
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 1-246, abr./jun. 2006

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzi
Cármen Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Clóvis Beznos
Enrique Silva Cimma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Jorge Luís Salomoni

José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajaville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate
Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
(*in memoriam*)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Mária Cristina Cesar de Oliveira

Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancaner

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2006

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Luís Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Alessandra Rodrigues da Silva
CRB 2778/MG 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo Território Nacional

Pregão para obras e serviços de engenharia

Vera Monteiro

Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP. Doutoranda pela USP. Professora da Sociedade Brasileira de Direito Público. Coordenadora e Professora do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Programa de Educação Continuada em Direito – GVLaw da FGV-SP

Sumário: CONSULTA – PARECER - **1** Introdução - **2** A aplicabilidade do pregão ao caso concreto - **3** Conclusões

Palavras-chave: Pregão. Saneamento básico. Sistemas de água e esgoto. Crescimento vegetativo. Licitação. Serviços de engenharia. Obra de engenharia. Bens e serviços. Lei Federal nº 10.520/02. Licitação de menor preço. Metodologia de execução.

CONSULTA

A consulta é formulada por empresa estatal prestadora de serviço de saneamento básico que deu início a certames licitatórios cujos objetos envolvem, em linhas gerais, a realização de manutenção e atendimento à demanda do crescimento vegetativo de sistemas de distribuição de água e coleta de esgotos por ela operados.

O conteúdo de tais objetos foi melhor descrito pela empresa estatal em documento que instruiu a presente consulta:

1.a.1. A manutenção dos sistemas de água e esgoto compreende basicamente serviços de reparos em redes e ligações de água/esgoto, reposição de pavimentos, troca de hidrômetros, supressão de ligação e outros de natureza correlata.

1.a.2. Já a parte relativa ao crescimento vegetativo objetiva de forma final a prestação de serviços de fornecimento de água potável e coleta de esgotos, através da execução de novas ligações de água e esgoto, para o atendimento do crescimento populacional. Esse atendimento se dará em áreas onde já existem redes de água e esgotos em operação ou em áreas onde demandem a execução de pequenas extensões de redes de água ou esgoto, predominantemente em pequenos diâmetros e em baixas profundidades, sem maiores complexidades de execução do ponto de vista técnico quando comparados aos empreendimentos da área de saneamento em geral.

Assim, a consulente pretende contratar serviços de “manutenção de ligações domiciliares de água”, “fechamento e reabertura de ligações”, “manutenção de redes de água”, “manutenção de ligações domiciliares de esgoto”, “manutenção de redes de esgoto”, “pavimentação e reposição de

calçamento”, “troca de ligações de água” e “execução de ligações avulsas e de redes de água e esgoto decorrentes do crescimento vegetativo”, todos por meio da modalidade de licitação denominada *pregão*, com fundamento na Lei Federal nº 10.520/2002 e nos Decretos do Estado de São Paulo nº 47.297/2002, nº 49.337/2005 e nº 49.722/2005. Nessa medida, encontram-se em curso vários pregões eletrônicos tendo por objeto referidas atividades, os quais foram, em parte, impugnados por órgãos de classe, ligados às empresas de construção civil, que alegam que serviços de engenharia não poderiam ser licitados por meio de *pregão*, em virtude do grau de sofisticação com que normalmente são executados, o que os excluiria do rol dos chamados “serviços comuns”, e, também, devido à vedação, constante do Decreto Federal nº 3.555/2000, de utilização daquela modalidade licitatória quando estiverem em causa serviços de engenharia. Conseqüentemente, de acordo com os impugnantes, os certames deflagrados pela consulente deveriam ser anulados, somente sendo reiniciados se regidos por uma das modalidades de licitação previstas na Lei Federal nº 8.666/1993.

Para a adequada colocação do problema em causa, importa, primeiramente, apresentar os dispositivos de alguns dos diplomas acima referidos cuja compreensão se faz necessária para o correto tratamento jurídico da matéria.

Assim é que, no plano federal, deve-se atentar para o art. 1º 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.

Na esfera estadual, por sua vez, o §2º do art. 2º do Decreto nº 47.297/2002 assim estabelecia: “§2º - Excluem-se da modalidade de *pregão* as contratações de obras e serviços de engenharia, as locações imobiliárias e as alienações em geral.”

Tal dispositivo, entretanto, foi alterado pelo art. 21 do Decreto nº 49.722/2005, cuja redação atual é a seguinte:

Art. 21. O §2º do artigo 2º do Decreto nº 47.297, de 6 de novembro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

“§2º - Excluem-se da modalidade de *pregão* as contratações de obras, as locações imobiliárias e as alienações em geral.” (NR)

Como se pode perceber da leitura de tais dispositivos, o presente caso reveste-se de complexidade em virtude da necessidade de definição de expressões que comportam uma certa dose de fluidez semântica, por não terem sido alvo de definição pormenorizada na legislação. Em outras palavras, a chave para o deslinde da questão objeto da presente consulta é o estudo detalhado do que vêm a ser “serviços comuns” para fim de autorizar a sua contratação por meio de *pregão*.

Nesse sentido, duas são as preocupações da consulente, que decorrem diretamente da interpretação das normas acima transcritas. De um lado, a dúvida gira em torno da possibilidade de enquadramento do objeto das licitações em andamento como “serviços comuns” para serem licitadas por meio de *pregão*. De outro, pretende-se definir, de maneira clara, se tal objeto é “obra” ou “serviço de engenharia”, na medida em que a regulamentação do Estado de São Paulo, atualmente, veda a realização de *pregão* apenas para a contratação de obras. Obtida uma conclusão acerca de tais pontos, tornar-se-á imediata a resposta sobre a correção ou não da aplicação da modalidade de *pregão* ao caso concreto.

PARECER

1 Introdução

O tema levantado na presente consulta diz respeito à análise da esfera de aplicabilidade do *pregão* para contratação de *obra e serviços de engenharia*.

Para resolver o problema, primeiro analisarei o conceito de *bens e serviços comuns* da Lei nº 10.520/02. Neste momento, interpretarei o parágrafo único do art. 1º da referida lei, para analisar se a interpretação dada a ele pelos órgãos de classe encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro.

Feita esta análise, passarei a tratar do conceito de *obra e serviços de engenharia* para aferir o verdadeiro sentido do Decreto Estadual Paulista nº 47.297, de 06 de novembro de 2005, e encontrar um *critério racional de interpretação* que dê segurança à empresa estatal em suas contratações. Ao final, em tópico conclusivo, será dada resposta objetiva à dúvida formulada pela consulente.

2 A aplicabilidade do *pregão* ao caso concreto

Recentemente foi criada no sistema brasileiro uma nova modalidade

de licitação que trouxe enormes benefícios ao modelo de compras governamentais. Trata-se do *pregão*, um novo procedimento licitatório criado pela Lei Federal nº 10.520/02 que agilizou a tradicional burocracia nos processos de compras. Suas características são: a) inversão das fases de habilitação e julgamento; b) possibilidade de lances orais entre os licitantes; c) possibilidade de negociação direta com o licitante vencedor, na busca pelo melhor negócio; d) e fase recursal única, ao final da sessão.

Tais características procedimentais tornaram o *pregão* um mecanismo extremamente eficiente para aquisição de bens e serviços, de tal modo que o próprio Tribunal de Contas da União recomendou o uso da modalidade em diversas ocasiões distintas, por entender que ela gera grandes benefícios para a Administração Pública ao ampliar a competitividade do certame e conseguir atingir sempre a melhor proposta possível.¹

O uso do *pregão*, no entanto, está sujeito ao preenchimento de dois requisitos. O primeiro é o enquadramento do objeto licitado no conceito de *bem e serviço comum* da lei. O segundo é a possibilidade de julgamento pelo menor preço, único critério admitido pela norma federal. Preenchidos estes dois requisitos, o *pregão* *deve ser* a modalidade escolhida pela Administração Pública; caso contrário, ela deve justificar escolha diversa, dada a economia de tempo e de recursos que a modalidade tende a garantir.

O conceito de *bem e serviço comum* da Lei nº 10.520/02 é determinante na identificação daquilo que pode ser objeto de licitação na modalidade de *pregão*, que optou por não seguir a sistemática da Lei nº 8.666/93, em que a escolha da modalidade licitatória decorre do valor da contratação.

Desse modo, *pregão* é o procedimento licitatório aplicável para contratações de qualquer valor, desde que seu objeto seja *bem ou serviço comum*, cuja definição está no parágrafo único do art. 1º do referido diploma legal *in verbis*:

Lei 10.520, de 17 de julho de 2002

Art. 1º Para a 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.

¹ TCU, Acórdão nº 257/2003, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer, julgado em 19.03.2003. No mesmo sentido, Acórdão nº 353/2003, Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, julgado em 09.04.2003.

Dois elementos são destacados pela lei para determinar o conceito de bem e serviço comum. O primeiro, é a possibilidade de definição objetiva do objeto da licitação pelo edital. O segundo, é a necessidade de que os bens licitados possuam especificações usuais no mercado.

A definição clara do objeto no edital é elemento que, por si só, é insuficiente para a compreensão do conceito, uma vez que todo certame licitatório, em todas as modalidades, deve prever seu objeto de forma clara.² O outro dado que pode nos auxiliar na análise do tema é que o objeto a ser licitado deve possuir especificações técnicas consagradas no mercado. Algumas observações a respeito deste último aspecto precisam ser feitas.

A exigência de que o bem ou serviço tenha *especificação usual no mercado* inclui, evidentemente, todos aqueles que são padronizados e rotineiramente adquiridos pela Administração Pública.³ Mas seria equivocado supor que bem e serviço comum é sinônimo de bem e serviço padronizado e rotineiramente adquirido. Evidentemente eles podem ser adquiridos pelo pregão. Mas também os elaborados sob encomenda são perfeitamente compatíveis, desde que o edital traga todas as especificações de forma clara. É o caso, por exemplo, da aquisição de serviço de marcenaria para a instalação de divisórias e estantes em determinado espaço. O edital deve trazer todas as especificações do material e da execução da atividade, inclusive o desenho da forma final que se deseja. Trata-se de serviço comum e rotineiro para os marceneiros, apenas feito sob encomenda do cliente. O fato de a estante e as divisórias não estarem prontas no mercado não muda sua natureza *comum*.

² Neste sentido, já afirmei em obra doutrinária que "Em primeiro lugar, é evidente, nem todos os bens e serviços são comuns. Somente estão incluídos neste conceito, como determina a lei, os que possam ser *clara e objetivamente* definidos no edital, *por meio de especificações usuais no mercado*. Não se pode cogitar de um certame, em qualquer das modalidades, com objeto mal definido" (MONTEIRO, Vera. *Licitação na Modalidade Pregão*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 78). Marçal Justen Filho, por sua vez, diz que "Todo e qualquer objeto licitado tem de ser descrito objetivamente, por ocasião da elaboração do ato convocatório da licitação. Mesmo quando se licitar um bem ou serviço 'incomum', especial, singular, haverá a necessidade (e a possibilidade) de fixação de critério objetivos de avaliação. Ou seja, o que identifica um bem ou serviço 'comum' não é a existência de critérios objetivos de avaliação" (*Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 19). Joel de Menezes Niebuhr, a seu turno, também afirma que "Em primeiro lugar, todos os objetos licitados precisam ser descritos objetivamente nos respectivos editais, conforme a expressão unívoca do inciso I do art. 40 da Lei nº 8.666/93. Tudo o que for licitado deve ser descrito com objetividade, em todos os detalhes, no edital, até mesmo para que os licitantes saibam o que oferecer à Administração Pública" (*Pregão: Presencial e Eletrônico*. Zênite, 2004. p. 51).

³ Jessé Torres Pereira Júnior é enfático: "Por ora, é possível entreverem-se como comuns, para os fins de aplicação do pregão, compras e serviços que apresentem três notas distintivas básicas: a) aquisição habitual e corriqueira no dia-a-dia administrativo; b) refiram-se a objeto cujas características encontrem no mercado padrões usuais de especificação; c) os fatores e critérios de julgamento das propostas sejam rigorosamente objetivos, centrados no menor preço" (*Licitações de Informática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 366).

E com relação a bens e serviços dotados de alguma complexidade, seja na sua fabricação, ou na sua execução, seria possível a sua aquisição por meio de pregão? Parece óbvio que objetos simples estão incluídos no conceito de *comum* da lei, mas não só. A existência de complexidade na descrição do item a ser adquirido não impede, por si só, sua contratação por pregão. Isto significa dizer que bens e serviços que necessitam de páginas e páginas para terem suas características técnicas descritas adequadamente, seja de fabricação ou de execução, não estão excluídos, por essa razão, do conceito de *bem e serviço comum* da Lei nº 10.520/02.

A concisão do edital de licitação não é a forma correta de se averiguar a natureza comum ou especial do objeto nele previsto. Tanto é perfeitamente possível descrever sucintamente um objeto especial que necessite de avaliação técnica para nortear a sua contratação; quanto também é possível descrever em várias páginas um objeto muito simples e passível de ser comprado pelo menor preço. Em um caso e outro, a descrição do objeto no edital de licitação não afeta a natureza da contratação, isto é, a característica *comum* ou *especial* do item licitado não decorre da complexidade da descrição técnica do bem. A indicação das especificações técnicas do bem, ou das características de execução do serviço, no edital, não é sinônimo de licitação por técnica ou por técnica e preço. Na verdade, nada mais é do que a descrição objetiva do bem ou serviço a ser adquirido no edital.

Em outras palavras, sempre que a descrição do objeto licitado no edital, seja ela sofisticada ou não, indicar a viabilidade de o julgamento dar-se pelo critério objetivo do menor preço, estaremos diante de uma situação perfeita para o uso do pregão. E isto é muito diferente da hipótese em que o órgão público transfere para o licitante a elaboração da melhor solução para o caso concreto. Neste último caso estamos diante de uma licitação que envolve julgamento por técnica, a qual não se confunde com a licitação com julgamento pelo menor preço, pelo simples fato de o julgamento da técnica ofertada abrir margem para análise subjetiva por parte da Administração.⁴ A atribuição de nota às propostas técnicas envolve margem de subjetividade e, por essa razão, o pregão não se aplica; afinal, não há como promover a competição direta entre os licitantes se suas propostas não são passíveis de comparação objetiva entre si.⁵

A esta altura já é possível afirmar, com convicção, que a expressão

⁴ A referência é para as licitações do tipo técnica e preço em que é solicitada ao particular a formulação de proposta alternativa ao projeto básico previsto no edital. São aqueles casos em que a Administração reserva para si a avaliação e decisão acerca das soluções encontradas pelos licitantes.

bens e serviços comuns da Lei nº 10.520/02 é ampla o suficiente para incluir todos aqueles que possam ser contratados pelo critério de julgamento de menor preço.

Bens e serviços comuns, para fins de licitação pela modalidade de pregão, são então todos aqueles que possam ser contratados pelo critério objetivo de julgamento pelo menor preço. Portanto, sendo a licitação do tipo *menor preço*, deve ser aplicado o pregão. Eventual opção por uma das modalidades da Lei nº 8.666/93 demandará justificativa específica capaz de demonstrar a inadequação do procedimento do pregão para o caso concreto.

Quando se trata de obter o menor preço, o pregão é a modalidade de licitação que consegue os melhores resultados, além de propiciar uma ampla participação no certame.⁶

Comprar pelo menor preço não significa adquirir produtos ou serviços de má qualidade ou sem especificação técnica. Como já restou afirmado, a aferição da qualidade do bem deve ser feita de acordo com os descritivos estabelecidos no edital. Tudo depende do grau de precisão com que o instrumento convocatório delimita a qualidade dos bens e serviços desejados. É perfeitamente possível, inclusive recomendável, que a Administração se certifique da compatibilidade entre o objeto fornecido pelo particular e as especificações do edital. Tanto assim que é comum solicitar-se a apresentação de amostra para esta análise.⁷

Comprar pelo menor preço também não significa que a Administração esteja proibida de exigir do licitante demonstração de experiência anterior. Muito pelo contrário. Assim como é possível exigir-se qualidade no objeto ofertado, também é lícito ao gestor público cercar-se de todas as cautelas com relação à capacidade técnica no licitante. O fundamento

⁵ A licitação por melhor técnica ou técnica e preço só pode ser utilizada quando se tratar de *bens e serviços especiais* que, por demandar alternativas de solução para o caso concreto, não possam ser licitados pelo menor preço.

⁶ De janeiro a setembro de 2003, o Estado de Minas Gerais economizou cerca de cinco milhões de reais com a adoção do pregão, pois os bens e serviços adquiridos por esta modalidade de licitação apresentaram, em média, uma redução de aproximadamente 25% nos preços praticados (consulta ao site da Prodemge. Disponível em: <www.prodemge.mg.gov.br/cli358.html>. Acesso em: 06 dez. 2004). No Estado de São Paulo, o uso do pregão, aliado à Bolsa Eletrônica de Compras, fez com que o Governo do Estado economizasse mais de um bilhão de reais em compras governamentais no decorrer de 2004 (consulta ao site da Imesp. Disponível em: <www.imesp.com.br/noticias/io_noticias.asp?pk=4036>. Acesso em: 06 dez. 2004). Em cerca de sete mil licitações realizadas até abril de 2005, houve uma redução média de 15% nos preços praticados pelos fornecedores. No mesmo período, observou-se que a maioria das licitações abertas foi feita através do pregão (consulta ao site da Fundap. Disponível em: <www.revista.fundap.sp.gov.br/revista1/eficiencia_administrativa.htm>. Acesso em: 06 dez. 2004). No Governo Federal, o site <www.comprasnet.gov.br> informa que o pregão eletrônico reduziu custos das compras federais em até 30% em dois anos (consulta ao site no dia 20.03.2006).

⁷ O Tribunal de Contas da União já afirmou que "A possibilidade de solicitação de amostras, para exame de conformidade, não apenas é lícito, como recomendável, para evitar a repetição da licitação, quando o licitante vencedor, tendo já a licitação adjudicada para si, oferece produto incompatível com as especificações

está no art. 30 da Lei nº 8.666/93 que, em suma, ao tratar da documentação relativa à qualificação técnica para fins de habilitação, autoriza o edital a exigir comprovação de desempenho anterior, a ser feita por meio de atestados a serem apresentados pelo licitante, seja qual for o tipo de licitação (se melhor preço ou por técnica).

Desse modo, se a licitação de menor preço não lograr êxito em proporcionar a aquisição de bem ou serviço de boa qualidade para a Administração, certamente o problema reside nas especificações técnicas do edital, que não foram suficientes para determinação do objeto, ou na deficiente comprovação de qualificação técnica do licitante. O edital deve conter todos os elementos para o pregoeiro verificar a compatibilidade do material ofertado e os requisitos mínimos de desempenho e qualidade solicitados, sob pena de desclassificação da proposta. Assim como o edital também deve exigir os documentos necessários para comprovação da capacidade técnica do licitante de executar o objeto licitado, sob pena de sua inabilitação.

É equivocado imaginar que a concorrência pública, por si só, garante contratações melhores. A qualidade do licitante, e a do objeto contratado, está diretamente relacionada, no primeiro caso, aos requisitos de habilitação e, no segundo caso, à especificação técnica do item licitado no edital, e não ao tipo de licitação escolhido (se menor preço ou julgamento pela técnica). Em verdade, a mera preferência pela concorrência pode acarretar contratações excessivamente dispendiosas, sem acréscimo qualitativo relevante para a Administração.

Alguns segmentos de mercado costumam afirmar que a preferência pela concorrência decorreria da maior “segurança” que esta modalidade, em tese, propiciaria às contratações públicas. A fase de lances e a competição acirrada entre os licitantes no pregão supostamente geraria ofertas pouco confiáveis e de exequibilidade duvidosa.

Estando o objeto licitado objetivamente descrito no edital, de modo a garantir uma comparação perfeita entre as várias propostas econômicas, parece-me óbvio que só o licitante irresponsável assume o compromisso de

técnicas ou de qualidade inaceitável. (...) Não viola a Lei nº 8.666/93 a exigência, na fase de classificação, de fornecimento de amostras pelo licitante que estiver provisoriamente em primeiro lugar, a fim de que a Administração possa, antes de adjudicar o objeto e celebrar o contrato, assegurar-se de que o objeto proposto pelo licitante conforma-se de fato às exigências estabelecidas no edital (TCU, Decisão nº 1.237/2002, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 18.09.2002. No mesmo sentido cf. a Decisão nº 1.102/2001, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, julgado em 12.12.2001).

adimplir o contrato por preço incompatível com sua planilha de custos. A assunção de compromisso nestas condições pelo licitante é de sua inteira responsabilidade.

A análise da exeqüibilidade das propostas em processo licitatório é feita sempre com base nos arts. 48, II e 44 §3º da Lei nº 8.666/93, em quaisquer das modalidades, sendo indiferente se se trata de concorrência, tomada de preços, convite ou pregão.⁸ Trata-se de tarefa sempre árdua para os órgãos públicos, que não têm parâmetros suficientes para fazê-la.

Importante lembrar que nenhuma proposta deve ser considerada, de antemão, inexequível, pelo simples fato de seu valor ser inferior a certo piso, pois essa avaliação deve ser feita obrigatoriamente a partir dos dados oferecidos pelo próprio licitante, na demonstração da exeqüibilidade anexa à sua proposta.⁹ Não é por outra razão que referida demonstração deve ser ônus do licitante, devendo o edital deixar claro que é responsabilidade sua fazê-la. No pregão, o momento para tanto é na sessão pública, de modo que o licitante deve ir à licitação munido dos documentos necessários à referida comprovação, especialmente quando está disposto a assumir novos preços em razão da sessão de lances.

Em suma, a aversão ao pregão pelo medo da proposta inexequível que dele pode advir decorre da má compreensão do tema. É errado atribuir o insucesso da licitação à existência de lances e competição. Todo e qualquer contrato administrativo pode vir a não ser devidamente executado, tendo a lei de licitações previsto a aplicação de severo sistema de punição como resposta ao problema; com a previsão, no edital, de sanções pelo inadimplemento, somada à exigência de garantia contratual.

Alega-se que a existência de sessão de lances no pregão acentua o universo de ofertas inexequíveis, e gera problemas para o gestor público durante a execução contratual. Mas há um equívoco aqui. Não se deve

⁸ Referidos artigos têm a seguinte redação:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, o quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei. (...)

§3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração."

Art. 48. Serão desclassificadas: (...)

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação."

⁹ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 153.

esquecer que a Administração tem sempre o dever de procurar o melhor negócio para o interesse público. A consequência da aplicação desse sistema é a seguinte: quando houver dúvidas fundadas sobre a eficiência do pregão no caso concreto, cabe à Administração Pública ponderar os riscos e decidir pela melhor solução.¹⁰

Já está na hora de afirmar que o legislador nacional atribuiu à Administração Pública a competência para decidir o que cabe no conceito de *bens e serviços comuns* para fins de aplicação do pregão. Trata-se de um conceito vago, aberto, ou, como se costuma dizer na doutrina, indeterminado. Isto não significa que a fluidez do conceito autoriza o exercício de qualquer competência discricionária pela Administração. Tratando-se de linguagem, ela precisa ser interpretada no tempo e lugar em que se lhe reconhece sentido, no contexto da norma e diante das peculiaridades do caso concreto.¹¹ Os elementos que auxiliam na atividade de interpretação do que seja *bem e serviço comum* já foram mencionados e podem ser resumidos nessa definição inserida em obra monográfica de minha autoria sobre o tema:

O objeto comum para fins de cabimento da licitação por pregão não é mero sinônimo de simples, padronizado e de aquisição rotineira. Bens e serviços com tais características estão incluídos na categoria de *comuns* da Lei 10.520/2002, mas não só. Bens e serviços com complexidade técnica, seja na sua definição ou na sua execução, também são passíveis de ser contratados por meio de pregão. O que se exige é que a técnica neles envolvida seja conhecida no mercado do objeto ofertado, possibilitando, por isso, sua descrição de forma objetiva no edital.

A descrição detalhada e extensa do objeto no edital é medida garantidora de clareza, não se configurando como fator impeditivo de contratação por meio de pregão. Importa, para fins de cabimento da modalidade, que as propostas possam ser objetivamente comparadas, tendo em vista o critério de menor

¹⁰ Quanto a este aspecto, lembre-se de que a Lei nº 10.520/02 (art. 5º, inc. I) veda a exigência de garantia de proposta no pregão. Quando se tratar de situação que justifique o seu cabimento (Lei nº 8.666/93, art. 31, III), está será uma das hipóteses em que o pregão mostrar-se-á inadequado.

¹¹ Quando a legislação faz uso dos chamados conceitos de natureza indeterminada para outorgar competência à Administração, pode resultar certa margem de liberdade ao Administrador Público. No momento da aplicação desses conceitos a um caso concreto pode restar dúvida quanto à solução que melhor atenderá ao sentido que a norma quis imprimir. Nesses casos, a aplicação do conceito indeterminado proporciona ao Administrador a escolha entre soluções que, sob o ponto de vista material, atendem ao conceito abstrato trazido na norma. Em casos tais, não seria possível cognitivamente determinar qual a correta significação a ser dada ao conceito indeterminado. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández bem explicam a variação que pode existir na aplicação de tais conceitos (indeterminados) e a espécie de "voto de confiança" que, em caso de dúvida, há de ser conferido em favor da Administração. Os referidos autores, mesmo enquadrando-se entre aqueles que apresentam posição mais restritiva em relação à discricionabilidade derivada de conceitos indeterminados, reconhecem que em determinadas situações sobrevém uma margem de dúvida a respeito do conceito e que, nesta hipótese, a Administração exerce uma espécie de apreciação subjetiva a respeito.

preço; bem como que a sumariedade do procedimento (sua estrutura procedimental) não seja fator limitador da segurança e certeza na contratação. Como se disse, a análise do cabimento do pregão não leva em conta se o universo de fornecedores é pequeno ou grande; mas sim a capacidade do pregoeiro de aferir as condições técnicas mínimas exigidas no edital na sessão pública do pregão. (MONTEIRO, Vera. *Licitação na Modalidade de Pregão*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003. p. 81-82. Sem grifos no original)

Presentes esses pressupostos, derivados da leitura e compreensão da própria Lei nº 10.520/2002, a decisão sobre o cabimento do pregão é ato de competência própria da Administração, no exercício de sua competência *discricionária*, como responsável por excelência pelo interesse público.

A Administração Pública tem autonomia para exercer a função que lhe foi constitucionalmente assegurada, qual seja, a de escolher, dentro dos limites estabelecidos em lei, qual a melhor opção a ser seguida pelo Poder Público diante de uma situação concreta.

A dúvida inexistente quando a aplicação da lei pela Administração se dá mediante o exercício do que se chama de competência *vinculada*. Em tais casos, o legislador prevê de maneira detalhada as hipóteses em que a Administração deve atuar, definindo também de modo completo qual o conteúdo do comportamento a ser adotado. Isto acontece nas modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666/93, cuja regra de cabimento é perfeitamente objetiva, qual seja, o valor da contratação.

O problema somente surge nas situações em que a lei admite, para o enfrentamento de um mesmo caso concreto, mais de uma solução como válida. Trata-se da chamada competência *discricionária*. Esta decisão é tipicamente administrativa, a ser tomada pelas entidades que recebem tal atribuição da lei, por intermédio do seu juízo de conveniência e oportunidade.

Havendo mais de uma opção válida, cabe à Administração a decisão mais conveniente ou adequada ao caso concreto.¹² Trata-se do chamado *mérito* do ato administrativo, campo de responsabilidade típico da função administrativa, perante o qual o administrador exerce juízo de conveniência e oportunidade (discricionário) a respeito do exercício de uma dada competência. A opção tomada nesta margem de competência não decorre

¹² Entre as várias obras existentes sobre o tema do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, podemos indicar, a título de referência: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992; FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São

de uma pura e simples superposição da norma abstrata da lei ao caso concreto objeto da ação estatal, mas sim de um juízo de conveniência administrativa, alheio, por esta razão, ao confronto oriundo do exame de legalidade (critério jurídico).¹³

Obras e Serviços de Engenharia

Cabe, então, com base nas premissas de raciocínio fixadas, focar a questão posta na consulta. Teria a Lei nº 10.520/2002 excluído obras e serviços de engenharia da inteligência que cabe à Administração fazer acerca do que sejam *bens e serviços comuns*; ou, ao contrário, é lícito à Administração, num juízo de conveniência e oportunidade, optar, num caso concreto, pela realização de pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia?

Paulo: Malheiros, 1997. p. 131 et seq.; FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 8. ed. Madrid: Civitas, 1997. v. 1; PAREJO ALFONSO, Luciano. *Administrar y Juzgar: Dos Funciones Constitucionales Distintas y Complementarias: un estudio del alcance y la intensidad del control judicial*. Madrid: Tecnos, 1993; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. Madrid: Tecnos, 1995; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *De La Arbitrariedad De La Administración*. Madrid: Civitas, 1994.

¹³ É neste sentido que doutrina e jurisprudência afirmam o descabimento de exame do *mérito* do ato administrativo pelo Poder Judiciário. Isto significa dizer que, nos casos em que a lei conferiu ao administrador a competência para escolher a melhor decisão entre várias juridicamente admitidas, acabou por lhe atribuir competência típica da *função administrativa*, impossível de ser substituída por critérios de conveniência do órgão jurisdicional.

Importante frisar que esta postura encontrada no direito brasileiro não significa reconhecer uma completa ausência de controle judicial em relação aos atos administrativos que apresentem a característica acima mencionada (margem de discricionariedade). O descabimento de controle judicial afeta tão somente parte da competência exercida, justamente a relativa à livre opção que foi conferida ao juízo de conveniência do administrador, pela própria lei. Mesmo com essa restrição, são vários os aspectos dos chamados atos discricionários que comportam controle judicial. Descreveremos brevemente quais são os mais relevantes instrumentos para efetivação desse controle.

Primeiramente, foi admitido o controle do Judiciário sobre os *elementos extrínsecos* do ato administrativo discricionário. Por extrínsecos são designados aqueles aspectos relevantes à validade do ato administrativo que, todavia, como o próprio nome indica, sejam exteriores ao ato em si. Integram este rol a competência da autoridade que expediu o ato, a observância do procedimento previsto em lei, a existência de motivo (situação de fato) a fundamentar a produção do ato e, finalmente, a obediência das formalidades exigidas para sua edição (como a ausência de motivação, por exemplo).

Além do controle dos requisitos que circundam o ato administrativo em si, também são inseridos no contexto de análise estritamente jurídica (estranha, portanto, à mera valoração da conveniência e oportunidade do administrador) alguns *elementos intrínsecos* ao ato. A aplicação dos princípios de direito administrativo serve de fundamental instrumento à realização deste exame. Por este intermédio, verifica-se se o ato discricionário buscou alcançar o fim abstrato previsto em lei ou dele se desviou (princípio da finalidade); se o ato aplicou a lei de forma fundamentada, coerente com os objetivos buscados no ordenamento jurídico ou se a aplicou de modo arbitrário, sem justificativa plausível (princípios da razoabilidade e da proporcionalidade); se houve a persecução do interesse geral previsto em lei ou se o ato visou ao favorecimento ou à retaliação de alguém (princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade); e assim por diante (sobre o controle da discricionariedade por intermédio dos princípios de direito administrativo, v. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 8. ed. Madrid: Civitas, 1997. v. 1, p. 465-468).

Desde logo adianta parte da conclusão: não há razão para que um órgão público esteja impedido do uso do pregão para contratos que envolvam obras e serviços de engenharia comuns.

Não se deve tirar da referência “aquisição”, na lei (art. 1º), a proibição de aplicação do procedimento para contratos dessa natureza. “Aquisição”, na lei, é sinônimo de contratação.

Assim como também não se deve afirmar, como se óbvio fosse, que obra não se insere nos conceitos de bens e serviços, razão pela qual o pregão não se aplicaria. Três são as razões para tanto. A primeira, porque a Lei nº 8.666/93 não fez uma definição pronta e acabada de *obra, serviço e compra* (art. 6º, incs. I, II e III). Depois, porque a própria lei civil indica que obra é um conjunto de serviços (CC, art. 610). Finalmente, porque a Lei nº 10.520/02 não adotou nem um, nem outro critério. Adotou uma lógica própria, qual seja, a de que são passíveis de contratação por meio de pregão todos os objetos comuns, assim entendidos aqueles que possam ser objetivamente comparados entre si, tendo em vista o critério de menor preço. Além disso, a estrutura procedimental do pregão não deve ser fator limitador da segurança e certeza na contratação — aspecto este cuja análise cabe exclusivamente ao Administrador Público.

Referida análise pode ser tomada em abstrato, de forma geral, por meio de lei local ou decreto editado pelo Chefe do Executivo. Foi o que aconteceu na esfera federal e em vários Estados e Municípios. Para o Governo Federal vale o texto do Decreto nº 3.555/00, que expressamente exclui obras e serviços de engenharia do alcance do pregão presencial (art. 5º).¹⁴ Para o Município de São Paulo, vale o texto do Decreto Municipal nº 45.869, de 1º de janeiro de 2005, que não restringiu o conceito aberto de *bens e serviços comuns*, razão pela qual, na referida esfera, é realidade o uso do pregão para obras e serviços de engenharia. Em Curitiba, para ilustrar ainda mais este argumento, recentemente foi editado o Decreto nº 91, de 09.02.2006, que apenas exclui do pregão as locações imobiliárias e

¹⁴ É útil lembrar que o pregão surgiu no sistema brasileiro na Lei nº 9.742/97 (Lei Geral de Telecomunicações – arts. 54 a 59), para ser modalidade de licitação com aplicabilidade restrita à recém criada ANATEL, com a previsão expressa de 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*). A história ajuda a interpretar a restrição, depois copiada no Decreto Federal nº 3.555/00. Segundo consta, não houve debate algum sobre a viabilidade do uso da modalidade para obras e serviços de engenharia — nem em sua origem, tampouco por ocasião de sua cópia. A restrição na LGT teve o único objetivo de evitar que discussão parlamentar, alheia às complexidades próprias daquele texto, interferisse em sua tramitação legislativa; de modo que é importante frisar a ausência de qualquer reflexão, até o momento, significativa sobre o tema.

alienações em geral (parágrafo único do art. 4º).

O Estado de São Paulo, por sua vez, adotou a seguinte solução: “Excluem-se da modalidade de pregão as contratações de obras, as locações imobiliárias e as alienações em geral” (§2º do art. 2º do Decreto nº 47.297/02, com redação dada pelo Decreto nº 49.722, de 24.06.2005). Esta solução, aliás, é a mesma adotada pelo Governo Federal para os pregões eletrônicos, por meio do Decreto nº 5.450, de 31.05.2005 (“Art. 6º A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral”).

Há, sem dúvidas, uma perfeita margem de liberdade para a autolimitação federativa. Todas essas soluções são válidas, inclusive a mais restritiva delas, que é a solução federal, para o pregão presencial. Poder-se-ia especular sobre a sua *conveniência*, mas não maculá-la de ilegal, uma vez que ela não anula o conteúdo da norma federal (Lei nº 10.520/02) que definiu o âmbito de aplicabilidade do pregão com base em conceito indeterminado (bem e serviço comum), apenas consagrou uma interpretação restritiva a seu respeito, tendo uniformizado-a em caráter geral e abstrato para toda a Administração Pública Federal. O mesmo se deu em todas as esferas que assim procederam.

Agora vem a pergunta que mais interessa para o deslinde da questão sob consulta: Qual o significado do Decreto Estadual Paulista ao excluir obras e permitir o uso da modalidade de pregão para serviços de engenharia? Como distinguir uma categoria da outra?

Até por conta da própria Lei nº 8.666/93, existe uma tendência entre os operadores do direito e gestores públicos em extrair certas consequências do critério de classificação *obras e serviços de engenharia*. Uma delas seria a equivocada idéia de que *obras e serviços de engenharia* seriam coisas distintas e facilmente categorizáveis, mas nem mesmo as referências técnico-científicas acerca desses conceitos fazem uma separação clara. Outra, seria a afirmação, não menos difícil de se aceitar, com base na literalidade da lei, de que *obra* não está inserida no conceito de *bens e serviços comuns*.

Não existe definição legal para obras e serviços de engenharia. Marçal Justen Filho, ao comentar a Lei nº 8.666/93 no seu art. 6º, I e II — os quais definem obras e serviços, respectivamente —, atesta a dificuldade de se fazer a distinção desejada a partir dos conceitos legais.¹⁵ Afirma que a lei não explicou o que ela entende por *obra*, limitando-se a editar um elenco exaustivo de exemplos. Além do quê as definições legais são insuficientes,

inadequadas para diferenciar certas hipóteses limítrofes. O casuísmo é que prevalece, pois inexistente um critério genérico que seja adequado para solucionar todas as dúvidas. Assim, não é simples a tarefa de se distinguir claramente o que é *obra* e o que é *serviço* de engenharia. Nas palavras do autor, “Quando se caracteriza uma *recuperação* e quando há uma *reparação*? Quando há uma *reforma* e quando há uma *adaptação*? Suponha-se o caso de *reforma* de um imóvel que importe a demolição parcial da edificação. Nesse caso, existirá *obra* ou *serviço*? Enquanto reforma, trata-se de obra; enquanto demolição, é serviço. A pintura de um imóvel é obra (*reforma* ou *recuperação*) ou serviço (*conservação* ou *manutenção*)?”¹⁶

Além de a lei não distinguir o conceito de *obra* do de *serviços de engenharia*, o critério legal não é claro quanto à sua finalidade. Em outras palavras, a Lei nº 8.666/93 distingue *obra* e *serviço* para autorizar a Administração Pública, no caso de contratações complexas, a aumentar o prazo para a entrega das propostas (45 dias, para licitações do tipo técnica e preço, em comparação com a regra geral dos 30 dias, para licitações de menor preço), a solicitar metodologia de execução (art. 30, §8º), e a determinar o pagamento ao final do período de adimplemento de cada parcela, por meio da chamada “medição” (art. 40, XIV, “a”), etc. Trata-se de um qualificativo meramente autorizador da solicitação, no edital, de itens específicos na proposta do licitante.

Hely Lopes Meirelles lembra que a distinção entre obras e serviços na nossa legislação decorre de uma imitação do “velho Direito francês, que fazia essa tripartição” entre obras, trabalhos e serviços.¹⁷

O próprio Tribunal de Contas da União vacila na identificação de um critério único para *serviços de engenharia*, já que a Lei nº 8.666/93 também não auxilia nesta tarefa, ao apenas tratar da dicotomia obra/serviço.¹⁸

A conclusão que nos parece evidente é que não existe um critério claro, tampouco útil, para distinguir *obra* de *serviço de engenharia*. O critério da Lei nº 8.666/93 é imprestável quando o objetivo da distinção é o estabelecimento da modalidade de licitação.

¹⁵ Os referidos dispositivos assim dispõem:

“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;”

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 108.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Atualizada por Eurico Andrade de Azevedo, Vera Monteiro. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 56.

Não é possível afirmar, portanto, com base nas definições da Lei nº 8.666/93, sobre o cabimento do pregão para *obra e serviço de engenharia*. O cabimento da modalidade para tais itens depende da aferição, em concreto, da adequação do procedimento do pregão e o atendimento do específico interesse público que a Administração pretende atingir com o certame. Assim é que se a estrutura procedimental do pregão for incompatível com a segurança e certeza que a complexidade do serviço exige no caso concreto, então não será o caso de licitação por pregão.¹⁹

É a Administração Pública que deve fazer tal ponderação, pois é dela a *competência* para analisar e decidir, em cada caso concreto, a melhor solução para garantir *eficiência na contratação*.

¹⁸ O Tribunal de Contas da União, em várias oportunidades, enfrentou o conceito de “obras e serviços de engenharia” em representações formuladas em pregões realizados na esfera federal. O que se percebe, a partir das decisões proferidas, é que o próprio TCU não tem um critério único para estabelecer o que pode ser considerado como “obra e serviço de engenharia” para fins de cabimento do pregão, sendo que a maior dificuldade está no conceito de *serviço de engenharia*. Além da definição do conceito, que não é claro na Lei nº 8.666, em algumas decisões suscita-se uma possível contradição entre o art. 5º do Decreto nº 3.555/00 e a lista constante do Anexo II do mesmo decreto, a qual prevê no rol de bens e serviços comuns passíveis de serem licitados por pregão os serviços de “manutenção de bens móveis e imóveis”, os quais, em alguns casos, poderiam ser considerados como serviços de engenharia quando demandassem a presença de engenheiro responsável na sua execução. As próprias decisões do TCU divergem a respeito.

Na Decisão nº 674/2002 (plenário, de 19 de junho de 2002), o Ministro Relator Iram Saraiva afirmou expressamente que a própria Lei nº 8.666 não estabeleceu a definição de *serviço de engenharia*. Isto teria criado um vácuo legal que impediria o estabelecimento, de imediato, de uma regra sobre a classificação dos serviços de *manutenção de equipamentos*, se seriam serviços de engenharia, ou simplesmente serviços comuns, licitáveis por meio de pregão. A decisão, que envolve o serviço de manutenção de equipamento de raio X pela ECT, consignou que os padrões de desempenho de tais serviços podem ser objetivamente definidos pelo edital, pois as especificações desses serviços são as detalhadas nos manuais de manutenção fornecidos pelo produtor a todos os adquirentes, pelo que são usuais no mercado e passíveis de serem licitados na modalidade de pregão. Neste sentido, a decisão entendeu incluído tal serviço no Anexo II do Decreto nº 3.555/00 (manutenção de bens móveis e imóveis), mesmo podendo tal serviço, em tese, ser considerado como de engenharia.

Em outras duas decisões envolvendo a “contratação de mão de obra especializada para prestação de serviços de manutenção predial, preventiva e corretiva de instalações elétrica, hidráulicas, de área externas, áreas comuns, mobiliário, instalações especial (rede de telemática), com fornecimento de equipamentos e materiais” o TCU afirmou, sem explicitar as específicas razões que levaram à decisão, que o fornecimento de mão de obra não é serviço de engenharia, podendo ser equiparado aos serviços de limpeza e conservação, para fins de licitação por pregão (Decisão nº 343/2002 – plenário, de 10 de abril de 2002; e Decisão nº 384/2002 – plenário, de 17 de abril de 2002, ambas do Ministro Relator Adylson Motta).

Já na Decisão nº 195/2002, ao contrário das anteriores, envolvendo o serviço de impermeabilização e recuperação de fachada, há a afirmação de que é “notório” que *serviço de engenharia* exige “Anotação de Responsabilidade Técnica”, na forma exigida pelo art. 5º do Ato 12/86 do CREA/DF, pois demanda supervisão e conhecimento técnico. Neste caso, por depender de avaliação de profissional competente e de conhecimento técnico específico, o serviço não pode ser licitado por pregão, diante da literalidade do art. 5º do Decreto nº 3.555 — ainda que o serviço de impermeabilização tenha natureza simples, conforme colhe-se do voto (Ministro Relator Benjamin Zymler, plenário, de 13 de março de 2002). Neste mesmo sentido está a Decisão nº 557/2002, também do Ministro Relator Benjamin Zymler (plenário, de 22 de maio de 2002), tratando-se de serviço de manutenção de ar condicionado. Pelo argumento, a exigência de engenheiro (no caso, engenheiro químico) nos quadros da contratada, e de o contrato estar sujeito a “Anotação de Responsabilidade Técnica”, tal serviço estaria caracterizado como de engenharia. E, independentemente de tratar-se ou não de manutenção de bens, seria inviável a realização de pregão em razão da vedação do art. 5º do decreto (Cf. MONTEIRO, Vera. *Licitação na Modalidade Pregão*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 83).

O critério que deve nortear a Administração, portanto, na concretização do conceito de *bem e serviço comum* da Lei nº 10.520/02 é o da garantia de eficiência na contratação. A ponderação entre os prós e contras é dela, não existindo, de antemão, vedação legal à adoção do pregão para obra e serviços de engenharia. Os *comuns*, aliás, não podem ser excluídos do conceito. Apenas os *complexos* é que podem. Por isso a validade das variadas opções regulamentares sobre o pregão. O que se questiona neste estudo é sobre a opção feita por normas locais (federal, estaduais e municipais) que, em suma, categorizam *obras e serviços de engenharia* como sendo, sempre e em qualquer caso, *itens complexos* e, por isso, proibidos de serem contratados por pregão.

Depois de todo o exposto, a conclusão a que se chega é no sentido de que é *inútil* indagar sobre a diferença entre *obra e serviço de engenharia*. Nem mesmo as normas técnicas dos CREAs e do CONFEA são esclarecedoras. Sua única função é listar atividades que só podem ser contratadas com profissionais ou empresas que atendam às disposições da Lei Federal nº 5.194, de 24.12.1966, e do Decreto nº 64.345, de 10.4.1969. Em suma, a preocupação de referida normativa é com o estabelecimento da responsabilidade técnica dos profissionais sujeitos à fiscalização técnica pelo órgão profissional.

Além de ser inútil, é equivocada a polarização que coloca *bens e serviços comuns* de um lado, e obras e serviços de engenharia, de outro, como se estes fossem sinônimo de *bens e serviços complexos*. Não são. Alguns desses itens de engenharia serão comuns e, outros, complexos, a depender da análise do caso concreto.

E qual é o sentido, então, do Decreto Estadual Paulista nº 47.297, de 6.11.2002, que exclui da modalidade de pregão as contratações de obra e deixa livres as de serviços de engenharia?

Partindo-se das premissas de raciocínio estabelecidas neste trabalho, quais sejam, (a) de que em se tratando de licitação do tipo menor preço estaremos diante de uma situação perfeita para o uso do pregão; (b) de que obras e serviços de engenharia nem sempre envolvem complexidade na sua contratação; (c) e de que norma local pode uniformizar procedimentos e preferir a regra geral da Lei nº 8.666/93 para evitar que a sumariedade do pregão seja fator limitador da segurança e certeza na

¹⁹ Cf. MONTEIRO, Vera. *Licitação na Modalidade Pregão*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 83.

contratação, entendendo-se *sumariedade* pela exigüidade do prazo necessária para o pregoeiro aferir as condições técnicas mínimas do objeto ofertado, em razão da inversão das fases e da celeridade do procedimento; então a resposta não é difícil.

Desde logo é bom reafirmar que a dificuldade não está na análise da capacidade técnica do licitante, cuja comprovação de experiência anterior, quando solicitada no edital, é feita por meio de atestados. Sua análise não é incompatível com a estrutura procedimental célere do pregão.

A dificuldade pode surgir no exame da aceitabilidade das propostas. Não, obviamente, naqueles casos em que o edital descreve com clareza e objetividade o objeto licitado, sendo aceitável a proposta com o compromisso de execução nos moldes descritos no instrumento convocatório. Nestes casos, a verificação da conformidade do objeto ofertado com o estatuído no edital é feita por meio de declaração do licitante ou por meio de análise de documentos técnicos, descritivos do produto ou serviço, ou, ainda, por meio das já referidas amostras. O problema não está em situações assim, em que cabimento do pregão é indiscutível. A dificuldade pode vir a existir no exame da aceitabilidade das propostas quando a contratação envolver *bens e serviços complexos*, em razão da diversidade de concepções técnicas para sua execução.

A pergunta, então, para solução do problema, precisa ser refeita: O que são *bens e serviços complexos*? Para focar na questão da obra e serviço de engenharia: Quando estes itens deixarão de ser comuns, uma vez que, sendo *comuns*, estão inseridos no contexto da Lei nº 10.520/02?

Quando a análise dos requisitos mínimos de técnica ou de qualidade do objeto licitado demandar verificação mais cuidadosa por parte do gestor público licitante. Em outras palavras, quando o edital requerer a apresentação, pelo licitante, de *metodologia de execução* (art. 30, §8º, da Lei nº 8.666/93), cuja função é, exatamente, *permitir uma melhor e mais acurada análise da compatibilidade da proposta com o edital*.

Não está se falando aqui de licitação do tipo melhor técnica, tampouco de técnica e preço, mas de licitação do tipo menor preço com peculiaridades técnicas que demandam especial atenção quanto à qualidade mínima essencial que os bens e serviços a serem obtidos devem ter para atender à necessidade administrativa. Carlos Ari Sundfeld captou muito bem este ponto ao analisar o tema e, assim como Marçal Justen Filho,²⁰ afirma que o art. 30, §8º está indevidamente encartado em

dispositivo relativo à habilitação. É evidente, segundo o primeiro autor, que o preceito está a autorizar, em licitação de menor preço, um exame de técnica e qualidade quando se tratar de bens e serviços altamente especializados, em contraposição aos chamados bens comuns.²¹

Confira-se o que diz exatamente a Lei de Licitações sobre o tema:

Art. 30. A documentação relativa à documentação técnica limitar-se-á a:

(...)

§8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.²²

Assim, toda licitação de menor preço deixará de ser *comum*, e com-

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 338.

²¹ Nas exatas palavras do autor:

"A admissibilidade da proposta depende de sua compatibilidade com o edital.

Verifica-se, inicialmente, se o objeto oferecido (o bem, o serviço, a obra, etc.) tem as características e qualidades exigidas. Se a Administração pretende, p. ex., adquirir mesas de escritório, nem por isso estará obrigada a aceitar quaisquer mesas. Através do ato convocatório, descreverá as características essenciais do bem buscado (medidas, durabilidade mínima, material de acabamento, etc.), que deverão ser atendidas pelo licitante, sob pena de desclassificação de sua oferta.

O fato de uma licitação ser de menor preço não impede a fixação de *requisitos mínimos* de técnica ou de qualidade, a serem atendidos pelo objeto proposto. Isso não desnatura o tipo de licitação, transmudando-a em licitação de melhor técnica; apenas assegura que os bens a serem obtidos tenham a qualidade mínima essencial para atender à necessidade administrativa.

O art. 30-§8º, indevidamente encartado em dispositivo relativo à habilitação, dispõe: (...).

É evidente que o preceito está a autorizar, em licitação de menor preço, um exame de técnica e qualidade, nos moldes do que está sendo tratado neste trabalho. Mas o problema por ele proposto é o de saber se tal exame é permitido apenas nos contratos de grande vulto e de alta complexidade técnica ou também em outros casos.

Parece-nos correta a segunda hipótese. Até por razões lógicas, não se pode impedir a Administração de, em contratos de vulto menor ou sem grande complexidade, fixar padrões mínimos de qualidade fora dos quais o objeto será imprestável. Mas estabelecer estas pautas não se confunde com exigir certa *metodologia de execução*, o que de fato só tem sentido em situações mais sofisticadas, demarcadas pelo art. 30-§§8º e 9º. Na compra de bens comuns, canetas esferográficas por hipótese, é lícito exigir padrão mínimo de qualidade, como certa durabilidade, o que inclusive poderá ensejar testes, como condição de aceitação da proposta. Não é viável pedir do licitante a metodologia de fabricação do bem, que no entanto tem sentido quando se quer adquirir reatores atômicos ainda por produzir. Na contratação de meros serviços de limpeza, o edital poderá descrever a abrangência e periodicidade de cada serviço e a espécie de material a ser empregado, sendo aceitável a proposta com o compromisso de execução nos moldes descritos e inaceitável a que contenha ressalvas. Mas, para serviços tais, não especializados, despropositado e excessivo pedir que o limpador conceba uma metodologia de execução, a ser analisada no juízo de aceitabilidade da proposta, coisa porém admissível na contratação de serviços altamente especializados.

Ademais, para ser compatível com o ato convocatório, a oferta deverá ajustar-se a ele no que tange à quantidade, ao prazo de execução e de pagamento, etc." (SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994. p. 145-146).

patível com o pregão, quando seu objeto for especial — pode-se dizer, *complexo* — por demandar análise mais detida, sofisticada, portanto, da proposta apresentada. Esta definição é feita pela Administração Pública, antes da abertura da licitação, ao definir o objeto do certame, de modo que se a licitação for do tipo menor preço e o edital solicitar a apresentação de *metodologia de execução*, então o objeto é daqueles que requerem verificação detalhada entre o fixado no instrumento convocatório e na proposta a ser apresentada.

Tal conclusão só é possível porque a *metodologia de execução* é o único mecanismo previsto na Lei de Licitações que altera o procedimento da licitação de menor preço. Ora, dado o procedimento do pregão, sempre que a Administração Pública necessite de maior segurança na contratação, em razão da especialidade do objeto ofertado, e da admissão da adoção de diversas concepções técnicas para a sua execução, a alternativa possível (isto, claro, se o caso não se enquadrar na hipótese de licitação por técnica ou por técnica e preço, do art. 46) é sofisticar o procedimento licitatório, afastando-o da celeridade e da inversão de fases do pregão, para seguir aquele previsto no §8º do art. 30 da Lei nº 8.666/93. Neste caso, a licitação não se inicia com a abertura das propostas financeiras, mas com a análise da metodologia de execução, que *antecederá* sempre a fase dos preços.

Não fosse essa evidente incompatibilidade de procedimentos entre o pregão e metodologia de execução, cabe ainda referir que, apesar de a lei pretender que a análise da proposta técnica “será efetuada exclusivamente por critérios objetivos”, e que ela será avaliada segundo a sua aceitabilidade, não devendo ser objeto de pontuação para fins de definição do vencedor (como acontece nas licitações com julgamento por técnica), é sabido que muitas vezes os itens propostos nos editais para elaboração da *metodologia de execução* geram certa subjetividade no julgamento. Em outras palavras, quando se exige, por exemplo, que a licitante descreva o empreendimento, apresente plano de trabalho e faça um planejamento das obras com a descrição do método executivo a ser adotado, das medidas que minimizam impactos ambientais, do plano de construção de canteiros, e dos procedimentos de acompanhamento e controle de qualidade da obra, segurança e medicina do trabalho, está-se abrindo margem para que a Administração faça uma avaliação pessoal

²² O conceito de obras, serviços e compras de grande vulto está no art. 6º, inc. V, da Lei de Licitações, segundo o qual são “aquelas cujo valor estimado seja superior a 25 (vinte e cinco) vezes o limite estabelecido na alínea “c” do inciso I do art. 23 desta Lei”, qual seja, de R\$37,5 milhões.

acerca da capacidade de a licitante assumir a execução de objeto complexo. Ainda que o órgão só tenha a opção binária classificar/desclassificar a proposta, a sua avaliação envolve aspectos subjetivos.

Pois bem. Esta reflexão sobre a *metodologia de execução* tem o único objetivo neste trabalho de demonstrar que este é um critério útil na demarcação do âmbito de aplicabilidade do pregão no Estado de São Paulo.²³

É preciso interpretar inteligentemente o decreto estadual que excluiu o pregão para as obras. Se, como visto, o critério que opõe as obras aos serviços de engenharia é inconclusivo, e não dá segurança ao gestor público, a única interpretação plausível para o referido decreto, a partir de todo o exposto, é que, no Estado de São Paulo, excluem-se da modalidade de pregão as contratações de *objeto complexo*, entendendo-se por objeto complexo aqueles que, pela sua natureza, são licitados pelo critério do menor preço, admitem diversas concepções técnicas para a sua execução, e, por essa razão, demandam — para que se tenha a garantia de segurança na contratação e futura exequibilidade do contrato — a apresentação de *metodologia de execução* por parte do licitante, que nada mais é do que o envelope que será analisado antes do de preços, e cuja função é fornecer à Administração o conforto que ela precisa para contratar alguém que conhece os detalhes de execução de um *objeto complexo*. É assim que pretendemos apartar os serviços de engenharia das obras para compreensão do decreto estadual.

Se não é possível identificar o limiar entre estas duas categorias (obras e serviços de engenharia), a exclusão promovida pelo decreto estadual deve ser lida no sentido de que *objetos complexos*, no Estado de São Paulo, foram alijados do procedimento do pregão, assim entendidos aqueles que pedem a formulação de metodologia de execução pelo particular que irá executar o futuro contrato.

Indo ao caso concreto: o serviço de manutenção e atendimento da demanda do crescimento vegetativo de redes e ligações nos sistema de distribuição de água e coleta de esgoto, é obra, ou serviço de engenharia? Pode ser licitado por meio de pregão, ou impõe-se a concorrência?

²³ O prazo de 08 (oito) dias úteis para a apresentação das propostas, previsto na Lei nº 10.520/02, não é fator limitador, por si só, do uso do pregão para objetos complexos. Em situações assim, poderia, e é até mesmo recomendável, que a Administração conceda prazo maior, podendo utilizar-se, analogamente, dos estabelecidos na Lei nº 8.666/93. Tampouco é útil a regra do art. 40, XIV, "a", da Lei nº 8.666/93, que determina o pagamento do privado ao final do período de adimplemento de cada parcela, quando o objeto assim determinar. A licitação por pregão (ou por qualquer outra modalidade da Lei de Licitações) não garante a futura execução do contrato, como afirmado alhures.

A resposta depende da análise do objeto a ser licitado e a forma como ele foi descrito no edital. Assim, se o caso for daqueles em que a lei autoriza a apresentação de *metodologia de execução*, e o edital refletiu esta necessidade no caso concreto, então tratar-se-á de *objeto complexo* que, por decisão — prudente, aliás — do Executivo Estadual, foi excluído, desde logo, do âmbito do pregão. Se, por outro lado, o objeto licitado for daqueles em que o critério de julgamento é o menor preço, e é aceitável — e, portanto, seguro contratar —, com o compromisso de execução nos moldes descrito na proposta, então tratar-se-á de *objeto comum*, cuja licitação deve ser feita por pregão.

A partir da minuta do edital submetida com a consulta, é fácil aferir que se trata de objeto comum, passível de ser licitado por pregão, sendo irrelevante a sua categorização como obra ou serviço de engenharia.

3 Conclusões

Em face de todo o exposto, respondo objetiva e fundamentadamente à questão sob consulta. O Decreto Estadual Paulista nº 47.297, de 6.11.2002, que excluiu da modalidade de pregão as contratações de obras, e deixou livres as de serviço de engenharia, deve ser interpretado à luz do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/02, que é norma geral em matéria de licitação e define o âmbito de aplicabilidade do pregão para os chamados *bens e serviços comuns*, e da Lei nº 8.666/93, cuja aplicação subsidiária à Lei do Pregão forma o conjunto de normas definidoras dessa modalidade.

Bens e serviços comuns, para fins de cabimento do pregão, são aqueles cujas propostas possam ser objetivamente comparadas, tendo em vista o critério de menor preço; bem como sua aquisição seja compatível com a sumariedade própria do procedimento do pregão, a qual não deve ser fator limitador da segurança e certeza na contratação.

Não há razão para excluir, de antemão, obras e serviços de engenharia — especialmente os comuns —, do referido conceito. Apesar de não haver um conceito legal útil de *obra e serviços de engenharia* capaz de indicar, com firmeza, a modalidade licitatória aplicável a cada qual; assim como eventual divergência de opinião técnico-científica acerca dos conceitos não importa em que uma das alternativas deva prevalecer em relação a outras; é preciso encontrar um sentido para a distinção feita pelo decreto estadual.

O cabimento da modalidade para obra e serviço de engenharia

depende da aferição, em concreto, da adequação do procedimento do pregão e o atendimento do específico interesse público que a Administração pretende atingir com o certame. A análise, portanto, quanto ao cabimento do pregão, prescinde de qualquer definição técnica para apartar os dois conceitos; depende, em verdade, do objeto licitado. Se a estrutura procedimental do pregão for incompatível com a segurança e certeza que a complexidade do objeto exige no caso concreto, então não será o caso de licitação por pregão. Esta situação estará presente nas contratações de *objeto complexo*, que são aqueles que, pela sua natureza, apesar de serem licitados pelo critério de menor preço, admitem concepções técnicas diversas para a sua execução e, por essa razão, demandam a apresentação de *metodologia de execução* por parte do licitante, como medida garantidora de segurança na contratação.

Assim, o Decreto Estadual nº 47.297, de 6.11.2002, na redação dada pelo Decreto nº 49.722, de 24.06.2005, deve ser interpretado no sentido de que é vedado o uso da modalidade de pregão para *objetos complexos*, o que evidentemente não é o caso apresentado na Consulta. É lícito à empresa estatal realizar pregão no caso sob consulta, uma vez que não há impedimento para a caracterização dos itens lá previstos como *serviços comuns*.

É o parecer.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MONTEIRO, Vera. Pregão para obras e serviços de engenharia. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 191-213, abr./jun. 2006.