

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016



APLICAÇÃO DO RDC PARA SERVIÇOS E OBRAS DE ENGENHARIA: SAÍDA PARA O USO INADEQUADO DO PREGÃO

Elias Sebastião de Andradeⁱ
Felipe Boselliⁱⁱ

RESUMO: Este artigo propõe a utilização do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) para serviços e obras de Engenharia a fim de eliminar a utilização muito discutida do Pregão. Para tanto, foi necessário analisar a legislação - e de forma amostral - discussões jurisprudenciais e doutrinárias exaradas longo dos últimos anos nas aplicações do RDC e do Pregão. Essa análise teve como base decretos, pareceres e leis regem RDC e Pregão, também dados do Comprasnet e relatório de licitações de obras da Universidade Federal de Santa Catarina entre 2008 e 2015. A metodologia adotada foi pesquisa qualitativa de cunho bibliográfico e documental. Da revisão realizada constata-se tendência crescente à utilização do Pregão, para serviços e obras de engenharia. Para resolver o impasse entre alterar o Art. 1º da Lei do Pregão ou interpretá-la de forma não consensual, propomos que para serviços e obras de engenharia seja aplicado o RDC, uma vez que a lei 12.462/11 prevê aplicação expressa e inquestionável. Defendemos que o profissional ou a equipe responsável tecnicamente pelo projeto deve participar da escolha da modalidade de licitação a ser implementada.

Palavras-chave: Pregão; RDC e Serviços e Obras de Engenharia.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo propõe a utilização do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) para serviços e obras de Engenharia a fim de eliminar a utilização crescente e muito discutida do Pregão para esta finalidade.

FERNANDES (2008, p.28), caracteriza o cenário:

Superar o obstáculo de dar juridicidade e legitimidade às contratações de serviços de engenharia por pregão, atualmente, pressupõe um aprimorado exercício de

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

hermenêutica sobre a complexidade do ordenamento vigente, dos fatos sociais envolvidos, bem como das tendências da grande parcela da sociedade envolvida – a Lei de Licitações não é clara, as interpretações são divergentes, a jurisprudência não é uníssona.

SOUSA (2014), em sua monografia, realiza um estudo muito interessante sobre a pertinência da utilização do pregão para obras e serviços de engenharia, apresentando textualmente várias situações e decisões do TCU, STF e Tribunais Regionais, que comprovam a miríade de interpretações que apontam para a falta de definição clara da lei e das definições conceituais que a ela devem servir sem margens interpretatórias tão elásticas. Conclui que a escolha se trata de análise casuística e criteriosa sobre os seus possíveis desfechos.

Inicialmente, vamos contextualizar a modalidade PREGÃO e o RDC, pesquisar e constatar que há linhas de pensamento diferentes e divergentes com relação ao modo de licitar obras e serviços de engenharia. As interpretações diversas, quando se trata de serviços e obras de engenharia, poderiam ser pacificados aplicando o RDC, uma vez que a celeridade do Pregão em relação às demais modalidades de licitação via lei 8.666/93, pode ser obtida também no RDC.

Não se trata de questionar a eficácia da maneira de licitar sob o ponto de vista processual, sempre haverá muitos prós e contras, mas de atender ao que as leis e decretos apontam, ou seja, ao Princípio da Legalidade, sem precisar recorrer a interpretações diversas, muitas vezes, forçadas sob alegação da necessidade de atendimento do interesse público. A Constituição Federal/88, em seu inciso II do artigo 5º prescreve: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

É notório que há vários projetos de lei buscando melhorar os processos de compra dos órgãos públicos, visando substituir as leis vigentes e estabelecer normas gerais de licitações e contratos administrativos para todas as esferas.

Entretanto, a proposta que apresentamos vale para o confuso cenário atual. Além disso, trazemos à tona reflexões sobre critérios para licitar obras e/ou serviços de engenharia, não apenas visando a velocidade dos prazos antes da emissão da ordem de serviço.

Para essa investigação foi adotada a pesquisa qualitativa de cunho bibliográfico e documental. De acordo com Gil (2008), a pesquisa documental guarda estreita semelhança

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

com a pesquisa bibliográfica, pois são assuntos abordados que recebem contribuições de diversos autores ou que já foram analisados por outros estudos.

2. O PREGÃO E O RDC NA CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

A escolha do tipo licitação para obras e serviços de engenharia ainda é um tema em busca de consenso. De modo geral, os administradores e/ou juristas tendem a simplificar esta definição e os técnicos, engenheiros e/ou arquitetos, em conjunto com seus órgãos representativos, a serem mais conservadores. Aqueles focam no processo licitatório, digamos, até a ordem de serviço. Os últimos visam a execução exitosa da intervenção desejada, ou seja, o que acontece após a ordem de serviço.

Esse cenário influenciou a opção de muitos pelo Pregão em relação às cinco modalidades expressas na Lei 8.666/93, passando, então, a ser considerada a sexta modalidade. Um de seus parâmetros determinantes é o menor preço conforme o Art. 4º, inciso X da Lei 10.520/02. Por outro lado, mesmo que o menor preço seja o único critério de julgamento do Pregão, para as obras, na Lei 8.666/93, as obras, **via de regra**, são licitadas pelo menor preço. Neste aspecto, não há diferença entre as modalidades. Claudio Altounian (2009, p.200) esclarece a razão para a não aplicação dos tipos melhor técnica e melhor técnica e preço:

É importante atentar que não basta que a obra ou serviço seja de grande vulto. É necessário também que haja soluções alternativas e variações de execução com repercussões significativas, fato raro em licitação de obra na qual a administração fixa a absoluta maioria dos parâmetros no projeto básico.

Os tempos envolvidos e demais características macro dos diferentes processos licitatórios são apresentados na Tabela I.

Por outro lado, com o advento da lei 12.462/2011, o Regime Diferenciado de Contratação, e seus posteriores decretos e medidas provisórias que continuam ampliando sua abrangência, emerge a tendência à incorporação e decrepitude da Lei 8.666/93. Assim, a motivação original para uso do Pregão – o ganho nos tempos do processo licitatório –, começou a perder seu principal pilar.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

Acrescentamos que, mesmo aplicando as Leis do Pregão ou RDC, de modo geral, os contratos para serviços e obras de engenharia acabam sendo regidos pelas determinações da Lei 8.666/93, com ênfase aos quesitos de habilitação e sanções. Neste caso com diferença no prazo máximo de suspensão de contratação com a Administração, conforme Tabela I.

Procedimento	Pregão	Lei 8.666	RDC
Publicação de edital	8 dias úteis	05 a 45 dias úteis	15 dias (para obras e serviços)
Tipo de licitação	Menor preço	Menor preço, maior lance melhor técnica e técnica e preço	Melhor preço ou maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico, Maior oferta de preço, maior retorno econômico, técnica e preço
Comissão de licitação	Não: pregoeiro e equipe de apoio	sim	Sim
Modos de disputa	Fechado/aberto	Fechado/aberto	Fechado, Aberto, combinado
Modalidade de licitação	Própria	Conforme o valor e a característica do objeto a ser contratado (5 possibilidades)	Regime único - sem modalidade
Uso em meio eletrônico	Preferencialmente eletrônico	Não permite	Presencial e Eletrônico
Validade da proposta	Até 60 dias se outro prazo não estiver fixado	Até 60 dias	Até 60 dias se outro prazo não estiver fixado
Classificação e habilitação	1º classificação	1º habilitação	as 2 possibilidades, sendo o padrão 1º classificação
Margem de inclusão	10% do menor preço ou as 3 propostas com menor preço		No modo de disputa combinado fechado+aberto: 3 propostas
Impugnação do edital	Até 2 dias úteis	Até 2 dias úteis	Até 5 dias úteis (para engenharia)
Fase recursal	3 dias úteis	5 dias úteis	5 dias úteis
Suspensão temporária/contratação com Administração	Até 5 anos	Até 2 anos	Até 5 anos

TABELA I – Características gerais e tempos envolvidos nos processos licitatórios

Fonte: Elaborado pelo Autor, 2016.

Assim, fica claro que a execução dos serviços e obras não é catalisada em relação a uma contratação oriunda das determinações da Lei 8.666/93. Mais à frente, quando abordarmos os RDCs´ constataremos que a simples troca de modalidade não resolve problemas de atraso de projetos ou obras. O que procuramos discutir é a tendência de se simplificar processos e responsabilidades para burlar o artigo primeiro da lei que rege o Pregão, a 10.520/2002, que explicita:

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

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.

A seguir, contextualizamos sinteticamente Pregão e RDC, apontando tópicos que consideramos relevantes para a tomada de decisão frente a um processo licitatório que envolva obras ou serviços de engenharia.

Antes, contudo, é essencial encontrarmos uma definição entre Obra e Serviço. No artigo 6º, incisos I e II da Lei 8.666/93 temos:

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.

O Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas, IBRAOP, auxilia no discernimento entre Obra e Serviço em sua ORIENTAÇÃO TÉCNICA (OT - IBR 002/2009), aponta as atividades consideradas obra:

- Construção: execução ou edificação de uma obra nova.
- Reforma: alteração de características de partes de uma obra ou de seu todo, mediante manutenção das características de volume ou área sem acréscimos e a função de sua utilização atual.
- Fabricação: produção ou transformação de bens de consumo ou de produção através de processos industriais ou de manufatura.
- Recuperação: restauração, a obra deve voltar a ter suas características anteriores abrangendo um conjunto de serviços.
- Ampliação: produz aumento na área construída de uma edificação ou de quaisquer dimensões de uma obra que já exista.

O IBRAOP, também na OT - IBR 002/2009, aponta que:

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

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, 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.

Na sequência, a orientação técnica conceitua estes serviços dando exemplos de aplicação que vão ao encontro do nosso entendimento.

2.1 O PREGÃO – Uma breve abordagem

Importante conceituar o Pregão. Uma modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, em que a disputa pelo fornecimento se dá por meio de sessão pública, presencial ou eletrônica, por meio de propostas e lances, para a classificação e habilitação do licitante que apresentou o menor preço.

Apesar do artigo primeiro supracitado não vedar a contratação de obras e serviços de engenharia, é necessário retroagir à Lei Geral de Telecomunicações exclusiva para a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) que criou o pregão, a Lei nº 9472/97, esta apresentava a vedação de forma explícita. Em seguida, a Medida Provisória 2026/2000 normatizou o pregão como modalidade licitatória. No mesmo ano, foi editado o Decreto 3.555/2000, não revogado até hoje, explicitou em seu artigo 5º que a modalidade do Pregão não se aplicaria às contratações de obras e serviços de engenharia, em seu Anexo II aponta os itens considerados bens e serviços comuns, cuja lista foi atualizada pelo Decreto nº 3784/01.

Observando a evolução das normativas referentes ao Pregão inferimos que, a partir de 2002, a contratação de serviços de engenharia poderia ser realizada por pregão, desde que fosse o caso específico considerado simples, dominado pelo mercado e facilmente atendido por profissionais e empresas. Esse entendimento é jurisprudência por meio da SÚMULA Nº 257/2010 – TCU: “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002. ACÓRDÃO Nº 841/2010 em 28/04/2010 – TCU – Plenário”.

Por outro lado, o Decreto 5450/05 que trata da regulamentação do pregão eletrônico vem reforçar em seu artigo 6º que “A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

se aplica às contratações de obras de engenharia”. Nesse caso, não está mencionada a contratação de serviços de engenharia. E, na falta de decisões posteriores, continua, portanto, eliminada a possibilidade de licitar obras via Pregão.

A ementa do Acórdão nº 2.272/2006-Plenário:

A Lei nº 10.520/2002 não exclui previamente a utilização do Pregão para a contratação de serviço de engenharia, determinando, tão somente, que o objeto a ser licitado se caracterize como bem ou serviço comum. As normas regulamentares que proíbem a contratação de serviços de engenharia pelo Pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei nº 10.520/02.

Assim, a discussão que emerge de todo esse rol supracitado é sobre o que seria considerado “serviço comum” quando estendido às atividades de engenharia. Acrescentamos outro adjetivo que deve ser considerado nessa análise: complexo. Assim, um serviço comum para determinada empresa ou profissional, mesmo não sendo a parcela mais relevante da licitação, não significa que seja simples e não tenha repercussões importantes se não for adequadamente implementado e exija, por lei, qualificação técnica reconhecida pelo conselho profissional – Autarquia Federal - seja pelo Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA) ou pelo Conselho de Arquitetura e Urbanismo (CAU).

Acrescentamos que licitar um produto comum no mercado, mesmo complexo em sua concepção é muito diferente de uma solução de engenharia em que as ações são customizadas e, muitas vezes, decisões devem ser tomadas durante o processo, exigindo qualificação e habilitação profissional na adequação do projeto ou da obra.

Altounian (2009, p.32) aponta que:

Cada projeto apresenta características ímpares que devem ser consideradas caso a caso, [...] Dessa forma, é fundamental que sejam adotadas durante o processo de contratação todas as medidas para se evitar “acidentes de percurso”. Não é raro o surgimento de falhas que pareçam inicialmente de pequena monta, mas que causam efeitos ou prejuízos de grande dimensão

Marcelo Palavéri (2007, p.55-56) traz uma reflexão entre o que seria “comum” e o que seria “simples”:

Comum, a nosso ver, está na lei para caracterizar bens e serviços conhecidos de forma inquestionável e obtidos com facilidade pelo mercado, que sigam padrões

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

usuais de especificação ou execução. São bens e serviços, também, que já estão enraizados no hábito da administração, fazendo parte do dia-a-dia dos órgãos públicos, podendo se dizer que assim se caracteriza a maioria dos objetos classificados como material de consumo. [...] Anote-se, ainda, que “comum” não é sinônimo necessário de “simples”, como pode à primeira vista parecer. “Simples” é antagônico de “complexo”, e não se pode dizer que um bem ou serviço complexo não possa ser comum. Isso será possível quando a referida complexidade for facilmente encontrável no mercado, for usual e difundida de tal forma que tecnicamente seja de domínio amplo.

FERNANDES (2013, p.358), traz à tona:

Mesmo que a lei ou decreto não venham estabelecer vedação ao uso de pregão para licitar serviço de engenharia, parece incorreto classificá-lo como comum. Serviço de engenharia é, nos termos da compreensão exposta – quando exigível profissional e essa atividade for predominantemente em custo e complexidade -, serviço não comum.

Que pode ser arrematado por ele mesmo em outro de seus ensinamentos (2013, p.29):

Entende-se que essa análise deve ser feita caso a caso, de forma bastante criteriosa. Pela pouca representatividade na diferença entre obra e serviço, conforme discrimina a Lei, não parece possível que se consolide um conceito geral, sem elementos que permitam a justificativa do conceito adotado. [...] Recomenda-se, ainda que a justificativa seja feita sob amparo de mais de um entendimento, podendo ser estes do departamento jurídico e de engenharia do órgão, a fim de forma uma posição melhor fundamentada ante os órgãos de controle.

Na legislação federal editada em 1966, a Lei nº 5194/66 estão regulamentados os serviços e obras de engenharia. Constata-se que a lei também deixa muito claras as atribuições de cada ramo da engenharia, por exemplo, projetos de sistemas de proteção contra descargas atmosféricas são de competência exclusiva de Engenheiros Eletricistas, projetos de sistemas de climatização e elevadores são de competência exclusiva de Engenheiros Mecânicos. Atualmente, a geração das Anotações de Responsabilidade Técnica (ART) é informatizada e apresenta filtros que impedem que profissionais sem as devidas habilitações, mesmo inscritos no conselho, consigam sequer prosseguir em seu preenchimento ao tentarem inserir atividades diversas às suas habilitações.

Em abril de 2014 em sessão plenária PL-0365/2014, o Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (CONFEA):

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

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. 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. Presidiu a sessão o **Presidente JOSE TADEU DA SILVA**.

Importante resgatarmos a Lei Federal 6.496, 7 de dezembro de 1977, que exige em seu Art. 1º: “Todo contrato, escrito ou verbal, para a execução de obras ou prestação de quaisquer serviços profissionais referentes à Engenharia, à Arquitetura e à Agronomia fica sujeito à "Anotação de Responsabilidade Técnica" (ART).

A exemplo da Decisão PL-2467/2012, a PL-0365/2014 também é muito discutida, pois, na prática, qualquer serviço de engenharia deve ser acompanhado por ART, assim, nenhum deles poderia ser considerado comum. Para muitos, essa decisão fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois não analisa o objeto e sim a responsabilidade técnica exigida por lei, além disso, não favorece a livre competição e o interesse público.

O acórdão nº. 2760/2012 – Plenário/TCU entende que “serviços comuns e não comuns no âmbito da Engenharia ou da Agronomia 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 [...]”, devido à alta complexidade, in versus, o Plenário do CONFEA, reunido em Brasília no período de 27 a 29 de novembro de 2012, apreciando a Deliberação nº 449/2012 – CCSS afirma:

[...] que trata da aplicabilidade da modalidade licitatória Pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia, e considerando as atribuições conferidas ao Conselho Federal de Engenharia e Agronomia – CONFEA, conforme estabelecido nas alíneas "d" e "f" do parágrafo único do art. 27 da Lei Federal n. 5.194, de 24 de dezembro de 1966; considerando a necessidade de definir os serviços prestados pelos profissionais de engenharia e agronomia como serviços não comuns, conforme

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

disposto no art. 7º, da Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, complementado pela Lei 10.520 de 17 de Julho de 2002, que permite a aplicação da modalidade Pregão, exclusivamente no fornecimento de bens ou serviços comuns; [...]

Nesse sentido, podemos considerar que, para efeito de utilização da modalidade licitatória denominada pregão, não deveriam ser enquadrados como serviços comuns aqueles reservados, privativamente, aos profissionais de engenharia e agronomia, conforme determina o art. 7º, da Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966.

No entanto, essas atividades exigem, por força da Lei 6.496/77, profissionais legalmente habilitados, isto é, exclusivamente por profissionais de engenharia e agronomia ou arquitetos (via Registro de Responsabilidade Técnica/RRT - CAU), determinadas pela Lei nº 5.194, de 1966 são as seguintes:

a) desempenho de cargos, funções e comissões em entidades estatais, paraestatais, autárquicas, de economia mista e privada; b) planejamento ou projeto, em geral, de regiões, zonas, cidades, obras, estruturas, transportes, explorações de recursos naturais e desenvolvimento da produção industrial e agropecuária; c) estudos, projetos, análises, avaliações, vistorias, perícias, pareceres e divulgação técnica; d) ensino, pesquisas, experimentação e ensaios; e) fiscalização de obras e serviços técnicos; f) direção de obras e serviços técnicos; g) execução de obras e serviços técnicos; h) produção técnica especializada, industrial ou agro-pecuária".

Nesse sentido, a Lei Federal nº 8.666/93, na Seção IV, relaciona os Serviços Técnicos Profissionais Especializados em seu art. 13:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; II - pareceres, perícias e avaliação em geral; III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Em contraponto, vejamos parte do julgado do TCU publicado no Informativo número 229 Sessões: 3 e 4 de fevereiro de 2015:

O fato de o serviço objeto da contratação fazer parte de projeto inédito e com eventuais complexidades logísticas não repercute necessariamente no nível de dificuldade intrínseca do serviço, sendo possível o seu enquadramento na condição de serviço comum. Em prestação de contas da Eletrosul Centrais Elétricas S.A., fora efetuada a audiência dos responsáveis em face, dentre outros aspectos, do uso indevido da modalidade pregão eletrônico para contratação de bens e serviços

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

destinados à execução das obras de implantação da linha de transmissão 230 kV Desterro - Palhoça - Biguaçu, que não se enquadrariam na condição de bens e serviços comuns: fretamento de helicóptero; aquisição de estruturas metálicas e postes de concreto; serviços de escala, embalagem, carga, transporte e descarga de estruturas metálicas; fornecimento de escadas de manutenção para postes de concreto; e serviços de movimentação, transporte e descarregamento de três bobinas de cabo submarino. [...] Sobre o caso concreto, ressaltou que os pareceres que concluíram pela inviabilidade do pregão eletrônico "_fundam-se não em uma avaliação criteriosa da complexidade dos objetos licitados, mas das obras como um todo_". [...] Ademais, "_o serviço complexo para determinada empresa pode não sê-lo para outra a ele acostumado_". Nessa linha, concluiu o relator, não seria "_incomum ao mercado e, em especial, a empresas da área de atuação da Eletrosul a aquisição de estruturas metálicas e postes de concreto, serviços de manipulação dessas estruturas, escadas de manutenção e serviços de movimentação e transporte de bobinas de cabos_". [...] Relator ministro José Múcio Monteiro, 4.2.2015.
Fonte: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2683619.pdf> [1]

Acessando o site comprasnet, realizamos uma busca a partir da palavra-chave “reforma” para contratos frutos de Pregão relacionados à construção civil vigentes a partir de 28/11/2011, geramos nova filtragem buscando por “obra”. A partir das informações obtidas dos 97 contratos encontrados, classificamos em 5 grandes áreas: Projeto (17,5%), Reforma (49,5%), Manutenção (4,1%), Reforma e Manutenção (15,5%), e Fiscalização (13,4%).

Vejamos, na Tabela II, alguns exemplos do que foi licitado por Pregão como Reforma. Constata-se que, apenas pelo título do objeto, há clara afronta a Lei 10.520/2002 no seu Art. 1º.

Para informação: o campo “IDENTIFIC COMPRA” na Tabela II é composto 17 números, sendo que os seis primeiros dígitos indicam a Unidade Administrativa de Serviços (UASG/órgãos federais), os dois próximos indicam a modalidade de compra (05 para pregão), os próximos cinco indicam o número do pregão e os últimos 4 dígitos identificam o ano da licitação.

Identif Compra	Objeto Contrato
15842305000012015	Objeto: Contratação de empresa especializada em obras de engenharia, para realizar serviço de Reforma no Campus São Mateus do Ifes, bairro Litorâneo, conforme condições e exigências estabelecidas no Edital do Pregão Eletrônico nº 01/2015. A reforma inclui o Anexo I e a Cantina.
25501805000052015	Objeto: Contratação de empresa especializada para elaboração do projeto arquitetônico, elétrico, telefonia, lógica, detecção, prevenção e combate à incêndio, hidrossanitário dos projetos complementares, da sondagem, e orçamentos para reforma da sede da FUNASA/SUEST-PI e ampliação do prédio do Setor Transportes/SOTRA

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

19310705000102015	Objeto: Contratação de empresa de engenharia, por empreitada global, para execução dos serviços de reforma predial do imóvel do Centro de Triagem de Animais Silvestres - CETAS/IBAMA/ES.
17005905000052012	Objeto: Contratação de pessoa jurídica visando a execução de reforma das instalações físicas, elétricas, lógicas e telefônicas da Agencia de Paulista jurisdicionada a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Recife/PE.
15304605000292015	Objeto: Prestação de serviços de engenharia para reforma do Núcleo de Conservação e Restauração.
12007205001102014	Objeto: Contratação de empresa para realização de reforma nas instalações das enfermarias do Ipub, através de adesão a Ata RP.
15304605000082015	Objeto: Prestação de Serviços de Engenharia para reforma do Laboratório de Petrofísica do CCE, a serem executados no Campus de Goiabeiras da UFES
15303805000632012	Objeto: Prestação de serviços de reforma de Subestações de MT e padrões de energia elétrica em baixa tensão.,
15410605008052011	Objeto: Execução do serviço de reforma da farmácia, da central de agua gelada, da fachada e da cobertura da Unidade II do HUB.
15500705000232014	Objeto: Prestação de serviços de Elaboração de Projetos de Arquitetura e Engenharia para reforma e reforma com Ampliação, para atender às necessidades de reestruturação física do hospital Universitário da universidade Federal de São Carlos.
17014505000042015	Objeto: Execução de reformas visando à adequação de acessibilidade ao edifício-sede da DRF/Limeira, com elaboração concomitante dos respectivos projetos executivos.
15306305000102013	Objeto: Contratação de empresa especializada para execução de serviços, adequação, adaptação, instalação, reforma, construção e ampliação das Unidades do LANAGRO/PA

Tabela II – Amostra de Pregões em vigência relacionados a obras

Fonte: BRASIL. Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais, 2016.

2.2 O RDC – Uma alternativa ao Pregão e à Lei 8.666/93 para contratação de Serviços e Obras de Engenharia?

Apontaremos, a partir de agora, a alternativa ao uso contestado pelo uso de pregão para obras e serviços de engenharia, a Lei 12.462/11 que rege o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) e decorre da Medida Provisória nº 527 de 2011, originalmente destinada às Contratações Públicas para a Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, sob a bandeira acelerar obras de infraestrutura e, ao longo dos últimos anos, expandindo seu alcance através de legislação superveniente para todos os níveis da Administração Pública e para as obras do PAC; obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e do SUS; obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento educativo; e ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

Conforme o Manual de licitações e contratações administrativas elaborado por (DOTTI, et. al, 2014, p.433):

O procedimento licitatório no RDC possui algumas nuances. Ele é claramente inspirado no procedimento licitatório do pregão, contudo, admite mudanças de rito, uma miscelânea com regras utilizadas nas modalidades licitatórias tradicionais da Lei nº 8.666/93, e novos critérios de julgamento.

Não entraremos na possibilidade que o RDC abriu - a contratação integrada - e que muitos criticam: a falta de planejamento em conjunto com ações organizadas e tempestivas aliadas às aplicações de sanções previstas que viabilizariam a aplicação da Lei 8.666/93. É certo que, mesmo a Lei 12.462 não sendo subsidiária, para os contratos decorrentes do processo de licitação via RDC são utilizadas as determinações e sanções apontadas na Lei 8.666/93.

O RDC foi inspirado nas regras internacionais e nas diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Entretanto, para a contratação de forma estanque de serviços ou obras de engenharia, a utilização do RDC é perfeitamente compatível e não necessita de ginástica interpretatória para que as obras de engenharia, comuns, simples ou complexas, sejam licitadas, como tem sido adotada para o Pregão. Com a contratação de projeto com todas as condições de contorno e estudo preliminar realizado pela equipe técnica da administração pública, ou obra com o projeto básico e orçamento já prontos, o RDC elimina já em seu Art. 1º a sombra que o Pregão carrega, pois deixa claro que foi concebido para Obras e Serviços de Engenharia.

Característica comum entre Pregão e RDC com ganho em relação à Lei 8.666/93 é que ambos apresentam a inversão das fases de habilitação e classificação, ou seja, apenas a documentação de habilitação do licitante vencedor, ou seja, que tiver apresentado o menor lance é analisada. No RDC ainda pode-se acrescentar a pontuação relativa à classificação técnica, que considera a capacidade para atendimento do objeto licitado. A existência de lances, desde que prevista em edital, permite aos licitantes cadastrados reduzir os preços classificados originalmente.

Assim como no Pregão, a fase recursal é única, os licitantes interessados em recorrer em face dos atos de julgamento das propostas ou da habilitação deverão manifestar sua intenção imediatamente após o término de cada sessão, sob pena de preclusão (art.53 do Decreto nº 7.581/11). De acordo com o inciso II do art. 45 da Lei Lei 12.462/11, as razões recursais

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

deverão ser apresentadas somente após a intimação da lavratura da ata de habilitação do vencedor, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

Tem se mostrado viável licitar serviços ou obras de engenharia em separado via RDC. Nos anos de 2013 e 2014 a Universidade Federal de Santa Catarina realizou 434 licitações, destas, 45 licitações (19,2%) para contratação de projetos ou obras. As figuras 1 e 2 apresentam os resumos anuais (2013 e 2014).

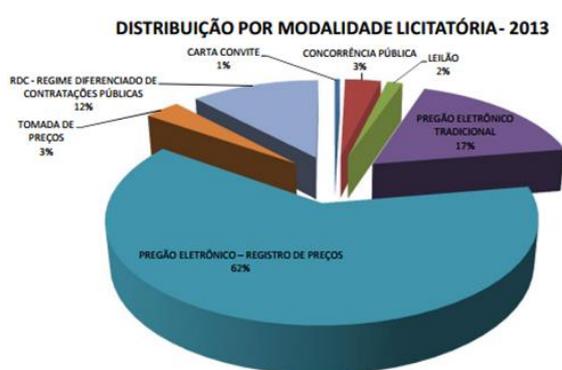
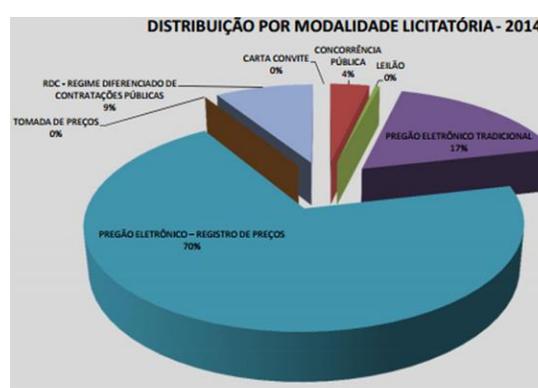


Figura 1: Relatório DPL, em <http://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2014/10/RELATORIO-DAS-LICITACOES-EM-2013.Pdf>



Elaboração: Departamento de Licitações - DPL/PROAD/UFSC, Fevereiro/2015.

Figura 2: Relatório DPL, em <http://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2015/02/RELATORIOS-DE-LICITACOES-2014.pdf>

Na Tabela III, apresentamos o comportamento das licitações de obras consideradas finalizadas registradas em planilha de controle do Departamento de Fiscalização de Obras – DFO (contratos período 2008-2015) da Universidade Federal de Santa Catarina. Se por um lado, posicionamo-nos contra a utilização do Pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia no sentido de atender ao Princípio da Legalidade, reconhecemos que, após a emissão da ordem de serviço, os contratos caem no lugar comum, não há como considerar que os indicativos são bons. Constata-se que o Pregão, em média, conseguiu maior percentual de desconto, entretanto, também apresentou o maior aditivo de valor. O uso do RDC melhorou os indicativos de aditivos - valor e de prazo. Mesmo assim, não há como considerar razoável um atraso médio de 54% nas entregas de obras. Isso reforça que, para evitar ou minimizar atrasos, aditivos ou mesmo o fracasso, é imperativo aprofundar temas que permeiam todo o processo, como planejamento, geração e aprovação da necessidade até a execução, entrega e garantias do produto final.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

	Núm. de contratos	Montante (R\$)	% de desconto	% de aditivo de valor	% de aditivo de prazo
Modalidades da 8.666	115	113.652.738,53	5,3	9,2	91,8
RDC	17	14.362.831,44	7,4	6,7	54,0
PREGÃO	25	3.063.028,61	12,0	9,9	70,7

Tabela III – Obras concluídas na Universidade Federal de Santa Catarina, contratos a partir de 2008.

Fonte: Departamento de Fiscalização de Obras/DFO/PROPLAN/UFSC - 11/02/2016

Não se considera aqui a Contratação Integrada, também prevista no RDC. Ela é aplicável desde que justificada por um dos seguintes requisitos, incluídos pela Lei 12.980/2014: inovação tecnológica ou técnica; possibilidade de execução com diferentes metodologias; e possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado bem definidos.

Em 02/04/2014, em função do processo de revisão das leis 8.666/93 e 12.462/2011, as entidades técnicas representativas manifestaram-se através da carta “As OBRAS PÚBLICAS e o DIREITO À CIDADE – revisão das leis 8.666/93 e 12.462/2011 (RDC) –” contra a contratação de obras sem os projetos completos e contra a contratação integrada. Assinaram o documento o Instituto de Arquitetos do Brasil (IAB), Federação Nacional de Arquitetos e Urbanistas (FNA), Associação Brasileira de Ensino de Arquitetura (ABEA), Associação Brasileira de Escritórios de Arquitetura (AsBEA), Associação Brasileira de Arquitetura Paisagística (ABAP), Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil (CAU/BR), Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (CONFEA), Associação Nacional dos Servidores Públicos Engenheiros, Arquitetos e Agrônomos do Poder Executivo Federal (ANSEAF), Federação Brasileira de Associações de Engenheiros (FEBRAE) e Associação dos Arquitetos, Agrônomos e Engenheiros Públicos de São Paulo (AEP.SP).

A tabela IV comprova cabalmente que o modelo integrado carece de muito aperfeiçoamento para evoluir para tornar-se viável no Brasil.

Aeroporto, mobilidade e entorno – O RDC e a Copa							
Tipo das ações	Obras	Contratos	Total contratado	Percentual de invest.	Entregues	% entregue x previsto (invest.total)	
Ações sem RDC	55	174	R\$12.436.446.540,86	80,21%	R\$4.412.956.496,68	28,46%	
Ações com RDC	20	42	R\$3.067.895.366,64	19,79%	R\$41.103.503,32	0,27%	

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

RDC						
Total	75	216	R\$15.504.341.907,50	100,0%	R\$4.454.060.000,00	28,73%

Tabela IV: Licitações para Copa do Mundo de futebol

Fonte <http://infraestruturaurbana.pini.com.br/solucoes-tecnicas/noticias/levantamento-do-sinaenco-mostra-fracasso-do-uso-do-rdc-nas-311618-1.aspx>.

O Parecer 06/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU de 07/12/2012, em seu parágrafo 30, nos orienta:

Assim, dada a natureza técnica da manifestação, não cabe ao Procurador Federal decidir se o objeto a ser contratado ser conceituado como obras ou como serviço de engenharia nem muito menos se o serviço de engenharia a ser licitado é ou não comum. Caberá somente à área técnica da Administração Pública fazê-lo de modo justificado no respectivo processo.

Portanto, descartada a opção pela licitação via Lei 8.666/93, não pode ser direta a utilização do Pregão. Caberia essa definição à equipe de engenheiros e arquitetos em conjunto com a equipe de licitação com o devido apoio legal, pois, mesmo uma atividade comum e/ou simples, poderá ter repercussões importantes para o sucesso da contratação e do produto final.

Mesmo que o serviço ou a obra não representem a parcela mais relevante, mesmo que esta seja uma aquisição de bem, de nada valerá, caso o serviço ou obra não sejam adequadamente elaborados ou executados, uma vez que as soluções são customizadas à determinada situação, exigindo projetos específicos. No caso de obras, apenas um profissional habilitado poderá acompanhar e apontar intervenções necessárias, situação corriqueira no processo de execução.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Historicamente, os mecanismos de licitação têm evoluído. Trata-se de instrumentos essenciais para que a Administração Pública possa realizar suas compras atendendo aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, entre outros, garantindo isonomia a todos os participantes e com vistas ao interesse social.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

Ao longo dos anos, a Administração tem utilizado o Pregão para contratar obras e serviços de engenharia com protestos e questionamentos sobre sua legalidade, principalmente, dos profissionais engenheiros e arquitetos, bem como dos seus órgãos representativos, CREA e CAU. Não há como considerar que o processo para compra de canetas seja tratado da mesma forma que a elaboração de projetos ou execução de obras quaisquer que exijam customização e responsabilidades técnicas, entenda-se: responsabilidade civil e criminal.

À luz do princípio da legalidade, essa tendência pode ser corrigida a partir do advento do Regime Diferenciado de Contratação, que prevê expressamente a contratação de obras e serviços de engenharia em âmbitos definidos.

Nesse processo de determinação das diferentes formas de licitar, a equipe técnica da instituição deverá fazer parte do processo de tomada de decisão sobre a escolha mais adequada, devendo contribuir com a equipe de licitações, apontando e ponderando as possíveis repercussões da contratação, mesmo que não seja a parcela mais relevante do objeto focal.

Em paralelo ao cenário atual, há movimentos que buscam unificar as Leis de Licitação, que não foram objeto de estudo para o presente artigo. Entretanto, entendemos que é preciso cuidar para que as intervenções que envolvam qualificação e habilitação técnica nas áreas de engenharia e arquitetura não sejam banalizadas, pois os riscos à vida e ao patrimônio podem ser imprevisíveis e incalculáveis.

Ressaltamos que as questões de execução de obra não foram discutidas aqui e, como explicita a Tabela III, merecem ser estudadas com afinco envolvendo também representantes da área de engenharia e arquitetura, pois, mesmo que se definam ótimas regras para determinar as licitantes vencedoras em tempo reduzido, é preciso que os mecanismos de treinamento, execução, fiscalização e penalização, aliados ao planejamento correto, sejam contemplados.

4. REFERÊNCIAS

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. **Obras Públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização**. 2.ed. ver. e ampl. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico** 5. Ed rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

REVISTA EMPREENDEDORISMO E SUSTENTABILIDADE - 2016

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação de Obras e Serviços de Engenharia pela modalidade de pregão . Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP.** Belo Horizonte, ano 7, n. 75, março 2008.

PALAVÉRI, Marcelo. **Pregão: possibilidade de ser adotada a modalidade para licitar serviços de engenharia. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP,** Belo Horizonte, ano 6, n. 70, p. 55-60, out. 2007.

SOUSA, Adriana Lopes de. **Possibilidade ou não de utilização do pregão para contratação de obras ou serviços de engenharia.** Monografia: UniCEUB. Brasília, 2014.

<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5522/1/20811913.pdf>. Acesso em 29/10/2015.

DOTTI, Marinês Restelatto (et al). **Manual de licitações e contratações administrativas.** Brasília: AGU, 2014.

BRASIL. **Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais**

<http://dw.comprasnet.gov.br//asp/Main.aspx?evt=4001&src=Main.aspx.4001&reportID=529C5D0211E5C672000000806A360000&visMode=0&reportViewMode=1&server=161.148.236.17&Project=SIASG%20COMPRAS&port=0&share=1>, acessado em 28/01/2016.

BRASIL. IBRAOP - Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras. **ORIENTAÇÃO TÉCNICA (OT - IBR 002/2009)**, “OBRA E SERVIÇO DE ENGENHARIA”. 1ª Edição revisada: 01/07/2010.

ⁱ Aluno do Curso de Licitações e Compras Governamentais, Mestre em Engenharia.

ⁱⁱ Professor Mestre, Advogado, Orientador do Trabalho de Conclusão de Curso e na construção do presente artigo.