

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPARICA

PROCESSO Nº 08193e19

PARECER Nº 01122-19

EMENTA: CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS COMUNS DE ENGENHARIA OU ARQUITETURA POR MEIO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NA MODALIDADE PREGÃO. POSSIBILIDADE. Nos termos do art.5º da Lei nº 10.520/2002, bem como da Súmula nº 257 do TCU, consolidou-se o entendimento do uso do pregão nas contratações restritivas de serviços comuns (aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado) de engenharia, abrangendo os serviços de arquitetura. Tratando-se de obra, que ensejaria um trabalho de cunho intelectual, de natureza técnica, com razoável grau de subjetividade, necessário se faz, a depender do montante estimado da contratação, ser adotada uma das modalidades de licitação elencadas no artigo 23, I, da Lei nº 8.666/1993 (cujos valores foram atualizados por intermédio do Decreto nº 9.412/2018), observando-se, regra geral, o tipo “menor preço”.

Trata-se de consulta formulada pela Sra. Marlylda Barbuda dos Santos, prefeita do município de Itaparica, endereçada ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob nº 08193e19, questionando: **”1- Serviços de engenharia ou arquitetura, desde que caracterizados como comuns, podem ser objeto de pregão?”**

Em caráter preliminar, registra-se que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto apresentado.**

Ademais, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação apresentada, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Inicialmente, cumpre-se conceituar a modalidade licitatória pertinente ao pregão nas palavras do doutrinador Jorge Jacoby¹ como: “procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, garantindo a isonomia, seleciona fornecedor ou prestador de serviço, visando à execução de **objeto comum no mercado**, permitindo aos licitantes, em sessão pública presencial ou virtual, reduzir o valor da proposta por meio de lances verbais e sucessivos”¹.

Tal procedimento fora inicialmente regulamentado mediante Medida Provisória nº 2.026/2000, para instituir esta modalidade restritamente à União, inexistindo a possibilidade da regulamentação desta modalidade para os demais entes, tendo em vista que a Emenda Constitucional nº 06/95, vedou o uso de Medida Provisória para regulamentar dispositivo que tivesse sido objeto de emenda constitucional, como fora o art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal, que trata das normas gerais sobre licitações e contratos.

Neste contexto, com o advento da Medida Provisória na Lei nº 10.520/2002, tais disposições abarcaram os demais entes federativos, afastando a vedação constitucional acima mencionada, possibilitando sua regulamentação a fim de atender as suas características e particularidades, desde que tal regulamentação não contrarie, restrinja ou extrapole o conceito inserto na Lei Federal.

Feitas tais considerações acerca das questões normativas regulamentares do procedimento licitatório na modalidade pregão, necessário se faz um aprofundamento acerca de **bens e serviços comuns, característica essencial para a regular utilização da modalidade ora evidenciada.**

Assim, o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 10.520/2002 assim considera como serviços comuns, vejamos:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

1 JACOBY, Jorge. Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 455 e 456.

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.

Neste espede, a classificação de um bem ou serviço como comum deve ser tratado com muita cautela pela municipalidade, já que refere-se a um conceito jurídico indeterminado, conforme acima demonstrado, apresentando risco para a administração pública, pois, a contratação de um serviço não-comum erroneamente classificado como comum poderá conduzir à celebração de contrato com pessoa sem qualificação para cumpri-lo ou à aceitação de proposta inexequível.

No que concerne ao conceito de “bens e serviços comuns”, Marçal Justen Filho², assim leciona:

“O núcleo do conceito de bem ou serviço comum reside nas características da prestação a ser executada em prol da Administração Pública. **O bem ou serviço é comum quando a Administração não formula exigências específicas para uma contratação determinada, mas se vale dos bens e serviços tal como disponíveis no mercado. Poderia afirmar-se que a disponibilidade no mercado é a primeira característica que dá identidade ao bem ou serviço qualificável como comum. Isso significa que o pregão poderá ser adotado sempre que a Administração puder localizar no mercado, sem qualquer dificuldade, o objeto de que necessita. Daí decorre a impossibilidade de aplicação do pregão para objetos que apresentem características peculiares ou que demandem inovações destinadas a atender necessidades próprias e exclusivas da Administração.** Um exemplo permite compreender melhor a distinção. Um programa de computador pode ser um bem comum, quando se tratar do chamado software de prateleira. Suponha-se que a Administração resolva adquirir um aplicativo para processamento de texto, reconhecendo a ausência de necessidade de qualquer especificação determinada. Existem diversos produtos no mercado, que podem ser fornecidos à Administração sem qualquer inovação ou modificação. A hipótese configura um bem comum. Imagine-se, no entanto, que a Administração necessite o desenvolvimento de um programa destinado a fins especiais, tal como um gerenciador de banco de dados para aposentados. Deverá produzir-se a contratação de serviços especializados, cujo resultado poderá não ser único – mas que envolverá uma prestação sob medida para a Administração. Esse não será um serviço licitável por meio de pregão.”(g.n)

Para o já citado jurista Jorge Jacoby, a aferição do desempenho e da qualidade poderá ser feita observando-se os seguintes aspectos:

“a) em relação aos agentes para execução de serviços: experiência; escolaridade; desempenho anterior; uniforme de trabalho; material a ser utilizado;

2 FILHO, Marçal Justen. Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico). 4ª Ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 30.

salário superior ao mínimo legal ou convencional; nos casos de cursos, avaliações dos treinados; metodologia; instalações mínimas indispensáveis.

b) em relação aos bens: material a ser empregado: prazo de garantia; qualidade, como tal entendido, acabamento, durabilidade, estética, ergonomia; cor para fim de padronização; marca; em relação a um automóvel, o tipo de combustível, a cor, a potência do motor, o tamanho do bagageiro, o número de portas, ar-condicionado de fábrica; prazo de garantia". (grifos nossos)

Adentando ao caso posto pela Consulente, necessário se faz ressaltar que a Lei nº 10.520/2002, não faz ressalva quanto à utilização do pregão para a contratação de serviços de engenharia ou arquitetura. Contudo, o Decreto nº 3.555/2000, que "Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns", em seu artigo 5º, dispõe:

"Art. 5º A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração." (grifos aditados)

Por sua vez, o artigo 6º do Decreto nº 5.450/2005, que "Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências", afasta o uso do pregão apenas nas contratações de obras de engenharia. Confira-se:

"Art. 6º A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral."(g.n)

Apesar da divergência apresentada entre os Regulamentos, o Tribunal de Contas da União, por intermédio do Enunciado da Súmula nº 257, consolidou o entendimento de que "O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei 10.520/2002" (destaques aditados).

A citada Súmula nº 257 foi aprovada pelo Acórdão 841/2010 – Plenário, no qual o C. TCU entendeu que:

"(...) uma vez devidamente caracterizado pelo gestor o serviço de engenharia que seja comum, há que se utilizar o pregão, um instrumento de eficácia para a Administração Pública, capaz de propiciar a ampliação da concorrência e, portanto, o recebimento de melhores ofertas." (grifos aditados)

Situação diversa se delineia no que se refere às obras de engenharia. Isso porque, conforme exposto anteriormente, a Lei nº 10.520/2002, limita sua aplicação aos casos de aquisição de bens e serviços comuns, não fazendo menção à contratação de obras, entendendo-se que tais determinações abrangem os serviços de arquitetura e urbanismo, não sendo cabível a exemplo, a contratação de arquiteto para realização de um determinado projeto, já que ensejaria um trabalho de cunho intelectual, de natureza técnica, com razoável grau de subjetividade, indo de encontro a característica de serviços comum.

Nesse sentido, pertinente se faz a citação do trecho do voto do Ministro Relator José Jorge no Acórdão nº 601/2011, junto ao Tribunal de Contas da União, destacadamente: “(...) inviável o uso do pregão para contratação de serviços nos quais predomine a intelectualidade, assim considerados aqueles que podem apresentar diferentes metodologias, tecnologias e níveis de desempenho e qualidade, sendo necessário avaliar as vantagens e desvantagens de cada solução.”.

Sobre o referido tema, seguem orientações normativas da Advocacia Geral da União/Consultoria Jurídica da União nos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, sobre licitações e contratos de obras e serviços de engenharia e arquitetura:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA CONJUNTA CJU/RJ e CJU/ES Nº 1/2013
TEMA DE INTERESSE: Licitações e contratos. Obras e serviços de engenharia e arquitetura.
TEXTO DA ORIENTAÇÃO NORMATIVA <ol style="list-style-type: none">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;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;5. Caso exista o pronunciamento técnico, não incumbe ao membro da CJU manifestar-se conclusivamente neste âmbito, nos termos de Boa Prática Consultiva CGU nº 7/2012.
FUNDAMENTAÇÃO Em vista da alteração jurisprudencial do TCU, através do Acórdão nº 2312/2012 – TCU – Plenário, restituiu-se a interpretação literal da Lei 10.520/2002, a qual não previu a utilização do pregão para obras. No mais, prestigiou-se o Decreto 5.450/2005, que vedou expressamente tal modalidade neste objeto. A diferenciação entre obra e serviço de engenharia ou arquitetura mostra-se muitas

<p>vezes ténue. Da mesma forma, é dificultosa a caracterização como comum ou não comum. O órgão consulente detém mais expertise para elucidar tais aspectos. Tendo em vista as repercussões na escolha da modalidade licitatória, bem como, na sistemática de formação de preços, incumbe ao membro da CJU, nos casos de dúvida solicitar os esclarecimentos pertinentes. Existindo a manifestação técnica não incumbe questionar seu mérito, ou dela discordar, em vista da Boa Prática Consultiva CGU nº 7/2012.</p>	
REFERÊNCIAS	<p>Lei 10.520/2002, Art. 1º; Decreto 5.450/2005, artigos 1º e 6º; Acórdão nº 2312/2012 – TCU – Plenário, BPC CGU nº 7/2012.</p>
OBSERVAÇÕES	<p>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.</p> <p>Participantes: Alessandro Lira de Almeida (CJU/ES), Ana Valéria de Andrade Rabêlo (CJU/RJ), Paulo Kusano Bucalen Ferrari (CJU/RJ), Romilson de Almeida Volotão (CJU/RJ) e Sérgio Pires Domingues (CJU/RJ).</p>

No mais, o silêncio da Lei nº 10.520/2002 sobre a possibilidade, ou não, de utilização do pregão para contratação de obras tem sido entendido pelo C. TCU como uma vedação a essa prática, tanto assim que o Enunciado do Acórdão 3605/2014 – Plenário, por exemplo, foi redigido nos seguintes termos: “A modalidade pregão não é aplicável à contratação de obras de engenharia, locações imobiliárias e alienações, sendo permitida a sua adoção nas contratações de serviços comuns de engenharia” (grifos aditados).

No particular, a disposição contida no artigo 108, parágrafo único, da Lei nº 9.433/2005, que “Dispõe sobre as licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes do Estado da Bahia e dá outras providências”, também é no sentido de que:

“Art. 108 (...)

Parágrafo único - A licitação na modalidade pregão não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.” (destaques no original e aditados)

Portanto, admite-se a utilização do pregão para fins de contratação de serviços comuns de engenharia/arquitetura, não havendo que se falar na escolha de tal modalidade de licitação para a realização de obras.

Observe-se, porque oportuno, que o artigo 6º, I, da Lei nº 8.666/1993 vaticina que:

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

I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta; (...)” (grifos aditados)

Assim sendo, havendo pela municipalidade a necessidade de contratação de serviços de engenharia ou arquitetura que se enquadrem no conceito de obra, deve ser adotada uma das modalidades de licitação elencadas no artigo 23, I, da Lei nº 8.666/1993 (cujos valores foram atualizados por intermédio do Decreto nº 9.412/2018), a depender do montante estimado da contratação.

No mais, em virtude do princípio da motivação, ao adotar determinada modalidade licitatória, surge para o Gestor a necessidade de apresentar, nos autos do processo de licitação, as razões que justificaram a sua opção. Veja-se que, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em “Direito Administrativo”, 21ª edição, Editora Atlas, página 77:

“O **princípio** da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. (...) A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.” (destaque no original)

Quanto ao tipo de licitação para contratação de obra de engenharia ou arquitetura, regra geral, deve ser o de menor preço - “quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço” (artigo 45, § 1º, I, da Lei nº 8.666/1993).

Sobre a temática, o C. TCU, em publicação intitulada “Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU”, páginas 109 e 133/134, instrui que:

“Menor Preço

Tipo de licitação cujo critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração tem por base o menor preço.

É utilizado geralmente para compra de bens, execução de obras ou prestação de serviços.

(...)

Tipos de licitação melhor técnica e técnica e preço, conforme visto, serão utilizados exclusivamente na contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão, gerenciamento e de engenharia consultiva em geral, e em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos.

Os tipos melhor técnica e técnica e preço podem, em caráter excepcional, ser adotados para compra de bens, execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto, mediante autorização expressa e justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora da licitação assinalada no ato convocatório. Aplica-se aos casos em que o objeto pretendido admite soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, em conformidade com os critérios objetivamente fixados no ato convocatório.

Nesse caso, o objeto deve ser de grande vulto e depender majoritariamente de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestada por autoridades técnicas de reconhecida qualificação.” (grifos adotados)

Ante o exposto, entende-se que a contratação de serviço de engenharia ou arquitetura pode ser objeto de processo licitatório na modalidade pregão desde que se encontre presentes obrigatoriamente características de serviço comum no objeto pactuado, quais sejam: (i) disponibilidade a qualquer tempo no mercado próprio; (ii) padronização; e (iii) ausência de peculiaridade para satisfação da administração, sempre levando em consideração o montante a ser empreendido.

Salve melhor juízo, é o parecer.

Salvador, 05 de junho de 2019.

CRISTINA BORGES DOS SANTOS
Assessora Jurídica