

# PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NA MODALIDADE PREGÃO - A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO EM OBRAS DE ENGENHARIA<sup>1</sup>

R.A.SANTOS<sup>2</sup>, D. GEMELLI<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Parte da monografia apresentada pelo primeiro autor como requisito da disciplina TCD do Curso de Direito e pesquisa realizada no grupo de estudos, com apresentação de resultados.

<sup>2</sup> Acadêmico do Curso de Direito do – CEULP/ULBRA e membro do GEDA, e-mail: rodolfo.to@bol.com.br.

<sup>3</sup> Doutora em Direito Público, Professora do Curso de Direito do CEULP/ULBRA e Coordenadora do GEDA.

## XI Jornada de Iniciação Científica do CEULP/ULBRA

**RESUMO:** Visando economia, transparência e isonomia nas compras públicas foram criadas as modalidades de licitação, dentre elas o pregão, que tem sido motivo de grande debate acerca de sua aplicação em obras de engenharia. Ficando evidenciada a tendência que se levanta para aplicação da modalidade de licitação pregão, para contratação de obras e de serviços de engenharia, principalmente quando estas por suas próprias características não forem revestidas de maiores complexidades.

**PALAVRAS-CHAVE:** pregão; obras de engenharia; possibilidade jurídica

**INTRODUÇÃO:** Dentre as funções do Estado, destaca-se a obrigatoriedade de levar a sociedade, o bem estar e a promoção social. Com isso para desenvolver e cumprir suas obrigações é necessário a realização de gastos com bens e serviços, a fim de promover o bem comum. Neste sentido, a Constituição Federal de 1988, determinou em seu artigo 37, inciso XXI que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”. Para tanto, foi editada a Lei Federal nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, que estabeleceu as modalidades de licitação destinadas as compras, sendo: o convite, a tomada de preços e a concorrência. Contudo, em 2002, por meio da Lei Federal nº. 10.520, de 17 de julho, foi criada a modalidade de licitação denominada de pregão, tendo como objeto a aquisição de bens e serviços comuns. Ocorre, que conforme disposto no art. 1º, desta lei, bens e serviços comuns são “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”, ou seja, são aqueles dotados de simplicidade e que podem ser encontrados de maneira fácil no mercado. Diante do texto legal, esculpido no referido artigo, passaram a surgir dúvidas acerca da utilização da licitação na modalidade pregão, tendo em vista, à ausência da exata definição do que compreenderia “o comum” determinado pelo legislador. Destarte, muitas discussões aconteceram versando sobre o assunto, uma vez que contratar obras envolve grande complexidade mesmo perante as modalidades previstas na Lei Federal nº 8.666/1993. Neste diapasão, o principal entrave que tende a obstar a utilização do pregão para realizar obras de engenharia, diz respeito ao fato de que nesta modalidade não teria o projeto básico e executivo, que são grandes aliados para a consolidação de informações imprescindíveis a execução da obra, pois o primeiro trará os elementos que irão caracterizar a obra, assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento de um provável impacto ambiental. Enquanto que o segundo, o projeto executivo, tem como função, constituir um conjunto de subsídios necessários a execução da obra. Na esfera federal, para suprir a falta destes projetos previstos na Lei Federal nº. 8.666/1993 foi criado por meio do Decreto nº. 3.555, de 08 de agosto de 2000, o termo de referência que deve ser anexado ao edital, já que neste estarão contempladas todas as informações que outrora estariam nos referidos projetos.

**MATERIAL E MÉTODOS:** Para desenvolver esse trabalho foi adotado o método de abordagem, dedutivo. Quanto a legislação aplicada foi utilizada a Constituição Federal de 1988, a Lei Federal nº 8.666/1993 e a 10.520/2002, o Projeto de Lei nº. 32/2007 que altera a Lei Federal nº 8.666/1993 e decretos editados pelo Governo Federal concernente ao assunto. Em relação à jurisprudência que cerca a matéria, foram pesquisados e analisados julgados e súmulas do Tribunal de Contas da União sobre o tema. Por fim, encontra-se ainda disposto nesta escritura acadêmica, o pensamento da doutrina, e para tanto, foram selecionados obras de direito administrativo que versam especificamente sobre licitações na modalidade pregão, além de serem realizadas de maneira complementar, pesquisas em artigos científicos e sítios jurídicos, da internet.

**RESULTADOS E DISCUSSÕES:** De forma geral, por meio do desenvolvimento desta pesquisa é possível concluir que o pregão não tem vedação legal no que diz respeito a sua aplicação em obras, ou em serviços de

engenharia. Isto porque a lei que instituiu esta modalidade não pôs imposição quando de seu uso. Resumiu-se apenas a determinar que os bens e serviços adquiridos por meio dele devessem ser comuns. Apesar disso, o Decreto Federal nº. 5.450 de 31 de maio de 2005 e o de nº. 3.555/2000 desautorizou a realização de pregão para contratar obras, fazendo assim com que surgisse a interrogação: poderia um decreto proibir aquilo que não se encontra defeso pela lei? Essa situação foi causa de questionamentos por vários doutrinadores, pois a abrangência do decreto foi além dos ditames postos pela própria Lei. É sabido que a função do decreto é disciplinar matéria já regulada pelo legislador, de maneira que seus limites não podem extrapolar a previsão legal, conforme explica Diógenes Gasparini, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei e, como é do conhecimento até o mais jovem advogado, decreto ou regulamento não é lei” (GASPARINI, 2007, p. 46). A posição da doutrina demonstra que o regulamento feriu a sistemática jurídica, não devendo, portanto, o decreto ser tomado como fundamento em questões atinentes ao uso do pregão para contratar obras ou serviços de engenharia. Diante desta conjuntura, acaba restando aos órgãos fiscalizadores à tarefa de entender e interpretar a norma criadora do pregão, pois seu pensamento servirá de norte para os gestores públicos conduzir suas ações. Essa empreitada constitucional que possuem as Cortes de Contas, de editar instruções para melhor aplicação da lei, tem lhe remetido diversos tipos de casos, sendo que um deles resultou no Acórdão nº. 946/2007 do Plenário do Tribunal de Contas da União, o qual teve origem em uma auditoria realizada pela SECEX - Secretaria de Controle Externo do Mato Grosso que constou em seu relatório final a determinação para que o órgão auditado se abstivesse de utilizar o pregão nas hipóteses vedadas pelo Decreto nº. 3.555/2000. No entanto, o relator do processo, Ministro Raimundo Carreiro discordou com veemência da sugestão da SECEX, como demonstra o texto, *in verbis*:

No que tange à questionada utilização da modalidade pregão, discordo da proposta de multa feita pela Unidade Técnica. A vedação estabelecida pelo art. 5º do Decreto nº 3.555/2000 para obras e serviços de engenharia é controversa na doutrina, sendo ela inclusive objeto de exame em processo em tramitação nesta Corte de Contas. Ademais, o percentual do objeto correspondente a obras de engenharia é realmente inexpressivo. Assim, entendo ser temerário aplicar sanção ao responsável diante destes fatos. Registro, por oportuno, que o Governo Federal apresentou ao Congresso Nacional o PL nº 7.709/2007, já aprovado na Câmara dos Deputados, encontrando-se atualmente no Senado Federal, sob o nº 32/2007, para tornar maior e mais clara a utilização dessa modalidade de licitação nas contratações de obras e serviços de engenharia. (Acórdão nº. 946/2007 – TCU- Plenário)

Como pode ser visto, apesar da auditoria apresentada pela Secretaria do TCU no estado do Mato Grosso se posicionar no sentido de proibir o uso do pregão para contratação de obras baseando-se no decreto, essa alusão não foi acatada pelo relator do processo, por considerar que não existe norma que proíba o uso do pregão para contratar obras e serviços de engenharia, sendo por esse motivo refutada a idéia de se proibir uso do Pregão para atingir tal fim. Em outro julgamento realizado, que culminou no Acórdão nº. 5.226/2008 da Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União, também foi adotada a mesma linha, pois não ficou vislumbrado irregularidades na adoção da modalidade pregão para firmar o contrato de construção de obras ou realização de serviços de engenharia. O Tribunal, também viu como incorreto, a Controladoria Geral da União usar como base jurídica sobre contratação de obras e serviços de engenharia, o Decreto Federal nº. 3.555/2000 e o de nº. 5.450/2005, como demonstra o texto abaixo:

v) alertar a Secretaria Federal de Controle Interno, da Controladoria Geral da União, que este Tribunal vem firmando o entendimento, a exemplo dos Acórdãos 817/2005-TCU 1ª Câmara, 22722006-TCU-Plenário 709/2007-TCU-Plenário, de que a Lei nº. 10.520/02 não exclui previamente a utilização da modalidade de licitação pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia, determinando, tão-somente, que o objeto a ser licitado se caracterize como bem ou serviço comum, e que as normas regulamentares que proíbem a contratação de obras e serviços de engenharia pelo pregão careçam de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei nº 10.520/02. (Acórdão nº. 5.226/2008 – TCU - Segunda Câmara)

Em suma, nota-se no fragmento acima constante do referido acórdão, que quando aquela Câmara Julgadora busca alertar a Controladoria da União para não adotar como fundamento uma norma que carece de validade, mais uma vez fica confirmado que Decreto proibitivo do uso do pregão em obras e serviços de engenharia é rechaçado, inclusive pelos órgãos de controle. De outro modo, isso evidencia que o Tribunal de Contas da União vem demonstrando uma interpretação sedimentada em relação ao assunto, visto que nas suas decisões mais recentes, insistem no sentido de que no ordenamento jurídico pátrio não possui norma válida capaz de frear o uso desta modalidade. Há de registrar ainda, a edição da Súmula do TCU nº 257/2010, a qual diz que: “o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002.” Com base nesta nova norma jurisprudencial não resta dúvida dos avanços que surgem no

sentido de se ampliar o uso do pregão em obras, considerando que os serviços de engenharia já é algo pacificado ao ponto de ter sido sumulado pelo Tribunal de Contas da União. Tratando da norma em si, é salutar destacar, que no Senado Federal tramita o Projeto de Lei da Câmara nº. 32, de 23 de outubro de 2007, que tem como objeto a alteração da Lei Federal nº. 8.666/93, dentre umas das reformas, conforme o texto *in verbis* aponta, consiste na permissão legal dada aos gestores para utilizar do Pregão na contratação de obras de engenharia.

**Art. 3º** O art. 4º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

**Art. 4º**.....

§ 2º O pregão que tenha por objeto obras ou serviços de engenharia cujo valor orçado pela Administração seja superior ao limite constante do art. 23, I, 'b', da Lei nº 8.666, de 1993, será realizado entre interessados cadastrados na forma da Seção III do Capítulo I da referida Lei, permitida a participação do licitante não cadastrado que, até 48 (quarenta e oito) horas antes do fim do prazo para apresentação das propostas, comprove preencher os requisitos estabelecidos para o registro cadastral na categoria, na especialização e no grupo de licitantes indicados no edital do certame, sem prejuízo de requisitos específicos fixados no instrumento convocatório.

§ 3º A celebração do contrato pelo licitante vencedor não cadastrado condiciona-se ao seu cadastramento na forma da Seção III do Capítulo I da Lei nº 8.666, de 1993. (NR)" (Projeto de Lei da Câmara nº. 32/2007)

.....  
"Art. 21. A publicidade oficial das licitações será veiculada:

§ 2º .....

c) pregão de obras ou do tipo 'técnica e preço'.

Verifica-se com isso, que o projeto de alteração da norma passa a ser extensiva quanto a sua aplicação em licitações na modalidade pregão, onde será permitido seu uso, visto que a Lei em Federal nº. 10.520/ 2002 silenciou-se nesse sentido, resumindo-se apenas na possibilidade deste ser usado naquilo que seja considerado comum. Como se nota, houve uma inovação no projeto com a flexibilização do prazo de publicação do resumo dos editais para contratação de obras, pois o das modalidades previstas na Lei nº. 8.666/93 podem alcançar até quarenta e cinco dias, já no projeto, este prazo chegaria no máximo a quinze. Outro ponto de alteração refere-se ao cadastro permanente que a Administração deverá possuir contendo os dados principalmente técnicos, daqueles que desejam participar dos certames licitatórios. Enfim, se antes o que faltava para a aplicação do pregão na contratação de obras era a previsão legal, sendo este um dos maiores questionamentos acerca do assunto, após aprovação do projeto não permanecerá mais essa alegação, passando então os órgãos da Administração a se ater tão somente ao cumprimento dos novos comandos da lei. Não pode ser despençado ainda de nosso estudo, é a manifestação da doutrina relativo a matéria, pois esta já passa a ver com olhos afáveis a utilização do pregão para tais fins. Neste sentido aponta Marçal Justen Filho elucida o seguinte exemplo:

Suponha-se, por exemplo, a implantação de habitações populares, envolvendo projetos padronizados e construções destituídas de maior complexidade. Não seria viável negar a possibilidade de licitação mediante pregão apenas em virtude do silêncio legislativo acerca de "obras". Portanto, foi necessária a solução consagrada pelo art. 5º do regulamento federal, excluindo a incidência do pregão as contratações, versando sobre obras e serviços de engenharia (JUSTEN FILHO, 2004, p. 30).

Pelas palavras do escritor verifica-se a grande tendência que se levanta para apoiar a utilização do pregão, para contratação de obras e de serviços de engenharia, principalmente quando estas por suas próprias características não forem revestidas de maiores complexidades.

**CONCLUSÃO:** Após o estudo deste tema, nota-se em tudo o que foi exposto e analisado, que as contratações de obras de engenharia por meio de pregão, vem tendo uma aceitação tanto por parte da doutrina como dos órgãos de controle. Por este motivo, o ordenamento jurídico foi forçado a acompanhar as inovações no sentido de alterar a legislação, para que seja encampada esta modalidade dentre as formas de contratação de obras. Deste modo e considerando que se a doutrina e os julgados do Tribunal de Contas da União se posicionam no sentido de aprovar o pregão para obras, mesmo com todas as cautelas que deve estar presente em qualquer outra modalidade, é sinal de que há possibilidade jurídica, afinal suas decisões são fundamentadas na legislação. Já no que concerne o projeto de alteração da Lei Federal nº. 8.666/1.993, este determinou que seja mantido um cadastro permanente pela entidade promotora da licitação, contendo as condições técnicas das interessadas em concorrer. Determinou ainda, a ampliação do prazo entre a publicação do edital para contratação de obras, e a abertura da sessão, devendo ser de quinze dias, pois entendeu o legislador que as empresas necessitariam de um prazo maior para elaborar suas propostas de preços. Com a aprovação deste projeto, não restará mais dúvidas acerca da aplicação do pregão para

contratar obras, pois passará a ser um mandamento legal, do qual os gestores não poderão ser refutar. O pregão já demonstrou inúmeras vantagens que beneficiam o Estado e a sociedade. Ganha cada vez mais credibilidade devido a sua eficiência, principalmente quanto à celeridade do procedimento e a economia nas contratações públicas, sem falar que será uma boa oportunidade para deixar de realizar as dispensas de licitação motivadas pela urgência e emergência, já que através do pregão poderá ser celebrado o contrato em tempo inferior ao da dispensa, propriamente dito.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Administrativo. Acórdão nº. 296, da Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, 6 de março de 2007. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=09/03/2007&jornal=1&pagina=132&totalArquivos=140>>. Acesso em 07 set. de 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Administrativo. Acórdão nº. 946, do Plenário do Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, 23 de maio de 2007. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 mai. 2007. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=28/05/2007&jornal=1&pagina=95&totalArquivos=108>>. Acesso 8 set. 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Administrativo. Acórdão nº. 5.226, da Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, 18 de novembro de 2008. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=21/11/2008&jornal=1&pagina=248&totalArquivos=276>>. Acesso em 08 set. 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Administrativo. Acórdão nº. 946, do Plenário do Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, 23 de maio de 2007. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 mai. 2007. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=28/05/2007&jornal=1&pagina=95&totalArquivos=108> Acesso em 08 set. 2010.

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

FILHO, Marçal Justen. **Pregão: (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)**. 3 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

GASPARINI, Diógenes. **Pregão presencial e eletrônico**. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum acadêmico de direito, organização**. 6 ed. São Paulo: Editora Rideel, 2008.