

O DEBATE EM TORNO DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA “PREGÃO” PARA OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

Hamilton Bonatto¹

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada “Pregão”, para aquisição de bens e serviços comuns.

Desde a promulgação da lei surgiu a polêmica a respeito da possibilidade de contratação de obras e serviços de engenharia por intermédio da desta modalidade licitatória.

É da leitura do artigo inaugural da lei que busca-se extrair se foi ou não prevista a possibilidade de se contratar obras e serviços de engenharia através desta modalidade de licitação.

De acordo com a lei, consideram-se bens e serviços comuns, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

No entanto, o Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000, que regulamentou a MP 2026, de 4 de maio de 2000, que instituiu originalmente o pregão, em seu artigo 5º, inovou o ordenamento de forma a estabelecer que esta modalidade não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia.

Como é cediço, o decreto regulamentar não tem o escopo de inovar a ordem jurídica como o fez neste caso, em especial porque não se é exarado, via de regra, do Poder Legislativo, e sim do Poder Executivo.

Na elaboração dos decretos, o Poder Executivo não deve ampliar os limites normais de suas atribuições, violando a ordem jurídica estabelecida pela Constituição. Os decretos têm de ser elaborados no respeito às normas

1 Hamilton Bonatto é Procurador do Estado do Paraná, Chefe do Núcleo Jurídico da Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística e da Autarquia Paraná Edificações daquele Estado; Engenheiro Civil, e instrutor da Escola de Governo do Paraná; é autor do livro Licitações e Contratos de Obras e Serviços de Engenharia – Ed. Fórum; autor do livro Contratações de Obras e Serviços de Engenharia – UEPG; autor dos Cadernos Orientadores na área de Licitações e Contratações de Edificações: (1) Estudo de Viabilidade, (2) Termo de Referência, (3) Licitação de Projetos, (4) Contratação de Projetos, (5) Licitação de Obras, (6) Contratação de Obras, (7) Pós-Ocupação, (8) Normas, Minutas e Súmulas do TCU (organizador) (9) Convênios e outros Instrumentos Congêneres, e (10) Fiscalização - SEIL.

legais. É importante esclarecer que deve existir destarte uma legalidade dos decretos.²

O Decreto nº 3555/2000, foi além da função de regulamentar a fiel execução da lei, uma vez que expediu novos comandos que só poderiam ter sido ditados por lei provindas daquele que possui, preponderantemente, a função legislativa. É um verdadeiro decreto, neste detalhe, autônomo, o que não é a regra no ordenamento jurídico brasileiro.

Nos ensina Maria Silvia Di Prieto que,

No direito brasileiro, a Constituição de 1988 limitou consideravelmente o poder regulamentar, não deixando espaço para os regulamentos autônomos ... Com a Emenda Constitucional n

32, de 11-09-2001, volta uma hipótese de decreto autônomo, com a alteração do art. 84, VI, da Constituição, que confere competência privativa ao Presidente da República para dispor, mediante decreto, sobre a 'organização e o funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem extinção ou criação de órgãos públicos'. Pode-se dizer que á a única hipótese de decreto autônomo com fundamento constitucional.³

Assim, o Decreto nº 3.555/2000, diante da flagrante inconstitucionalidade proporcionada pelo seu caráter inovador do ordenamento jurídico, não seria impeditivo para a licitação de serviços de engenharia.

Por sua vez, o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que teve o condão de regulamentar o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, estabeleceu em seu artigo 6º que a referida modalidade, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia. Aqui, a regulamentação não excluiu os serviços de engenharia como tinha feito no Decreto n

º 3.555/2000. O que se buscou foi dar a interpretação de que, uma vez que a expressão "obras" não consta no *caput* da lei, este objeto não poderia ser licitado pela referida modalidade. Para o regulamento ao a lei silenciar a respeito de obras ela foi eloquente.

Não foram e ainda não são poucas as controvérsias sobre o tema. Em que pese o Tribunal de Contas da União já ter sumulado a respeito dos serviços de engenharia, vez ou outra surgem vozes destoantes do entendimento daquela Corte de Contas no sentido de querer fazer ver que o pregão não cabe também para este objeto, de forma alguma.

2 Ferreira, Pinto. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 382.

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 152.

O Conselho Federal de Engenharia e Agronomia - CONFEA, por exemplo, em sua Decisão Plenária n. 2467/2012, que “Define aplicabilidade da modalidade licitatória Pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia e dá outras providências”:

(...) "DECIDIU, por unanimidade: 1) Definir que tecnicamente existe diferenciação entre serviços comuns e não comuns no âmbito da Engenharia ou da Agronomia, pois serviços que exigem habilitação legal para sua elaboração ou execução, com a obrigatoriedade de emissão da devida ART perante o Crea, tais como projetos, consultoria, fiscalização, supervisão e perícias, **jamais poderão ser classificados como comuns**, dada a sua natureza intelectual, científica e técnica, fatores que resultam em ampla complexidade executiva, exigindo portanto profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições, conforme também detalha o art. 13 da Lei 8.666, de 1993, **não se admitindo a sua contratação pela modalidade Pregão**. 2) Definir também que a contratação de obras prediais, industriais ou de **infraestrutura não comportam a contratação pela modalidade Pregão**, dadas as características de complexidade e multiprofissionalidade, as quais envolvem complexos conhecimentos técnicos e uma interação de concepção físico-financeira, que determinará a otimização de custos, prazos e qualidade, fatores que garantem a utilização adequada dos recursos públicos e a entrega do bem para uso da sociedade". (...) (grifamos)⁴

Em seguida, revogou a decisão acima e expediu a Decisão Planária nº 0365/2014, que “Estabelece que no âmbito da Engenharia ou da Agronomia os serviços de engenharia e agronomia que exigem habilitação legal para sua elaboração, com a obrigatoriedade de emissão da devida ART perante o Crea, jamais poderão ser classificados como ‘serviços comuns’”:

DECIDIU, por unanimidade, aprovar a Proposta 2, que conclui por: 1) Revogar a Decisão PL-2467/2012. 2) Definir que, tecnicamente, no âmbito da Engenharia ou da Agronomia, os serviços de engenharia e agronomia que exigem habilitação legal para sua elaboração, com a obrigatoriedade de emissão da devida ART perante o Crea, tais como projetos, consultoria, fiscalização, supervisão, perícias, laudos e estudos técnicos jamais poderão ser classificados como serviços comuns, dada a sua natureza intelectual, científica, técnica, risco aos recursos hídricos, meio ambiente e humano, caracterizando-se como serviços técnicos profissionais especializados, de grande complexidade, exigindo portanto profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições, conforme também detalha o art.

4 BRASIL. CONFEA. PL 2.467/2012. Define aplicabilidade da modalidade licitatória Pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia e dá outras providências. Sessão Plenária 1.395. <http://normativos.confea.org.br/ementas/visualiza.asp?idEmenta=51039&idTiposEmentas=6&Numero=2467/2012&AnoIni=&AnoFim=&PalavraChave=&buscar=em=conteudo>. Acesso em 06/02/2012.

13 da Lei 8.666, de 1993. 3) Definir que obras prediais, industriais, de infraestrutura e ambientais, dadas as características de complexidade, multiprofissionalidade, risco ao meio ambiente e por exigir habilitação legal para sua execução, com a obrigatoriedade de emissão da devida ART perante o Crea, as quais envolvem complexos conhecimentos técnicos e uma interação de concepção físico-financeira, que determinará a otimização de custos, prazos e qualidade, **jamais também poderão ser consideradas "serviços comuns"**, ainda mais porque a Lei 8.666/93 diferenciou obra de serviço.⁵ (*grifamos*)

Pouco foi alterado em relação à decisão anterior em relação ao que nos propomos a discutir. Deixou de excluir explicitamente a possibilidade de licitar serviços comuns por meio da modalidade Pregão, mas o fez por outros caminhos, de forma que concluiu que os referidos serviços de engenharia jamais também poderão ser considerados "serviços comuns".

Ai que nos parece é que o CONFEA buscou, com a renovada decisão, por vias transversas, alcançar o mesmo objetivo da revogada Decisão Plenária n. 2467/2012, isto é, definir, ao excluir serviços de engenharia como caracterizáveis como "comuns", a impossibilidade da aplicação da modalidade licitatória pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia.

Parece-nos incontroverso que não cabe ao CONFEA, que é a instância superior da fiscalização do exercício profissional da Engenharia e da Agronomia, e tem suas atribuições elencadas no artigo 27 da lei Federal nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, diferenciar o que vem a ser serviços comuns e não comuns para fins de licitações e contratações públicas. Essa árdua tarefa de legislar a respeito de licitações e contratações públicas não é de sua competência.

A Advocacia Geral da União, através de sua Consultoria Geral, já se pronunciou sobre o tema contratação de obras e de serviços de engenharia por meio da modalidade pregão, bem como sobre a incumbência específica do CONFEA no que diz respeito ao assunto, resumindo desta maneira:

1. Obras não podem ser licitadas por pregão;
2. Serviços de engenharia ou arquitetura, desde que caracterizados como comuns, podem ser objeto de pregão. A caracterização como comum, ou não-comum, incumbe ao órgão;

5 BRASIL. CONFEA. *PL 0365/2014*. Estabelece que no âmbito da Engenharia ou da Agronomia os serviços de engenharia e agronomia que exigem habilitação legal para sua elaboração, com a obrigatoriedade de emissão da devida ART perante o Crea, jamais poderão ser classificados como "serviços comuns". Sessão Plenária Ordinária 1.409. <http://normativos.confea.org.br/ementas/visualiza.asp?idEmenta=54004&idTiposEmentas=6&Numero=0365/20&AnoIni=&AnoFim=&PalavraChave=&buscarem=conteudo>. Acesso em 06/02/2012.

3. Tendo em vista que a fiscalização do exercício profissional, em engenharia e arquitetura, incumbe ao CONFEA e ao CAU, tão somente as diretrizes técnicas daquelas Autarquias devem ser levadas em consideração na diferenciação entre obra e serviço;

4. Nos casos de dúvida, incumbe ao membro da CJU solicitar a manifestação técnica competente para fins de esclarecer a diferença entre obra e serviço e a caracterização como comum ou não comum;

A Advocacia Geral da União deixou de adotar a Decisão nº 2467/2012 – CONFEA acima colacionada, e esclarece que CONFEA não possui competência para legislar sobre o tema :

No âmbito das discussões, deixou-se adotar o entendimento da Decisão PL 2467/2012 – CONFEA, o qual considerava que “Serviços de engenharia que exigem habilitação legal para sua elaboração e execução, com a obrigatoriedade de emissão de ART, perante o CREA, tais como projetos, consultoria, fiscalização, supervisão e perícias não podem ser licitados por pregão”. Ainda que incumba ao CONFEA regulamentar a profissão de engenharia, tal Autarquia deveria limitar-se aos aspectos técnicos-profissionais. No caso em tela, a aludida Decisão tratou de “legislar” sobre normas gerais de licitações e contratos, ofendendo o princípio da legalidade e da competência legislativa da União.

Ao contrário do que argumenta o CONFEA, vemos que há a possibilidade de se realizar licitações para a contratação de serviços de engenharia, porém, não olvidamos que tal serviço deve ser caracterizado como “comum”.

Para demonstrarmos tal assertiva, faz-se necessário que discutamos o que vêm a ser “serviços” e, especificamente, “serviços de engenharia”, e diferenciá-los de “obra de engenharia”. E *a posteriori* discorrermos a respeito da possibilidade da caracterização de alguns serviços de engenharia como “comuns”.

É o que faremos abaixo.

2. OBRAS, SERVIÇOS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

A Lei federal n 8.666/93 define “obra” como “toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta”, e “serviço” como “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”.

Em que pese a lei ter elencado o que considera obra e o que considera serviço, não definiu cada um deles, o que levou a dúvidas na diferenciação entre ambos.

Não obstante, o Instituto Brasileiro de Obras Públicas - IBRAOP⁶, dentre os excelentes trabalhos que tem realizado e tornado públicos através de suas Orientações Técnicas, verdadeiras balizas de decisões de diversos Tribunais de Contas, inclusive da União, bem como de inumeráveis órgãos e entidades da Administração Pública brasileira, na sua Orientação Técnica OT - IBR 002/2009 procurou uniformizar o entendimento quanto à definição de obra e de serviço de engenharia, para efeito de contratação pela administração pública. E o fez com a eficiência técnica que caracteriza o Instituto. Colacionamos tais definições abaixo:

2.1. DEFINIÇÃO DE OBRA

Obra de engenharia é a ação de construir, reformar, fabricar, recuperar ou ampliar um bem, na qual seja necessária a utilização de conhecimentos técnicos específicos envolvendo a participação de profissionais habilitados conforme o disposto na Lei Federal nº 5.194/66.

Para efeito desta Orientação Técnica, conceitua-se:

2.1.1. **Ampliar:** produzir aumento na área construída de uma edificação ou de quaisquer dimensões de uma obra que já exista.

2.1.2. **Construir:** consiste no ato de executar ou edificar uma obra nova.

2.1.3. **Fabricar:** produzir ou transformar bens de consumo ou de produção através de processos industriais ou de manufatura.

2.1.4. **Recuperar:** tem o sentido de restaurar, de fazer com que a obra retome suas características anteriores abrangendo um conjunto de serviços.

2.1.5. **Reformar:** consiste em alterar as características de partes de uma obra ou de seu todo, desde que mantendo as características de volume ou área sem acréscimos e a função de sua utilização atual.

2.2. 4. DEFINIÇÃO DE SERVIÇO DE ENGENHARIA

Serviço de Engenharia é toda a atividade que necessite da participação e acompanhamento de profissional habilitado conforme o disposto na Lei Federal nº 5.194/66, tais como: consertar, instalar, montar, operar,

6 O **IBRAOP** é uma sociedade civil de direito privado sem fins lucrativos, de âmbito nacional, constituído por profissionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, de nível superior e que exercem atividades relacionadas à auditoria de obras públicas. <http://www.ibraop.org.br/sobre-o-ibraop/>

conservar, reparar, adaptar, manter, transportar, ou ainda, demolir. Incluem-se nesta definição as atividades profissionais referentes aos serviços técnicos profissionais especializados de projetos e planejamentos, estudos técnicos, pareceres, perícias, avaliações, assessorias, consultorias, auditorias, fiscalização, supervisão ou gerenciamento.

Para efeito desta Orientação Técnica, conceitua-se:

- 2.2.1. **Adaptar:** transformar instalação, equipamento ou dispositivo para uso diferente daquele originalmente proposto. Quando se tratar de alterar visando adaptar obras, este conceito será designado de reforma.
- 2.2.2. **Consertar:** colocar em bom estado de uso ou funcionamento o objeto danificado; corrigir defeito ou falha.
- 2.2.3. **Conservar:** conjunto de operações visando preservar ou manter em bom estado, fazer durar, guardar adequadamente, permanecer ou continuar nas condições de conforto e segurança previsto no projeto.
- 2.2.4. **Demolir:** ato de por abaixo, desmanchar, destruir ou desfazer obra ou suas partes.
- 2.2.5. **Instalar:** atividade de colocar ou dispor convenientemente peças, equipamentos, acessórios ou sistemas, em determinada obra ou serviço.
- 2.2.6. **Manter:** preservar aparelhos, máquinas, equipamentos e obras em bom estado de operação, assegurando sua plena funcionalidade.
- 2.2.7. **Montar:** arranjar ou dispor ordenadamente peças ou mecanismos, de modo a compor um todo a funcionar. Se a montagem for do todo, deve ser considerada fabricação.
- 2.2.8. **Operar:** fazer funcionar obras, equipamentos ou mecanismos para produzir certos efeitos ou produtos.
- 2.2.9. **Reparar:** fazer que a peça, ou parte dela, retome suas características anteriores. Nas edificações define-se como um serviço em partes da mesma, diferenciando-se de recuperar.
- 2.2.10. **Transportar:** conduzir de um ponto a outro cargas cujas condições de manuseio ou segurança obriguem a adoção de técnicas ou conhecimentos de engenharia.

Essas definições fornecem elementos que auxiliam o administrador público na compreensão da norma descrita na lei regente. Como se vê, nada inovou, mas tratou de esclarecer, por meio de diretrizes técnicas, trazer a luz o significado de cada expressão constante na lei.

Diz o IBRAOP, na mesma Orientação Técnica, que “a obra é um conjunto orgânico de serviços que, agregados, se complementam e formam um todo com função definida e completa. O enquadramento como obra ou serviço de engenharia deve ser feito em função do objeto a ser executado, e da ação ou atividade definida nos itens 3 e 4, sendo independente de quantidade, porte ou custo”.

As obras são formadas por diversos serviços que interligados formam um sistema que dá funcionalidade ao todo. Os serviços por si só não caracterizam uma obra, mas somente se formarem, a partir desta interconecção, um sistema coerente. Em um mesmo local, portanto, é possível haver diversos serviços, juntos, porém por não haver esta ligação formadora de um sistema coerente, não caracterizam uma obra. Observemos que não é a quantidade de serviços, ou mesmo o custo dos mesmos, que estabelecerá se se está ou não diante de uma obra, mas a relação harmônica entre aqueles serviços formadores do todo, que se chama obra. Esse todo pode ser: ampliação, construção, fabricação, recuperação, ou reforma.

O todo forma um novo aspecto material, ainda antes inexistente:

O critério usualmente adotado para distinguir esses dois contratos é o da verificação da tangibilidade, da materialidade de seu objeto. Será obra o contrato que crie nova materialidade, o mesmo não sendo verificado nos serviços. Assim, no caso de um edifício que necessite de “reforma”, como será criado novo aspecto material, será licitada e contratada a execução de obra. Ao contrário, na conservação (serviço), não será criado nenhum aspecto material visualmente novo.⁷

Aquele Instituto dá exemplos de obras de engenharia, tais quais construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de edificações, vias públicas, rodovias, ferrovias, aeroportos, portos, hidrovias, canais, usinas hidrelétricas, termoelétricas, eólicas e nucleares, barragens, açudes, gasodutos e oleodutos, pontes

⁷ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 642.

e viadutos, túneis, galerias, adutoras, estações de tratamento e redes de distribuição de água, obras de saneamento, drenagem e irrigação, linhas de transmissão, redes de distribuição e subestações de energia elétrica, muros de arrimo e obras de contenção, refinarias, plataformas de prospecção e exploração de petróleo, recuperação ou ampliação, por meio de dragagem, de canal de aproximação em Portos, sistemas de tratamento de resíduos sólidos, incluindo aterros sanitários e usinas de compostagem.

Também dá uma lista exemplificativa de serviços de engenharia: conservação, reparação ou manutenção de edificações, vias públicas, rodovias, ferrovias, aeroportos, portos, hidrovias, canais, usinas hidrelétricas, termoelétricas, eólicas e nucleares, barragens, açudes, gasodutos e oleodutos, pontes e viadutos, túneis, galerias, adutoras, estações de tratamento e redes de distribuição de água, redes e sistemas de tratamento de esgoto, redes de drenagem e irrigação, linhas de transmissão, redes de distribuição e subestações de energia elétrica, muros de arrimo e obras de contenção, refinarias, plataformas de prospecção e exploração de petróleo.

A lista trazida pelo IBRAOP inclui também conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparo, adaptação, manutenção nas atividades desenvolvidas em sistemas de alarmes em edificações, sistemas de combate à incêndio, sistemas de ventilação e exaustão, sistemas de climatização e ar condicionado, elevadores e escadas rolantes, sistemas de telefonia e comunicação de dados, sistemas de supervisão e automação predial, instalações elétricas, de iluminação, hidrossanitárias, de águas pluviais, de sonorização, ambiente, de comunicação e dados, sistemas de controle de acesso ou circuito fechado de televisão, sistemas de proteção contra descargas atmosféricas, demolições e implosões, sinalização horizontal e vertical de vias públicas, rodovias, ferrovias e aeroportos, paisagismo, sistemas de tratamento de resíduos sólidos, incluindo aterros sanitários e usinas de compostagem.

Ainda, de acordo com a OT – IBR 002/2009, as atividades relacionadas a seguir também se enquadram como serviços de engenharia: estudos de viabilidade técnica e econômica, elaboração de anteprojeto, projeto básico, projeto executivo, estudos técnicos; pareceres, perícias e avaliações, assessorias ou consultorias técnicas, auditorias de obras e serviços de engenharia, fiscalização, supervisão ou

gerenciamento de obras ou serviços, estudos de impacto ambiental, ensaios tecnológicos, levantamentos topográficos, batimétricos e geodésicos, levantamentos aerofotogramétricos, sondagens ou outros procedimentos de investigação geotécnica,

Esse rol obras e serviços ajudam muito na distinção pretendida e o estabelecimento do que vem a ser serviço de engenharia. Mas, não basta esta diferenciação para se verificar a possibilidade de licitá-los por meio da modalidade “pregão”, uma vez que somente os serviços comuns podem ser licitados por tal modalidade. Com base nos serviços listados acima, é preciso verificar quais deles, no caso concreto, podem se enquadrados como “comuns”. É o que veremos a seguir.

2.3. SERVIÇOS COMUNS

Para a Lei nº 10.520/2002, no parágrafo único do seu primeiro artigo, “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”.

Joel de Menezes Niebuhr, mesmo sem pretender retirar a indeterminação que é imanente ao conceito de “serviço comum”, propõe o seguinte conceito:

Bem e serviço comum são aqueles que possam ser definidos no edital por meio de especificações objetivas, que se prestam a estabelecer o padrão de qualidade desejado pela Administração Pública, de acordo com as características usuais no mercado, sem que variações de ordem técnica eventualmente existentes entre os bens e serviços ofertados por diversos fornecedores que atendam a tais especificações objetivas sejam importantes ou decisivas para a determinação de qual proposta melhor satisfaz o interesse público e desde que a estrutura procedimental da modalidade pregão, menos formalista e mais célere, não afete a análise da qualidade do objeto licitado ou importe prejuízos ao interesse público.⁸

Têm-se visto afirmações de que comum é o que não é complexo. Para estes, o que é complexo não pode ser considerado comum. O que é um equívoco, pois

⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 3 ed. Revisada e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 204.

comum é o que não é raro, é o que está à disposição, no caso, com certa facilidade no mercado do ramo.

Para Vera Scarpinella:

“(...) 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.”⁹

O Dicionário de Antônimos *on line*, fornece alguns antônimos de comum:

1. invulgar, inacreditável, inusitado, inabitual, irregular, estranho, diferente, desnatural, anômalo, insueto, anormal, atípico, inaudito, incomum, inusual, insólito.
2. isolado, inédito, escasso, infrequente, raro.
3. privado, privativo, individual, particular, pessoal.
4. excepcional, aparatoso, fantástico, incomparável, especial, grandioso, notável, superior, incrível.

Comum é aquilo que é mais frequente, corrente, costumeiro, ordinário, o que se apresenta em maior número, etc.

Para Jessé Torres PEREIRA JUNIOR,

... em aproximação inicial do tema, pareceu que “comum” também sugeria simplicidade. Percebe-se, a seguir, que não. O objeto pode portar complexidade técnica e ainda assim ser “comum”, no sentido de que essa técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado.¹⁰

9 SCARPINELLA, Vera. *Licitação na Modalidade de Pregão*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 81.

10 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 6. ed. p. 1006.

Portanto, ao se tratar de serviços comuns, está a se falar de serviços que podem ser definidos de forma objetiva por meio de especificações que o mercado utiliza usualmente, independentemente de sua complexidade.

A questão que resta resolver é se é possível caracterizar alguns serviços de engenharia como “comuns”, isto é, possuidores de padrões de desempenho e qualidade definíveis no edital, por meio de especificações usuais no mercado. É o que se vemos abaixo.

2.4. SERVIÇOS DE ENGENHARIA COMUNS

Para que os serviços de engenharia sejam caracterizados como comuns é requisito essencial que seus padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, porém, como “comum” é, como vimos acima, o que “não é raro”, faz-se necessário também que o mercado oferte de forma corriqueira, habitual, o serviço com esses padrões, de forma que suas utilizações sejam normalmente reconhecidas e aceitas como cotidianas pelos profissionais da área de engenharia.

O Tribunal de Contas da União já expediu a Súmula nº 257/2010 que espanca qualquer dúvida a respeito de sua posição sobre a possibilidade de licitar serviços de engenharia pela modalidade pregão: “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002”.

Não há dúvidas que determinados (e muitos) serviços de engenharia não podem ser caracterizados como “comuns”, pois não correspondem à definição que transcrevemos acima e que a lei traz, isto é, não possuem padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, de forma que sejam normalmente reconhecidos e aceitos como cotidianos pelos profissionais da área de engenharia. Dentre esses serviços, via de regra, se amoldam a maioria dos projetos de engenharia e arquitetura, os quais, a depender do profissional que desenvolver cada um desses objetos, serão obtidos resultados totalmente diversos, quando não se poderá definir um padrão de desempenho e qualidade, por mais bem elaborados que forem os termos de referência que estarão à disposição dos profissionais e empresas licitantes.

O TCU tem constantemente censurado licitações realizadas na modalidade pregão os serviços de engenharia que não podem ser caracterizados como comuns, a exemplo da licitação para a contratação de Estudo de Impacto Ambiental e relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA:

USO DO PREGÃO PARA CONTRATAÇÃO DO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL (EIA) DE OBRA, ACOMPANHADO DO RESPECTIVO RELATÓRIO (RIMA)

O relator comunicou ao Plenário que em sede de medida cautelar, determinou a suspensão do Pregão Presencial n.º 034/2009, promovido pela Companhia Docas do Rio de Janeiro, tendo por objeto a elaboração do estudo de impacto ambiental (EIA), acompanhado do respectivo relatório (Rima), das obras de implantação do terminal de granéis sólidos no Porto de Itaguaí. O *fumus boni iuris* restou caracterizado pela utilização da modalidade de licitação denominada pregão visando à contratação de serviço cujas características, em juízo cautelar, não se enquadram na categoria “comum”, contrariando, assim, o disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 10.520/2002. Quanto ao *periculum in mora*, haveria o risco de que fosse assinado contrato sem a garantia de que o serviço pretendido atenderia, de fato, às necessidades da Administração Pública. Ato contínuo, foi determinada a oitiva da Companhia Docas do Rio de Janeiro, por intermédio de seu presidente, e da pregoeira que atuou no certame, a fim de se manifestarem sobre os critérios adotados para a caracterização do serviço objeto do Pregão Presencial n.º 034/2009 como sendo de natureza “comum”, nos termos da Lei n.º 10.520/2002. O Plenário, por unanimidade, referendou a cautelar. (Decisão monocrática no TC-029.031/2009-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 20.01.2010). *Grifamos*

O TCU também censurou a adoção do pregão para contratação de serviços técnicos especializados de gerenciamento ambiental de obras, no sentido de orientar que licitação como esta haveria de ser processada, necessariamente, por meio da modalidade concorrência (Acórdão n.º 1815/2010-Plenário, TC-012.761/2010-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 28.07.2010).

Da mesma forma quando do pregão para prestação de serviços técnicos de gerenciamento, supervisão, apoio à fiscalização e acompanhamento de obras portuárias, uma vez que se tratam de serviços de engenharia, os quais não se enquadrariam no conceito de serviço comum, não podendo valer-se unicamente do critério de menor preço para escolha da proposta mais vantajosa, regente daquela modalidade, em que pese, afirma o TCU, que existem serviços de fiscalização que podem ser enquadrados como serviços de engenharia comum, citando o exemplo da fiscalização de obras de edificações de forma geral (Decisão monocrática no TC-013.796/2010-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 15.09.2010).

Em outro momento, em função das características do objeto a Corte de Contas viu a possibilidade da contratação de serviços de fiscalização e controle de qualidade de obras poder ser efetuada por meio de pregão, desde que o exame das especificidades do objeto da avença respalde a conclusão de que se trata de serviços comuns, cujos padrões de qualidade e desempenho possam ser objetivamente estabelecidos no edital. (Acórdão n.º 1407/2012-Plenário, TC 011.769/2010-6, rel. Min. André Luís de Carvalho, 6.6.2012). Nesse julgado foi destacado que “a análise do caso concreto é que pode lançar luzes sobre a adequação, ou não, da modalidade a ser empregada na contratação de serviços dessa espécie”.

Tais censuras se repetem com frequência nas decisões do TCU, decidindo pela impossibilidade do uso do pregão para serviços de engenharia não caracterizados como comuns, como é o caso de objeto que consistiu na elaboração de estudos e projetos de engenharia para: (I) construção de nova portaria; (II) centro administrativo; (III) urbanização das vias; (IV) rampa rodofluvial; (V) terminal de múltiplo uso 2 (TMU 2); e (VI) serviços de inspeção, análise e projeto executivo de recuperação/reforço/ampliação estrutural do Píer 100 (TMU 1). Neste caso o TCU assim pronunciou:

... dependeriam consideravelmente da experiência e capacidade técnica dos licitantes, permitindo a obtenção de produtos distintos para um mesmo problema, o que, ainda para a unidade técnica, possibilitaria ao contratado, “a livre definição de soluções técnicas, como, por exemplo, de qual material a ser utilizado numa estrutura, quantos pilares e vigas terão um edifício, qual o tipo

de laje, qual o sistema de combate ao incêndio, etc., devem ser licitados conforme o disposto no art. 46 da Lei 8.666/1993". Em resumo, "se o projeto ou estudo a ser obtido pela realização do serviço por uma empresa ou profissional for similar ao projeto desenvolvido por outra empresa, dotada com as mesmas informações da primeira, esse objeto, no caso 'estudos e projetos' podem ser caracterizados como 'comuns'. Caso contrário, se a similaridade dos produtos a serem entregues não puder ser assegurada, o objeto é incomum". E, no caso da contratação pretendida pela CDP, "não se trata de serviços padronizáveis ou de 'prateleira', mas sim sujeitos a intensa atividade intelectual com razoável grau de subjetivismo, os quais precisam atender demandas específicas CDP, afastando-se do conceito de especificações usuais do mercado. (Decisão monocrática no TC-033.958/2010-6, rel. Min. Raimundo Carrero, 19.01.2011).

Os trabalhos intelectivos e complexos geralmente não podem ser licitados por pregão pois, como regra, não possuem padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado, como foi, por exemplo, a elaboração de projeto executivo para empreendimento da complexidade de um hospital com mais de 200 leitos. (Acórdão n.º 2760/2012-Plenário, TC-014.017/2012-1, rel. Min. Ana Arraes, 10.10.2012). Porém, devemos verificar que o que impossibilita a utilização do pregão é a sua não caracterização como serviço comum, não em função de sua complexidade, mas pela impossibilidade de estabelecer padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Se, como foi citado acima, determinados serviços não podem ser licitados pela modalidade pregão pelos motivos expostos, deve-se convir que muitos outros serviços, mesmo sendo de engenharia, podem ser caracterizados como "comuns".

Em licitação destinada à contratação de empresa de engenharia para execução de serviços referentes à revitalização e reestruturação da alimentação elétrica do Sistema ILS (Instrument Landing System) e das subestações remotas das pistas de pouso e decolagem do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, o TCU

reconheceu que foi a “escolha indevida da concorrência como modalidade licitatória, uma vez que o objeto da disputa constituiria serviço comum de engenharia” e suspendeu o pleito, pois que não poderia ter sido utilizada a modalidade Concorrência Pública, e sim pregão, uma vez que já fora fixado o entendimento por aquele Tribunal de que, nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica. (Decisão monocrática no TC-012.670/2010-3, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 09.06.2010).

O mesmo aconteceu em licitação destinada à contratação de empresa para prestação de serviços de manutenção do sistema de distribuição de energia elétrica nas áreas comuns do porto de Santos, que da mesma forma, a unidade técnica arguiu que o problema central daquele processo consistia no fato de que a licitação analisada foi realizada sob a modalidade concorrência, quando, por se tratar de aquisição de serviço comum, deveria ter sido utilizada a modalidade pregão. A equipe externou que, por mais especializados que sejam, “referem-se a simples instalação e manutenção de equipamentos e de rede de distribuição de energia elétrica”, serviços prestados, em princípio, por diversas empresas e “comparáveis entre si”. Não se trata do “fornecimento de equipamentos desenvolvidos por encomenda nem consta do escopo da licitação o desenvolvimento de soluções para problemas específicos. Trata-se, enfim, de serviços padronizáveis e normalmente disponíveis no mercado de equipamentos, instalações e materiais eletromecânicos” (Acórdão n.º 2314/2010-Plenário, TC-016.340/2010-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, 08.09.2010).

É lícita, segundo o TCU, a utilização de pregão para contratação de serviço técnico de apoio à fiscalização de projetos executivos e de execução de obras de engenharia, desde que os serviços objeto do certame possam ser especificados no edital “de forma objetiva, consoante os termos usuais de mercado, ajustando-se, portanto, ao conceito de ‘serviço comum’ definido no art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.520/2002”. No Acórdão paradigma, o relator julgou que os serviços previstos no edital estavam “bem definidos” e revelavam “atividades comuns e rotineiras inerentes à atividade de fiscalização de obras, tais como: acompanhamento de boletins diários de obras, verificação da documentação exigida na apresentação de faturas, exame de

conformidade dos projetos com o respectivo contrato de financiamento, cadastro de obras em sistema informatizado, emissão de relatórios, conferência de desenhos etc”. (Acórdão n.º 2899/2012-Plenário, TC-027.389/2012-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 24.10.2012).

Os serviços de supervisão de obras devem, em regra, ser licitados na modalidade pregão, uma vez que seus padrões de desempenho e qualidade podem ser, na maioria das vezes, objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado, e embora tais atividades sejam consideradas complexas por leigos, “não o são para as empresas de supervisão e consultoria, que fornecem, habitualmente, serviços semelhantes ao que ora se discute”. E mais: “... as especificações seguem parâmetros do mercado, como obriga a lei”. (Acórdão nº 3341/2012-Plenário, TC-026.524/2012-0, rel. Min. José Múcio Monteiro, 5.12.2012)

Outro exemplo elucidativo é o de que a contratação de serviços comuns de engenharia que possam ser objetivamente definidos em edital, aí incluídos os relativos à conservação de rodovia, deve se dar por meio de pregão, de modo que o TCU já considerou indevida a licitação de serviços de conservação rodoviária por meio de concorrência pública e determinou a utilização da modalidade pregão em certames para contratação do referido objeto, pois os serviços de conservação devem ser classificados como comuns. Mas, e este também foi o pensamento da relatora em julgado com este objeto, não se pode de antemão se determinado serviço é comum, sem que se esteja diante do caso concreto, uma vez que “o escopo das intervenções é que definirá como comuns ou específicos os serviços e, por isso, penso que cabe ao gestor público avaliar, em cada caso, se os serviços a serem licitados são comuns”. Então, quando da contratação de serviços comuns, aí incluídos os relativos à conservação rodoviária possam ser objetivamente definidos em edital, a utilização do pregão é obrigatória. (Acórdão nº 3144/2012)

Um outro exemplo importante, e muito comum, é o da licitação pela modalidade pregão tendo com objeto a contratação de empresa de engenharia para prestar, sob demanda, serviços de manutenção predial corretiva com fornecimento de peças, equipamentos, materiais e mão de obra, nas edificações dos órgãos e entidades da Administração Pública. Neste caso a prática tem demonstrado que a melhor forma

é o edital fornecer planilhas de serviços e insumos diversos descritos no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos de Índices de Construção Civil – SINAPI, ou em tabela própria ou outra adotada pelo órgão ou entidade contratante, conforme Termo de Referência anexado ao instrumento convocatório.

Esses exemplos, acreditamos, são suficientes para demonstrar a posição do TCU e a prática dos órgãos e entidades públicas no sentido de admitir a utilização do pregão para licitação de serviços de engenharia caracterizados como “comuns”.

É importante ainda citar exemplos de serviços de engenharia contratados através da modalidade pregão, os quais, a princípio, destoam das características exigíveis para a utilização desta modalidade, porém só diante do caso concreto é que podemos realizar uma análise mais apurada.

O Tribunal de Contas da União, por exemplo, já licitou, de acordo com o Edital do Pregão Eletrônico nº 37/2013, a prestação de serviços especializados em arquitetura de edificações, incluindo planejamento e acompanhamento de reformas; elaboração e alteração de leiautes; elaboração de especificações técnicas; elaboração e estudo de orçamentos; escolha e definição de mobiliário; elaboração de estudos técnicos e pareceres; planejamento de decoração e paisagismo e apoio à fiscalização de obras e serviços de engenharia, nos termos do art. 67 da Lei n.º 8666/93. Na descrição sintética dos serviços deste edital continha:

- elaboração de projetos de arquitetura de edificações;
- elaboração de desenhos utilizando os softwares Autocad (Autodesk), Corel Draw, Illustrator, Photoshop e SketchUp;
- planejamento e acompanhamento de obras e serviços de engenharia;
- elaboração de estudos de viabilidade;
- elaboração de planilhas;
- elaboração e alteração de leiautes;
- elaboração de projeto, pesquisa, escolha e definição de mobiliário;
- elaboração de estudos, projetos e pareceres técnicos sobre edificações, projetos de arquitetura e especificações de mobiliário;

- elaboração de projeto e acompanhamento de obras de decoração e paisagismo em ambiente de escritório;
- elaboração de projeto e acompanhamento de obras de urbanismo nos imóveis do TCU;
- apoio à fiscalização de obras e serviços de engenharia.

Para nós, ao que se verifica na descrição do objeto licitado e, em especial, na descrição sintética dos serviços, a princípio, distante do caso concreto, não estão dentre aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Os resultados a serem obtidos, ao que nos parece, dependerão de cada profissional que desenvolver cada um desses objetos, não sendo possível definir, pelo menos a essa distância, um padrão de desempenho e qualidade, mesmo que com termos de referências completos. Neste caso, uma vez concluído que a depender do profissional os resultados sejam os mais diversos, vemos a impossibilidade de realizar a licitação pela modalidade pregão.

Outro exemplo que, ao primeiro olhar, contraria as características de serviços de engenharia como comuns é dado pelo Pregão nº 003/2012 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o qual teve por objeto a contratação de empresa de arquitetura e engenharia para desenvolver projetos de arquitetura e elaborar os projetos de engenharia complementares, do prédio a ser edificado no terreno da 1ª Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal – 1ª VIJ/DF. Pelos mesmos motivos acima descritos, tais serviços de engenharia, *a priori*, pelo subjetivismo inerente o tipo de objeto, não se enquadram como “comuns”.

O Supremo Tribunal Federal se pronunciou favorável à contratação de serviços de engenharia por intermédio da licitação na modalidade pregão, porém, desde que sejam serviços comuns, que possam ser considerados padronizados ou usuais no mercado. Na mesma decisão rechaçou a possibilidade de contratação por esta modalidade serviços de engenharia que tenham razoável grau de subjetivismo, de forma a não possuírem conceitos de especificações usuais do mercado.

18. Não se nega que, com o advento do decreto 5.450/2005, restou, em tese, possibilitada a contratação de serviços de engenharia por meio de

pregões. Contudo, não foi afastada a exigência de que sejam esses serviços enquadráveis como comuns. Até, porque, tal exigência decorre expressamente do art. 1º da Lei nº 10.520/02.19. Da identificação dos serviços objeto do pregão por meio do Termo de Referência anexo ao edital (...) verifico haver atividades, a seguir transcritas, que permitem a conclusão de que não se trata de serviços comuns: (...). 20. Vê-se, pois, que não se trata de serviços padronizáveis ou de “prateleira”, mas sim sujeitos a intensa atividade intelectual, com razoável grau de subjetivismo, e que precisam atender demandas específicas e complexas da Administração, afastando-se do conceito de especificações usuais do mercado. 21. Destaque-se, por fim, que o fato de estarem os serviços vinculados a diversas normas técnicas não é suficiente para caracterizá-los como comuns, pois mesmo os serviços de engenharia evidentemente complexos, como projetos de alta tecnologia (v.g. desenvolvimento de semicondutores), estão sujeitos a diferentes normas técnicas. Nesses casos as normas estabelecem padrões mínimos a serem seguidos, mas de forma alguma modulam os serviços em sua totalidade, de forma a ser possível considerá-los padronizados ou usuais de mercado.¹¹

Assim, após o exposto acima, com base em conceituada doutrina e em pacificada jurisprudência, pode-se concluir que é possível a licitação pela modalidade pregão para serviços de engenharia, desde que estes sejam caracterizados como comuns. Tal caracterização deverá ser feita pelo setor técnico do órgão ou entidade licitante.

2.5. OBRAS DE ENGENHARIA

A Lei federal nº 10520/2002 não traz previsão para a licitação de obras de engenharia por meio da modalidade pregão, já que condicionou a utilização desta modalidade somente para os bens e serviços comuns, incluindo-se nestes, conforme já explanado acima, os de engenharia. Bem se sabe que, de acordo com a lei nº 8.666/93, como já foi visto acima, obras e serviços não se confundem em seus conceitos, são explicitamente diferenciados, de modo que o conceito de “obra” não está inserido dentro do conceito de “serviços”.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 27596/DF. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 29 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 22 de janeiro de 2015.

Assim, em função do silêncio normativo, obras, sejam de engenharia ou não, sejam comuns ou não, não é possível que sejam licitadas pela modalidade pregão, tendo em vista a não previsão no ordenamento jurídico.

Não é outra a conclusão da Advocacia Geral da União a respeito da possibilidade de contratação de serviços de engenharia e da impossibilidade de contratação de obras pela modalidade pregão:

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 19/2012

LICITAÇÃO. PREGÃO. OBRAS PÚBLICAS. SERVIÇOS DE ENGENHARIA.

I. O PREGÃO NÃO PODERÁ SER UTILIZADO PARA LICITAR A CONTRATAÇÃO DA EXECUÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS (ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 10.520/02 E ART. 6º, I E II, DA LEI Nº 8.666/93).

II. COM SUPEDÂNEO NOS ARTS. 4º E 6º DO DECRETO Nº 5.450/05 E NA SÚMULA Nº 257 DO TCU, A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA COMUNS DEVERÁ SER LICITADA POR PREGÃO ELETRÔNICO OU, NA INVIABILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO, POR PREGÃO PRESENCIAL.

III. NÃO CABE À PROCURADORIA DECIDIR SE O OBJETO CONTRATUAL PODERIA SER QUALIFICADO COMO OBRA OU SERVIÇO, NEM SE ESTE SE ENQUADRA COMO SERVIÇO DE ENGENHARIA COMUM. (Referência: Parecer Nº 06/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU)¹²

Quanto à adoção do pregão para obras, o Tribunal de Contas da União já se pronunciou no mesmo sentido afirmando que esta modalidade para este tipo de objeto afronta o disposto no art. 1º e em seu parágrafo único da Lei 10.520/2002, quando tratou de ação de construir uma quadra esportiva com estrutura de concreto armado e cobertura em estrutura metálica (Acórdão n.º 2312/2012-Plenário, TC-007.643/2012-8, rel. Min. José Jorge, 29.8.2012).

As obras de engenharia, como sabemos, são executadas a partir de projetos básicos e/ou executivos, enquanto que os serviços, de engenharia a partir de termos de referência. Não se pode confundi-los.

12 BARRAL, Daniel de Andrade Oliveira. *Cuidados no Planejamento das Contratação de Obras de Engenharia* http://www.agu.gov.br/evento/id_conteudo/282543. Acesso em 27 de janeiro de 2015.

Para a licitação na modalidade pregão é indevida a denominação “projeto básico” em substituição a “termo de referência”, o qual é o exigido na fase preparatória do pregão, no artigo 9º do Decreto nº 5.450/2005, a elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização.

O TCU já decidiu pela incompatibilidade entre pregão e projeto básico, no sentido que deve ser utilizado o termo de referência nesta modalidade de licitação:

PREGÃO: USO INDEVIDO DA DENOMINAÇÃO “PROJETO BÁSICO” EM SUBSTITUIÇÃO A “TERMO DE REFERÊNCIA”.

Por meio do Acórdão n.º 1.063/2010-1ª Câmara, prolatado em processo de representação contra possíveis irregularidades no âmbito do Pregão Eletrônico n.º 460/2009, o Tribunal recomendou à Amazonas Distribuidora de Energia S.A. que, na fase preparatória da licitação na modalidade pregão eletrônico, elabore termo de referência, conforme previsto no art. 9º, inciso I, do Decreto n.º 5.450/2005. Tal recomendação decorreu da constatação da ocorrência de impropriedade formal, caracterizada pelo uso indevido da denominação ‘projeto básico’ em substituição a ‘termo de referência’, sendo esta a nomenclatura empregada pelo decreto regulamentador do pregão. Alegando haver obscuridade e omissão no referido decisor, a entidade opôs embargos de declaração. Em seu voto, o relator do recurso observou que, embora constasse do projeto básico anexado ao edital do Pregão Eletrônico n.º 460/2009 os elementos que deveriam integrar o termo de referência, merecia, sim, prosperar a recomendação sugerida pela unidade técnica na instrução da representação em foco, uma vez que a Administração deve utilizar os “termos peculiares à modalidade de licitação que estiver processando”. Acolhendo o voto do relator, a Primeira Câmara decidiu negar provimento aos embargos, mantendo, em seus exatos termos, o acórdão recorrido. (Acórdão n.º 5865/2010-1ª Câmara, TC-003.406/2010-5, rel. Min. José Múcio Monteiro, 14.09.2010).

Assim, o edital de licitação de obras públicas deve ter como elemento técnico instrutor o projeto básico e/ou executivo, enquanto que nos serviços de engenharia o termo de referência.

A não inclusão das obras como objeto passível de licitação pela modalidade pregão foi uma opção legislativa, porém, acreditamos que não haja uma impossibilidade técnica de licitar este objeto por meio do pregão, porém, para isso, dependeria uma alteração na lei regente.

Não vemos dificuldade alguma de visualizar obras que sejam caracterizadas como “comuns”, isso é, que possuam padrões de desempenho e qualidade que podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Se existem serviços de engenharia que juntos e somados podem ser caracterizados como comuns, como é o caso dos serviços de manutenção predial, também há serviços de engenharia que juntos e interligados, formando um sistema interconectado, também o possam ser. Isto é muito fácil de visualizar em qualquer tipo de obra elencada pela lei, seja ampliação, construção, fabricação, recuperação, ou reforma.

Evidentemente, a depender da obra não é possível identificar tais características. Estas devem ser afastadas, pelo menos diante da exigência legal de que sejam “comuns”, da opção pela modalidade pregão.

3. CONCLUSÃO

Após a análise acima, pode-se concluir que os serviços de engenharia caracterizados como “comuns” podem ser licitados na modalidade pregão e as obras, com base na atual legislação, não podem ser licitadas por esta modalidade, sejam “comuns” ou não.

Por outro lado, não vemos óbice técnico para que obras sejam licitadas por pregão, desde que se faça uma necessária alteração na lei geral regente, de forma que passe a ser permissiva a utilização daquela modalidade.

REFERÊNCIAS

1. BARRAL, Daniel de Andrade Oliveira. *Cuidados no Planejamento das Contratação de Obras de Engenharia* http://www.agu.gov.br/evento/id_conteudo/282543. Acesso em 27 de janeiro de 2015.
2. BONATTO, Hamilton. *Licitações e Contratos de Obras e Serviços de Engenharia*. 2 ed. Belo Horizonte, Fórum: 2012.
3. BONATTO, Hamilton. *Cadernos de orientação Para a Contratação de Obras e Serviços de Engenharia: Edificações*. Volume 2/10 - Termo de Referência. Curitiba: NJA/PGE/SEIL, 2012.
4. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 27596/DF. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 29 de setembro de 2008
5. BRASIL. Tribunal de Contas da União. www.tcu.br.
6. BRASIL. CONFEA. PL 0365/2014. *Estabelece que no âmbito da Engenharia ou da Agronomia os serviços de engenharia e agronomia que exigem habilitação legal para sua elaboração, com a obrigatoriedade de emissão da devida ART perante o Crea, jamais poderão ser classificados como "serviços comuns"*. Sessão Plenária Ordinária 1.409. <http://normativos.confea.org.br/ementas/visualiza.asp?idEmenta=54004&idTiposEmentas=6&Numero=0365/20&AnoIni=&AnoFim=&PalavraChave=&buscarem=conteudo>.
- 7.
8. BRASIL. CONFEA. PL 2.467/2012. *Define aplicabilidade da modalidade licitatória Pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia e dá outras providências*. Sessão Plenária 1.395. <http://normativos.confea.org.br/ementas/visualiza.asp?idEmenta=51039&idTiposEmentas=6&Numero=2467/2012&AnoIni=&AnoFim=&PalavraChave=&buscarem=conteudo>. Acesso em 06/02/2012.
9. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

10. FERREIRA, Pinto. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
11. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 6. ed.
12. SCARPINELLA, Vera. *Licitação na Modalidade de Pregão*. São Paulo: Malheiros, 2003.