

Pregão Eletrônico: para Entender o Arsenal Normativo de Regência (2)

[Jair Eduardo Santana](#)

Quais os limites da força normativa do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005?

Quem está sujeito ao Decreto mencionado?

A compulsoriedade (obrigatoriedade) do pregão eletrônico é realmente absoluta?

De que modo são resolvidos os conflitos existentes em torno das diversas normas que cuidam do pregão eletrônico?

1 Explicação necessária

Importante esclarecer ao leitor que este escrito está ligado a outro homônimo e anterior que teve como objetivo maior dar a público um *quadro normativo*. Assim o fizemos para tão somente facilitar a visualização e localização dos temas principais tratados no pregão eletrônico permitindo-se facilmente o contraste entre os atos normativos que cuidam do assunto¹ (lei e decretos).

Na presente ocasião, tomemos aquela *primeira abordagem* como mera introdução deste trabalho.

No entanto, não se podendo presumir conhecimento e leitura daquele texto, tratemos de resumir o debate lá travado.

2 O cenário normativo

Embora com irrecuperável atraso por parte do Governo Federal, recentemente editou-se o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005 para dar nova fisionomia ao pregão eletrônico (uma *forma* de licitação escrita no §1º do artigo 2º da Lei nº 10.520, de 2002).

Não obstante o pregão eletrônico já seja utilizado com muita largueza do Brasil há tempos, fatos ocorridos na Administração Pública Federal catapultaram a antiga idéia de dar ao instituto a nova feição que aqui será falada.

A primeira significativa alteração está presa à obrigatoriedade (compulsoriedade) do pregão nas aquisições que o Decreto citado menciona (art. 4º).

E aí está um dos assuntos aqui envolvidos, pois logo se quer saber aquilo tudo que o preâmbulo deste anuncia na forma de questionamentos.

3 Licitação e pregão: leis e decretos

Sabendo de antemão que o Decreto nº 5.450/05 é da espécie *regulamentar* (por injunção de sua matriz legal: §1º do artigo 2º da Lei nº 10.520, de 2002), igualmente se pontua que sua fonte de validade é de índole constitucional (art. 84, inciso IV, da Constituição de 1988 - CF/88), circunstância que comprova a fiel obediência que dito ato - que é subalterno - deve à lei que lhe dá fundamento e da qual deriva.

Mas qual é mesmo a função do decreto? Quais os seus exatos limites e contornos?

Normas (leis) há que prescindem de regulação. Assim, por exemplo, uma disposição do Código Penal ou do Código Civil. Não obstante, outras leis demandam, para sua concreção, o preenchimento de *espaços* propositalmente deixados pelo legislador. Talvez possamos chamá-las de *leis administrativas*. E segundo o nosso sistema normativo, ao Chefe do Executivo toca editar *decretos e regulamentos para fiel execução dessas leis* (art. 84, IV, já citado).

Deixando de lado as inúmeras possíveis críticas ao texto constitucional,² o fato é que o regulamento é *ato normativo, unilateral, inerente a função administrativa, que, especificando os mandamentos de uma lei não auto-aplicável, cria normas jurídicas legais* (CARRAZZA, Roque Antônio. *O Regulamento no Direito Tributário Brasileiro*. Revista dos Tribunais, 1981, p. 14)

Geraldo Ataliba sempre advertiu de modo muito peculiar, a propósito dos *decretos*, que a sua função não é *explicitar, ensinar*, ou expressões do gênero.³ A função de tal ato, previsto no sistema, é tão somente *permitir a materialização ou concreção* da lei.

Daí talvez a *gana constituinte* em estabelecer a vinculação dessa concreção à *fidelidade do ato parlamentar*, no que se justificaria plenamente a solução encontrada pela CF/88.

Evidencia-se que - conhecendo a longa discussão travada a propósito da existência ou não de *regulamentos autônomos no Brasil* - nem mesmo a edição da Emenda Constitucional nº 32 (de 11.09.01) foi capaz de introduzir elemento novo que pudesse alterar nosso pensar.

Pode agora ficar mais claro que o ato normativo em análise está plenamente vinculado ao núcleo do poder político legitimado a editá-lo já que a *função regulamentar* falada se aplica, por simetria, às demais esferas territoriais do mencionado poder.

Quer-se dizer que a força normativa do Decreto nº 5.450/05 vai até onde se irradia o poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo Federal. Noutras palavras, haverá sempre que

se respeitar a divisão feita horizontal e verticalmente pela CF/88 no tocante à *repartição de competências constitucionais*.

E a *mecânica é válida* - insistimos - tanto para a dimensão *territorial* (ou *espacial*: União, Estados e Municípios) quanto para o enfoque *orgânico* ("Poderes" Legislativo, Judiciário e Executivo, Ministério Público, Tribunais de Contas...), pois dito Decreto além de tudo possui função similar à dos atos administrativos.

Desse modo, o Decreto nº 5.450/05 (que é *presidencial*) não obriga (e nem poderia) as *gestões dos governadores, dos prefeitos* ou dos *presidentes de órgãos autônomos, colegiados ou não*, nos termos constitucionais. Dado que tais possuem, segundo a própria CF/88, a anunciada *independência* funcional.

4 Obrigatoriedade do pregão: a compulsoriedade é relativa

A afirmação de que *a compulsoriedade do pregão é relativa* merece esclarecimento.

Decorrendo das assertivas lançadas anteriormente, a obrigatoriedade é conduta exigida apenas e tão somente daqueles que estão sob o influxo direto do Decreto respectivo. Ou seja, eventual obrigatoriedade somente pode ser analisada à vista de quem verdadeiramente seja *destinatário da norma mencionada*, assim qualificado como tal pelo sistema jurídico.

E, na linha de tal raciocínio, o argumento da *exclusão* subtrai daquele comando outro *grupo de situações*.

Tal análise, é importante salientar, sofreu um *revés* no último dia 5 de agosto de 2005, à vista da disposição posta num outro decreto, o de nº 5.504. De modo resumido, instituiu-se a compulsoriedade para todas as Unidades Administrativas (incluem-se *entes privados*) que contratem com recursos vindos da União a título de transferências voluntárias. A idéia é bem simples, ao menos formalmente, e está consentânea com o Decreto nº 5.450/2005.

Mas esse não é o nosso foco central neste instante.⁴ Tornemos, por isso, à falada *relatividade* do *pregão obrigatório*.

A *obrigatoriedade* do pregão é ainda relativizada por diversos fatores escritos na ordem jurídica, à semelhança das disposições vazadas nas letras do artigo 4º do Decreto nº 5.450/05.

De fato, sabe-se que o pregão (tanto o presencial quanto o eletrônico) nada mais é do que meio (instrumento ou veículo) para a contratação. Esta pode se dar por diversas modalidades (referimo-nos às *tradicionais* ou *clássicas*: concorrência, tomada de preços e convite). Sabido, ainda, que *não se pode prestigiar a forma em detrimento do resultado*.

Em termos práticos, quer-se alertar para a circunstância segundo a qual é bem possível - a bem de interesses e princípios que transcendem as *formalidades* - haver uma disputa por bem ou serviço comum não realizada na forma do pregão.

Para que não paire qualquer dúvida, um exemplo servirá para aclarar a afirmação.

O Decreto nº 5.504, de 5 de agosto de 2005, basicamente estende a qualquer Município que receba transferência voluntária da União a obrigatoriedade do pregão eletrônico. Ora, há Municípios (e não são poucos) que não conseguirão cumprir a regra por um motivo muito simples: *não possuem acesso à internet*.

A par dessa *impossibilidade material*, não será demais lembrar que a norma que impõe tal obrigatoriedade (sem qualquer caráter inovador, insista-se, já que algumas Unidades da Federação já possuem há tempos regra em tal sentido), dá *preferência ao pregão eletrônico*. E se esse caminho não for possível, justifica-se no procedimento respectivo a realização do pregão presencial.

Ou de outro *instrumental*, se o caso, conforme é nosso pensamento.

Não se quer deixar assentada - em absoluto - que estamos advogando qualquer insubordinação ao *instituto* tal qual plasmado no quadro jurídico atual. Em contrário, revelando-nos sectários das aquisições eletrônicas, quer-se em verdade deixar aparente a sua real potencialidade, demonstrando suas hipóteses de incidência e de exclusão.

O *menu eletrônico* é, então, para os destinatários dos Decretos nº 5.450/05 e nº 5.504/05 a via de trânsito obrigatório, embora tal caminho seja *plástico, flexível e dependente* de fatos que inviabilizem aquele percurso, circunstância que deve ser estampada nos autos respectivos.

5 Conflitos normativos

Em cenários de *altíssima inflação normativa* (legislativa e regulamentar), como é o caso do Brasil, é mais do que compreensível a existência de inúmeros *conflitos*⁵ estabelecidos entre as mais diversas normas.

A vastidão do tema *conflitos normativos* nos leva a restringir o debate a apenas alguns aspectos que têm implicação direta com os pontos que aqui nos importam.

E, no particular, frise-se que os conflitos falados - que se caracterizam *antinomias em certos casos* - se manifestam tanto vertical quanto horizontalmente se considerados os *níveis de autoridade* de onde os respectivos atos são emanados.

Pode haver conflito entre os Decretos nº 3.555/00 e nº 5.450/05? Pode haver conflito entre aqueles e a Lei nº 10.520/02? E entre todos os atos citados e a Lei nº 8.666/93?

As respostas a tais questões, aparentemente simples em si, demandam em verdade profundo conhecimento do sistema jurídico em suas dimensões *estática e dinâmica*, não sendo este o local apropriado para travar debate de tal porte.

Mas afirma-se tão somente que *apenas uma dada norma deve guiar a solução do caso*.

E a premissa tem lugar porque a todo instante o leitor vai se deparar com *inconsistência* nas previsões feitas pelas normas referidas a propósito de um dado assunto.

Exemplifica-se através de um outro questionamento: há conflito entre o disposto nos artigos 17, 11 e 4º dos Decretos nº 5.450/05, nº 3.555/00 e Lei nº 10.520/02, respectivamente, quando tratam do tema *publicação de avisos* já que cuidam diferentemente da matéria?

A resposta, no caso, é extremamente simples: o caso é *típico* de sobreposição da norma específica sobre a norma geral.

De outra parte, a mesma simplicidade talvez não esteja presente se o contraste for feito entre o disposto nos artigos 14, 25 e 26 do Decreto nº 5.450/05, artigo 11 do Decreto nº 3.555/00 e artigo 4º da Lei nº 10.520/02. Todos os dispositivos cuidam sistematicamente da *habilitação*.

6 Técnica isoladora: para solucionar conflitos

Uma provável mecânica a ser adotada para solucionar conflitos normativos tópicos talvez possa abraçar a *técnica isoladora* que consiste em - identificado o epicentro da morada factual - atribuir àquele núcleo atributo imanizador.

E, uma vez imantado referido cerne, para o seu redor serão agregadas as *normas de regência* atribuidoras de um dado *regime jurídico*, segundo as premissas fixadas pelo sistema jurídico.

Atraído o *grupo de normas* para o *objeto* que demanda solução, o destinatário da regra jurídica procederá à eleição daquela que será o *vetor regente*.

Permitimo-nos avançar um pouco mais sobre o assunto para esclarecer que o *vetor regente* não é fruto da vontade unipessoal do aplicador das regras jurídicas, nem pode estar balizada pelo seu subjetivismo. Nesse instante de exata concreção do comando da lei (a lei ganha densidade com sua aplicação via atividade regulamentar), há de se considerar tudo aquilo que norteia os *rumos* da Administração Pública no Brasil.

7 Síntese

A *força normativa* do Decreto nº 5.450/05 se estende até os limites onde estejam alocados os *subordinados* de seu editor (que são os destinatários).

Para identificar-se quem são esses *destinatários*, imperioso lembrar as noções estáticas de divisão do poder político segundo nossa ordem constitucional, nos prismas horizontal (funcional ou orgânico: Executivo, Judiciário, Legislativo, Ministério Público, Cortes de Contas, etc.) e vertical (territorial ou espacial: União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

Indispensável, ainda, pontuar que o *decreto* é o veículo do regulamento e este, de sua vez, é derivado da *lei* (lei regulamentar).

Por isso, a compulsoriedade é - vista em dimensão amplíssima - de todo *relativizada* tanto para os *não-destinatários* quanto para os próprios *destinatários*, seja por algum argumento intrínseco (previsto na *norma*) ou por algum *impedimento material*.

E esse raciocínio serve tanto para o Decreto nº 5.450/05 quanto para o Decreto nº 5.504/05.

Eventuais conflitos existentes entre as normas destacadas neste trabalho podem ser solucionados por diversos critérios, inclusive a partir da *técnica isoladora*.

Críticas e sugestões são bem recebidas e podem ser feitas diretamente para o autor: <jair.santana@uol.com.br>.

¹ SANTANA, Jair Eduardo. Pregão eletrônico: para entender o arsenal normativo de regência (1). *Fórum de Contratação e Gestão Pública _ FCGP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 44, p. 5863-5883, ago. 2005.

² O *decreto* materializa o *regulamento*. E este só mesmo pode ser *fiel* à lei. O *qualificativo* é desnecessário para não dizer impertinente.

³ Regulamento no Direito Brasileiro. *Revista Forense*, v. 297, p. 39-49, 1987.

⁴ O impacto do Decreto nº 5.504, de 8 de agosto de 2005, no cenário deste artigo, é objeto de outro trabalho de nossa autoria.

⁵ Um conflito que pode ser lido, a título de exemplo, foi narrado no trabalho anterior: SANTANA, Jair Eduardo. Pregão eletrônico: para entender o arsenal normativo de regência (1). *Fórum de Contratação e Gestão Pública _ FCGP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 44, p. 5863-5883, ago. 2005.

Informações bibliográficas:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

Santana, Jair Eduardo. Pregão Eletrônico: para Entender o Arsenal Normativo de Regência (2). **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, n. 45, ano 5 set. 2005. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=30943>. Acesso em: 27 dez. 2005.

