

PROCESSO TC Nº 1005177-6

OBRAS, SERVIÇOS DE ENGENHARIA E DE INFORMÁTICA PODEM SER LICITADOS POR PREGÃO

Interessado: Ruy Bezerra de Oliveira Filho, Diretor-Geral, em
Exercício, do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco
(Consulta)

Relatora: Conselheira Teresa Duere

Presidente: Conselheiro Marcos Loreto

RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelo Diretor-Geral em exercício do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, Ruy Bezerra de Oliveira Filho, que versa sobre o âmbito de aplicabilidade da modalidade licitatória pregão. Questiona o consulente:

- 1) O que é necessário para caracterizar o objeto a ser licitado como bem ou serviço comum, definidos legalmente no parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal nº 10.520/2002?
- 2) Quais as possibilidades de utilização da modalidade pregão para a licitação de:
 - a. obras e serviços de engenharia;
 - b. bens e serviços de informática;
 - c. serviços técnicos profissionais especializados elencados no artigo 13 da Lei Federal nº 8666/93?

A consulta foi inicialmente encaminhada à Procuradoria Consultiva desta Corte de Contas para a emissão de parecer técnico.

As conclusões exaradas no Parecer TC/PROC nº 126/2010 (fls. 03 a 12), da lavra do Técnico de Auditoria de Contas Públicas Ananias Pereira Porto Neto, com a concordância do Procurador-Chefe Hilton Cavalcanti de Albuquerque, seguem, abaixo, reproduzidas.

QUESTÃO 01

O que é necessário para caracterizar o objeto a ser licitado como bem ou serviço comum, definidos legalmente no parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal nº 10.520/2002?

Fazendo um resumo do que alguns doutrinadores expõem, bem como o TCU, ousou sugerir que bens e serviços comuns são aqueles

Diário Oficial Eletrônico – TCE, 06 out. 2011, p. 3.

cujos padrões de desempenho e qualidade são os de conhecimento do mercado/Órgão/Agente Público de área específica e podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, sendo o preço o principal elemento de vantagem almejada pela Administração.

Devem ser analisados, caso a caso e com cautela, os serviços tecnicamente complexos e que devam ser realizados sob encomenda (construída, feita, fabricada, produzida ou ministrada), na qual esteja presente o elemento da subjetividade e a necessidade de capacidade técnica.

Nos casos em que a necessidade de exigência de capacidade técnica do futuro contratado for determinante, o pregão deverá ser analisado com maior cautela.

QUESTÃO 2:

Quais as possibilidades de utilização da modalidade pregão para a licitação de:

a) obras e serviços de engenharia;

b) bens e serviços de informática;

c) serviços técnicos profissionais especializados elencados no artigo 13 da Lei Federal nº 8666/93?

a) obras e serviços de engenharia

Opino que os serviços de engenharia, quando não necessitarem de capacidade técnica específica do executante, como fator determinante, e forem considerados comuns, poderão ser licitados pela modalidade pregão.

b) bens e serviços de informática

Entendo que, para que os bens e serviços de informática sejam definidos como comuns, é necessário que possuam padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos no edital por meio de especificações usuais no mercado. Nessa hipótese deverão ser licitados pela modalidade pregão.

c) serviços técnicos profissionais especializados elencados no artigo 13 da Lei Federal nº 8666/93

Entendo que os serviços técnicos elencados no artigo 13 da Lei Federal nº 8666/93 são predominantemente de natureza intelectual, caso em que existe uma subjetividade no objeto a ser executado pelo prestador do serviço.

Esse grau de complexidade torna-se, em princípio, incompatível com a definição de “comum” estabelecida no art. 1º da Lei nº 10.520/2002, embora entenda que ser considerado comum ou não depende unicamente da análise do caso concreto.

DA RESOLUÇÃO TC Nº 12/2004

Opino, ainda, que a Resolução TC nº 12/2004 seja revisada para permitir a utilização do pregão para licitação para Serviço Comum de Engenharia no âmbito interno do TCE/PE.

Posteriormente, o processo foi distribuído à Auditoria Geral, em que foi elaborada a Proposta de Voto nº 096/2010-AUGE (fls. 14/15), lavrada pelo Auditor-Geral, Luiz Arcoverde Cavalcanti Filho, *in verbis*:

(...)

A consulta deve ser conhecida, atendidos os pressupostos de admissibilidade estabelecidos no art. 110 do Regimento Interno.

Com efeito, o interessado é autoridade competente para formular consultas, foi formulada em tese e se encontra acompanhada de parecer do órgão de assessoria jurídica do órgão consultante.

MÉRITO

Acompanho o entendimento do Parecer da Procuradoria Consultiva do TCE/PE, fazendo dele, por celeridade processual, minhas razões de opinar.

Conclusão

Proponho que a resposta se dê de forma objetiva nos seguintes termos:

I. Bens e serviços comuns, para efeito da Lei Federal nº 10.520/02, que instituiu a modalidade licitatória pregão, são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade são os de conhecimento do mercado/órgão/agente público e podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado, sendo o preço o principal elemento almejado pela Administração. Nos casos em que a necessidade de exigência de capacidade técnica seja determinante, o pregão deverá, em tese, ser afastado;

II. Os serviços de engenharia, bem como os bens e serviços de informática, caracterizados como comuns de acordo com o item I podem ser licitados na modalidade pregão;

III. Os serviços técnicos profissionais especializados previstos no art. 13 da Lei nº 8666/93, por serem predominantemente de natureza intelectual, com presença de elemento subjetivo, não são, via de regra, caracterizados como comuns. Não se afasta, contudo, a possibilidade em um caso concreto da caracterização como serviço comum e a adoção da modalidade pregão.

Outrossim, por se tratar de matéria afeta preponderantemente à área de engenharia, a Relatoria encaminhou o processo para o Núcleo de Engenharia (NEG) para que este se pronunciasse tecnicamente.

O opinativo do NEG veio consubstanciado no Parecer TC/NEG 0915 nº 002/2011 (fls. 18/37), de autoria do Inspetor de Obras Públicas Ulysses José Beltrão Magalhães.

Em apertada síntese, transcrevem-se, a seguir, os excertos do Parecer do NEG que melhor traduzem o entendimento esposado pelo Inspetor Ulysses Magalhães.

(a) O que é necessário para caracterizar o objeto a ser licitado como bem ou serviço comum, definidos legalmente no parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal nº 10.520/2002?

(...)

[...] propõe-se uma interpretação mais ampla do parágrafo único do art. 1º da Lei 10.520/02, de modo a delinear o conceito da expressão “bens e serviços comuns” numa perspectiva mais abrangente.

Reconheça-se, de início, que tanto o bem ou serviço *padronizado* quanto o contratado *habitual e rotineiramente* pela Administração Pública reúnem requisitos para estarem incluídos na categoria de *comum*, para fins de licitação por pregão.

Outrossim, há também de se reconhecer que bens ou serviços que apresentem características técnicas peculiares ou específicas em seu processo produtivo, assim como os prestados ou fornecidos sob encomenda, para atenderem a uma necessidade específica da Administração, são igualmente passíveis de enquadramento na hipótese de cabimento do pregão.

[...]

Disso tudo se conclui que bens e serviços com metodologia de fornecimento, produção ou execução já conhecida pelo específico mercado de ofertantes, sejam simples ou complexos tecnologicamente, com ou sem especificidades técnicas, feitos ou não sob encomenda, apresentam *especificações usuais no mercado*, sendo, destarte, passíveis de serem considerados *comuns* para fins do pregão.

[...]

Nesse diapasão, a exegese que se afigura mais condizente com a teologia do pregão identifica na expressão *objetivamente*, contida na definição legal, uma referência ao critério de julgamento e classificação das propostas preconizada para a modalidade que, por força do inciso X do artigo 4º da Lei n 10.520/02, é o do *menor preço*.

[...]

Com efeito, por força do princípio da eficiência, se o uso da modalidade pregão em um caso concreto se mostrar mais vantajoso

ao interesse público, não há razões para restringi-lo se o gestor não vislumbrar óbices de ordem procedimental que comprometam ou inviabilizem a realização do certame licitatório.

Ressalte-se que não se quer aqui, em hipótese alguma, fazer apologia ao uso indiscriminado e irresponsável do pregão. A toda evidência, há situações em que o objeto pretendido pela Administração não pode ser licitado através do pregão, em face de sua absoluta incompatibilidade com a sistemática da modalidade. O que se defende é que o pregão possa ser utilizado sempre que o gestor público avaliar que a natureza do objeto a ser licitado seja compatível com a singeleza e simplicidade do seu rito procedimental.

[...]

Em face das análises e considerações aqui apresentadas, é dado concluir que, para que um objeto possa ser qualificado como comum para fins do pregão, há de ser observadas, cumulativamente, as seguintes premissas:

(a) que a técnica envolvida em seu fornecimento, produção ou execução seja conhecida e dominada pelo específico mercado de ofertantes, seja o objeto simples ou complexo tecnologicamente, com ou sem especificidades técnicas, feito ou não sob encomenda;

(b) que as suas especificações, definidas em edital, por si só viabilizem o julgamento objetivo das propostas consoante o critério do menor preço;

(c) que a estrutura procedimental do pregão, mais sumária e célere do que a prevista para as demais modalidades licitatórias, não seja fator comprometedor da segurança e da certeza na avaliação das suas características primordiais.

[...]

(b) Quais as possibilidades de utilização da modalidade pregão para a licitação de obras e serviços de engenharia?

Inexiste na Lei nº 10.520/02 qualquer dispositivo que vede expressamente a utilização do pregão em licitações de obras e serviços de engenharia

A única restrição ou ressalva imposta pela referida lei é que os bens e serviços licitáveis por pregão possam ser qualificáveis como “comuns”. Sob esse ângulo, restariam excluídos do âmbito de incidência do pregão tão somente os bens e serviços tidos por “incomuns”.

[...]

Em recente decisão, o TCU demonstra estar perfilhado com a tese da inexistência de vedação legal ao uso do Pregão para contratação de obras e serviços de engenharia. Isto é o que se depreende da leitura do seguinte trecho do voto condutor do Acórdão nº 286/2007, *verbis*:

7. Primeiramente, resalto o exame efetuado pela unidade técnica demonstrando que a recente jurisprudência do Tribunal já consolidou o entendimento de que a Lei 10.520/2002 não veda a contratação de obras e serviços de engenharia por meio da modalidade de Pregão

(Acórdãos 331/2006 e 1.329/2006, do Plenário, e 817/2005 da Primeira Câmara). (BRASIL..., 2007)

Isso posto, para o deslinde da segunda questão objeto deste *dictamen*, impende avaliar se, e sob quais circunstâncias, é possível subsumir obras e os serviços de engenharia no conceito de bem e serviço comum.

Para tal intento, há de se analisar a questão à luz das premissas estabelecidas para a qualificação de um objeto como comum, firmadas ao término da questão antecedente. [...]

Em geral, as licitações de melhor técnica e técnica e preço aplicam-se às contratações de serviços em que a atividade do particular seja predominantemente intelectual.

Na seara das licitações de obras e serviços engenharia, tal situação se verifica, precipuamente, na contratação de serviços técnicos profissionais especializados, tais como estudos técnicos, elaboração de projetos, pareceres, perícias, avaliações, fiscalização de obras, dentre outros.

[...]

Ante todo exposto, é dado concluir que, observadas as premissas estatuídas para a subsunção do objeto licitado no conceito de “bens e serviços comuns”, e inexistindo vedação expressa em lei local ou em norma regulamentar do ente federativo responsável pela licitação, as obras e os serviços de engenharia podem ser validamente licitados através da modalidade pregão.

É o relatório.

VOTO DA RELATORA

Nos últimos anos, observa-se um indiscutível avanço no uso da modalidade pregão em todas as esferas da Federação.

Decerto, credita-se tal avanço aos apregoados ganhos de eficiência propiciados pela modalidade, sobretudo no que diz respeito à celeridade e simplificação processuais, à redução de preços e ao aumento da competitividade nos certames licitatórios.

Sem adentrar no mérito da discussão sobre a eficiência do pregão, é certo, porém, que

toda e qualquer ação no sentido de amplificar o âmbito de incidência da modalidade deve ser comedida, sem desprezar a atividade hermenêutica de considerar todas as variáveis envolvidas na compreensão do instituto.

Sob tal perspectiva, incumbe aos Tribunais de Contas, como órgãos responsáveis pelo controle da legalidade dos atos da Administração Pública, o relevante papel de traçar parâmetros precisos e seguros que permitam descortinar os novos horizontes para a modalidade, contribuindo para o seu uso legítimo e responsável.

Dentro desse contexto, a resposta à consulta que se põe em tela se reveste de fundamental importância, na medida em que as diretrizes por ela estatuídas deverão nortear não apenas a conduta *interna corporis* desta Corte de Contas, mas, sobretudo, a dos vários órgãos e entidades sujeitos a sua jurisdição.

Dito isso, passemos à análise das questões suscitadas pela Diretoria Geral da Casa.

(a) O que é necessário para caracterizar o objeto a ser licitado como bem ou serviço comum, definidos legalmente no parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal nº 10.520/2002?

Os opinativos da Procuradoria Consultiva (PROC), da Auditoria Geral (AUGE) e do Núcleo de Engenharia (NEG) convergem no sentido de que o objeto, para ser considerado comum para fins do pregão, há de ter no fator preço o principal elemento almejado pela Administração.

Em consequência disso, parece-me ponto pacífico que uma das características essenciais de um bem ou serviço comum é ter especificações suficientemente definidas no edital, de modo a viabilizar o julgamento das propostas consoante o critério objetivo do menor preço.

Os três órgãos consultados também aparentam comungar da opinião de que a adoção ou não do pregão, num caso concreto, está sujeita a um juízo valorativo acerca da conveniência e oportunidade do uso da modalidade em face das especificidades do objeto licitado.

Nesse ponto, o parecer do NEG pugna que tal juízo deva ser formado, tendo em vista a estrutura procedimental do pregão, que, por mais sumária e célere do que a prevista para as demais modalidades licitatórias, não deve pôr em risco a segurança e a certeza na avaliação das características primordiais do objeto.

A esse respeito, preocupa-me a questão do prazo mínimo de 8 dias para a apresentação das propostas, independentemente do porte da obra, previsto no inciso V, do art. 4º, da Lei nº 10.520/02. Defendo que, em nome da segurança, devam ser preservados os prazos mínimos preconizados no art. 21 da Lei nº 8.666/93, fixados em função do valor estimado para a contratação.

Outrossim, conforme bem ressaltado no *dictamen* do Núcleo de Engenharia, se o uso da

modalidade pregão, em um caso concreto, mostrar-se mais vantajoso ao interesse público, não há razões para o restringir se o gestor não vislumbra óbices de ordem procedimental que comprometam ou inviabilizem a realização do certame licitatório.

Observa-se, todavia, um dissentimento no entendimento entre os órgãos opinantes quando a discussão atina para o tratamento a ser dispensado a objetos dotados de complexidade técnica.

Com efeito, AUGE e PROC são partidárias de que objetos tecnicamente complexos, para os quais se façam presentes o elemento da subjetividade e a necessidade de demonstração da capacidade técnica do futuro contratado, estão, em princípio, afastados do conceito de bem e serviço comum.

Já o NEG defende que bens e serviços com metodologia de fornecimento, produção ou execução já conhecida pelo específico mercado de ofertantes, sejam simples ou complexos tecnologicamente, com ou sem especificidades técnicas, feitos ou não sob encomenda, apresentam especificações usuais no mercado, sendo, destarte, passíveis de serem considerados comuns para fins do pregão.

Com a devida vênia da AUGE e da PROC, perfilho-me com a inteligência esposada no parecer do NEG, a qual propõe uma interpretação mais abrangente para o parágrafo único do art. 1º da Lei 10.520/02, de modo a delinear o conceito da expressão “bens e serviços comuns” numa perspectiva mais ampla.

Tal inteligência resta prestigiada por Vera Monteiro (2010), para a qual, no pregão, o que importa é que o objeto pretendido pela Administração Pública envolva tecnologia ou solução conhecida pelo mercado, ainda que tal objeto seja complexo, que o número de seus possíveis ofertantes seja reduzido e que seja produzido ou executado sob encomenda.

Nesse mesmo diapasão, Jessé Torres Pereira Júnior (2007, p. 1054) preleciona que:

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 sim ser “comum”, no sentido de que essa técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado.** Sendo tal técnica bastante para atender às necessidades da Administração, a modalidade pregão é cabível a despeito da maior sofisticação do objeto. (grifei)

Esta exegese é, sem sombra de dúvida, consequência da evolução no entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito da modalidade, antes permeada de preconceitos e desconfianças acerca de sua legalidade e efetividade.

Registre-se que tal evolução já está prestes a produzir seus efeitos na esfera legislativa através do Projeto de Lei nº. 32/07, em tramitação no Congresso Nacional, que dá nova redação à Lei nº 8.666/1993 e traz importantes inovações no que concerne à modalidade pregão, contemplando dispositivos alinhados com a tendência atual de ampliar o campo de aplicabilidade da modalidade.

- (b) Quais as possibilidades de utilização da modalidade pregão para a licitação de:
- a. obras e serviços de engenharia;
 - b. bens e serviços de informática;
 - c. serviços técnicos profissionais especializados elencados no artigo 13 da Lei Federal nº 8666/93?

A AUGE e a PROC entendem que serviços de engenharia, bem como os bens e serviços de informática, desde que caracterizáveis como comuns, podem ser licitados na modalidade pregão. Negam, contudo, tal possibilidade para o caso das obras.

Doutro lado, o NEG não vê impedimentos à utilização do pregão para a licitação de obras, haja vista a inexistência, na Lei nº 10.520/02, de qualquer dispositivo expresso neste sentido.

Para reforçar tal entendimento, o parecer do NEG traz à colação recentes decisões do TCU que demonstram o alinhamento da Corte de Contas Federal com a tese da inexistência de vedação legal ao uso do pregão para contratação de obras e serviços de engenharia.

Em que pese as valiosas opiniões em contrário, por coerência à minha linha exegética mais flexível, acolho a posição do NEG, a qual não vislumbra óbices jurídicos ao uso do pregão em licitações de obras.

Nesta mesma esteira, o aludido Projeto de Lei nº 32/07 prevê a obrigatoriedade de utilização do pregão em obras de engenharia com valor de até R\$ 3,4 milhões, desde que sejam licitadas por menor preço. Com isso, caso o referido projeto seja aprovado, a utilização do pregão em licitações de obras passará a ser, não apenas expressamente prevista, mas compulsória para a Administração Pública.

Já no que se refere aos serviços técnicos profissionais especializados, previstos no art. 13 da Lei nº 8666/93, parece consensual entre os órgãos consultados que, em regra, tais serviços, por serem de natureza predominantemente intelectual, não seriam, em princípio, licitáveis mediante pregão.

Isso não significa, porém, a absoluta inviabilidade de, num caso concreto, um serviço técnico profissional especializado ser caracterizado como comum e, por conseguinte, ser licitado através do pregão.

Isso posto,

CONSIDERANDO os termos do Parecer TC/PROC nº 126/2010, da Proposta de Voto nº 096/2010 e do Parecer TC/NEG 0915 nº 002/2011,

Voto pelo conhecimento da presente consulta para que se responda ao consulente nos seguintes termos:

(a) Para que um objeto possa ser caracterizado como *comum* para fins do pregão, não se observam, cumulativamente, seguintes premissas:

(a.1) que a técnica envolvida em seu fornecimento, produção ou execução seja conhecida e dominada pelo específico mercado de ofertantes, seja o objeto simples ou complexo tecnologicamente, com ou sem especificidades técnicas, feito ou não sob encomenda;

(a.2) que as suas especificações, definidas em edital, por si sós, viabilizem o julgamento objetivo das propostas consoante o critério do menor preço;

(a.3) que a estrutura procedimental do pregão, mais sumária e célere do que a prevista para as demais modalidades licitatórias, não seja fator comprometedor da segurança e da certeza na avaliação das suas características primordiais.

(b) Observadas as premissas firmadas para a caracterização do objeto licitado no conceito de *comum*, e inexistindo vedação expressa em lei local ou em norma regulamentar do ente federativo responsável pela licitação, as obras, os serviços de engenharia e os serviços de informática podem ser validamente licitados através da modalidade pregão.

(c) Os serviços técnicos profissionais especializados previstos no art. 13 da Lei nº 8666/93, por serem predominantemente de natureza intelectual, em princípio, não são caracterizáveis como comuns. Não se afasta, contudo, a possibilidade, em um caso concreto, da caracterização como serviço comum e a adoção da modalidade pregão.

(d) Nos pregões de obras e serviços de engenharia, devem ser respeitados os prazos mínimos entre a publicação do edital e a data da realização do evento, previstos nos incisos I, II, III do § 2º do art. 21 da Lei nº 8.666/93, e estabelecidos com base nos valores fixados no inciso I do art. 23 do mesmo diploma legal.

OS CONSELHEIROS CARLOS PORTO, VALDECIR PASCOAL, ROMÁRIO DIAS, DIRCEU RODOLFO DE MELO JÚNIOR E JOÃO CARNEIRO CAMPOS VOTARAM DE ACORDO COM A RELATORA. PRESENTE A PROCURADORA-GERAL, DRA. ELIANA MARIA LAPENDA DE MORAES GUERRA.