

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

SEBASTIÃO SÉRGIO DA SILVEIRA

ANDRESSA DE OLIVEIRA LANCHOTTI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Andressa De Oliveira Lanchotti, Sebastião Sérgio Da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-150-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

A presente coletânea é produto da reunião dos trabalhos apresentados no Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II, do XXV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação e Direito - CONPEDI, realizado na cidade de Brasília, no período de 06 a 08 de julho de 2016.

O resultado que ora apresentamos é fruto do labor de mais de dezenas de pesquisadores, sendo que os trabalhos refletem um pouco da situação atual de nosso direito administrativo e da gestão pública que dele decorre.

Conforme é sabido, o Direito Administrativo brasileiro vem passando por um intenso processo de ressignificação, na busca de novos paradigmas e valores, principalmente como forma de atender aos princípios consagrados na Constituição de 1988.

A gestão pública, sempre muito influenciada por velhos métodos e práticas, também vem sendo colocada à prova, diante das necessidades de busca de eficiência, economicidade e transparência.

Sempre muito resignada, a sociedade brasileira parece não mais se conformar com a situação caótica vivida pelo Estado Brasileiro e vem clamando por reformas e mudanças.

Os trabalhos ora apresentados refletem as inquietações da doutrina e os desafios existentes, principalmente em razão das aspirações de nosso povo, que sedento por melhores serviços públicos, vem exigindo transformações na administração pública.

Considerando tais premissas, os pesquisadores foram divididos em grupos, buscando alguma pertinência temática, com vistas à orientação dos debates que seguiram a apresentação dos trabalhos.

Um dos eixos discutiu temas atuais de licitações e contratos, apontando dificuldades, propostas e as perspectivas do instituto.

Os servidores públicos, foram objeto de outro eixo de discussão, onde foram abordados interessantes temas relativos à greve, regime de previdência, processo disciplinar, nepotismo e responsabilidade.

Serviços públicos e parcerias público privadas foram agregados em outro subgrupo, onde foram apresentados interessantes trabalhos, com ênfase em arbitragem, capital privado, administração penitenciária e sustentabilidade.

Por fim, no último eixo, foram tratados palpitantes temas residuais, como corrupção, bens públicos, compromisso e ato administrativo e responsabilidade dos integrantes de conselhos administrativos de paraestatais.

Convictos da qualidade e atualidades dos trabalhos apresentados, fazemos um convite à leitura e reflexão, na expectativa de que cada um dos textos possa influir no aperfeiçoamento do direito administrativo e da gestão pública em nosso país.

Brasília, julho de 2016.

Profª Dra. Andressa de Oliveira Lanchotti

Professora das Faculdades Milton Campos-FMC, Minas Gerais e Pesquisadora Associada à Faculdade de Direito da UFMG, Minas Gerais.

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira

Professor da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP e da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP/USP.

O USO DO PREGÃO PARA SERVIÇOS DE ENGENHARIA

THE USE OF TRADING SESSIONS FOR ENGINEERING SERVICES

Allan Alexandre Mendes Gonçalves

Resumo

A presente pesquisa analisa a possibilidade da utilização do Pregão na contratação de serviços de engenharia, tendo como objetivo verificar a aplicabilidade do disposto no Decreto nº. 3.555/00, que veda a utilização dessa nova modalidade de licitação nesse tipo de serviço. Foi feita uma busca detalhada na doutrina e na jurisprudência, principalmente do Tribunal de Contas da União. Pode-se constatar que a despeito da vedação estabelecida no Decreto, é legal a contratação de serviços de engenharia por meio do Pregão, visto que o Decreto excedeu as disposições da Lei, desde que esses serviços sejam caracterizados como comum.

Palavras-chave: Pregão, Tribunal de contas da união, Bens e serviços comuns

Abstract/Resumen/Résumé

This study analyzes the possibility of using the trading session in hiring engineering services, aiming to verify the applicability of the provisions of the Decree. 3.555/00, which prohibits the use of this new form of bidding to this type of service. A detailed search was made in doctrine and jurisprudence, particularly the Court of Auditors. Despite the prohibition established in Decree, it is legal to hire engineering services through Auction, since the decree exceeded the provisions of the Act, provided that such service be characterized as ordinary.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Auction, Court of auditors, Goods and common services

1. INTRODUÇÃO

1.1 Tema

O pregão surgiu como uma nova modalidade de licitação, além daquelas previstas na Lei 8.666 de 1993, para aquisição de bens e serviços comuns. A instituição do pregão teve como objetivo criar um mecanismo mais ágil e eficiente na contratação por entes públicos, especialmente para contratos e objetos em que o montante a ser adquirido não justificariam fórmulas complexas e burocráticas.

Nestes termos, Carvalho Filho (2007, p. 261) afirma que,

as modalidades licitatórias previstas na Lei n 8.666/93, em muitos casos, não conseguiram dar a celeridade desejável à atividade administrativa destinada ao processo de escolha de futuros contratantes. As grandes reclamações oriundas de órgãos administrativos não tinham como alvo os contratos de grande vulto e de maior complexidade. Ao contrário, centravam-se nos contratos menores ou de mais rápida conclusão, prejudicados pela excessiva burocracia do processo regular de licitação.

Carvalho (2010, p. 01) corroborando com essa posição, acrescenta ainda que a complexidade das demais modalidades não foi impeditiva para as inúmeras fraudes ocorridas ao longo dos anos:

O rigor excessivo imposto pela Lei 8.666/93 através dos inúmeros detalhes e imposições torna por demais complexa a atividade do administrador público. Ainda assim, não foi possível evitar a ruidosa profusão de atos ilícitos praticados em licitações, setor que é reconhecido como o maior foco de corrupção na Administração Pública.

Em paralelo a isso, o pregão surgiu através da Lei nº 9.472, de 16 de junho de 1997, sendo aplicado excepcionalmente na esfera da Agência Nacional de Comunicação/ANATEL. Em vista de inúmeras vantagens, o Presidente da República editou, em maio de 2000, a Medida Provisória 2.026, instituindo a figura do pregão inicialmente apenas à União, contudo, com advento da Lei n. 10.520 de 2002, fruto da conversão em lei desta Medida Provisória, o pregão foi estendido aos demais entes da Federação: Estados, Distrito Federal e Municípios.

Importante destacar que a Lei 10.520/02 não dispõe sobre todas as normas necessárias para a condução de um processo licitatório público e tampouco revogou a legislação anterior, apenas criou um mecanismo para em casos específicos, complementar a Lei Geral de Licitações. Inclusive, nesse sentido, essa Lei disciplina a aplicação subsidiária das normas da Lei n. 8666/93 à modalidade de pregão. Da mesma forma entende Carvalho Filho (2007, p. 262), ao afirmar que,

confrontando-se sistematicamente os diplomas legais, pode-se, quando muito, considerar presente, em alguns casos, hipóteses de derrogação (ou revogação parcial), mantendo-se, no entanto o arcabouço fundamental do Estatuto.

Também a despeito do assunto, Pereira Júnior (2005, p. 01), elucida alguns aspectos

Significa que o pregão estará sujeito a todas as normas da Lei nº 8.666/93 que se mostrarem necessárias para viabilizar-lhe a aplicação, nos aspectos de que a MP nº 2.026/00 não se ocupou ou de que se tratou insuficientemente. Significa, também, que, sendo expressa a MP, as normas desta excluem as normas da Lei que lhe sejam eventualmente contrárias, devendo prevalecer o princípio da especialização, já que o pregão não cogita a Lei nº 8.666/93

E, analisando esse comentário, Joel de Menezes Niebuhr (2005, p. 28), conclui que “no que tange ao pregão, em princípio, deve-se obedecer a Lei nº 10.520/02. Nas situações em que ela for omissa, deve-se recorrer às normas e às soluções da Lei nº 8666/93.”.

Ainda sobre o pregão, existe, para a esfera federal, o Decreto 3.555, de 8 de agosto de 2000, alterado pelos Decretos nºs 3.693/00 e 3.784/01, e o Decreto nº 5.450/05, este relativo à modalidade na sua forma eletrônica, possibilitando sua realização por meio da utilização de recursos eletrônicos, não se tratando, no entanto, de nova modalidade e sim de uma roupagem de algo já existente.

O pregão, com base nos normativos, pode-se dividir em duas fases, a externa, que precede a abertura do procedimento público, e, a interna, que se inicia com a publicação do aviso do edital de convocação.

A fase interna compreende a apresentação da justificativa, definição do objeto do pregão, exigências de habilitação, critérios para aceitação da proposta, sanções por inadimplemento, prazos, e demais cláusulas do contrato de pregão a ser celebrado.

Joel de Menezes Niebuhr (2005, p. 105) ressalta a importância dessa fase dispondo:

o sucesso da licitação, inclusive da realização através do pregão, depende da fase interna, da elaboração do edital, porque é nele que a Administração define todas as condições determinantes no processo licitatório. Tanto a Administração, quanto os licitantes, não podem se afastar do edital. Se o edital for mal elaborado, se, por exemplo, nele houver exigências demasiadas, por certo a Administração colherá prejuízos com a licitação e com o contrato que a segue.

A fase interna do pregão pouco se diferencia das aplicáveis às demais modalidades de licitação, apenas divergindo em relação à escolha de um pregoeiro para dirigir os trabalhos, contando nesta tarefa com auxílio de uma equipe de apoio, composta em sua maioria por servidores efetivos ou trabalhadores, preferencialmente do quadro permanente. Assim, nas palavras de Carvalho Filho (2007, p. 265), "o novo diploma, como se observa, substitui o órgão colegiado incumbido da direção e definição dos trabalhos [...] por um órgão unitário, representado por um só agente".

Por sua vez, a fase externa irá compreender as seguintes etapas: edital, julgamento e classificação, habilitação do licitante vencedor, adjudicação e homologação.

O edital tem como objetivo dar publicidade à licitação atendendo a um dos princípios fundamentais da administração pública. Em relação a esta etapa não houve alterações, assim nas palavras de Justen Filho (2005, p. 90):

Não há qualquer especialidade acerca da natureza e do conteúdo do edital de pregão. [...] O regime jurídico do edital, no tocante ao conteúdo, requisitos e validade, não diferem do que se passa no âmbito das licitações em geral.

Quanto ao julgamento e classificação, em razão do pregão só admitir análise do menor preço, o licitante que apresentar a proposta com menor preço será escolhido como vencedor da licitação, os demais colocados serão classificados na mesma ordem. O pregoeiro e sua equipe, responsáveis pelos trabalhos no pregão, realizarão o julgamento e classificação das propostas, assim afirma Menezes Niebuhr (2005, p. 172)

O julgamento das licitações realizadas sob a modalidade pregão dá-se, exclusivamente, mediante o critério do menor preço, consoante preceitua, de maneira irrefutável, o inciso X do artigo 4º da Lei nº 10.520/02.

A fase de habilitação se destina a avaliar a capacidade técnica, financeira - econômica e jurídica dos licitantes. Ao contrário da Lei 8.666/93, em que a habilitação é anterior a classificação e julgamento das propostas, no pregão ela é posterior e apenas para o licitante vencedor, que caso não preencha os requisitos, será chamado o segundo melhor colocado no certame para proceder a habilitação.

Esta é uma das características do pregão que a torna mais atrativa em relação às demais modalidades. Nesse contexto, Carvalho Filho (2007, p. 269) descreve esta peculiaridade:

A grande vantagem do sistema de pregão é que, diversamente do que ocorre na Lei n. 8.666/93, só haverá a necessidade de examinar os documentos de habilitação relativos ao licitante vencedor. Com isso, resta simplificado, sem qualquer dúvida, o procedimento de verificação desses documentos, sendo forçoso reconhecer que tal exame é trabalhoso e demorado se for feito em relação a todos os participantes da licitação.

Por fim, realizado o julgamento, o resultado do pregão deve ser adjudicado e homologado pela autoridade superior do órgão.

Pode-se desta forma destacar três características marcantes do procedimento aplicado ao pregão: a possibilidade de utilização de recursos de tecnologia da informação, por meio do pregão eletrônico, a regência dos trabalhos da licitação pelo pregoeiro e sua equipe e a habilitação posterior apenas do licitante vencedor.

Além das características acima, que diferenciam o pregão das modalidades de licitação compreendidas na Lei n. 8.666/93, o pregão não se aplica indiscriminadamente a qualquer tipo de contratação, conforme afirmado anteriormente, o pregão tem como objeto exclusivo a contratação de bens e serviços comuns, excluídos assim a contratação de obras públicas e bens e serviços não qualificados como comuns, definidos na Lei n. 10.520/02, como aqueles "cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado".

Além destes parâmetros gerais especificados na Lei para definição das espécies de contratos que podem ser licitados por meio do pregão, o Decreto n. 3.555/00, em seu art.

5º, expressamente veda o uso do pregão no caso de contratações de obras públicas, serviços de engenharia, locações imobiliárias e alienações em geral:

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.

Quanto a esta vedação legal, em princípio, o Tribunal de Contas da União (TCU), órgão auxiliar do controle externo da Administração Pública Federal, ratificando o texto do Decreto n. 3.555/2000, vedou o uso do pregão no caso de obras e serviços de engenharia, conforme a Decisão n. 195/2002 - Plenário, da Decisão n. 557/2002 - Plenário, e do Acórdão n. 753/2003 - Plenário.

Contudo, decisões ocorridas após 2006, flexibilizaram esse entendimento, como por exemplo o Acórdão nº 1329/2006 - Plenário, resultando na edição, pela Corte de Contas, da Súmula nº 257 de 2010, com o seguinte texto: O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002.

O próprio TCU se utilizou desta modalidade para contratos que envolveram serviços de engenharia. Em dezembro de 2006, duas obras do TCU foram contratadas por meio de pregão, a reforma do prédio que abriga sua unidade de treinamento, o Instituto Serzedello Corrêa (ISC), em Brasília, e a contratação da escavação da área onde foi construído o terceiro anexo do TCU.

Sobre este tema, Santana (2008, p. 95) esclarece que,

[...] a evolução da jurisprudência no TCU vem se firmando no sentido de permitir a realização de determinados serviços que, apesar de serem de engenharia, enquadram-se mais perfeitamente na adequação de 'comuns', prevalecendo este critério. [...] Atualmente, até mesmo reformas prediais já são aceitas e abonadas por esta Corte.

Assim, o cenário atual é a descoberta dos novos rumos ante o novo paradigma estabelecido pelo Tribunal de Contas.

1.2 Justificativa

Desde a criação da Lei 10.520/02 e seus decretos regulamentares, a Administração vem utilizando cada vez mais a modalidade pregão em suas contratações, tendo em vista as inúmeras vantagens que esta modalidade proporciona, como por exemplo, os preços obtidos. São milhões os recursos economizados com essa nova modalidade, que traz benefícios tanto para o Poder Público quanto para os particulares, pois diminui em muitos os aspectos da burocracia.

Nas palavras de Carvalho (2010, p. 01), "devido a seu procedimento mais célere e objetivo, o pregão tornou-se, em pouco tempo, a modalidade de licitação mais utilizada pela Administração".

Segundos dados de 2012 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, essa modalidade foi responsável por mais de 91 por cento dos certames licitatórios para aquisições governamentais:

Comparado às modalidades de contratação, o pregão eletrônico respondeu por 46% das compras governamentais, com um gasto de R\$ 33,6 bilhões, sendo empregado em 34,7 mil processos (15%). Se comparado apenas às modalidades licitatórias, essa forma de contratação foi responsável por 70% dos gastos em aquisições, resultando numa economia para os cofres públicos da ordem de R\$ 7,8 bilhões (19%). Em relação ao número de certames licitatórios, o pregão eletrônico respondeu por 91%.

O ilustre jurista Justen Filho (2005, p. 9) afirma inclusive que "a União implementou, a partir da introdução da figura do pregão, um projeto de alteração geral da legislação sobre licitações", substituindo-a por instrumentos mais tempestivos, de tal forma que, no futuro, a Lei n. 8.666/93 venha a ser apenas uma lei contendo os princípios gerais aplicáveis às licitações.

A importância do pregão e a tendência do crescimento de sua utilização podem ser comprovadas pelo artigo 4º do Decreto Federal nº 5.450/05, que tornou o antes facultativo pregão em compulsória sua utilização, ao dispor que "nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da forma eletrônica".

Desta forma, a mudança de paradigma no entendimento pertinente ao uso da modalidade de pregão na contratação de obras e serviços de engenharia se reveste de suma importância.

1.3 Formulação do problema

Dos fatos expostos anteriormente surge como problema de pesquisa a seguinte pergunta:

É legal o uso da modalidade pregão para contratação de obras e serviços de engenharia, se sim, quais os parâmetros objetivos aplicáveis para sua possível utilização?

1.4 Objetivos

1.4.1 Objetivo Geral

O objeto da pesquisa é verificar a legalidade do uso da modalidade pregão para contratação de obras e serviços de engenharia e quais critérios que seriam aplicáveis para sua determinação.

1.4.2 Objetivos Específicos

1. Analisar as decisões do TCU sobre o uso do pregão para contratação de obras e serviços de engenharia.
2. Analisar o entendimento doutrinário sobre o uso do pregão para contratação de obras e serviços de engenharia.
3. Verificar quais os elementos que permeiam a definição de bens e serviços comuns, e, a partir de que ponto pode ser considerada a complexidade de um objeto.

2. O DECRETO N° 3555/2000 E A SÚMULA N° 257/2010 DO TCU

Conforme mencionado anteriormente, o Decreto n° 3555/2002 teve como objetivo regulamentar a modalidade de licitação denominada pregão, amparado na Lei n° 10.520/2002.

A competência de expedir decretos regulamentares é conferida ao chefe do Poder Executivo, com a finalidade de detalhar e discriminar as hipóteses anteriormente definidas

em lei, assim, o decreto deve circunscrever-se aos limites estabelecidos pela Lei, não podendo criar direito nem obrigação nova.

A respeito do assunto, o inciso II do artigo 5º da Constituição Federal prescreve que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Nas palavras de Menezes Niebuhr (2005, p. 29) “somente a lei é quem pode criar primariamente direito. Os decretos do Presidente da República, dos governadores ou dos prefeitos estão sempre abaixo dela”.

Portanto, os decretos não criam direitos, apenas dizem como eles devem ser executados pela Administração Pública, e, no máximo, determinam como os cidadãos devem cumprir as suas obrigações, criadas por lei, perante a mesma Administração.

Neste sentido, como observado ao longo desse trabalho, o Decreto nº 3555/2002 inseriu em seu texto a vedação do uso do pregão para contratação de obras e serviços de engenharia.

Lê-se no Artigo 3º, parágrafo 2º do relativo Decreto

§ 2º Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais praticadas no mercado.

E ainda, em observância às suas vedações, no Artigo 5º

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.

Embasado neste último artigo, fica proibida a contratação de obras e serviços de engenharia aplicados ao pregão. Em contrapartida, há quem defenda que, de acordo com a lei, caso haja serviço de engenharia de natureza comum, sem maiores especificidades, em princípio, seria permitida a adoção do pregão. Tendo em vista que, se a lei não exclui o pregão, o decreto, de hierarquia normativa inferior, não o poderia excluir.

Nesse sentido, a Lei nº 10520/2002 não faz qualquer menção quanto à impossibilidade de contratação de serviços de engenharia pela modalidade pregão. Logo, o que cabe aventar não é se o pregão poderá ser utilizado para contratação de serviço de engenharia e sim se o serviço de engenharia pode ser caracterizado como comum.

Seguindo esse raciocínio, foi editada, em 2010, pelo Tribunal de Contas da União/TCU, a Súmula nº 257, pacificando entendimento da Corte sobre a legalidade do uso do pregão na contratação de serviços comuns de engenharia. Nestes termos o Acórdão nº 2079/07 - Plenário:

47. O fato é que a lei que disciplina a modalidade pregão não proíbe aplicá-la a serviços comuns de engenharia. E não é porque não seja expressa em aceitar o pregão nesse propósito que se deva entendê-la como proibitiva, pois, mesmo com o conceito dado pelo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002, 'serviço comum' ainda é uma expressão relativamente aberta, bastando que o serviço de engenharia, para nela se enquadrar, tenha 'padrões de desempenho e qualidade' que 'possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado'. Ficou para o juízo administrativo categorizar o comum e o incomum, dentro desses parâmetros.

48. Conquanto o Decreto nº 3.555/2000 tenha estatuído que o pregão não se aplica aos serviços de engenharia, cabe ressaltar que sua base normativa era a Medida Provisória nº 2.026-3/2000, que conferia ao regulamento a incumbência de dispor sobre o elenco de serviços comuns. Porém, tal poder caiu quando a medida provisória final foi convertida na Lei nº 10.520/2002. No máximo, o rol de serviços comuns ainda presente no decreto poderia funcionar como um guia para o administrador, mas não compete ao regulamento instituir vedação não sinalizada pela lei, sobretudo por ir de encontro às nítidas vantagens proporcionadas pela modalidade pregão. Note-se, a propósito, que o Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o pregão na forma eletrônica e é mais recente, visivelmente resolveu excluir a vedação da modalidade para os serviços de engenharia. 49. Assinalo que esse posicionamento não é nenhuma novidade no Tribunal, como mostra a ementa do Acórdão nº 2.272/2006-Plenário: 'A Lei nº 10.520/02 não exclui previamente a utilização do Pregão para a contratação de serviço de engenharia, determinando, tão-somente, que o objeto a ser licitado se caracterize como bem ou serviço comum. As normas regulamentares que proíbem a contratação de serviços de engenharia pelo Pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei nº 10.520/02.' [...]

O Tribunal de Contas da União, como órgão previsto na Carta Constitucional com a função de auxiliar o poder legislativo no controle externo da Administração Pública, de acordo com seu Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aparádo pela Lei nº. 8.443 de 1992, que define o funcionamento e atribuições do TCU, em seu artigo 85 e seguintes traz a possibilidade de edição de súmulas, constituídas de princípios ou enunciados, resumindo teses, soluções, precedentes e entendimentos, adotados reiteradamente pelo Tribunal.

Abaixo, seguem trechos do Acordão 2079/07 do TCU - Plenário, que sintetiza a tese defendida pelo Tribunal para edição da já então referida súmula:

2. A Lei nº 10.520/02 não exclui previamente o uso do pregão para contratação de serviços de engenharia, determinando, tão-somente, que o objeto a ser licitado se caracterize como bem ou serviço comum; as normas regulamentares que proíbem a contratação de serviços de engenharia pelo pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei nº 10.520/02.

[...] 45. Há tanta jurisprudência do TCU que ampara e até recomenda a contratação de serviços comuns de engenharia mediante pregão que bastaria encerrar a questão dizendo que a Administração do Tribunal, ao usar a modalidade para adjudicação dos trabalhos preliminares à construção do edifício Anexo III, andou na mais pura sintonia com o pensamento desta Corte de Contas, manifestado nos julgamentos dos atos dos seus jurisdicionados.

51. [...] percebe-se que o pregão apenas é vedado nas hipóteses em que o atendimento do contrato possa ficar sob risco previsível, pela dificuldade de transmitir aos licitantes, em um procedimento enxuto, a complexidade do trabalho e o nível exigido de capacitação. Logo, a eventual inaplicabilidade do pregão precisa ser conferida conforme a situação, pelo menos enquanto a lei não dispuser de critérios objetivos mais diretos para o uso da modalidade. E ousar imaginar que, pelos benefícios do pregão, no que concerne à efetivação da isonomia e à conquista do menor preço, o administrador público talvez deva ficar mais apreensivo e vacilante na justificativa de que um serviço não é comum do que o contrário.

Desta forma, pode-se destacar dois pontos básicos que alicerçam as últimas decisões, o entendimento de que o decreto não poderia restringir a aplicação da Lei e a caracterização do serviço de engenharia como passível de classificação como bem ou serviço comum.

Como levantado anteriormente, o decreto por si só não poderia trazer circunstância além daquelas prevista na lei que pretende regulamentar, como foi o caso do Decreto 3.555/2000 que as restringiu.

Defendem os ministros do TCU em suas decisões a exacerbação do poder regulamentar do decreto quando dispõe que a modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, uma vez que a referida lei não impõe nenhum requisito ou vedação quanto aos tipos de serviços comuns. Salienta-se, por oportuno, que há uma diferença de grau hierárquico entre lei e decreto e, se o decreto contraria a lei este deve ser invalidado.

Contudo, cabe destacar que, apesar de ser possível tal interpretação pelo TCU, este permanece sendo somente um tribunal administrativo, cabendo a última palavra

sobre o tema ao judiciário, de acordo com princípio da inafastabilidade da jurisdição e o sistema da jurisdição única, aqui adotado.

No outro ponto abordado pela Corte, tendo em vista a ilegalidade do Decreto, o ponto crucial para utilização do Pregão para serviços de engenharia é a possibilidade de sua classificação como bem ou serviço comum.

Como demonstrado anteriormente, as decisões do TCU afirmam ser possível essa classificação, visto que esses serviços preencheriam os atributos necessários. Desta forma, urge como próximo passo, definir esses atributos e se tais serviços seriam com eles compatíveis.

3. BENS E SERVIÇOS COMUNS

Reproduzindo os termos da Lei, bens e serviços comuns são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Neste contexto, Menezes Niebuhr visa que:

bem e serviço comum é o tipo de expressão com larga fluidez semântica, cujo conceito costuma denominar-se de indeterminado, na medida em que pode variar de acordo com a subjetividade do interlocutor. Quer dizer que o objeto reputado comum para alguém talvez não o seja aos olhos de outrem, sem que possa, em grande parte dos casos, determinar com precisão científica quem está certo ou quem está errado.

Corroborando, Justen Filho (2005, p. 22) afirma que,

não é possível que a Administração Pública afirme-se titular do poder de adotar o pregão para hipóteses em que não se configurar um bem ou serviço comum. Logo, não é possível adotar o pregão simplesmente porque a Administração reputa que tal é adequado ou conveniente.

Nestes ponto cabe destacar que como afirmado anteriormente, o pregão tem como único critério de escolha o menor preço, desta forma, bens e serviços comuns são aqueles geralmente oferecidos por diversos fornecedores e facilmente comparáveis entre si, de modo a permitir a decisão de compra com base no menor preço.

Desta forma, a classificação como bem ou serviço comum é atividade da administração, que deve ser pautada em parâmetros objetivos e não de acordo com a discricionariedade do administrador, de acordo com sua conveniência e oportunidade.

A generalidade da previsão normativa leva a indagações acerca da maior ou menor abrangência de aplicação do pregão. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2003, p.422) discorre em sua obra que não se deve fazer acréscimos à norma por meio de características não expressas no próprio texto normativo.

Na mesma linha de raciocínio, Santana (2008, p. 83) compreende que:

o atendimento dos requisitos exigidos na definição legal, deve-se ter em mente que a sexta modalidade licitatória visa à aquisição de bens ou prestação de serviços razoavelmente padronizados, que não demandem significativas exigências técnicas, nem difíceis buscas no mercado, seja do objeto, seja do universo de fornecedores.

Ainda nesse assunto, Santana (2008, p. 80) lembra que “[...] não se pode prescindir da caracterização dos pressupostos da licitação.”.

A subjetividade na caracterização e contextualização de bens ou serviços comuns vem gerando grandes controvérsias, partindo-se do pressuposto de que, para o vocábulo *comum* existem indeterminados conceitos, deixando a sua avaliação subordinada ao agente administrativo.

Nesse contexto, a fim de orientar os agentes administrativos federais, o Presidente da República incluiu no corpo do Decreto Federal nº 3.555/00, o denominado Anexo II, no qual adjudicava da relação exemplificativa, e não taxativa, de bens e serviços comuns. Porém, em 12 de maio de 2010, o então Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, publicou o decreto nº 7174, que revogou por completo o citado anexo, regulamentando tão somente a contratação de bens e serviços de informática e automação.

O Anexo II do Decreto nº 3.555/00 era o embasamento aos que defendiam a utilização do pregão nesta situação, uma vez que, por meio dele foi permitida a utilização do pregão para a manutenção predial, que é considerada serviço de engenharia. Logo, a proibição contida em seu artigo 5º não seria absoluta.

Todavia, este argumento perdeu o seu fundamento jurídico a partir da sua revogação, excluindo a previsão de que os serviços de manutenção predial são de natureza comum. Portanto, hoje, não haveria mais exceção à regra.

Contudo, a disposição que veda a utilização do pregão presencial para serviços de engenharia exposta no decreto no 3.555/00 deve ser relativizada, como entende a jurisprudência mais recente e o TCU, isto porque a lei nº 10.520/02, de data posterior, condiciona o uso da modalidade pregão somente aos bens e serviços comuns, sem excluir quaisquer espécies de serviços, inclusive os de engenharia. Ou seja, de acordo com a lei, caso haja serviço de engenharia de natureza comum, sem maiores especificidades, em princípio, seria permitida a adoção do pregão e, conforme já abordado, se a lei não exclui o pregão, o decreto, de hierarquia normativa inferior e com o propósito específico para regulamentar a sua execução e a concretização, não o poderia excluir.

Além disso, o decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o pregão na forma eletrônica, estabeleceu apenas que esta modalidade não é aplicável às contratações de obras de engenharia. Esta disposição reforça o entendimento de que, se é possível a contratação de serviços de engenharia na forma eletrônica, por não haver expressa vedação legal, então seria um contrassenso vedar a utilização na forma presencial.

Nesta mesma linha de raciocínio, Moura (2013, p. 01), afirma que,

[...] tanto a Lei 10520/2002 quanto o Decreto 5450/2005 não fazem qualquer menção quanto a impossibilidade de contratação de serviços de engenharia pela modalidade pregão. Logo, o que cabe discutir não é se o pregão poderá ser utilizado para contratação de serviço de engenharia e sim se o serviço de engenharia pode ser caracterizado como comum, eis que a lei alude a aquisição de bens e serviços comuns.

Caminhando por esse entendimento, cabe destacar os critérios que devem ser observados para delimitar um serviço ou bem como comum, para tanto podem-se destacar na doutrina duas características consensuais entre os estudiosos.

A primeira é disponibilidade no mercado, ou seja, sempre que for possível localizar no mercado o objeto da contratação sem grandes empecilhos. E a segunda é a padronização, ou seja, quando os atributos essenciais do bem ou serviço são predeterminados, de modo objetivo e uniforme.

Sobre a aferição desses atributos em serviços de engenharia, Justem Filho (2005, p. 31), discorre se “por exemplo, a implantação de habitações populares. Envolvendo projetos padronizados e construções destituídas de maior complexidade. Não seria viável negar possibilidade de licitação mediante pregão [...]”.

Elucidando mais o tema, Moura (2013, p. 01) destaca que,

Pode-se dizer que um serviço de engenharia é comum quando o objeto seja de fácil realização, com especificações usuais no mercado e que, na totalidade ou em relevante parte de sua execução seja dispensável orientação de profissional registrado no CREA. O jurista Marçal Justen Filho cita como exemplo 'os serviços de manutenção de elevadores ou de limpeza de ar condicionado.' Obviamente que não serão para todos os casos, há exceções. Nesta esteira, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes entende que o serviço de engenharia pode ser considerado comum com as seguintes condições: 'as características, quantidades e qualidades forem passíveis de 'especificações usuais no mercado'; 'mesmo que exija profissional registrado no CREA para execução, a atuação desse não assume relevância, em termos de custo, complexidade e responsabilidade, no conjunto do serviço;'

Neste ponto, é primordial que esses atributos para serviços de engenharia possibilitem que as diversas propostas apresentadas pelos licitantes sejam confrontáveis apenas pelo preço, pois conforme apontado neste trabalho o pregão é julgado apenas pelo menor preço.

Cumpra destacar que a Administração Pública não está impedida de, no edital da licitação, estabelecer critérios e pré-requisitos mínimos para que o licitante concorra ao certame, contudo, tendo em vista que esses requisitos não podem prejudicar o caráter competitivo da licitação, uma vez cumpridos esses parâmetros, a escolha da proposta vencedora deverá recair sobre a de menor valor.

Ao contrário do pregão, outras modalidades de licitação preveem não apenas como forma de julgamento a melhor técnica a ser adotada pelo licitante, visto a complexidade e singularidade do serviço.

Conforme observado ao longo desse artigo, no caso de serviço de engenharia não é possível determinar uniformidade para sua classificação, essa aferição deve ser feita no caso concreto, tendo em conta os atributos da padronização e a disponibilidade no mercado.

Conforme sintetiza Moura (2013, p. 01), “não há como identificar se o serviço é comum ou não de uma forma padronizada, deve haver uma análise criteriosa do caso concreto e cabe ao administrador público fazer tal análise”.

Desta forma, cabe ao administrador observar que se o julgamento pela melhor técnica não será imprescindível para escolha das propostas, pois caso o administrador deixa de observar os pontos abordados nesse artigo, corre o risco de ser eficiente mas ineficaz na utilização dos recursos públicos.

CONCLUSÃO

Como medida para diminuir os custos e a morosidades das modalidades de licitações tradicionais foi desenvolvido pelo Governo Federal uma nova modalidade de licitação, o Pregão, primeiramente regulamentada por uma Medida Provisória, mas que rapidamente foi transformada na Lei 10.520/02 e estendida aos demais entes da federação.

No entanto, se por um lado o pregão trouxe avanços nas aquisições públicas, com economia de gastos públicos e celeridade nas compras governamentais, por outro lado, sua utilização que deveria se referir apenas a bens e serviços comuns se alastrou, como se todas as aquisições pudessem ser assim classificadas.

Com o intuito de frear o uso indiscriminado dessa nova modalidade de licitação, foi editado o Decreto nº 3.555/00, que trouxe regras novas além daquelas já previstas. Entre essas novas regras, estava a vedação da utilização do Pregão na contratação de serviços de engenharia.

Seguindo o disposto no referido Decreto, o Tribunal de Contas da União - TCU, a princípio, entendia que a contratação de serviços de engenharia por meio do Pregão era vedada. Contudo, em análises posteriores, essa corrente foi alterada, tendo em vista dois alicerces: a ilegalidade da restrição do Decreto e a possibilidade de classificação dos serviços de engenharia.

Conforme resultado da pesquisa desse artigo foi possível inferir que, a despeito do não posicionamento de nossos tribunais sobre o assunto, tendo em vista o posicionamento do TCU, que é legal a utilização do pregão para contratação de bens e serviços de engenharia, desde que os mesmos caracterizem serviços comuns.

Para tanto, devem preencher no mínimo duas características, a disponibilidade no mercado e a padronização, com o fim de que seu julgamento se dê apenas pelo critério do menor preço, assim como determina a legislação.

Por fim, ressalte-se que não podem os administradores, erroneamente, encobertos pelo manto da economicidade e celeridade, atribuírem o pregão a quaisquer tipo de serviço, eis que, serviços de engenharia em diversos casos dependem da análise da melhor técnica a ser empregada, critério que é relevado no pregão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. 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.

_____. Decreto 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.

_____. 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.

_____. Decreto 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.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2079/2007 Ata 41 - Plenário**. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acessos entre 01 outubro a 10 de dezembro de 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula n.º 257**. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acessos entre 01 outubro a 10 de dezembro de 2013.

CARVALHO, Daniel Bulha de. **A contratação de obras e serviços de engenharia através da modalidade pregão**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2401, 27 jan. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14254>>. Acesso em: 01 out. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17 ed. rev. ampl. Atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão**. 1 ed. Belo Horizonte: Forum, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. São Paulo: Dialética, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. Informações Gerenciais de Contratações e Compras Públicas. Comprasnet – janeiro a dezembro, 2012. SLTI, MP.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19.^a Edição, revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.

MOURA, Rodolfo André P. de. **Contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão**. Conlicitação, 2013. Disponível em: <<http://portal.conlicitacao.com.br/licitacao/artigos/contratacao-servicos-de-engenharia-pregao/>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão: presencial e eletrônico**. 1.^a Edição. Belo Horizonte: Editora Forum, 2005.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Pregão: A sexta modalidade de licitação. Sebrae**, 2005. Disponível em: <http://www.conlicitacao.com.br/sebrae_am/bd/resposta_legislacao.php?id=128>. Acesso em: 31 out. 2013.

SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão Presencial e Eletrônico: Manual de Implantação, Operacionalização e Controle**. 03.^a Edição. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

ZANELLA, Maria Sylvia Di Pietro. **Direito Administrativo**. 13.^a Edição. São Paulo: Atlas, 2005.