

A Contratação de Obras e Serviços de Engenharia por meio de Pregão

Lafaiete Luiz do Nascimento

I. O pregão – O pregão é modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública. Os licitantes apresentam suas propostas de preço por escrito, por lances verbais ou via Internet, independentemente do valor estimado da contratação.

Em princípio, não se aplica à contratação de obras de engenharia, alienações e locações imobiliárias (art. 5º de Decreto nº 3.555/2000).

Tentar-se-á, em rápidas linhas, responder às indagações: a) a contratação de obras e serviços de engenharia poderá ser objeto de licitação na modalidade Pregão?; b) não havendo restrição na Lei nº 10.520/02, existe fundamento de validade nas normas regulamentares que impedem a contratação de obras e serviços de engenharia pelo Pregão? e c) há precedente do Tribunal de Contas da União para a espécie?

A Lei nº 10.520/2002 dispôs:

“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.”

O art. 2º foi integralmente **vetado**. Dispunha ele:

“Art. 2º Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme disposto em regulamento, qualquer que seja o valor estimado da contratação, na qual a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública, vedada sua utilização na contratação de serviços de transporte de valores e de segurança privada e bancária.”

Lafaiete Luiz do Nascimento é servidor do TCU, especialista em Novo Direito Civil, pós-graduando em Direito Notarial e de Registro

Na mensagem de veto, o chefe do Poder Executivo justificou a medida por que a redação adotada implicaria na proibição da contratação de serviços de vigilância por meio do pregão, com impacto indesejável sobre os custos e a agilidade de procedimentos que estão atualmente em plena disseminação. A utilização do pregão na contratação desses serviços é praticada com sucesso desde sua criação, por Medida Provisória, em agosto de 2000, segundo a mensagem.

Para a doutrina, contudo, permanece, em sua inteireza, o conceito de pregão tal como consta do *caput* do vetado art. 2º.

Posteriormente, o art. 5º do Anexo I ao Decreto nº 3.555/2000 estatuiu:

“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.”

Por sua vez, o Anexo II do mesmo regulamento, intitulado Anexo II - Classificação de Bens e Serviços Comuns (redação dada pelo Decreto nº 3.784, de 2001), **esclarece que serviços de manutenção de bens imóveis são serviços comuns, podendo, portanto, ser licitados por meio de pregão.**

Samuel Mota Souza Reis¹ ensina que:

a Lei nº 10.520/02 condiciona o uso da modalidade Pregão somente aos bens e serviços comuns, sem excluir previamente quaisquer espécies de serviços e contratações. Lembre-se que os rol de bens e serviços comuns previstos nos decretos regulamentadores é meramente exemplificativo. A existência de bens e serviços comuns deverá ser aferida pelo administrador no caso concreto, por meio de circunstâncias objetivas constantes da fase interna do procedimento licitatório.

Observa-se, então, que a Lei nº 10.520/02 não exclui de antemão, a utilização do pregão para a contratação de obra e serviço de engenharia. O que exclui as obras e serviços de engenharia é o Decreto Federal nº 3.555/00, bem como, no âmbito do Estado de Minas Gerais, o Decreto nº 42.408/02. **É nesse momento que surge o ponto em que devemos ter maior atenção, para evitar a aplicação da lei cegamente, sem observância dos ditames fundamentais do Direito [que é o que interessa], e concluir que as obras e serviços de engenharia estariam definitivamente excluídas do instituto do Pregão.**

Pois bem, em primeiro lugar, lembramos que somente à lei compete inovar o ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações para as pessoas, como pressuposto do princípio da legalidade. Nesse sentido, o Decreto não reúne força para criar proibição não necessariamente pressuposta em lei, haja vista a incidência restrita da competência regulamentar, sempre abaixo da lei, com o propósito específico de regrar-lhe a execução e a concretização, nos termos do inc. IV, do art. 84, da CF/88.

Somente em virtude de tais considerações já poderíamos chegar a conclusão de que as normas regulamentares que proíbem a contratação de obras e serviços de engenharia pelo Pregão carecem de fundamento de validade, porquanto não possuem embasamento na Lei nº 10.520/02. Desta feita, o único condicionamento que a Lei do Pregão estabelece é a configuração do objeto da licitação como bem ou serviço comum. Até podemos admitir que muitas vezes, quando se vai contratar uma obra ou um serviço de engenharia, estes se revestem de uma certa complexidade, que, em princípio poderia ser impeditivo para a utilização do Pregão como modalidade licitatória cabível.

***Pari passu*, verifica-se, ainda, que a despeito do art. 5º, do Decreto Federal nº 3.555/00 vedar a utilização do pregão para obras e serviços de engenharia, o item 20 do Anexo II do mesmo Decreto autoriza a utilização do pregão para a contratação de serviços de manutenção de imóveis, que nada mais é do que um serviço de engenharia. (Grifos nossos.)**

E o que são serviços de engenharia?

Explica-nos Jorge Ulisses Jacoby Fernandes² que “(...) os serviços de engenharia, objeto da aplicação do inciso I do art. 24 da Lei nº 8.666/93, são todos aqueles que a lei exige sejam assinados por engenheiro, dentre aqueles declarados privativos da profissão pela legislação regulamentadora respectiva, além do que, sua execução deve estar voltada para bens imóveis (...)”.

Analisando o conceito de serviços de engenharia sob um sentido estrito, a Consultoria Zênite³ assim se pronunciou:

Por outro lado, 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.

II. Jurisprudência do TCU – Provocado a manifestar-se, o Tribunal de Contas da União⁴ decidiu que a atividade de manutenção de bens móveis e imóveis, conquanto qualificada como serviço de engenharia, sujeita à fiscalização do CREA, é ao mesmo tempo serviço comum e, por isso, pode ser licitada através de pregão.

Joel de Menezes Niebuhr⁵ registra que o TCU já enfrentou a questão. Inclusive, de acordo com voto do Ministro Adylson Motta, entendeu que serviço de manutenção de prédio não é qualificado como de engenharia, mas apenas como fornecimento de mão-de-obra e, pois, cabível a modalidade pregão.⁶

Já noutra decisão, o tribunal decidiu que a atividade de manutenção de equipamentos industriais, conquanto qualificada como serviço de engenharia, sujeita à fiscalização do CREA, é, ao mesmo tempo, serviço comum e, por isso, pode ser licitada através de pregão. Leia-se trecho elucidativo do voto do Ministro Iram Saraiva:

Temos, então, numa mesma norma jurídica. o Decreto nº 3.555/00, dois dispositivos conflitantes, o Anexo I, art. 5º, que impede o uso do pregão para a aquisição de obras e serviços de engenharia, e o Anexo II, que autoriza serem licitados na modalidade pregão os serviços de manutenção de bens móveis e imóveis. Ensina a boa técnica de interpretação que, em normas do mesmo valor hierárquico, o específico deve prevalecer sobre o geral. Conseqüentemente, a proibição contida no art. 5º sucumbe diante da clara manifestação do Anexo II. Isto é, os serviços de manutenção de imóveis, mesmo sendo serviços de engenharia, podem ser licitados na modalidade pregão⁷.

¹ REIS, Samuel Mota de Souza. In: *A contratação de obras e serviços de engenharia sob o enfoque do pregão*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n.433, 13 set. 2004. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5683>. Acesso em 18/07/2006.

² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 292.

³ ZÊNITE CONSULTORIA. Orientação Objetiva. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba: Zênite, jul.1997.

⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão nº 674/2002*. Plenário. Processo nº TC-015.199/2001-3. Representação. Relator: Ministro Iram Saraiva. Brasília, 19.06.2002. DOU de 08.07.02.

⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. Incidência do pregão. In: _____. *Pregão presencial e eletrônico*. Curitiba : Zênite, 2004, p. 60-62.

⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão nº 343/2002*. Plenário. Processo nº TC-013.749/2001-5. Representação. Relator Ministro Adylson Motta. Brasília, 10.04.02. DOU de 24.04.02.

⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão nº 674/2002*. Plenário. Processo nº TC-015.199/2001-3. Representação. Relator: Ministro Iram Saraiva. Brasília, 19.06.2002. DOU de 08.07.02.

Joel de Menezes Niebuhr finaliza entendendo que,

para o Tribunal de Contas da União, o Decreto Federal nº 3.555/00 veicula duas normas conflitantes sobre a possibilidade de se utilizar o pregão para licitar contratação de obras ou serviços de engenharia. Entre uma e outra, reconhece que a especial, dentro da hipótese prevista nela, deve prevalecer sobre a geral. Melhor explicando: o item 20 do anexo II do Decreto Federal nº 3.555/00 é especial, porque permite especificamente a utilização do pregão para a realização de licitação de manutenção de bens imóveis, qualificado como serviço de engenharia. Já o artigo 5º do mesmo Decreto é geral, dado que proíbe o pregão em obras e serviços de engenharia. Então, em regra, o pregão não deve ser realizado para licitar obras e serviços de engenharia, à exceção da manutenção de bens imóveis, já que prevista em norma especial.

Sem embargo, percebe-se que a Lei nº 10.520/02 condiciona o uso da modalidade pregão somente aos bens e serviços comuns, sem excluir espécies de serviços e de contratações. Quer dizer que a Lei não excluiu, de antemão, a utilização do pregão para a contratação de obra e serviço de engenharia. Se houvesse obra ou serviço de engenharia de natureza comum, simples, sem maiores especificidades, em princípio, seria permitida a adoção do pregão. (Grifos nossos.)

Para Samuel Mota Souza Reis, a referência à decisão do TCU é de grande valia, pois já coloca um importante precedente para análise do tema, qual seja, que a vedação do art. 5º, do Decreto Federal nº 3.555/00 não é absoluta. Se a validade do item 20 do Anexo II do referido Decreto, que se refere à manutenção de bens imóveis foi admitida, e sendo que este serviço consta de uma lista que trata apenas exemplificativamente de bens e serviços comuns, conclui-se, portanto, que outros serviços de engenharia também poderão ser licitados pelo Pregão.

Por isso, é imperativo admitir a utilização de pregão para outras obras ou serviços de engenharia afora os de manutenção predial, desde que comprovada sua natureza comum, independentemente do art. 5º Decreto Federal nº 3.555/00.

Derradeiramente, trazemos ao exame um benefício do Pregão, que poderá ser ressaltado quando for utilizado para as contratações de obras e serviços de engenharia. Estamos nos referindo ao incentivo à realização de licitações parceladas, com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala. Isso ocorre porque o Pregão já é comprovadamente um procedimento mais ágil e que favorece a competição entre os licitantes.

Por outro lado, a utilização do Pregão para as contratações de obras e serviços de engenharia impede a ocorrência de fracionamentos indevidos, a teor do § 5º, do artigo 23 da Lei nº 8.666/93, uma vez que, no Pregão, não existe escala de valores para a licitação, como é feito nas demais modalidades, mas apenas a qualificação do objeto da licitação, como bem ou serviço comum. Isso significa dizer que o Pregão poderá ser adotado qualquer que seja o valor da contratação, impedindo, assim, a troca de uma modalidade pela outra. (Samuel Mota Souza Reis)

Em outros momentos, a Corte Federal de Contas manteve o entendimento, como se depreende de **trechos do voto do Ministro-Relator, Augusto Sherman Cavalcanti, no Acórdão 195/2003, apreciado pelo Plenário do TCU em 12.03.2003:**

Ora, ante as circunstâncias [relatadas nos autos], não há como contestar que ao menos parte essencial dos serviços licitados eram de engenharia. O ponto, então, é saber se estes serviços de manutenção enquadram-se na vedação do art. 5º do Decreto nº 3.555/2000 ou se pertencem à categoria dos serviços comuns, dentre os quais, segundo o anexo II, encontram-se os serviços de manutenção de bens imóveis e móveis. Di-lo o 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’” (grifei).

[O tribunal já] entendeu que serviços de manutenção de equipamentos de raios x não poderiam ser considerados “serviços de engenharia”, podendo, assim, serem licitados na modalidade “pregão”.

[...]

É de ver que, se considerarmos a orientação da Decisão nº 557/2002, caberia razão ao responsável quando alega que serviços de manutenção de

automóveis são “serviços de engenharia” para fins da Lei nº 8.666/93, uma vez que tais serviços também são fiscalizados pelo Crea, conforme estabelecem a Resolução Confea nº 218/73 e Decisões Normativas Confea nºs 40 e 41/92.

Não satisfeito em pesquisar este assunto na jurisprudência desta Casa, consultei diversos doutrinadores e constatei que nenhum traz a definição objetiva e clara do que seja “serviço de engenharia”, portanto, do ponto de vista doutrinário, concluo que permanece o impasse. (Grifos nossos.)

Em outro julgado, por meio de voto do Ministro Valmir Campelo, a Corte de Contas entendeu que⁸:

a Lei nº 10.520, de 2002, condiciona o uso da modalidade Pregão somente aos serviços comuns, não excluindo previamente quaisquer espécies de serviços e contratações, e o rol de bens e serviços comuns previstos no decreto regulamentar é meramente exemplificativo. Assim, a existência de bens e serviços comuns deverá ser avaliada pelo administrador no caso concreto, mediante a existência de circunstâncias objetivas constantes da fase interna do procedimento licitatório.

Como se vê, a Lei nº 10.520, de 2002, não exclui previamente a utilização do Pregão para a contratação de obra e serviço de engenharia. O que exclui essas contratações é o art. 5º do Decreto 3.555, de 2000. Todavia, o item 20 do Anexo II desse mesmo Decreto autoriza a utilização do Pregão para a contratação de serviços de manutenção de imóveis, que pode ser considerado serviço de engenharia.

Examinada a aplicabilidade dos citados dispositivos legais, recorro que somente à lei compete inovar o ordenamento jurídico, criando e extinguindo direitos e obrigações para as pessoas, como pressuposto do princípio da legalidade. Assim, o Decreto, por si só, não reúne força para criar proibição que não esteja prevista em lei, com o propósito de regram-lhe a execução e a concretização, tendo em vista o que dispõe o inciso IV do art. 84 da Carta Política de 1988.

⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO Nº 817/2005-TCU-1ª CÂMARA. Relator Ministro Valmir Campelo. Processo nº TC-013.896/2004-5. Representação.

Desse modo, as normas regulamentares que proíbem a contratação de obras e serviços de engenharia pelo Pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei nº 10.520, de 2002. O único condicionamento que a Lei do Pregão estabelece é a configuração do objeto da licitação como bem ou serviço comum.

III. Pregão eletrônico – O Decreto nº 5.450, de 31.05.2000, consubstancia, atualmente, na órbita federal, o “regulamento do pregão eletrônico”.

O pregão eletrônico realiza-se mediante disputa à distância, em sessão pública, utilizando sistema que promova a comunicação pela Internet (art. 2º).

A regra mais importante do atual decreto, a nosso ver, está no seu art. 42, dispositivo que, como mencionamos anteriormente, não se restringe especificamente ao pregão eletrônico. O *caput* desse artigo estabelece a obrigatoriedade da utilização da modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns pela União. É a seguinte sua redação: “Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.” O art. 42, § 12 complementa esse comando, ao prescrever que “o pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente”.

A regra geral, descrita no art. 42, acima mencionada, deve ser, entretanto, conjugada com o disposto no art. 6º do mesmo Decreto nº 5.450/2005, nos termos do qual **“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”**. Como se vê, essa restrição é especificamente direcionada ao pregão eletrônico.

IV. Conclusão – Assim, considerando que o pregão é comprovadamente uma modalidade licitatória que prestigia o princípio da eficiência, agilizando o processo de contratação da Administração Pública e reduzindo gastos, não pode desenvolver-se com as restrições impostas pelos decretos regulamentares que vedam a contratação de obras e serviços de engenharia, sem, ao menos, a verificação das circunstâncias concretas do caso. E, também, não é sem motivos, tendo em conta que essas prescrições regulamentares referidas afrontam o princípio da legalidade ao inovar a ordem jurídica, o que é vedado pela Constituição.

Em apertada síntese, os serviços de engenharia podem ser licitados por pregão, desde que sejam considerados como serviços comuns. Ou seja, deve-se admitir a utilização de pregão para outras obras ou serviços de engenharia afóra os de manutenção predial, desde que de natureza comum, independentemente da vedação contida no art. 5º, do Decreto Federal nº 3.555/2000 e nos decretos estaduais que também contêm normas nesse sentido.