em Direito inscritos na OAB. A lei inquina de nulidade a prática desses atos por leigos, que ficarão sujeitos às sanções penais, civis e administrativas⁷¹.

Incidência do código de defesa do consumidor

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, agasalhado pela Lei 8078, de 11 de setembro de 1990, tem plena aplicação nos contratos com a Administração, quando esta se coloca na qualidade de consumidora ou usuária, ao adquirir bens (compra) ou utilizar serviços como destinatária final e, como tal, merece a proteção dessa lei, nos casos que a legislação especial previr.

Opõem-se alguns doutrinadores a esse entendimento, em virtude de a Administração gozar da proteção da lei de licitações e contratos, na medida que impõe as condições iniciais e, com as cláusulas extravagantes, dispõe de poderes excepcionais de que carece o particular.

Entretanto, nem sempre ela está resguardada por essas cláusulas.

Citem-se, como exemplo, as compras, se realizadas, por meio da dispensa de licitação, nos casos que a lei autoriza, e com a dispensa também do recebimento provisório.

Exemplificando, ainda, há de se mencionar a utilização, por ela, na qualidade de usuária (destinatária final) dos serviços de telefonia, fornecimento de gás, energia elétrica, água etc.

Nesses casos, sua posição é exatamente idêntica à do consumidor comum. O Código não distingue entre pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, quando usuárias.

Sua exclusão desse rol afronta, sem dúvida, a Constituição (artigo 5º, XXXII).⁷²

⁷¹ Cf. nosso *Advocacia Pública e a Crise do Estado-Nação*, com ampla bibliografia, in *Advocacia Pública*, publicação oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, São Paulo, edição 11, setembro de 2000, p. 10 e segs.

⁷² Cf. Nosso trabalho *O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os Contratos Administrativos*, publicado in *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* n.º 27, de abril-junho de 1999, no *Boletim de Licitações e Contratos* de agosto de 1999, número 8; *ADCOAS*, 8, AGOSTO 99, e na *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, da Associação Portuguesa de Consumo, Coimbra, Portugal, dirigido por Mario Frota, n.º 17, março de 1999, e na *VIA LEGIS*, de Manaus, maio 1999), Consulte-se também esse trabalho no *Curso Avançado de Licitações e Contratos Públicos* cit. Cf. também, de Carlos Pinto Coelho Motta, op. cit., p. 501.

Autores há que se manifestam contrariamente à sua incidência, quando se tratar de contratos administrativos. Não obstante, essa rigidez levada ao extremo contrariará também a postura constitucional, depois de alterado o artigo 173 pela Emenda Constitucional 19/98, em se tratando de empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que explorem atividade econômica de produção e comercialização de bens ou prestação de serviços.

Aplicação subsidiária da LLCA

As normas da Lei 8666, de 1993, e suas alterações posteriores, aplicar-se-ão, subsidiariamente, à lei que trata da modalidade de pregão.

