

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A MODALIDADE PREGÃO E AS OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA¹

Prefacialmente, insta destacar que não se pode confundir serviços de engenharia e obras de engenharia. Sobre a diferença entre serviço de engenharia e obra de engenharia, convém transcrever o artigo 6º da Lei n. 8.666/93:

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

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

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

Pela interpretação dos dispositivos legais suscitados, infere-se claramente que os serviços de engenharia estão adstritos a atividades como, exemplificativamente, demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais. Já obra de engenharia relaciona-se com construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação.

Desse modo, caso o engenheiro responsável analise o caso concreto e diante dos conceitos legais acima conclua que, por exemplo, a revitalização e a readequação estão atreladas à reparação, adaptação ou manutenção, então concluir-se-á como serviços de engenharia. Doutro lado, caso a revitalização e a readequação importem na necessidade de reforma, recuperação ou ampliação de obras já existentes levará a compreender que é o caso de obra de engenharia.

¹ **Luciano Elias Reis.** Advogado-sócio do escritório Reis, Corrêa e Lippmann Advogados. Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Administrativo e Processo Civil, ambos pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Coordenador do Especialização em Direito Municipal no Centro Sulamericano de Ensino Superior. Professor de Direito Administrativo da UNICURITIBA e da Universidade Tuiuti do Paraná. Professor da Escola Superior de Advocacia – OAB-PR. Co-autor das obras “Estado, Direito e Sociedade”; “Estudos dirigidos de gestão pública na América Latina” e “Direito Administrativo Contemporâneo” (2. Ed.). Co-coordenador dos “Anais do Prêmio 5 de junho 2011: Sustentabilidade na Administração Pública.” (Editora Negócios Públicos). Ministrante de cursos e palestras na área de licitações públicas e contratos administrativos pelo Grupo Negócios Públicos.

Todavia, esta análise e interpretação pelos simples dispositivos legais não costumam ser fáceis na prática. Posto isso, a linha de diferenciação entre obra e serviço não deve ser realizada tão somente pela inteligência das palavras legais, e sim deve haver um exame na situação fática em foco para averiguar se é caso em si de obra de engenharia ou de serviço de engenharia.

Para ajudar neste exame, transcreve-se um método descrito pelo engenheiro Rolf Dieter Oskar Friedrich Braunert:

Entretanto, para definir se uma única atividade é uma obra ou um serviço, deve-se verificar se a utilização de material é superior à da mão de obra ou vice-versa. Se a aplicação de material supera à de mão de obra, se caracteriza uma obra. Se a utilização da mão de obra prevalece, em grande escala, sobre a de material, fica caracterizado o serviço. Exemplificando: na execução de um muro, o custo do material para a execução da fundação em concreto armado, viga de baldrame em concreto armado, tijolos, vergas em concreto armado, chapisco, emboço, reboco e tinta prevalece sobre o custo da mão de obra pedreiro, ajudante e pintor, estamos em presença de uma obra. No caso de execução de abertura e fechamento de vala, se o custo da mão de obra (ajudante de pedreiro) prevalece, em grande escala, sobre o custo do material (praticamente inexistente), estaremos em presença de um serviço.²

Via de consequência, verifica-se que a conclusão proposta centra-se na predominância entre objeto e serviço de engenharia no caso concreto.

Superada esta primeira análise e se por ventura for serviço de engenharia e este enquadrar-se como serviços comuns, poderá a Administração Pública utilizar a modalidade pregão.

Vale destacar que a modalidade pregão deve ser usada para os bens e serviços comuns, inclusive os serviços de engenharia. Ou seja, o que caracteriza e identifica a modalidade pregão é o serviço comum, independentemente de sua natureza.

Nos termos do artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002:

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.

² BRAUNERT, Rolf Dieter Oskar Friedrich. **Como licitar obras e serviços de engenharia**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 64.

Nesse compasso, segundo o Tribunal de Contas da União “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. Bens e serviços comuns são ofertados, em princípio, por muitos fornecedores e comparáveis entre si com facilidade. O estabelecimento de padrões de desempenho permite ao agente público analisar, medir ou comparar os produtos entre si e decidir-se pelo menor preço. Serviços de engenharia podem ser licitados por pregão desde que sejam considerados como serviços comuns”.^{3 4}

Portanto, salienta-se que a modalidade licitatória pregão tem o seu diferencial não pelo critério quantitativo (como as demais modalidades da Lei n. 8.666), e sim pelo critério qualitativo (bens e serviços comuns).

No dia-a-dia, deve ser perquirido se os serviços de engenharia no caso concreto não possuem qualquer complexidade, estrutura tecnológica ou singularidade no mercado concorrencial que afaste a modalidade pregão.

A título complementar, convém alertar que antigamente havia uma celeuma se serviço de engenharia poderia ser enquadrado como serviço comum, entretanto tal imbróglio atualmente encontra-se pacificado e sumulado no Tribunal de Contas da União:

SÚMULA Nº 257/2010 - TCU

O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002.

Com relação ao uso do pregão para a contratação de objetos baseados em transferências voluntárias federais (recursos públicos federais), vale

³ Brasil. Tribunal de Contas da União. **Licitações e Contratos**: orientações básicas. 3 ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006, p. 36-37.

⁴ Para ilustrar, vide também decisão do Tribunal de Contas da União:

“[...]”

19. O entendimento de bem comum, de acordo com diversos autores, nada tem a ver com a complexidade do bem adquirido e sim com produtos que sejam comumente encontrados no mercado, sem a necessidade de alterações específicas para o fornecimento em questão.

[...]”

24. De acordo com os autores citados e com diversos acórdãos do TCU, verifica-se que bens de informática podem ser adquiridos pela modalidade de pregão, desde que os padrões de qualidade e desempenho possam ser claramente definidos no edital, que a técnica seja conhecida e que as especificações sejam usuais de mercado. [...]” (Acórdão nº 1.114/06 – Plenário – Sessão: 05/07/06 – Relator Ministro Marcos Bemquerer)

ênfatizar que a Administração Pública deve necessariamente optar pela modalidade pregão, preferencialmente eletrônico, sempre que estiver frente a um objeto comum, sob pena de responsabilização do gestor no momento da prestação de contas das verbas federais ou na fiscalização do Tribunal de Contas da União.

Não há qualquer liberdade da Administração Pública Municipal, Distrital ou Estadual na não utilização do pregão quando for bem ou serviço comum e o objeto for custeado com recursos federais.

Sobre o assunto, transcreve-se o Decreto Federal nº 5.504/2005:

Art. 1º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

§ 1º Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar.

§ 2º A inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente.

Por tais razões acima expostas, conclui-se objetivamente que:

a) caso a Administração Pública constate que os objetos tratam-se de serviços de engenharia e comuns, ela pode utilizar o pregão, e, se for licitação custeada por verbas federais, ela tem o dever de realizar a licitação sob a modalidade pregão, sob pena de desaprovação das contas do convênio e suas sanções legais ao gestor.

Salienta-se que a análise quanto ao objeto enquadrar-se obra ou serviço de engenharia (natureza do objeto) é de competência do engenheiro responsável da Administração, o qual deverá subscrever um parecer técnico, inclusive para resguardar o gestor da despesa;

b) caso a Administração Pública entenda que os objetos em questão são obras ou serviços de engenharia complexos, então deverá ser utilizada alguma modalidade da Lei nº 8.666/93 de acordo com o valor da licitação e parcelamento do objeto (convite, tomada de preços e concorrência pública).