

A VIABILIDADE DA UTILIZAÇÃO DO PREGÃO PARA CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

Liege Ferreira MALACRIDA¹

RESUMO: O presente artigo tem como escopo demonstrar que a utilização da modalidade de licitação pregão pela Administração Pública é, inquestionavelmente, uma ferramenta eficiente de contratação, que vem trazendo bons resultados no tocante a economia no momento da aquisição do bem ou serviço desejado. O que se pretende também é verificar se existe viabilidade na aplicação do pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia, visto que a modalidade é utilizada para aquisição de bens e serviços comuns.

Palavras-Chave: Licitação; pregão; Bens e serviços comuns; Obras e serviços de engenharia.

1 INTRODUÇÃO

Como é sabido, licitação é o procedimento prévio seletivo pelo qual a Administração Pública, por meio de critérios previamente estabelecidos em edital, selecionam a proposta mais vantajosa, observando o princípio da isonomia, para a celebração de contrato. Trata-se de imposição prevista no artigo 37, XXI e artigo 175, ambos da Constituição Federal.

Regida pela lei 8.666/1.993, traz em seu artigo 1º normas gerais sobre licitações e contratos administrativos atinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações aplicáveis na esfera dos poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O artigo 22 da Lei de Licitações elenca cinco modalidades de licitação: convite, tomada de preços, concorrência pública, leilão e concurso. Cada uma apresenta sua peculiaridade no tocante às hipóteses de cabimento, prazos legais, âmbito de publicidade e critérios de julgamento. As diferenças procedimentais se dão por não ser recomendável impor ao administrador as mesmas formalidades para contratações simples e complexas, valores e o objeto licitado.

¹ Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: limalacrida@hotmail.com

A sexta modalidade de licitação é o pregão. Introduzido pela Medida Provisória nº 2.026/2.000, inicialmente tinha aplicabilidade limitada a União. Contudo, após a criação da Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2.002, o pregão foi promulgado como modalidade de licitação abrangendo a União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

2 PREGÃO

Segundo Jacoby Fernandes, o pregão pode ser conceituado como:

Procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, garantindo a isonomia, seleciona fornecedor ou prestador de serviço, visando a execução de objeto comum no mercado, permitindo aos licitantes, em sessão pública presencial ou virtual, reduzir o valor da proposta por meio de lances sucessivos (2013, p. 341).

A criação dessa modalidade se deu para desburocratizar o procedimento licitatório, imprimindo uma maior presteza e eficiência nos processos administrativos visando ampliar a competição entre os interessados, gerando um estímulo à redução dos preços. A lógica de reduzir formalidades para contratações de menor complexidade, tem amparo nos princípios da celeridade, finalidade, razoabilidade, justo preço e seletividade.

Essa modalidade pode ocorrer de maneira presencial e na forma eletrônica, independente do valor estimado da contratação. A forma presencial se caracteriza pela presença física dos interessados no certame, por meio de propostas e lances em sessão pública. A forma eletrônica se dá em ambiente virtual, por meio de ferramentas da tecnologia da informação.

O pregão apresenta algumas características específicas, dentre elas a adoção do Pregoeiro em vez de uma comissão de licitação. Esse agente público é designado por autoridade competente do órgão ou entidade promotora da licitação, e conduzirá os trabalhos do procedimento licitatório tendo várias atribuições, como: o credenciamento dos interessados, recebimento das propostas e lances, sua aceitabilidade e classificação, a habilitação e adjudicação do certame. Ele contará com a assistência de uma equipe de apoio, formada em sua maioria por servidores efetivos ou empregados a administração, de preferência pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora. Outra peculiaridade a ser destacada é

a inversão de fases, onde a disputa de preços se dá antes da fase de habilitação, que somente será analisada do licitante que apresentou a melhor proposta. Se a proposta não for aceita ou desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes, na ordem de classificação, até a apuração de uma que se adeque as condições previstas no edital para ser declarado vencedor.

3 O PREGÃO E OS BENS E SERVIÇOS COMUNS

O uso restrito do pregão para contratação de bens e serviços comuns causam dúvidas na operacionalização do procedimento.

O artigo 6º, II, da Lei 8.666/1.993 dispõe sobre o que é serviço:

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

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:[...]

No parágrafo único do artigo 1º da lei 10.520/2.002, o legislador busca esclarecer o que seriam bens e serviços comuns:

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.

No referido parágrafo, o que fica claro é a faculdade do administrador em utilizar o pregão para aquisição de bens e serviços comuns, e para os demais bens e serviços não-comuns, o uso dessa modalidade é vedado.

Trata-se de uma definição muito aberta e genérica. O anexo II, do revogado decreto 3.784/2.001, apresentava uma ampla lista do que seriam bens e serviços comuns, que variavam de bens de consumo como água até serviços de treinamento, aperfeiçoamento e capacitação. O que prevalecia era o entendimento de que tratava-se de uma lista meramente exemplificativa, que autorizava a utilização do pregão para a aquisição de bens e serviços não elencados na lista, desde que

pudessem ser definidos como comuns. Esse foi o motivo da revogação da lista, entendendo que cabe ao administrador comprovar o que é bem ou serviço comum.

Decreto nº 3.784, de 06 de abril de 2.001

Promove a inclusão de itens de bens de consumo e de serviços comuns na classificação a que se refere o Anexo II do Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000.

ANEXO

CLASSIFICAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS COMUNS

BENS COMUNS

1. Bens de Consumo 1.1 Água mineral 1.2 Combustível e lubrificante 1.3 Gás 1.4 Gênero alimentício 1.5 Material de expediente 1.6 Material hospitalar, médico e de laboratório 1.7 Medicamentos, drogas e insumos farmacêuticos 1.8 Material de limpeza e conservação 1.9 Oxigênio 1.10 Uniforme 2. Bens Permanentes 2.1 Mobiliário 2.2 Equipamentos em geral, exceto bens de informática 2.3 Utensílios de uso geral, exceto bens de informática 2.4 Veículos automotivos em geral 2.5 Microcomputador de mesa ou portátil ("notebook"), monitor de vídeo e impressora.

SERVIÇOS COMUNS

1. Serviços de Apoio Administrativo 2. Serviços de Apoio à Atividade de Informática 2.1 Digitação 2.2. Manutenção 3. Serviços de Assinaturas 3.1. Jornal 3.2. Periódico 3.3. Revista 3.4 Televisão via satélite 3.5 Televisão a cabo 4. Serviços de Assistência 4.1. Hospitalar 4.2. Médica 4.3. Odontológica 5. Serviços de Atividades Auxiliares 5.1. Ascensorista 5.2.. Auxiliar de escritório 5.3. Copeiro 5.4. Garçom 5.5. Jardineiro 5.6. Mensageiro 5.7. Motorista 5.8. Secretária 5.9. Telefonista 6. Serviços de Confecção de Uniformes 7. Serviços de Copeiragem 8. Serviços de Eventos 9. Serviços de Filmagem 10. Serviços de Fotografia 11. Serviços de Gás Natural 12. Serviços de Gás Liqüefeito de Petróleo 13. Serviços Gráficos 14. Serviços de Hotelaria 15. Serviços de Jardinagem 16. Serviços de Lavanderia 17. Serviços de Limpeza e Conservação 18. Serviços de Locação de Bens Móveis 19. Serviços de Manutenção de Bens Imóveis 20. Serviços de Manutenção de Bens Móveis 21. Serviços de Remoção de Bens Móveis 22. Serviços de Microfilmagem 23. Serviços de Reprografia 24. Serviços de Seguro Saúde 25. Serviços de Degravação 26. Serviços de Tradução 27. Serviços de Telecomunicações de Dados 28. Serviços de Telecomunicações de Imagem 29. Serviços de Telecomunicações de Voz 30. Serviços de Telefonia Fixa 31. Serviços de Telefonia Móvel 32. Serviços de Transporte 33. Serviços de Vale Refeição 34. Serviços de Vigilância e Segurança Ostensiva 35. Serviços de Fornecimento de Energia Elétrica 36. Serviços de Apoio Marítimo 37. Serviço de Aperfeiçoamento, Capacitação e Treinamento

O ex Ministro Valmir Campelo do TCU - Tribunal de Contas da União, assenta ser discricionária a classificação de um bem ou serviço como comum.

Nesse seguimento, o Ministro Benjamin Zymler tece seu comentário:

O objetivo da norma foi tornar viável um procedimento licitatório mais simples, para bens e serviços razoavelmente padronizados, no qual fosse possível à Administração negociar o preço com o fornecedor sem comprometimento da viabilidade da proposta. No pregão a aferição da qualidade do licitante só é procedida no final do certame e apenas em relação a proposta vencedora. O pressuposto é de que os serviços são menos especializados, razão pela qual a fase de habilitação é relativamente simples. De outra forma, a

Administração poderia se ver forçada a, frequentemente, desclassificar a proposta de menor preço, se não confirmada a capacidade técnica do fornecedor.

Para o magistrado, os serviços quem abrangem o pregão, são aqueles de natureza simples, que tem a fase de habilitação descomplicada, sem muitas exigências técnicas, como por exemplo, o reparo, a conservação e as manutenções em geral, dependendo de sua descrição e do projeto básico.

4 O PREGÃO E AS OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

O artigo 5º do decreto nº 3.555/2.000, que regulamenta a modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns, dispõe que a modalidade não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia:

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.

O decreto nº 5.450/2.006, que regulamenta o pregão na forma eletrônica, veda expressamente sua utilização nas contratações de obras e engenharia:

Art. 6º A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.

O posicionamento do Tribunal de Contas da União no que concerne a aplicação do pregão para a contratação de serviços e obra de engenharia, vem evoluindo com o tempo, adotando uma interpretação ampla da Lei nº 10.520/2.002.

A princípio adotava um entendimento mais restritivo, como disposto no decreto nº 3.555/2.000, vedando a utilização do pregão para serviços de engenharia. Posteriormente, percebendo que o pregão agrega muitas vantagens para a administração, como a redução da proposta através de lances, o TCU acolhe um posicionamento ampliativo e admite o emprego da modalidade para a contratação de serviços de engenharia.

Diante dessa discussão, o TCU sumulou (Súmula 257) o entendimento de que a utilização do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra respaldo na Lei nº 10.520/02.

Trata-se de uma norma de caráter geral, de entendimento amplo, e que, diante da tentativa de pacificar um entendimento, a Corte de Contas da União não sanou a dúvida existente, pois ela permite o uso do pregão para contratação de serviços comuns de engenharia e não para as obras de engenharia, e também não diz quais são os serviços comuns de engenharia abarcados pelo pregão. O senso a que se refere a palavra comum, é muito relativo, depende do entendimento subjetivo de cada pessoa.

O CONFEA (Conselho Federal de Engenharia e Agronomia) decidiu na Decisão Plenária 2467/2012 que não admite o uso do pregão para serviços que exigem emissão de ART perante o CREA (Conselho Regional de Engenharia e Agronomia):

“serviços que exigem habilitação legal para a sua elaboração ou execução, com a obrigatoriedade de emissão da devida ART perante o CREA, tais como projeto, consultoria, fiscalização, supervisão e perícias, jamais poderão ser classificados como comuns, dada a 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 nº 8.666/1.993, não se admitindo a sua contratação pela modalidade Pregão”.

Fernanda Marinela acredita que em razão da natureza do objeto, está vedado o uso do pregão para contratações de obras e serviços de engenharia (P. 313).

O renomado autor Celso Antônio Bandeira de Mello, cita em sua obra, Marçal Justen Filho, que sentiu necessidade de esclarecer o comum como: “é a padronização de sua configuração, que é viabilizada pela ausência de necessidade especial a ser atendida e pela experiência e tradição do mercado” (P. 563).

Diante desse impasse, é pacífico o entendimento de que o pregão pode ser empregado para a contratação de serviços comuns de engenharia, mas, ao mesmo tempo, o legislador, a doutrina e a Corte de Contas deixam uma lacuna acerca do que seriam os serviços comuns de engenharia, cabendo ao agente público a discricionariedade desde que ponderada, do que seriam esses serviços comuns de engenharia.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, fica claro que a essência do pregão é a contratação mais célere e eficiente de bens e serviços comuns, e uma de suas principais características é a inversão de fases, e o que prepondera é a análise da proposta e secundariamente a análise da habilitação.

É vedado à Administração Pública o uso do pregão para as contratações de obras de engenharia, por tratar-se de uma execução técnica, que exige a atuação de responsável técnico, e portanto, de uma exigência específica e aprofundada na fase de habilitação, que deturpa o objeto do pregão que é a aquisição de bens e serviços comuns, o objeto deixa de ser comum e passa a ser complexo.

As contratações de serviços comuns de engenharia pela Administração Pública mais complexas, sujeitas a uma maior atividade intelectual e que demandem uma robusta análise da habilitação técnica dos licitantes, ou a adequação dos bens a diversas normas técnicas, descaracteriza a natureza de “comuns”, inviabilizando o uso do pregão. Diante disso, através da inversão de fases, fica claro que a análise técnica da habilitação é subsidiária à análise da proposta, ela deve ser simplificada, deixando para as demais modalidades uma apreciação mais profunda das documentações.

Dessa forma, diante da lacuna deixada pelo legislador, chega-se a conclusão de que cabe ao agente público responsável pela contratação dos serviços de engenharia, equilibrar os fatores a serem aplicados, realizar um juízo de valor, se o serviço de engenharia é comum ou complexo, para determinar qual modalidade de licitação será empregada, ou seja, é casuística.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CONFEA, **Legislação**. Disponível em:
<<http://normativos.confea.org.br/ementas/visualiza.asp?idEmenta=51039>>. Acesso em 30/08/2017.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

DECRETO nº 3.555/2.000, **Regulamenta a modalidade pregão**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm>. Acesso em: 22/08/2017.

DECRETO nº 3.784/2.001, **Promove a inclusão de itens de bens de consumo e de serviços comuns**. Disponível em:
<<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/100813/decreto-3784-01>>. Acesso em: 23/08/2017.

DECRETO nº 5.450/2006, **Regulamenta o pregão na forma eletrônica**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 24/08/2017.

DE VITA, Pedro Henrique Braz. **A discussão bastante “comum” acerca da aplicabilidade do pregão nas contratações de obras de engenharia**. Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/a-discussao-bastante-comum-acerca-da-aplicabilidade-do-pregao-nas-contratacoes-de-obras-de-engenharia/>>. Acesso em 28/08/2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum 2013.

LEI nº 8.666/1.993. **Lei geral de Licitações**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 21/08/2017.

LEI nº 10.520/2.002. **Lei do Pregão**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 22/08/2017

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8ª Ed. Niterói: Editora Impetus.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

NETO, Fernando Ferreira Baltar; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito Administrativo**. 3ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

SILVA, Raquel Veloso da. **O uso do pregão para a contratação de serviços de engenharia – Aspectos jurídicos e entendimento jurisprudencial do TCU e Tribunais Regionais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/34683/o-uso-do-pregao-para-a-contratacao-de-servicos-de-engenharia-aspectos-juridicos-e-entendimento-jurisprudencial-do-tcu-e-tribunais-regionais>>. Acesso em 28/08/2017.

SOUZA, Jorge Munhos; FIDALGO, Carolina Barros. **Legislação Administrativa para Concursos**. 1ª Ed. Salvador, Editora Juspodivm, 2014.