

A Modalidade Licitatória do Pregão e sua Utilização para Contratação de Serviços de Engenharia

Bruno Santos Cunha

Procurador do Município do Recife.
Mestrando em Direito do Estado (sub-area
Direito Administrativo) pela
Faculdade de Direito da Universidade de São
Paulo (USP).
Ex-professor da Universidade Federal de Santa
Catarina (UFSC).
Advogado e Professor Universitário.

Resumo: O presente artigo pretende analisar as circunstâncias e os requisitos para a utilização da modalidade licitatória de pregão na contratação de serviços de engenharia. Para tal, traça-se um histórico do instituto do pregão, com foco nas alterações legislativas, regulamentares e jurisprudenciais que subsidiam, em tempos atuais, a utilização da referida modalidade no que toca as contratações de serviços de engenharia.

1. Introdução

A Lei n. 8.666/93, ao regulamentar o art. 22, XXI, da Constituição Federal de 1988 e estabelecer as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, houve por determinar, em seu art. 22, as modalidades licitatórias cabíveis para a contratação de obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Nesse contexto, instaurou cinco distintas modalidades: concorrência, tomada de preços, concurso, convite e leilão.

Apos tal marco legal, o ordenamento jurídico pátrio viu surgir a então sexta modalidade licitatória: o pregão. Por ora, ha de se debater tal surgimento e suas implicações, dando ênfase, ao final, a utilização do pregão

para a contratação de serviços de engenharia.

2. O surgimento da modalidade pregão no atual ordenamento jurídico brasileiro e os *imbrólios* daí decorrentes.

No que toca ao ordenamento jurídico brasileiro, é de se dizer que a licitação na modalidade de pregão, modernamente, tem suas origens na Lei n. 9.472/97 (arts. 54 a 59), que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador setorial e outros aspectos institucionais.

Na referida lei – e especificamente no que concerne ao agente regulador referido –, tem-se que “a contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública” (art. 54, *caput*) – isto é, aos ditames da Lei n. 8.666/93 –, podendo a Agência, nos demais casos, “utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão” (art. 54, parágrafo único). Nessa seara, restou estabelecido que “a disputa pelo fornecimento de bens e serviços comuns poderá ser feita em licitação na modalidade de pregão, restrita aos previamente cadastrados, que serão chamados a formular lances em sessão pública” (art. 56).

De qualquer sorte, a primeira grande discussão havida com o advento do pregão na Lei n.º. 9472/97¹, dizia respeito à abrangência do conceito de normas gerais de licitação, previsto no art. 22, XXVII, da Constituição Federal de 1988, sendo certo que a competência ali instaurada – para a edição de tais normas gerais –, havia sido exercida por meio da Lei n.º. 8.666/93, que representaria o instrumento legal, com caracteres de lei geral, capaz de veicular a criação de modalidades de licitação. Assim, sendo aplicável a todos os entes indistintamente enquanto norma geral, somente por intermédio de tal espécie legal é que se poderia criar nova modalidade de licitação.²

¹ Repita-se, por oportuno, que em tal momento o pregão somente era aplicável no âmbito do órgão regulador então criado.

² No ponto, é de ver-se que a própria Lei n.º. 8.666/93 (lei geral), ao estabelecer as possíveis modalidades licitatórias em seu art. 22, aponta para a inviabilidade de criação de novas modalidades. Eis o dispositivo em comento: Art. 22, §8º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a

Diante de tal assertiva, questionava-se, pois, a constitucionalidade da criação da licitação na modalidade pregão, eis que destinada a um ente específico – *in casu*, à ANATEL –, restaria fulminada a necessária aplicabilidade irrestrita a todas as entidades administrativas, das normas gerais de licitação e contratação administrativa.

Em sentido oposto, os defensores da constitucionalidade do instituto aduziam que, a par das normas gerais aplicáveis a todos, não haveria óbice para que fossem criadas regulamentações e soluções particulares em função das características dos entes envolvidos (ANATEL), já que, no dizer de Vera Monteiro:

A Constituição não teria exigido qualquer unicidade no regime das licitações, de modo que o Congresso Nacional, competente para dispor sobre o assunto, poderia criar diversas modalidades licitatórias com soluções particulares, indicando os casos, os órgãos e os entes a que elas se aplicam. Bastaria que fossem obedecidos os arts. 37 e 175 da Carta, que obrigam a Administração a licitar e definem os objetivos da licitação. Além do quê as peculiaridades da ANATEL, “agência reguladora” que é, justificariam a criação das modalidades licitatórias próprias para o ente, tendo a LGT [Lei Geral de Telecomunicações – Lei n. 9.472/97] disciplinado adequadamente sobre as *normas gerais* aplicáveis. (MONTEIRO, 2010, p. 32).

De fato, tal controvérsia foi levada ao Supremo Tribunal Federal por intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º. 1.668/DF, ajuizada pelos Partido Comunista do Brasil (PCdoB), Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Democrático Trabalhista (PDT) e Partido Socialista Brasileiro (PSB), na qual questionavam, dentre outros, os dispositivos legais atinentes à nova modalidade de contratação administrativa (arts. 54 a 59 da Lei n.º. 9.472/97). Nos termos do relatório apresentado pelo Ministro Marco Aurélio, eis a pretensão dos então requerentes:

[...] Já em relação ao parágrafo único do art. 54 e artigos 55, 56, 57, 58 e 59 da Lei n.º. 9.472/97, evoca-se o inciso XXVII da Constituição Federal, sobre a competência da União para instituir normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades, alcançando a administração pública, direta, indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo e empresas sob seu controle. Salienta-se que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 927-3/RS, na qual funcionou como Relator o Ministro Carlos Velloso, restou “pacificado o entendimento acerca da competência constitucional da União para dispor de forma geral, cogente, portanto, de observância geral para todos, sobre normas gerais de licitação”. Pelo artigo 54 questionado, somente as obras e serviços de engenharia civil estariam sujeitas aos ditames da Lei Geral de Licitações, a par de introduzirem-se modalidades novas, como são as reveladas pelas espécies “pregão” e “consulta”. A Lei n.º. 9.472/97 acabara por inserir, segundo as razões expendidas, flexibilização relativamente a contratos públicos, notando-se *“tentativa de burlar o texto da Lei Fundamental”*. [...] Aduz-se: *“A gravidade do texto se cristaliza, quando observamos a previsão insculpida no art. 54 da mesma lei, que estatui que somente os serviços e obras de engenharia deverão se curvar aos princípios gerais de licitação, abrindo a possibilidade para que todas as demais iniciativas da agência possam atuar da forma como bem prescrever seus dirigentes ou pessoas contratadas para tanto”*. (STF – ADI MC 1.668/DF – Relator Ministro Marco Aurélio – Julgamento em 20/8/1998)

Dando sequência ao deslinde da questão, é de se dizer que, em suma, o Supremo Tribunal Federal, em 1998, apreciou a medida cautelar suscitada para a suspensão dos dispositivos impugnados – e, por conseguinte, de toda a sistemática do pregão –, indeferindo o pedido, por votação majoritária. Eis o extrato do referido acórdão (ADI MC 1.668/DF):

Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, apreciando normas inscritas na Lei n.º. 9.472, de 16 de julho de 1997, resolveu: [...] 5) indeferir, por votação majoritária, o pedido de medida cautelar quanto: [...] b) ao parágrafo único do art. 54, ao artigo 55, ao artigo 56, ao artigo 57 e ao artigo 58, vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator), Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Presidente (Ministro Celso de Mello), que o deferiam; [...]. (STF – ADI MC 1.668/DF – Relator Ministro Marco Aurélio – Julgamento em 20/8/1998)

Assim, teve-se como aplicável, ainda que sem exame de mérito³, a nova modalidade licitatória específica para o agente regulador (pregão), o que deu azo a novos desdobramentos e regulamentações acerca do tema.⁴

3. Desdobramentos legislativos.

Em complementação à regulamentação específica do ente regulador, vislumbrou-se na modalidade pregão uma possibilidade de racionalizar e acelerar os trâmites burocráticos estatais no tocante à contratação de bens e serviços comuns por toda a Administração (escopo do pregão já na égide da Lei n. 9.472/97). Assim, ganhava força a ideia de transpor a novel modalidade para todos os órgãos e entidades administrativas, como verdadeira norma geral a informar a sistemática das licitações e contratações dos mesmos.

De fato, o que se buscava com a inserção desta novel modalidade licitatória como norma geral de aplicação irrestrita no ordenamento jurídico, era a necessária agilidade atinente à atuação estatal, mormente nos casos de contratações de baixa complexidade técnico-jurídica e de grande incidência cotidiana – os aludidos bens e serviços comuns. Sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho assim anota:

³ Até o presente momento o mérito da ADI 1.668/DF ainda não foi julgado.

⁴ Sobre as minúcias do surgimento da modalidade licitatória do pregão e seus desdobramentos, imprescindível a consulta à já citada obra da Prof.^a Vera Monteiro: MONTEIRO, Vera. *Licitação na modalidade pregão*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 19-49.

As modalidades licitatórias previstas na Lei 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 FILHO, 2009, p. 288).

De toda sorte, há de se dizer que no âmbito da Administração em geral (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), a modalidade pregão foi inserida em nosso ordenamento por meio da Lei nº. 10.520/2002, fruto da conversão de sucessivas reedições de medidas provisórias (MP 2.026/2000, MP 2.108/000 e MP 2.182/2001), que instauravam a modalidade apenas no âmbito da União, com a mesma finalidade acima descrita.

Vale anotar, outrossim, que mesmo antes da Lei nº. 10.520/2002 alguns entes já haviam regulamentado o pregão em seu âmbito de atuação, subsidiando a aplicação de tal modalidade licitatória. É que, na esteira das lições de Lucas Rocha Furtado,

aspecto peculiar do pregão está relacionado à necessidade de que no âmbito da União, assim como no de cada Estado, de cada Município e do Distrito Federal, seja editado regulamento para definir a sua aplicação. [...] Nada obsta, no entanto, que o Governador ou o Prefeito possam adotar como modelo ou padrão o decreto federal – Decreto nº.3.555, de 2000. Podem eles, inclusive, aprovar decreto que simplesmente afirme a aplicação, em seu Estado ou Município, das regras contidas no decreto federal. Os Estados e Municípios seguem o decreto federal somente se assim decidirem. Estão, todavia, obrigados a seguir as regras da Lei nº. 10.520/2002, não sendo possível contrariá-la ou criar obrigação que não esteja nela prevista. (FURTADO, 2009, p. 361-362).

4. O objeto do pregão: a questão dos regulamentos e dos serviços de engenharia.

Adentrando no escopo específico do pregão – aquisição de bens e serviços comuns, nos termos do *caput* do art. 1º da Lei nº. 10.520/2002 –, é de ver-se que a definição do que vem a ser tais bens ou serviços comuns foi trazida na própria lei, como aqueles “cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (art. 1º, parágrafo único).

No intuito de regulamentar a introdução do pregão no ordenamento jurídico como um todo – então pela MP 2.026/2000 – e aclarar o verdadeiro âmbito de aplicação do mesmo, foi editado o Decreto nº. 3.555/2000, que, em sua redação originária, assim dispunha sobre tais bens ou serviços: “Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser concisa e objetivamente definidos no objeto do edital, em perfeita conformidade com as especificações usuais praticadas no mercado, de acordo com o disposto no Anexo II” (art. 3º, §2º).

Assim, tinha-se que o regulamento trazia consigo uma vasta lista em Anexo, indicando aqueles bens ou serviços que, para fins de incidência normativa do pregão, seriam considerados como comuns. Em continuação, é de ver-se que os Decretos nº. 3.693/2000 e nº. 3.784/2001 alteraram a listagem de bens e serviços comuns constantes do Anexo II do Decreto nº. 3.555/2000. Logo após – e já no ano de 2010 –, o Decreto nº. 7.174/2010 alterou a definição regulamentar acerca dos bens e serviços comuns, fazendo extinguir a listagem então prevista e delegando ao intérprete-aplicador da norma a subsunção dos objetos licitados aos preceitos legais e regulamentares.

Outrossim – e adentrando na questão dos serviços de engenharia como objeto do pregão –, a mesma norma regulamentar (Decreto nº. 3.555/200) trouxe que 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” (art. 5º). Nesse contexto, tinha-se expressa a inaplicabilidade do pregão à contratação de obras e serviços de engenharia.

Mais tarde, com a edição do Decreto n.º. 5.450/2005 – que regulamentou o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns –, o que se teve foi uma alteração redacional que, a par de elucidar a questão, trouxe ainda mais controvérsias, eis que, nesse diploma normativo, dizia-se que 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” (art. 6º).

Em síntese – e por meio de uma exegese literal das normas debatidas –, o que se tinha era o seguinte: a) pregão comum – inaplicável para a contratação de obras e serviços de engenharia; b) pregão eletrônico – inaplicável apenas para a contratação de obras, sendo cabível para a contratação de serviços de engenharia. De fato, tal exegese literal levaria à absurda situação de se poder contratar um serviço de engenharia pela via eletrônica e não pela via presencial. E tudo pelo fato de que as normas legais e regulamentares (Lei n.º. 10/520/2002 e Decretos n.º. 3.555/2000 e 5.450/2005) haviam recebido interpretação dissonante e despropositada. É que a análise do possível objeto dos pregões não haveria de ser feita em função da via adotada – se presencial ou eletrônica – e nem da diferença entre obra e serviço de engenharia, mas sim tendo como parâmetro a questão de o bem ou serviço objeto da licitação ser ou não comum. Sobre a questão, eis a cátedra de Marçal Justen Filho:

[...] o problema não se encontrava na dimensão dos regulamentos, mas residia na interpretação a ser adotada para a disciplina legal. E a Lei n.º. 10.520 adotou um critério preciso e claro para a utilização do pregão: a existência de um objeto *comum*. Portanto, nunca caberia discutir se o pregão poderia ou não ser utilizado para obra e serviço de engenharia. A disputa era outra: determinar se obras e serviços de engenharia podem ou não ser qualificados como objeto comum.

Mais ainda, é evidente que seria um despropósito estabelecer diferenças entre obra e serviço de engenharia em vista de pregão comum e de pregão eletrônico. Não haveria o mínimo argumento para defender que um serviço de engenharia poderia ser licitado por pregão eletrônico,

mas não por pregão comum! (JUSTEN FILHO, 2009, p. 49).

Diante de tal quadro, o certo é que a aferição da possibilidade de uso do pregão deverá ser realizada em função do objeto, se comum ou não. No entanto – e mesmo ante tal assertiva –, é impossível negar a fluidez do conceito legal e regulamentar “de bem ou serviço comum”, a ensejar, conforme já mencionado, uma definição casuística acerca do cabimento da modalidade pregão.

5. A consagração jurisprudencial e doutrinária

Como visto, a situação da incidência ou não do pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia há de ser resolvida a partir da caracterização do objeto licitado como um bem ou serviço comum, nos termos legais e regulamentares.

Nesse ponto, importa salientar que o Tribunal de Contas da União editou, no ano de 2010, a Súmula nº. 257, advinda das ilações contidas no Acórdão 841/2010, da relatoria do Ministro José Múcio Monteiro. Eis a ementa do referido Acórdão com o texto do verbete:

ADMINISTRATIVO. PROJETO DE SÚMULA. O USO DO PREGÃO NAS CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS COMUNS DE ENGENHARIA ENCONTRA AMPARO NA LEI Nº10.520/2002. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DO TCU. PROPOSIÇÃO CONSIDERADA CONVENIENTE E OPORTUNA. APROVAÇÃO.

Converte-se em súmula o entendimento pacificado no âmbito do Tribunal de Contas da União, no sentido de que “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002”. (TCU – Acórdão 841/2010 – Plenário – Relator Ministro José Múcio Monteiro – Publicado em 5/5/2010).

Bem de ver, pois, as frequentes decisões da Corte de Contas da União nesse sentido, a abordar, inclusive, a incongruência já apontada nas normas

que regulamentam o instituto do pregão:

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. (TCU – Acórdão 2079/2007 – Plenário – Voto do Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça – Publicado em 5/10/2007).

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. (TCU – Acórdão 2272/2006 – Plenário – Relator Ministro Valmir Campelo – Publicado em 1/12/2006).

Em adição, vale apontar que ampla discussão sobre a temática foi travada no âmbito do VII Congresso de Procuradores Municipais, promovido pela Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM), na cidade do Rio de Janeiro, no período de 23 a 26 de novembro de 2010. Naquela oportunidade, restou aprovado em plenário o seguinte Enunciado:

Enunciado 168 (AI III): Pregão para Serviços de Engenharia - É possível a utilização do pregão, inclusive para fins de registro de preços, para contratação de serviços comuns de engenharia.

De fato, é de ver-se que a interpretação acima exposta se coaduna com a proposição do Tribunal de Contas da União, delegando à aferição do bem ou serviço como comum o móvel para a utilização da modalidade de pregão (*in casu*, um serviço comum de engenharia). De outro norte, tal enunciado avança no sentido de abordar, expressamente, a possibilidade de que sejam registrados os preços de serviços de engenharia.

De se notar, então, que com a edição da presente súmula e a partir dos reiterados entendimentos acima mencionados, referendou-se a utilização do pregão para a contratação dos serviços comuns de engenharia, restando silente a questão das obras. Sobre a temática – e ainda que não se tenha posicionamento expresso do Tribunal de Contas da União neste sentido –, vale apontar grande divergência na doutrina, ora apontando para a vedação da utilização do pregão para o caso de obras e ora dando relevo à análise do caso concreto, a se enquadrar ou não no conceito de “bem ou serviço comum”.

Todo modo, há de se dizer que uma proibição geral e irrestrita não se coaduna com o instituto, eis que o conceito aberto de “bem ou serviço comum” pode sim, abarcar em seu bojo uma obra cujas características a definam, pela simplicidade e singeleza, como comum. É que, conforme já visto, a Lei n.º. 10.520/2002 não exclui, *a priori*, o uso do pregão para contratação de obras de engenharia, determinando, tão-somente, que o objeto a ser licitado se caracterize como bem ou serviço comum. No dizer de Marçal Justen Filho,

como regra, cada obra é única e inconfundível, devendo a sua execução ser adaptada às circunstâncias específicas. No entanto, poderia imaginar-se casos em que o objeto fosse comum, tal como se passaria quanto a implantação de habitações populares, envolvendo projetos padronizados e construções destituídas de maior complexidade. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 50).

6. Conclusão

Pelo exposto, tem-se viável a utilização do pregão, na forma presencial ou eletrônica, no sentido da contratação de serviços – e até obras – de engenharia, bastando que o objeto licitado possa ser enquadrado como comum para os efeitos legais e regulamentares, a partir de um juízo devidamente fundamentado do intérprete-aplicador.

Desta feita, é possível citar como exemplo de obra de engenharia passível de ser contratada pela via do pregão – comum ou eletrônico, repita-se – a construção de muro de arrimo, devidamente padronizado e especificado, que poderia, até, ter seu preço registrado por metro, possibilitando a multiplicidade e fragmentação da contratação afeta aos registros de preços. No caso dos serviços de engenharia, a doutrina contempla, entre outros, os serviços de manutenção de elevadores ou de limpeza de ar condicionado⁵, tidos como comuns para os efeitos legais.

⁵ Vide Marçal Justen Filho, na obra já citada.

Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21^a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 2^a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13^a. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 4^a. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

MONTEIRO, Vera. *Licitação na modalidade pregão*. 2^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 2^a. ed. Salvador: Juspodium, 2009.