

CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA VIA PREGÃO: ESTUDO SOBRE A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE LICITAR OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA POR MEIO DA MODALIDADE PREGÃO

GUSTAVO HENRIQUE CAMPOS DOS SANTOS¹

JOSIANE VIDAL VIMIEIRO²

BERNARDO ALVES MORAES DE SOUZA³

RESUMO: Na busca por maior agilidade e celeridade nas contratações públicas, o legislador instituiu, em 2000, uma sexta modalidade licitatória, o pregão. O procedimento tornava-se responsável por resultados satisfatórios em relação aos valores contratados, acarretando economia para os cofres públicos. Atraídos pelos benefícios do pregão, muitos gestores, por meio de interpretações que elasticem sua aplicabilidade, vem utilizando a modalidade para contratações de obras e serviços de engenharia, responsáveis por boa parte dos gastos públicos anualmente. À luz das normas que disciplinam o instituto, o estudo faz uma análise jurídica sobre a possibilidade de contratar obras e serviços de engenharia por meio do pregão. Como resultado, baseado na doutrina e jurisprudências apresentadas, defende-se a possibilidade de contratação de serviços de engenharia via pregão, sendo excluídas de sua aplicabilidade as obras.

PALAVRAS-CHAVE: Pregão; licitação; obras; serviços de engenharia.

ABSTRACT: In the search for greater agility and speed in public contracts, the legislature establishing, in 2000, a sixth bidding modality, the trading session. The procedure became responsible for satisfactory results in relation to contracted amounts, resulting in savings for the public purse. Attracted by the benefits of trading, many managers through interpretations that increase its applicability, has been using the method for contracting works and engineering services, responsible for much of public spending annually. In the light of the rules governing the institute, the study makes a legal analysis of the possibility of contracting works and engineering services through trading. As a result, based on the doctrine and jurisprudence presented, we argue the possibility of hiring engineering services via trading, being excluded from the applicability of his works.

KEYWORDS: Trading; bidding; works; engineering services.

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Pregão como Modalidade nas Compras do Setor Público; 3 – Bens e Serviços Comuns; 4 – Obras e Serviço de Engenharia; 5 – Contratação de Obras e Serviços de Engenharia Via Pregão; 6 – Considerações Finais.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Administrativo.

1 INTRODUÇÃO

Qualquer atividade pública requer materiais e suprimentos com os quais possa ser desempenhada. As compras do setor público devem ser consideradas função diretiva, de tão vital importância para o bom êxito do governo, quanto, por exemplo, à prestação de políticas públicas ao cidadão ou arrecadação fiscal.

A importância do setor de compras governamentais pode ser aferida pelo volume de recursos despendidos na contratação de bens, serviços e obras. Em Minas Gerais, de acordo com dados do armazém – SIAD (Sistema Integrado de Administração de Materiais), os valores relativos às compras giraram em torno de R\$ 7,2 bilhões em 2013⁴.

Para que tais gastos ocorressem de modo mais transparente e responsável para o cidadão, a Lei de Licitações⁵ foi editada. Tal norma disciplina o procedimento licitatório, cuja observância é indispensável às aquisições do setor público em âmbito nacional, surgindo como meio para margear o âmbito de discricionariedade do servidor.

Alguns anos mais tarde, buscando fornecer maior agilidade e celeridade às contratações públicas, o legislador instituiu uma sexta modalidade licitatória⁶, o pregão⁷. O procedimento do pregão tornava-se responsável por melhores desempenhos em termos de resultados satisfatórios, otimização de preços e economia para os cofres públicos.

Administradores públicos, na defesa de uma gestão pública mais eficiente e imbuídos pelo espírito da boa-fé, viram-se atraídos a utilizar a prática do pregão, por meio de interpretações da Lei que elasticassem a aplicabilidade da modalidade, para contratações de obras e serviços de engenharia, responsáveis pela utilização de grande parte dos recursos públicos.

Assim, passados mais de 10 anos da instituição da modalidade, iremos dedicar o presente artigo a analisar o atual entendimento relacionado à questão proposta: *Obras e Serviços de Engenharia podem ser objeto de Pregão?*

2 PREGÃO COMO MODALIDADE NAS COMPRAS DO SETOR PÚBLICO

Pela Medida Provisória N°. 2.026/00 foi criado o pregão, como nova modalidade de licitação, apenas no âmbito da União. Os demais entes foram contemplados somente com a edição da Lei N°. 10.520⁸, de 17 de junho de 2002, que dispõe que esta modalidade seja empregada na aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento ocorra por meio de propostas e lances em sessão pública. Por fim, o Decreto n°. 5.450, de 31 de maio de 2005, regulamentou o *pregão eletrônico* para a União.

O Estado de Minas Gerais, como forma de ambientar a legislação geral às peculiaridades locais, respeitados os princípios e re-

gras do instituto, adotou a modalidade por meio da Lei nº 14.167⁹, em 10 de janeiro de 2002. Atualmente, o diploma legal está regulamentado pelo Decreto nº 44.786, de 18 de abril de 2008.

A modalidade do pregão é marcada pela simplificação e celeridade dos procedimentos, resultando em ganhos financeiros para a Administração Pública, contribuindo com o alcance das metas de ajuste fiscal, que têm sido perseguidas pelos atuais gestores, face ao quadro sócio-econômico atual do país.

Ao contrário das demais modalidades, o pregão é restritivo, somente pode ser utilizado para aquisição de bens e serviços comuns, e não há escala de valores para sua adoção. Desta forma, o critério de utilização é a qualitativo e não quantitativo.

Quanto ao seu procedimento, podemos apontar três características peculiares. A primeira é a *inversão das fases de habilitação e julgamento*. Somente é examinada a documentação de habilitação do licitante que tiver apresentado o melhor lance. Com isso, elimina-se o trabalho desnecessário dos pregoeiros e equipes de apoio na análise de documentação de todos os participantes, o que gera enorme gasto de tempo. Outra característica é a presença de uma sessão de lances, o que permite aos participantes que tiveram suas propostas inicialmente aceitas reduzam os preços cotados, o que acarreta economia em relação ao preço orçado para a contratação. Por fim, a fase recursal é única, ao final da sessão do pregão, diferente das demais modalidades, que preveem a manifestação da intenção de recorrer após as fases de habilitação e julgamento da proposta.

A forma de disputa, conforme citado, se dá na redução constante dos preços pelos licitantes, por meio de envio de lances, como forma de alcance da proposta mais vantajosa para Administração. O pregão é frequentemente confundido com o leilão, sendo considerado como “leilão às avessas” pelo fato de vencer aquele que ofertar o menor valor à Administração.

Por fim, quanto ao universo de participantes, na forma presencial podem participar qualquer pessoa independente de inscrição em cadastro, uma vez que o credenciamento dos licitantes ocorre na sessão pública, junto ao pregoeiro. Na forma eletrônica, é necessário credenciamento prévio dos licitantes nos portais de compras públicas, a fim de fornecimento de senha de acesso às salas virtuais onde ocorrem os certames.

3 BENS E SERVIÇOS COMUNS

Diferente das modalidades estabelecidas pela Lei nº 8.666/93, cujo critério de aplicação é o valor estimado para a contratação, o pregão é restrito às aquisições de *bens e serviços comuns independente do preço orçado para a contratação*. Convém verificar o que a norma dispõe sobre o âmbito de aplicação da modalidade.

A Lei nº. 10.520/02 traz no parágrafo único do art. 1º a seguinte definição:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (BRASIL, 2002).

Do mesmo modo, a norma mineira estabeleceu igual definição nos arts. 1º e 2º da Lei Estadual nº 14.167/02.

O legislador tentou estabelecer sentido para a expressão “bens e serviços comuns”, a fim de compatibilizá-la com o instituto do pregão. A insuficiência da definição fez com que a doutrina do Direito Administrativo buscasse uma melhor conceituação da expressão.

Ao comentar sobre a definição da Lei nº 10.520/02, Marçal Justen Filho traz a seguinte lição:

Essa definição é pouco útil porque todos os bens e serviços licitados podem e devem ser objetivamente definidos no edital e sempre mediante especificações usuais no mercado. (...) Em suma, o objeto comum é aquele disponível no mercado a qualquer tempo, cuja configuração e características são padronizadas pela própria atividade empresarial. (...) Em síntese, o pregão foi concebido como um procedimento licitatório em que exista essencialmente competição sobre preços e em que não existam (por serem desnecessárias) disputas sobre capacitação do sujeito para executar o objeto nem sobre a qualidade do produto ofertado (JUSTEN FILHO, 2009, p. 391).

Neste mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles comenta a citada definição da seguinte forma:

O conceito legal é insuficiente, visto que, a rigor, todos os bens licitados devem ser objetivamente definidos, em descrição sucinta e clara (Lei 8.666/93, art. 40, I). O que caracteriza os bens e serviços comuns é a sua padronização, ou seja, a possibilidade de substituição de uns por outros com o mesmo padrão de qualidade e eficiência. (...) O essencial é que o objeto licitado possa ser definido por meio de especificações usuais no mercado, o que não impede a exigência de requisitos mínimos de qualidade, como acontece, por exemplo, com o denominado material de escritório (MEIRELLES, 2007, p. 325).

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, numa perspectiva mais abrangente da norma, afirma que o conceito de bens e serviços comuns deve ser:

- a) genérico, abrangendo qualquer tipo de objeto seja manufaturado, industrializado, com funcionamento mecânico, elétrico, eletrônico, nacional, importado, de elevado preço, pronto ou sob encomenda. Também abrange qualquer tipo de serviço profissional, técnico ou especializado;*
- b) dinâmico, pois depende de o mercado ser capaz de identificar especificações usuais;*
- c) relativo, pois depende do conhecimento do mercado e do grau de capacidade técnica dos seus agentes para identificar o objeto (FERNANDES, 2006, p. 461).*

Marcelo Palavéri, além de definir a expressão “comum”, demonstra não se tratar de sinônimo de “simples”:

“Comum”, a nosso ver, está na lei para caracterizar bens e serviços conhecidos de forma inquestionável e obtidos com facilidade pelo mercado, que sigam padrões usuais de especificação ou execução. São bens e serviços, também, que já estão enraizados no hábito da administração, fazendo parte do dia-a-dia dos órgãos públicos, podendo se dizer que assim se caracteriza a maioria dos objetos classificados como material de consumo. (...) Anote-se, ainda, que “comum” não é sinônimo necessário de “simples”, como pode à primeira vista parecer. “Simples” é antagônico de “complexo”, e não se pode dizer que um bem ou serviço complexo não possa ser comum. Isso será possível quando a referida complexidade for facilmente encontrável no mercado, for usual e difundida de tal forma que tecnicamente seja de domínio amplo (PALAVÉRI, 2007, p. 55-56).

Com efeito, a definição do que seja comum deve ser interpretado caso a caso, a bem do interesse público, por que se trata de *termo indeterminado*. Um bem ou serviço será classificado como comum após ser verificado o caso concreto.

É importante destacar que tal classificação não é uma situação que envolve competência discricionária do agente público. Desta forma, não está a Administração autorizada aplicar ou não a modalidade pregão na ocorrência de bem e serviço comum. O art. 2º do Decreto nº. 44.786/08 é taxativo e não deixa espaço para a discricionariedade:

Art. 2º Ressalvadas as hipóteses previstas em lei, a aquisição de bens e de serviços comuns será precedida, obrigatoriamente, de licitação pública na modalidade de pregão, preferencialmente eletrônico, nos termos do art. 4º da Lei nº 14.167, de 10 de janeiro de 2002 (MINAS GERAIS, 2008).

O anexo do Decreto nº. 44.786/08 exemplifica alguns bens e serviços comuns. A Lei nº. 10.520/02 não exige que a discriminação de bens e serviços comuns conste em regulamento, deixando a decisão sobre a classificação ao julgamento do Administrador. Apesar disso, o Anexo II do Decreto Federal nº. 3.555/00 também trazia exemplos até ser revogado pelo Decreto nº. 7.174/2010.

Tais listas devem ser vistas como referência para os administradores, sendo, portanto, meramente exemplificativas. Ou seja, não estão impedidos de serem adquiridos, via pregão, outros tipos de bens e serviços comuns não lembrados pelo legislador na confecção dos referidos anexos.

4 OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

Boa parte dos orçamentos públicos são utilizados com contratações de obras e serviços de engenharia. Tal fato foi fundamental para o surgimento da Lei de Licitações, acrescido de um contexto marcado por desvio de recursos dos cofres públicos. Vide as acusações ao Governo Collor e o escândalo dos anões do orçamento. Desta maneira, tamanha foi preocupação do legislador em editar a Lei nº. 8.666/93.

A definição legal de “obras e serviços” é encontrada no art. 6º, incisos I e II, da Lei de Licitações, senão vejamos:

Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se:

I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais (BRASIL, 1993).

Apesar da Lei de Licitações ser exaustiva na proteção das contratações em relação aos abusos de licitantes e agentes públicos tendenciosos, a norma deixou superficial e genérico a definição legal de serviços, justamente contratação que consome grande parte os recursos públicos. Resta-nos buscar na doutrina melhor definição para o que seriam os serviços de engenharia.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2006, p. 477-478), define serviços de engenharia como aqueles que:

a) nos termos da lei que regulamentou a profissão, estiverem elencados entre os que, para sua execução, dependam de profissional registrado no CREA;

b) a atividade de engenheiro for predominante em complexidade e custo. Desse modo pode ocorrer que, em determinada atividade, para um serviço se exija profissional de engenharia, mas sua participação no contexto global da atividade venha a ser mínima. Logo, o serviço não deve ser classificado como de engenharia (FERNANDES, 2006, p. 477-478).

Fernanda Alves Andrade (2007, p. 65) define os serviços de engenharia como “aqueles que, para sua execução necessitam de acompanhamento e direcionamento dados por profissional especializado no assunto, ou seja, engenheiro”.

O Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CONFEA) editou a Resolução nº. 218, de 29 de junho de 1973, regulamentando as atribuições exclusivas de profissional de engenharia. Conforme art. 1º, podemos destacar exemplos de atividades que dão ideia de atividades atribuídas a engenheiros:

Art. 1º - Para efeito de fiscalização do exercício profissional correspondente às diferentes modalidades da Engenharia, Arquitetura e Agronomia em nível superior e em nível médio, ficam designadas as seguintes atividades:

(...)

Atividade 05 - Direção de obra e serviço técnico;

(...)

Atividade 11 - Execução de obra e serviço técnico;

Atividade 12 - Fiscalização de obra e serviço técnico;

(...)

Atividade 15 - Condução de equipe de instalação, montagem, operação, reparo ou manutenção (BRASIL, 1973).

Samuel Mota de Souza Reis também exemplifica o que seriam serviços de engenharia:

(...) em sentido estrito, serviços de engenharia são as atividades de planejamento ou projeto, em geral, de regiões, zonas, cidades, obras, estruturas, transportes, explorações de recursos naturais e desenvolvimento da produção industrial e agropecuária; estudos, projetos, análises, avaliações, vistorias, perícias, pareceres e divulgação técnica; ensino, pesquisa, experimentação, e ensaios; fiscalização de obras e serviços técnicos; direção de obras e serviços técnicos; execução de obras e serviços técnicos; produção técnica especializada, industrial ou agropecuária, conforme disciplina o art. 7º da Lei nº 5.194/66 (REIS, 2004, p. 9).

Tendo como base as definições, bem como exemplos apresentados, e sabendo que a aplicabilidade do pregão refere-se a bens e serviços comuns, a grande dificuldade do aplicador da norma reflete possibilidade jurídica de utilizar a modalidade para contratação de obras e serviços de engenharia. Ou seja, estaríamos aproveitando os benefícios comprovados na utilização do pregão, sejam econômicos ou procedimentais, em contratações que representam grande parte dos orçamentos públicos.

5 CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA VIA PREGÃO

A Lei nº. 10.520/00 não exclui da sua abrangência qualquer espécie de contratação, dispondo apenas que a aplicabilidade do pregão refere-se somente a bens e serviços comuns. Os anexos dos Decretos nº. 3.555/00 e nº. 44.786/08 são exemplificativos aos agentes públicos e não podem ser considerados *numerus clausus*. Dessa forma, como todo termo indeterminado, a classificação de bem ou serviço comum deve ser feita caso a caso.

Por outro lado, a norma regulamentadora é que exclui a utilização do pregão para obras e serviços de engenharia. O Decreto nº. 3.555/00, em seu art. 5º do Anexo I, traz a seguinte disposição:

Art. 5º A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração (BRASIL, 2000).

No âmbito do Estado de Minas Gerais, o Decreto nº. 44.786/08, no art. 3º, regulamenta o tema permitindo a contratação de serviços de engenharia, via pregão, desde que enquadrados na classificação de serviços comuns. No entanto, veda a contratação de obras pela modalidade, senão vejamos:

Art. 3º Pregão é a modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou pela prestação de serviços comuns é feita por meio de proposta escrita, permitindo-se aos licitantes a alteração dos preços por meio de lances verbais ou eletrônicos, em sessão pública.

§ 1º Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no objeto do edital, por meio de especificações usuais praticadas no mercado, tais como os exemplificados no Anexo.

§ 2º Atendido o disposto no § 1º, o pregão poderá ser utilizado: I - nas contratações de serviço de engenharia comum, mesmo que se exija profissional registrado no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREA para execução;

(...)

§ 3º A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras regidas pela legislação específica, e igualmente às locações imobiliárias e alienações em geral (MINAS GERAIS, 2008).

Diante das considerações traçadas, questionam-se os seguintes temas: primeiramente, as contratações de obras e serviços de engenharia podem ser realizadas por meio do pregão? Sabendo que a compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e não havendo restrição na Lei nº. 10.520/02, podem as normas regulamentares impedir a contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão? Qual é o entendimento jurisprudencial sobre o tema?

Conforme ensina os ditames fundamentais do Direito, em decorrência do princípio da legalidade, somente à lei compete inovar o ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações às pessoas. Alexandre de Moraes, neste sentido, esclarece:

(...) a Constituição Federal, apesar de exigir edição de lei formal, permite que esta fixe tão-somente parâmetros de atuação para o órgão administrativo, que poderá complementá-la por ato infralegal, sempre, porém, respeitados os limites ou requisitos estabelecidos pela legislação (MORAES, 2005, p. 37).

Neste aspecto, qualquer decreto não teria força para criar proibição contrária ao disposto em lei, mas sim possuem a função de regulamentar a execução e concretização do ordenamento legal.

Há de que se concordar com Jorge Ulisses Jacoby Fernandes que não defende a utilização da modalidade pregão para a contratação de obras, uma vez que o pregão é utilizado apenas para aquisições de bens ou serviços comuns (e não obras comuns). O professor faz a seguinte conclusão quanto ao tema:

Com efeito, a Lei nº. 10.520/2002, que substitui a MP, não veda a contratação de serviços de engenharia pela modalidade pregão, mas sim estabelece um critério distinto: o de que sejam serviços comuns. O que permite concluir que se admite a contratação de serviços de engenharia por pregão, desde que sejam serviços comuns.

Desse modo, a solução da questão principal – licitar obras e serviços de engenharia por pregão – é antecedida por outra: o serviço é comum (FERNANDES, 2008, p. 30).

Fernanda Alves Andrade, na mesma linha de raciocínio, esclarece sobre a possibilidade de licitar serviços de engenharia via pregão:

É comum – como visto – é trivial, vulgar. Como se vê, o conceito está ligado à margem de conhecimento (kwon how) acerca do produto ou do serviço. Se a técnica é de domínio trivial, pode-se considerá-la como comum. Ora, engenheiro há bastante e serviços os há que têm vasta camada de ofertantes no mercado, ainda que demandem acompanhamento de profissionais especializados. Desta forma, não há como deixar de conceber a existência de ‘serviços comuns de engenharia’.

(...)

O Decreto nº. 3.555/00, em princípio, regulamenta a Medida Provisória nº. 2.026/00 e suas sucessivas reedições. Posteriormente, com a publicação da Lei nº. 10.520/02, este decreto foi por ela recepcionado. Mas o decreto somente pode ser recepcionado naquilo em que for compatível com as disposições da lei ordinária. Tudo aquilo que for contrário ou que exceder as disposições da Lei nº. 10.520/02 no texto do regulamento deve ser tido por não escrito.

(...)

Assim, os serviços de engenharia que se enquadrem na classificação de comuns podem ser licitados por aquela forma (ANDRADE, 2007, p. 65-66).

Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões e Adriano de Souza Maltarollo, ao defenderem o uso da modalidade pregão para contratação de obras comuns (que nada mais são do que um tipo de serviço de engenharia), afirmam que o agente público deve-se pautar pelo senso técnico-jurídico arrazoado de quem tem o dever de olhar para a Lei como quem olha para um instrumento de atendimento ao interesse público, decidindo pela interpretação mais cabível. Ensinam-nos, ainda, sobre a contratação de obras e serviços de engenharia via pregão:

O sentido exposto que consta na Lei do Pregão aponta para permissão de uso da modalidade – de onde Decreto do Executivo até extrapola para sua obrigatoriedade – para bens e serviços comuns. Mais uma vez, não há qualquer vedação à utilização do pregão para a contratação de obras. A despeito de se manter uma interpretação subsidiária e paralela entre a Lei do Pregão e a Lei de Licitações, poder-se-ia falar na contratação de obras tidas como Obras Comuns, termo até então não utilizado na literatura. Estariam aí compreendidos todos empreendimentos da construção civil cujos padrões de desempenho e qualidade pudessem ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado. (...) apenas quando envolverem inauguração de edificações em terreno vazio ou terra nua e, portanto, caracterizarem-se como construção, obras não poderão ser enquadradas como serviço de engenharia. (...) serviço de engenharia é serviço comum quando o Administrador, diante do caso concreto, justificar que seja possível tal enquadramento, à luz da previsão legal do art. 1º da Lei do Pregão (SIMÕES & MALTAROLLO, 2007, p. 13-22).

Silvio Freire de Moraes, Secretário-Geral do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, na mesma linha de pensamento, comenta:

iv) Compreendidos no gênero serviços de engenharia tanto os serviços comuns, quanto os não-comuns, poderíamos extrair do texto, com amparo na técnica de interpretação conforme a constituição, a única significação normativa harmônica com a Carta Magna, vale dizer, um sentido exegético que permita a realização da modalidade pregão para os serviços de engenharia comuns.

v) Os serviços de engenharia comuns terão como único balizamento o enquadramento na hipótese prevista no parágrafo único do art. 1º da Lei do pregão, ou seja, a possibilidade da definição objetiva

no edital dos padrões de desempenho e qualidade dos serviços – de engenharia comum – a ser contratado, por meio de especificações usuais no mercado.

vi) Serviço comum não é sinônimo de serviço simples e tampouco tem significado oposto a serviço complexo. Em outros termos, os serviços de engenharia poderão ser complexos e comuns, ou simples e comuns, mas não poderão evidentemente ser complexos e simples ao mesmo tempo. Sendo comum poderá ser licitado por pregão (MOARES, 2008, p. 15-16).

O tema foi enfrentado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em algumas ocasiões, que foram fundamentais para construção de jurisprudência sobre o assunto.

Em Decisão nº. 195/2002 – Plenário, o Ministro Relator Benjamin Zymler orientou que a autoridade se abstivesse de licitar serviços de engenharia por meio do pregão. A questão tratava da possibilidade de os serviços de impermeabilização e recuperação do bloco “c” da esplanada dos Ministérios serem ou não de engenharia e, por consequência, poderem ou não serem licitados naquela modalidade. O analista Gérson Cardoso de Lima manifestou o entendimento de que a impermeabilização constituía serviço de conservação, mais simples que o de manutenção, por tanto, licitável por pregão. O relator, divergindo parcialmente da instrução, aduziu que:

9. Ora, notório é o fato de que serviços de engenharia, ainda que aparentemente simples, demandam supervisão e conhecimento técnico, razão pela qual o art. 5º do Ato 12/86 do CREA/DF exige ART (Anotação de Responsabilidade Técnica) para os serviços e obras listados no art. 2º desse mesmo Ato. Dentre eles, inclui-se a impermeabilização.

10. Não bastassem essas considerações, deve-se esclarecer que impermeabilização não pode ser considerada um serviço simples, pois requer conhecimentos técnicos específicos. Diversos são os métodos empregados e a escolha da melhor solução depende de avaliação profissional competente. Serviços mal executados podem eventualmente comprometer a estrutura da edificação que se pretende proteger (BRASIL, 2002).

Posteriormente, em Decisão nº. 557/2002 – Plenário, o Tribunal de Contas da União examinou representação de empresa de engenharia contra edital de pregão que tinha por objeto a contratação de empresa especializada em serviços de manutenção de sistemas de ar condicionado central individual, tratamento químico das torres de refrigeração e exaustão/ventilação mecânica, com fornecimento de mão-de-obra, materiais, peças, ferramentas e componentes.

O Ministro Relator Benjamin Zymler expôs que, no instrumento de convocação da licitação, foi exigido que o vencedor tivesse profissional registrado no CREA, tanto em engenharia mecânica, com experiência de cinco anos, como de engenharia química; que a Resolução nº. 218/73, do CONFEA, estabelece que esse tipo de serviço deve ser realizado por profissional inscrito no CREA e que compete ao conselho fiscalizar e disciplinar os serviços licitados; que havia duas interpretações possíveis: ou os serviços de manutenção, mesmo exigindo profissional de engenharia, podem ser licitados via pregão, tendo em vista o item 19 da relação anexa ao Decreto nº. 3.555/00; ou os serviços de manutenção, que se enquadram como de engenharia, não podem ser licitados por pregão, tendo em vista o art. 5º do referido decreto.

O relator, reconhecendo a complexidade do caso, admitiu ter havido erro escusável, propondo ao Plenário que, ao órgão,

fosse determinado não utilizar a modalidade de licitação para a contratação de serviços de engenharia, mesmo quando se tratar de serviços de manutenção.

É importante notar que essas decisões foram adotadas antes da Lei nº. 10.520/02, quando vigorava a Medida Provisória nº. 2.026/00 e o seu Decreto Regulamentar nº. 3.555/00. O Tribunal de Contas da União entendia que, por necessitarem de conhecimento de profissional especializado, as contratações de obras e engenharia não poderiam ser feitas pela modalidade pregão.

Com a edição da Lei de Pregão, o Tribunal de Contas da União consolidou entendimento de que o ordenamento jurídico em vigor ampara a realização do pregão com vistas à contratação de serviços de engenharia. Neste sentido, vale registrar os Acórdãos nº. 817/2005 – 1ª Câmara, nº. 268/2007 – Plenário, nº. 841/2010 – Plenário.

O Acórdão nº. 817/2005 trata-se de resposta à representação formulada por licitante sobre possíveis irregularidades praticadas pelo Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro) na realização de pregão, alegando que os serviços contratados – Fornecimento e Instalação de 26 (vinte e seis) Aparelhos de Ar Condicionado, modelo Multi Split – são considerados como de engenharia pelo CONFEA/CREA e que o Decreto nº. 3.555/00 veda a utilização da modalidade pregão para tais contratações. O Ministro Relator Valmir Campelo constata a natureza de bens e serviços comuns daqueles constantes do objeto do certame.

Na mesma linha de raciocínio, o Acórdão nº. 268/2007 trata-se de resposta à representação do Sinduscon-DF (Sindicato da Indústria da Construção Civil no Distrito Federal) contra pregão eletrônico realizado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ). Os serviços estavam orçados em R\$ 85.000,00 e abrangiam remoção do jardim, mão-de-obra especializada para remoção e colocação de vidros, rejunte, placas de mármore, demolição da proteção mecânica, impermeabilização de lajes, além de outros. O TCU considerou improcedente a representação do Sinduscon-DF e adequada a modalidade escolhida, caracterizando o serviço de engenharia licitado como comum.

Mais recentemente, o Acórdão nº. 841/2010 converteu na Súmula nº. 257 o entendimento pacificado no âmbito do TCU no sentido de que o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº. 10.520/2002.

Note que a postura atual da Corte atrela-se à conceituação de comuns, desconsiderando se os serviços são ou não são de engenharia, sendo mais relevante analisar se o bem ou serviço apresenta características padronizadas e se encontra disponível, a qualquer tempo, em um mercado próprio.

Mesmo contrariando o entendimento pacificado pelo TCU, o CONFEA, por meio da Decisão Plenária nº. 2.467/2012, decidiu que: *serviços que exigem habilitação legal para a sua elaboração ou execução, com a obrigatoriedade de emissão da devida ART perante o CREA, tais como projetos, consultoria, fiscalização, supervisão e perícias, jamais poderão ser classificados como comuns, dada a sua natureza intelectual, científica e técnica, fatores que resultam em ampla complexidade executiva, exigindo, portanto, profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições, conforme também detalha o artigo 13 da Lei 8.666, de 1993, não se admitindo a sua contratação pela modalidade pregão (BRASIL, 2012).*

Conforme exposto quando analisadas as disposições regulamentares que proíbem a contratação de serviços de engenharia na modalidade pregão e contrariam a norma geral – Lei

nº. 10.520/2002, e sem esquecer a legitimidade do CONFEA para regulamentar o exercício e atividade de engenheiro, tal entendimento não pode prevalecer, sob pena de desrespeito ao princípio da legalidade.

Por outro lado, diante da falta de previsão legal permitindo a utilização do pregão para contratação de obras, defende-se a impossibilidade do seu cabimento. Neste sentido decidiu o TCU em dois momentos, conforme observado nos Acórdãos nº. 1.538/2012 – Plenário e nº. 2.312/2012 – Plenário.

Embora não seja expressa a declaração de inviabilidade em utilizar a modalidade pregão para contratação de obras, o Acórdão nº. 1.538/2012 informa que obras com término de parcela posterior à Copa do Mundo de 2014 ou às Olimpíadas de 2016, conforme o caso, só podem ser licitadas pelo procedimento do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) quando ao menos fração do empreendimento tenha efetivo proveito para a realização desses eventos esportivos e desde que reste evidenciada a inviabilidade técnica e econômica do parcelamento das frações da empreitada a serem concluídas a posteriori. Caso contrário, devem ser utilizados os procedimentos da Lei nº. 8.666/93 e não da Lei do Pregão.

O Acórdão nº. 2.312/2012, por sua vez, é expresso em declarar a impossibilidade de utilização de pregão para a contratação de obras de engenharia. No caso, auditoria no Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) e no Município de Santo Antônio do Descoberto-GO apontou indícios de irregularidades em licitação para construção de quadra esportiva coberta com palco em escola da localidade, entre eles a utilização da modalidade pregão para a realização da obra. Anotou a equipe de auditoria que, por se tratar de obra de engenharia, a modalidade pregão não poderia ter sido utilizada, tendo em vista o disposto no art. 1º e em seu parágrafo único da Lei nº. 10.520/2002.

Diante do exposto, não revestam dúvidas sobre o entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto à possibilidade de serviços de engenharia (e não obras), desde que tipificados como comuns, serem licitados na modalidade pregão.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito se discute a respeito da possibilidade de adoção da modalidade pregão para contratação de obras e serviços de engenharia, sendo certo afirmar que tanto o entendimento doutrinário quanto o jurisprudencial vem evoluindo desde a criação da modalidade licitatória.

Tal fato se deve à importância que representam os volumes de recursos públicos gastos em obras e serviços de engenharia, em si tratando de um país com enorme carência por infraestrutura e melhores prestações de serviços pela esfera governamental, como é o caso do Brasil.

Ciente deste fato, o legislador, revestindo-se de cuidados com os interesses daqueles que representa, editou normas para resguardar os gastos públicos de fraudes, presentes no cenário brasileiro até então. É o caso da edição da Lei de Licitações e da Lei Geral do Pregão. Conforme observa a doutrina, o pregão é caracterizado por um processo mais célere de contratações de bens e serviços comuns, representando também ganhos procedimentais e, em decorrência, econômicos, por se tratar de uma modalidade que aumenta a disputa e a transparência nas contratações públicas em relação a outras modalidades.

Com o objetivo de alcançar melhores resultados na atividade pública, desde a promulgação da legislação do pregão, vem sendo ampliada a interpretação dos dispositivos que disciplinam

a modalidade, a fim de contratar obras e serviços de engenharia por meio do pregão.

Como primeira conclusão do presente artigo, ressalta-se que normas regulamentares que impeçam contratações de serviços de engenharia via pregão, e que, fazendo isto, inovam em relação às disposições contidas na Lei Federal nº. 10.520/02, por ser uma ofensa ao Princípio da Legalidade, não devem prosperar no ordenamento jurídico brasileiro, sendo de outra forma uma afronta à Constituição Federal. Diferente é o caso de contratação de obras, por não se encaixarem nem no gênero bens e nem no gênero serviços.

Fato é que a Lei do Pregão tem uma aplicabilidade restrita. Desta forma, conclui-se que para a contratação de serviços de engenharia bastaria que o objeto a ser licitado se enquadrasse dentro da classificação de serviços comuns. A tarefa não é simples. Para tal, seria necessário profundo conhecimento do objeto a ser contratado. O instrumento convocatório deve ser tão bem redigido, que possa ser entendido pelos profissionais que compõem o nicho de mercado da licitação, não deixando margens para dúvidas.

Num mercado mundial globalizado, como o que estamos inseridos, seria difícil não encontrar empresas capazes de entender o pretendido pelo agente público. Dificilmente existirão especificações não usuais no mercado. A lógica se inverte e a exceção vira regra: difícil será encontrar serviços de engenharia que tenham um objeto inteligível pelas empresas. Portanto, a tarefa daqueles que elaboram os editais seria descrever o objeto de forma clara e precisa, com base no conhecimento das práticas de mercado do ramo.

Caso o Administrador Público se sinta capacitado a apresentar todas as características técnicas envolvidas e tecer os detalhes que lhe permitam escolher a proposta mais vantajosa, construindo um Termo de Referência bem elaborado, não há que se falar em Lei em seu desfavor, pois seria aplicá-la contra o próprio Estado que a criou. Impedi-lo de utilizar o pregão para tais contratações é retirar-lhe a capacidade de ser mais eficiente na atividade pública, retirar-lhe instrumento mais célere e econômico que os demais.

Como foi possível verificar, se em uma primeira etapa, com a criação do pregão, até por força de vedação expressa em regulação de sua adoção para a contratação de obras e serviços de engenharia, os tribunais eram receosos em admitir a modalidade para tal objeto, hoje o entendimento é que se pode contratar por pregão serviços de engenharia, desde que caracterizadas como serviço comum. É a consolidação de uma nova realidade: a grande aceitação do pregão e a ênfase na agilidade, transparência e publicidade, que são marcas desta modalidade licitatória.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fernanda Alves. Serviços de engenharia podem ser licitados por pregão? O entendimento recente do TCU. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 6, n.67, p. 64-69 – jul.2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Decreto Federal nº. 3.555, de 08 de agosto de 2000. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Decreto Federal nº. 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Decreto Federal nº. 7.174, de 12 de maio de 2010. Regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Lei nº. 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>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Resolução nº. 218, de 29 de junho de 1973, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CONFEA. Discrimina atividades das diferentes modalidades profissionais da Engenharia, Arquitetura e Agronomia. Disponível em <<http://www.confea.org.br>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Decisão Plenária nº. 2.467, de 03 de dezembro de 2012, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CONFEA. Define e disciplina a aplicabilidade da modalidade licitatória pregão para a contratação de serviços do setor de engenharia. Disponível em <<http://www.confea.org.br>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº. 195/2002. Relator: Ministro Benjamin Zymler. DOU de 25/03/2002. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº. 557/2002. Relator: Ministro Benjamin Zymler. DOU de 07/06/2002. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 817/2005. Relator: Ministro Valmir Campelo. DOU de 09/05/2005. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 286/2007. Relator: Auditor Augusto Sherman Cavalcanti. DOU de 16/02/2007. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 841/2010. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. DOU de 05/05/2010. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 1.538/2012. Relator: Ministro Valmir Campelo. DOU de 20/06/2012. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em 14/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 2.312/2012. Relator: Ministro José Jorge. DOU de 29/08/2012. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em 14/06/2014.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, n. 7, n.75, p. 28-33, mar 2008.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MINAS GERAIS. Decreto nº. 44.786, de 18 de abril de 2008. Regulamenta a modalidade de licitação denominada pregão, nas formas presencial e eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito do Estado de

Minas Gerais, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.compras.mg.gov.br>> Acesso em 14/06/2014.

MINAS GERAIS. Lei nº. 14.167, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a adoção no âmbito de Estado, do Pregão como modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns e dá outras providências. Disponível em <<http://www.compras.mg.gov.br>> Acesso em 14/06/2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Silvio Freire de. O pregão e os serviços de engenharia. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 7, n.75. p.7-16 mar. 2008.

PALAVÉRI, Marcelo. Pregão: possibilidade de ser adotada a modalidade para licitar serviços de engenharia. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, p. 55-60, out. 2007.

REIS, Samuel Mota de Souza. A contratação de obras e serviços de engenharia sob o enfoque do pregão. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 8, n. 433, 13 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5683>>. Acesso em 14/06/2014.

SARDINHA PINTO, Luciana Moraes Raso. Apostila da disciplina *Direito Administrativo* do Curso de Superior de Administração Pública da Fundação João Pinheiro. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2004.

SIMÕES, Luiz Felipe Bezerra Almeida; MALTAROLLO, Adriano de Sousa. Pregão em obras e serviços de engenharia. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 69, p. 7-22, set. 2007.

NOTAS DE FIM

1 Mestrando em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro, Pós-Graduado em Gestão Estratégica pela Fundação João Pinheiro, Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pregoeiro Titular da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

2 Mestranda em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro, Pós-Graduada em Gestão Estratégica pela Fundação João Pinheiro, Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

3 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pregoeiro da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

4 Valor referente ao valor total homologado pelo Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, no ano de 2013, referentes aos gastos com materiais, serviços e obras.

5 Lei Nº. 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.

6 As demais modalidades licitatórias previstas na legislação brasileira são: concorrência; tomada de preços; convite; concurso; leilão. Cabe ressaltar que o §8º do art.22 da Lei nº. 8.666/93 veda a criação de outras modalidades ou a combinação entre elas.

7 Lei nº. 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.

8 Cabe ressaltar que a lei responsável pela instituição do pregão é norma geral que modifica o art. 22 da Lei nº. 8.666/93, no que se refere à restrição de criação de modalidades além das previstas.

9 Lei Nº. 14.167, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a adoção, no âmbito do Estado, do pregão como modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns e dá outras providências.