

PREGÃO ELETRÔNICO: QUESTÕES CONTROVERSAS

Mirela Mendonça Valente Gonçalves

RESUMO

O presente trabalho apresenta uma das modalidades de licitação, conhecida como pregão eletrônico, introduzida no ordenamento jurídico por meio da Lei n. 10.520/2002, e na sequência regulamentada pelo Decreto n. 5450/2005. O Pregão eletrônico está inserido nas ações do governo federal denominado governo eletrônico, as quais buscavam democratizar o acesso às informações públicas por meio do uso da tecnologia da informação e com isto proporcionar uma administração pública mais eficiente e transparente na condução de seus procedimentos, tornando-se assim a principal modalidade licitatória no âmbito da Administração Pública na aquisição de bens e serviços comuns. Cumpre destacar que ocorre na prática uma violação ao direito de recorrer do interessado no certame, visto que apresentada a intenção de recurso pelo licitante, o pregoeiro deve ater-se ao juízo de admissibilidade formal, não se adentrando no mérito recursal que somente é trazido com as razões do Recurso. Outrossim, há quem sustente na doutrina a tese de inconstitucionalidade/ilegalidade do pregão eletrônico ter sido introduzido por meio de Decreto Regulamentar. De outro modo, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou consolidando o entendimento de que decreto regulamentar não pode ser considerado inconstitucional, por traduzir-se em ato administrativo, podendo somente ser questionado no âmbito da ilegalidade. O decreto em comento traz alguns dispositivos controversos, os quais neste trabalho segue o entendimento de que há ilegalidade apenas no tocante à vedação da realização de pregão eletrônico para a contratação de serviços de engenharia, desde que estes sejam comuns, o que não invalida o Decreto como um todo, sendo considerado válido do ponto de vista jurídico.

Palavras- Chave: licitação, pregão eletrônico, serviços comuns.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é relevante para a Administração Pública, bem como para os particulares que participam de procedimentos licitatórios, tendo em vista que a modalidade de licitação, denominada pregão é passível de utilização por todos os entes federados, tendo por fito a aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação. Algumas características intrínsecas à modalidade ora mencionada têm permitido a redução do preço das contratações, com sensível vantagem ao Erário. Trata-se, assim, de modalidade de licitação rotineira nos Órgãos Públicos.

A pesquisa em tela está inserida na área jurídica, sendo um trabalho fundamentalmente teórico, por meio de pesquisa bibliográfica e análise de textos doutrinários e jurisprudenciais. A metodologia utilizada é qualitativa, com análise exemplificativa de caso, o qual tem por fito ilustrar algumas das questões suscitadas que são objeto desta pesquisa.

Faz-se uma abordagem histórica acerca do pregão eletrônico, de modo a verificar em que momento histórico a norma jurídica que o estabeleceu foi criada, bem como os motivos pelos quais foi aprovada. Para entender a importância desta modalidade licitatória, faz-se necessário traçar um comparativo com as demais modalidades licitatórias, entendendo as suas características e peculiaridades.

Cumprir destacar que as decisões dos Tribunais Superiores, bem como da Corte Maior de Contas são destacadas, dadas sua importância para o tema.

Desta maneira, esta obra tem por escopo fomentar a discussão da inconstitucionalidade/ilegalidade da legislação que trata do tema pregão eletrônico, visto que a norma jurídica que regulamentou o pregão na forma eletrônica, qual seja o Decreto nº 5.450 de 31 de maio de 2005, apresenta alguns dispositivos questionáveis pela doutrina. As diversas opiniões acerca do tema são debatidas e conclui-se por uma destas hipóteses.

1 ABORDAGEM HISTÓRICA

Originalmente, o pregão eletrônico surgiu com o advento da Lei n. 9472/97, denominada Lei Geral de Telecomunicações¹, a qual se aplicava no âmbito exclusivo da

¹ 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

Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). A previsão do dado Pregão Eletrônico consta no artigo 54, Parágrafo Único da citada lei, consoante a seguir:

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 e, especialmente: [...]

Na sequência, a Agência Nacional de Telecomunicações aprovou o Regulamento Geral de Contratações², o qual trouxe de maneira pormenorizada a definição do pregão e seu procedimento, fazendo-se constar inclusive duas espécies de pregão, quais sejam: restrito e amplo. No primeiro, somente participariam do certame, os licitantes previamente cadastrados, e no segundo modelo, qualquer interessado participaria do procedimento licitatório.

O modelo de pregão utilizado no âmbito da ANATEL teve bons resultados, consoante assinalado por Pinto³, de modo que a citada Agência Regulamentadora conseguiu em média redução de 22% entre os preços iniciais e os vencedores. A disputa sucessiva entre os licitantes possibilitou redução nos preços de forma impressionante, como por exemplo, houve a redução de 62% na contratação de serviços de saúde e de 68% na aquisição de softwares para uso na internet. Houve, ainda, uma redução no tempo do procedimento licitatório que encurtou cerca de 20 dias.

Nesta toada, utilizando-se do modelo bem-sucedido restrito à ANATEL, o Presidente da República expediu a Medida Provisória (MP) tombada sob o número 2.026, datada de 04 de maio de 2000, estendendo a referida modalidade de licitação somente à União. Impende destacar que esta Medida Provisória foi reeditada por inúmeras vezes, sofrendo alterações substanciais em sua essência, sendo revogada pela Medida Provisória n. 2108/2000, a qual do mesmo modo foi reeditada constantemente, sendo por fim revogada pela MP n. 2182-16/2001.

Ressalta-se que a MP citada alhures foi convertida na Lei 10.520/2002 cujo tema é a instituição no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a modalidade de

Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm>. Acesso em 26 ago 2014.

² AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Resolução nº 5, de 15 de janeiro de 1998**. Disponível em: < <http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/1998/423-resolucao-5>>. Acesso em 26 ago 2014.

³ PINTO, Solon Lemos. Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC, Curitiba, p.660, ago.2000.

licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, a qual será tratada oportunamente.

Segundo o ilustre doutrinador Niebuhr⁴, as citadas Medidas Provisórias foram eivadas de inconstitucionalidade na sua origem, visto que o uso de Medidas Provisórias está condicionado aos seus requisitos de urgência e relevância, constantes no art. 62 da Carta Magna e que não se enquadram como motivos para criação de uma nova modalidade de licitação.

Em agosto do ano de 2000, foi aprovado o Decreto 3.555 o qual estabelece normas e procedimentos para a realização de licitação na modalidade pregão, somente no âmbito da União.

O artigo 2º⁵ do Decreto em comento traz em seu bojo a definição de Pregão: “[...] é a modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública, por meio de propostas de preços escritas e lances verbais”.

No momento da edição do dado Decreto, percebe-se por meio de uma simples leitura que se tratou do denominado Pregão Presencial, instante em que se mostrou clara a posição de se dar a preferência por este tipo de licitação no âmbito da União, conforme se depreende a seguir, em seu artigo 3º⁶:

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.

Impende destacar que a par do Decreto em tela ter tratado do tema Pregão Presencial, de outro modo previu o uso de tecnologia da informação para a realização do Pregão, ao que se convencionou denominar Pregão Eletrônico. É o que consta no parágrafo primeiro, artigo 3º do Decreto antes mencionado, 3555/2000, que assim dispõe: “§ 1º Dependerá de regulamentação específica a utilização de recursos eletrônicos ou de tecnologia da informação para a realização de licitação na modalidade de pregão.”

Os objetivos com a utilização de recursos eletrônicos nas licitações eram: dar maior agilidade nas aquisições de bens e serviços; garantir maior transparência, dando maior lisura às contratações; aumento da competitividade, visto que com o uso da tecnologia da

⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.22.

⁵ BRASIL. **Decreto 3.555 de 8 de agosto de 2000**. Aprova o regulamento para a modalidade de licitação denominada para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3555.htm>. Acesso em 14 set 2014.

⁶ BRASIL. **Decreto 3.555 de 8 de agosto de 2000**. *loc.cit.*

informação a presença física dos licitantes restava dispensada, cabendo ainda ressaltar que com este fato o valor da oferta foi reduzido, pois a presença física gerava custos, os quais restavam implícitos na proposta apresentada. Em suma, de grande valia a intenção deste tipo de licitação.

A regulamentação do Pregão Eletrônico ocorreu por meio do Decreto n 3.697/2000, momento em que foram estabelecidas as normas e procedimentos para a realização deste tipo de licitação, por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação.

Nas lições de Welder Rodrigues⁷, “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 (...)”.

Cumprе salientar que o tema pregão eletrônico está inserido nas ações do governo federal denominado governo eletrônico, as quais buscavam democratizar o acesso às informações públicas por meio do uso da tecnologia da informação e com isto proporcionar uma administração pública mais eficiente e transparente na condução de seus procedimentos, facilitando o controle da sociedade como um todo.

Nesta toada, as vantagens almejadas pelo denominado Governo Eletrônico foram⁸:

“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.”

Retomando a discussão quanto ao Decreto n° 5.450/2005, este estabeleceu em seu art° 4º, a obrigatoriedade da utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, quando for desejada a aquisição de bens e serviços comuns. Nesta senda, o pregão eletrônico tornou-se a modalidade de licitação com o maior destaque no âmbito da União. É importante destacar que o citado regulamento tem validade apenas no âmbito da União, visto que caberá assim aos Estados e Municípios brasileiros disciplinar seus próprios regulamentos acerca do tema.

O tema pregão, notadamente o pregão eletrônico que é objeto deste estudo, a par de possuir questões passíveis de discussão quanto às ilegalidades/inconstitucionalidades que serão discutidas oportunamente, possui vantagens e características importantes quando

⁷ LIMA, Welder Rodrigues. **Ilegalidade ou inconstitucionalidade: análise dos dispositivos do Decreto Regulamentar do Pregão Eletrônico (5.450/2005)**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista>. Acesso em: 14 set 14.

⁸ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Histórico do Governo Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/o-gov.br>>. Acesso em: 21 ago 2014.

comparadas a outras modalidades de licitação, sendo estas nuances apresentadas no capítulo seguinte.

2 MODALIDADES DE LICITAÇÃO X PREGÃO

2.1 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

A Lei 8.666/93, amplamente conhecida como a Lei Geral de Licitações, veio regulamentar o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública. Salienta-se que as suas determinações alcançariam “(...) obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”⁹.

O art. 22 da norma acima referida traz como modalidades de licitação a concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. A conceituação destas modalidades está claramente apresentada no art. 22 supracitado, o que se apresenta a seguir¹⁰:

“§1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes

⁹ 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/L8666compilado.htm>. Acesso em: 21 ago 2014.

¹⁰ BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. *Op. Cit.*

de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).”

Nas lições de Marinela¹¹, há autores que indicam a consulta como modalidade de licitação. Entretanto, esta modalidade não está prevista na Lei Geral de Licitações, sendo aplicável somente às agências reguladoras, tendo o procedimento desta modalidade regulado em norma própria.

A escolha da modalidade aplicável ao caso concreto obedecerá basicamente a dois critérios, quais sejam: o valor do contrato ou as especificações do objeto, neste caso não se levando em consideração o valor. No tocante às modalidades concorrência, tomada de preços e convite o procedimento delas seguem as fases de habilitação e apresentação das propostas, sendo importante assinalar que na fase habilitatória os participantes do certame devem comprovar que atendem às exigências do instrumento convocatório.

Outrossim, consoante traçado no art. 23 da Lei 8.666, as modalidades de licitação mencionadas no artigo anterior são determinadas em função de limites monetários, relacionados ao valor estimado para a contratação, estando devidamente delineados no artigo. Desta maneira, o convite será aplicado para licitações de menor vulto, enquanto que a concorrência estará presente naquelas de maior vulto. Há uma nítida gradação quanto ao valor estipulado para o certame.

Cumpre ainda enfatizar que a modalidade de licitação denominada concorrência será obrigatória, independentemente do valor estimado para a contratação, nos casos de compra ou alienação de bens imóveis pela Administração Pública, concessão de direito real de uso, bem como nas licitações internacionais.

2.2 A MODALIDADE PREGÃO

A sexta modalidade de licitação, qual seja Pregão, foi introduzida no ordenamento por meio da Lei 10.520 de 17 de julho de 2002 e regulamentada pelo Decreto n. 5450 de 31 de maio de 2005, destinando-se a sua aplicação para aquisição de bens e serviços comuns,

¹¹ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

assim denominados no art. 1º, parágrafo único¹² da Lei supracitada: “ (...) aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

A principal diferença do Pregão quando comparado às demais modalidades licitatórias é a inversão de fases da licitação, visto que enquanto nas demais todos os participantes do certame devem inicialmente comprovar a sua habilitação, para na sequência, apresentarem as suas propostas, no pregão ocorre justamente o contrário. Todos os participantes devidamente credenciados já apresentam as suas propostas, mas somente aquele que ofertar o menor preço, terá verificada a viabilidade de sua habilitação.

O pregão se manifesta de duas formas: presencial e eletrônico. A diferença entre eles reside no fato de que no primeiro a presença física dos licitantes é imprescindível, devendo estes comparecer a local previamente estipulado no edital, enquanto que o pregão eletrônico ocorre por meio da utilização da tecnologia da informação (internet), havendo a comunicação entre todos os participantes e o Pregoeiro por meio eletrônico, notadamente por troca de mensagens, denominada “*chat*”.

Merece destaque a posição do ilustre doutrinador Niebuhr¹³ sobre as vantagens do pregão eletrônico, ao afirmar: “as propostas e quase todos os atos que lhe são pertinentes são enviados e recebidos por meio da internet, o que sem sombra de dúvidas, acaba com várias formalidades e burocracia.” No entendimento do renomado autor esta modalidade licitatória fomenta a competitividade, visto que com o uso da tecnologia da informação, mais interessados participam do certame, e quem se beneficia com isto é a Administração Pública que receberá mais propostas, aumentando as chances de escolha da melhor proposta para o interesse público, favorecendo a eficiência nos contratos administrativos.

3 QUESTÕES CONTROVERSAS QUANTO AO PREGÃO ELETRÔNICO

3.1 O direito à intenção de recorrer no pregão eletrônico

¹² 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/2002/110520.htm>. Acesso em: 21 ago 2014.

¹³ NIEBUHR, Joel de Menezes. *As Vantagens da modalidade Pregão*. Disponível em: <http://www.mnadvocacia.com.br/assets/pdf/artigo_pregao.pdf>. Acesso em: 21 ago 2014.

O primeiro tópico a ser tratado neste capítulo é quanto à questão recursal nos pregões eletrônicos. A denominada “intenção de recorrer” está preceituada no art. 26 do Decreto n. 5450/2005¹⁴, como se observa *litteris*:

“ Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente [...].”

Nesta toada, a manifestação da “intenção de recorrer” por parte do licitante deve ocorrer de maneira imediata e motivada, sob pena de decadência do seu direito, nos moldes do art. 26, § 1º, da citada norma.

Ocorre que, na prática, como é o caso do pregão ocorrido nas Superintendências Regionais da Receita Federal, 1ª Região Fiscal, na data de 05 de outubro de 2012, o pregoeiro rejeita sumariamente a intenção de recurso do licitante, inovando assim a norma pátria, visto que não há nenhum dispositivo que fundamente a sua atitude, de modo que nesta rejeição já se passa a análise do mérito de assunto que somente é trazido pelo interessado em sua peça recursal.

Impende esclarecer que no momento em que o licitante manifesta a sua intenção de recorrer, deve o pregoeiro ater-se ao juízo de admissibilidade formal da intenção de recorrer, verificando neste instante apenas a presença dos pressupostos recursais, conforme entendimento da Corte Maior de Contas¹⁵, *in verbis*:

“10.4. Isto posto, tem-se, portanto, que o juízo de admissibilidade da intenção de recorrer, na modalidade pregão - tanto eletrônico como presencial -, levado a efeito pelo Pregoeiro, deve se limitar à análise acerca da presença dos pressupostos recursais (sucumbência, tempestividade, legitimidade, interesse e motivação), sendo vedado a este agente analisar, de antemão, o próprio mérito recursal, em que pese lhe ser lícito examinar se os motivos apresentados na intenção de recorrer possuem, em tese, um mínimo de plausibilidade para seu seguimento.”

Neste sentido, o juízo de admissibilidade realizado pelo pregoeiro deve limitar-se aos pressupostos acima explanados: sucumbência, tempestividade, legitimidade, interesse e

¹⁴ BRASIL. **Lei 10.520, de 17 de Julho de 2002**. *Op. Cit.*

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 339/2010**. Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Disponível em: <
<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2010&relator=R AIMUNDO+CARREIRO&numeroAcordao=339&>>. Acesso em: 29 out 14.

motivação, não sendo a ele lícito neste instante analisar o mérito recursal, pois isto denota violação ao direito de petição, constitucionalmente garantido, constante no art. 5º, XXXIV, bem como o inciso LV¹⁶, que trata da ampla defesa, que assim dispõe: “ aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Conforme entendimento de Lima ¹⁷, a Lei 9.784/99, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 3º, I, afirma ser direito do administrado: “ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações”.

Pelas razões expostas, a manifestação da intenção de recorrer é direito inviolável ao licitante, e sendo obedecidos os requisitos formais para a sua propositura, não é dado ao pregoeiro sucumbir fase licitatória, adentrando-se ao mérito recursal.

3.2 INCONSTITUCIONALIDADE X ILEGALIDADE DO DECRETO 5.450/2005

No entendimento do mestre Justen Filho¹⁸, o Decreto em comento apresenta vícios formais e materiais culminando em inconstitucionalidades e ilegalidades. Os Vícios formais estão atrelados ao próprio Decreto em si que se traduz numa forma de inovar a ordem jurídica. Por sua vez, os vícios materiais ocorrem no instante em que não foram observadas garantias fundamentais e princípios precípuos da atividade administrativa quando da edição do decreto supracitado.

Para melhor ilustração do que se alega, os vícios formais são a seguir delineados:

“ [...]A Lei 10.520 consagrou procedimento específico e determinado, o qual somente poderia ser alterado por via de outra lei. Um decreto nunca poderia alterar a estrutura procedimental legalmente adotada.

[...]

A disciplina jurídica do pregão eletrônico deveria ser uma adaptação daquela prevista para o pregão comum, sem inovações à disciplina da Lei nº 10.520- ao menos, essa seria a solução cabível na medida em que o pregão eletrônico fosse introduzido através de um decreto.

¹⁶BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 out 2014.

¹⁷ LIMA, Jonas. Intenção de recurso precisa ser respeitada no pregão eletrônico. Jus Navigandi, Teresina, ano 12. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/9543/intencao-de-recurso-precisa-ser-respeitada-no-pregao-eletronico>>. Acesso em: 17 maio 2014.

¹⁸ JUSTEN Filho, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Dialética, 2009, p.282.

Lembre-se que 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 da 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 introduzida 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 Decreto.

[...]

Então, há inúmeras passagens em que o tema exigia disciplina por via legislativa, sendo insuficiente a edição de um mero decreto.”

No tocante aos vícios materiais apresentados pelo doutrinador acima referido, este traz como exemplo a necessidade de credenciamento para participação do certame, uma vez que o Decreto 3.697/2000 revogado pelo Decreto 5.450/2005 previa um prazo de credenciamento, sendo que o atual Decreto não dispõe de prazo, mas mantém a obrigatoriedade quanto ao credenciamento, gerando dúvidas entre os interessados, e repisando a tese de possível inconstitucionalidade ou ilegalidade.

O Supremo Tribunal Federal¹⁹ foi instigado a se manifestar acerca de possível inconstitucionalidade de decreto regulamentar, como se observa a seguir:

“ 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 consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata.” (grifo nosso)

Nesta toada, para o autor Felipe Dalenogare Alves²⁰ não há que se falar em inconstitucionalidade de um decreto regulamentar, mas por se tratar de um ato administrativo, em ilegalidade caso exorbite ou vá de encontro à lei que o regulamenta. E complementa

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal . ADI 996-6/DF. Relator: Ministro Celso de Melo. Julgamento; 11 mar. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346742>> . Acesso em: 28 out. 2014.

²⁰ 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, v. 3, 2010. Disponível em: < <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/issue/view/22/showToc>>. Acesso em: 28 out. 2014.

afirmando que nos ditames do art. 84, II, da Carta Magna, é dado ao Presidente da República a discricionariedade de adotar ou não, de forma facultativa ou por outro lado obrigatória a norma contida do art. 1º da Lei 10.520/2002.

Outra posição acerca da questão é aquela apresentada por Niebhu²¹ ao defender a inconstitucionalidade da regulamentação do pregão eletrônico por meio de decreto:

“[...] 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”.

Por outro lado, há quem defenda a tese de que não há inconstitucionalidade ou ilegalidade no Decreto em comento, corrente a qual opta por filiar-se, mas apenas ilegalidade quanto ao seu art. 6º, tendo em vista que veda a modalidade pregão às contratações de obras de engenharia. Percebe-se no tocante a esta situação que o decreto regulamentar extrapolou sua função ao inovar em obrigações não previstas na lei que visa regulamentar, qual seja Lei 10.520/2002.

Para o doutrinador citado anteriormente Niebuhr²² “ (...) obra e serviço de engenharia, se de natureza comum, podem ser licitados por meio de pregão, nada obstante as disposições dos Decretos Federais nºs 3.555/00 e nº 5.450/05.”

Seguindo o mesmo entendimento, e manifestando a sua posição o Tribunal de Contas da União²³ em seu Acórdão n. 286/2007, profere:

“A Lei 10.520/2002 e o Decreto 5.450/2005 amparam a realização de pregão eletrônico para a contratação de serviços comuns de engenharia, ou seja, aqueles serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (...).”

²¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.p.271

²² NIEBUHR, Joel de Menezes. *Op. cit.* p. 284.

²³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 286/2007**. Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman Cavallanti. Disponível em: <
<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=286&relator=AUGUSTO+SHERMAN&anoAcordao=2007> >. Acesso em: 28 out 14.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho buscou-se trazer a discussão ocorrida na seara jurídica quanto ao pregão eletrônico, notadamente quanto a sua inconstitucionalidade/ilegalidade do Decreto que o regulamentou. Apresentou-se a origem desta modalidade licitatória, bem como a política de Governo no qual estava inserido, assim denominado Governo eletrônico, que teve por fito democratizar o acesso às informações públicas por meio do uso da tecnologia da informação tornando a administração pública mais eficiente e transparente na condução de seus procedimentos.

O primeiro aspecto apresentado foi a violação ao direito da intenção de recorrer, prevista no art. 26 do Decreto n. 5450/2005, visto que é prática costumeira nos pregões eletrônicos, o pregoeiro rejeitar sumariamente a intenção de recurso do licitante, inovando assim a norma pátria, indo de encontro a direitos previstos na Carta Magna como o direito de petição e da ampla defesa.

No momento em que o licitante manifesta a sua intenção de recorrer, deve o pregoeiro ater-se ao juízo de admissibilidade formal da intenção de recorrer, verificando neste instante apenas a presença dos pressupostos recursais e não analisando o mérito recursal, conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

No tocante ao argumento de inconstitucionalidade de decreto regulamentar apresentando neste trabalho e defendido por alguns doutrinadores, este perde força no momento em que é apresentada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que entende não haver inconstitucionalidade de decreto regulamentar que exorbite ou contradiga a lei que o fundamentou, mas pode-se falar por outro lado de ilegalidade do ato administrativo.

Nesta toada, e seguindo entendimento do Tribunal de Contas da União, é pacífico o entendimento de que o artigo 6º do Decreto n. 5450/2005, o qual consubstancia a vedação da utilização de pregão eletrônico para a aquisição de bens e serviços de engenharia é ilegal, tendo em vista que deve seguir o que está disposto na Lei 10.520/2002, de modo que se o objeto for um bem ou serviço comum é possível a adoção do dado pregão eletrônico para o tipo de serviço supracitado.

Pelo exposto, o presente trabalho concluiu que o Decreto 5.450 de 31 de maio de 2005 é constitucional e legal tomando por base a pesquisa por meio da doutrina pátria e jurisprudência do STF, repisando-se para a ilegalidade somente no tocante ao art. 6º, sugerindo-se a revisão do art. em comento pelo Poder Legislativo, tendo por fito atingir a

validade e eficácia da norma posta em questão e na mitigação de transtornos na condução desta espécie de certame.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Resolução nº 5, de 15 de janeiro de 1998**. Disponível em: < <http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/1998/423-resolucao-5>>. Acesso em 26 ago 2014.

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, v. 3, 2010. Disponível em: < <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/issue/view/22/showToc>>. Acesso em: 28 out. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 out 2014.

BRASIL. **Decreto 3.555 de 8 de agosto de 2000**. Aprova o regulamento para a modalidade de licitação denominada para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3555.htm>. Acesso em 14 set 2014.

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/L8666compilado.htm >. Acesso em: 21 ago 2014.

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/19472.htm>. Acesso em 26 ago 2014.

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/2002/110520.htm>. Acesso em: 21 ago 2014.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Histórico do Governo Eletrônico**. Disponível em: < <http://www.governoeletronico.gov.br/o-gov.br>>. Acesso em: 21 ago 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 339/2010**. Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Disponível em: <

<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2010&relator=RAIMUNDO+CARREIRO&numeroAcordao=339&>. Acesso em: 29 out 14.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal . ADI 996-6/DF. Relator: Ministro Celso de Melo. Julgamento; 11 mar. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346742>> . Acesso em: 28 out. 2014.

JUSTEN Filho, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Dialética, 2009, p.282.

LIMA, Welder Rodrigues. **Ilegalidade ou inconstitucionalidade: análise dos dispositivos do Decreto Regulamentar do Pregão Eletrônico (5.450/2005)**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista>. Acesso em: 14 set 14.

LIMA, Jonas. **Intenção de recurso precisa ser respeitada no pregão eletrônico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/9543/intencao-de-recurso-precisa-ser-respeitada-no-pregao-eletronico>>. Acesso em: 17 maio 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **As Vantagens da modalidade Pregão**. Disponível em: < http://www.mnadvocacia.com.br/assets/pdf/artigo_pregao.pdf>. Acesso em: 21 ago 2014.

PINTO, Solon Lemos. Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC, Curitiba, ago.2000, p.660.