

Gabinete do Procurador-Geral de Justiça

PROCEDIMENTO INTERNO N.º 432449 — PGJ

AUTO N.º 2010/34469

ASSUNTO: Contratação de empresa especializada para realizar obra de ampliação, execução e montagem de subestação abrigada, abaixadora de tensão, trifásica, de 1.000 kVA para 2.000 kVA, para atender a demanda de novo prédio anexo à PGJ/MPE-Am.

INTERESSADO: Sr. Chefe da Divisão de Serviços Gerais da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Amazonas.

DESPACHO N.º 034.2011. PGJ.469731.2010.34469

Trata-se de minuta de instrumento editalício (acompanhada dos respectivos anexos) visando à contratação de empresa especializada para realizar obra de ampliação, execução e montagem de subestação abrigada, abaixadora de tensão, trifásica, de 1.000 kVA para 2.000 kVA, para atender a demanda de novo prédio anexo à PGJ/MPE-Am.

1. DO CONCEITO E DAS CARACTERÍSTICAS DE BENS E SERVIÇOS COMUNS, NO CONTEXTO DA MODALIDADE LICITATÓRIA DO PREGÃO

A *Lei n.º 10.520, de 17.06.2002*, instituiu a modalidade licitatória do *pregão* no âmbito de *todos* os entes federativos *pátrios*, destinada à

aquisição de bens e serviços comuns (art. 1.º, *caput*), definidos como *aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado* (art. 1.º, parágrafo único).

O magistério de **JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR** destaca que um serviço pode ser *comum*, apesar da *complexidade* ou *sofisticação técnica*, desde que se cuide de técnica “*perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado*”¹:

[...] O objeto pode portar *complexidade técnica* e ainda assim ser “*comum*”, no sentido de que essa *técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida* pelo mercado. Sendo tal *técnica bastante* para atender às *necessidades* da Administração, a modalidade *pregão* é *cabível* a despeito da *maior sofisticação* do objeto.²

Nesse aspecto, assemelha-se à doutrina de **MARÇAL JUSTEN FILHO**, ao enxergar no *bem* ou *serviço comum* aquele imbuído de *padronização a qualquer tempo* disponível em “*mercado próprio*”³, sem as *especificidades* ou *excepcionalidades* “*dos bens produzidos por encomenda*”⁴:

[...] o conceito de bem ou serviço comum contrapõe-se ao de bem *incomum, anômalo, excepcional, único, heterogêneo, produzido por encomenda*.

[...]

¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1.054, grifo nosso.

² *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 30, grifo do autor.

⁴ *Ibid.*, p. 29, grifo do autor.

Para concluir, numa tentativa de definição, poderia dizer-se que *bem ou serviço comum é aquele que se apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível, a qualquer tempo, num mercado próprio*.⁵

Na esteira, **MÁRCIO DOS SANTOS BARROS** põe em relevo a possibilidade jurídica de se classificarem como *comuns* bens ou serviços “*conhecidos do mercado*”⁶, contanto que, se não explicitados no rol de bens ou serviços do respectivo decreto regulamentador do pregão, a *similitude* com os bens ou serviços explicitamente elencados no regulamento seja *demonstrada* de forma *inequívoca*:

São bens padronizados, que não possuem uma singularidade ou especificidade próprias dos bens produzidos por encomenda. São bens ou serviços facilmente encontrados no mercado. São, também, bens e serviços que não exigem especificações típicas de um projeto básico [...].

[...]

Portanto, a contratação de *bens e serviços explicitados na lista* (ou com eles *similares* – já que o elenco *não é* exaustivo – o que há de ser inequivocadamente demonstrado no processo em questão), conhecidos do mercado, *comuns*, pode ser realizada com *maior rapidez e maior simplicidade*.⁷

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 29-30, grifo do autor.

⁶ BARROS, Márcio dos Santos. *502 comentários sobre licitações e contratos administrativos*. São Paulo: NDJ, 2005, p. 316-317, grifo nosso.

⁷ Ibid., p. 316-317, grifo nosso.

De acordo com a ensinância de **JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES**, o caráter *comum*, ou não, de determinado serviço de *Engenharia* se *confirmará*, ou não, se perscrutando se tal serviço se afigura como *comum* à luz da *realidade* do *mercado* de onde promanam os *bens* a serem *fornecidos* ou *serviços* a serem *prestados*, isto é, caso a *especificação* seja viável pelos *meios usuais* do mercado:

[...] entende-se que a melhor forma de se estabelecer se o serviço de engenharia é comum depende da análise concreta do objeto. Isso porque o atributo “comum” do serviço depende, nos termos da lei, de ser possível a especificação por meio usual no mercado. Comum, portanto, é a definição ditada pelo mercado fornecedor ou prestador do serviço.

Inegavelmente, a aceitação da modalidade pregão tem obtido grandes evoluções, notadamente no campo jurisprudencial. Essa evolução já produz seus efeitos, que podem vir aprimorados no Projeto de Lei n.º 32/07, em tramitação no Congresso Nacional. Esse projeto de lei prevê a obrigatoriedade de utilização do pregão em obras de engenharia com valor de até R\$ 51 milhões, desde que sejam licitadas por menor preço.

Verifica-se, assim, que a Administração pretende um novo rumo para as licitações públicas. O Sistema de Registro de Preços e o Pregão são uma demonstração clara desse novo rumo, que pende para uma desburocratização, redução de custos e ampla competitividade.

A função de controle terá relevante papel no descortinar dos novos horizontes, pois na medida em que a disputa será fortemente concentrada na fase da proposta e lance, a exigência

de qualificação deverá impor mais restrição aos competidores e ao objeto.

É certo, porém, que esse avanço deve ser comedido, sem desprezar a atividade hermenêutica de considerar todas as variáveis envolvidas na amplitude do conceito. É certo, também, que esse avanço enfrenta e enfrentará forte resistência.

Não se pode, contudo, permitir que essa resistência extrapole a função aperfeiçoadora das críticas construtivas, pretendendo um verdadeiro entrave do sistema de evolução.

O pregão já demonstrou sua eficiência aos olhos de quem quer enxergar.

O resto é apenas preconceito, e preconceito não tem consistência jurídica.⁸

2. DOS REQUISITOS JURÍDICOS DO PREGÃO, EM CASO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Assim sendo, conforme esclarece a jurisprudência consolidada do egrégio **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**, por intermédio do *Acórdão n.º 817/2005 — Primeira Câmara* (Relator, Ministro **VALMIR CAMPELO**), a Lei n.º 10.520/2002 *não* exclui do elenco de *bens e serviços comuns* atinentes ao pregão os

⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão*. Disponível em: <[http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/6749119F142167E8832574C60074CC27/\\$File/NT00038E6E.pdf](http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/6749119F142167E8832574C60074CC27/$File/NT00038E6E.pdf)>. Acesso em: 27 mar. 2011. Nesse sentido: Id. *Contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão. Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v.7, n.º 75, p. 28-33, mar. 2008.

bens e serviços comuns do campo da Engenharia (inclusive “*fornecimento e instalação de aparelhos de ar condicionado*”⁹).

Ainda consoante preceitua tal aresto da Corte de Contas da União, o caráter *comum* do serviço deve ser detectado pela Administração Pública na circunstância *in concreto*, independente de tal serviço contar ou não com a *expressa* previsão em decreto *regulamentador* (na seara do respectivo ente estatal), uma vez que a Lei n.º 10.520/2002 *não* restringe o *rol* de serviços comuns a elenco *taxativo*.

Eventual *limitação* em nível *infralegal* (prescrita, *tão-só*, em ato administrativo, mesmo que normativo) violaria o *princípio da legalidade* (arts. 5.º, inciso II, 37, *caput*, e 84, inciso IV, da CF/88):

Pregão – serviços de engenharia – legalidade

Nota: o TCU considerou *legal* a utilização do *pregão* para contratar serviços de *fornecimento e instalação de aparelhos de ar condicionado*, considerados como de engenharia pelo CONFEA/CREA, nos seguintes termos do Voto condutor:

“... 4. Ainda como razões de decidir, recorro que a Lei n.º 10.520, de 2002, condiciona o uso da modalidade Pregão *somente* aos serviços *comuns*, *não* excluindo previamente quaisquer espécies de serviços e contratações, e o rol de bens e serviços comuns previstos no decreto regulamentar é *meramente exemplificativo*. Assim, a existência de bens e serviços comuns deverá ser avaliada pelo administrador no *caso concreto*,

⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vadé-mécum de licitações e contratos: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 2.034, grifos nossos e do autor. (Coleção Jacoby de Direito Público, v. 8)

mediante a existência de circunstâncias *objetivas* constantes da fase *interna* do procedimento licitatório.

5. Como se vê, a Lei n.º 10.520, de 2002, *não* exclui previamente a utilização do Pregão para a contratação de obra e serviço de engenharia. O que exclui essas contratações é o art. 5.º do Decreto 3.555, de 2000. Todavia, o item 20 do Anexo II desse mesmo Decreto autoriza a utilização do Pregão para a contratação de serviços de manutenção de imóveis, que pode ser considerado serviço de engenharia.

6. Examinada a aplicabilidade dos citados dispositivos legais, recordo que *somente à lei compete inovar o ordenamento jurídico*, criando e extinguindo direitos e obrigações para as pessoas, como *pressuposto do princípio da legalidade*. Assim, o Decreto, por si só, *não* reúne força para criar proibição que *não* esteja prevista em lei, com o propósito e regram-lhe a execução e a concretização, tendo em vista o que dispõe o *inciso IV do art. 84 da Carta Política de 1988*.

7. Desse modo, as normas *regulamentares* que proíbem a contratação de obras e serviços e engenharia pelo Pregão *carecem de fundamento de validade*, visto que *não* possuem embasamento na Lei n.º 10.520, de 2002. O *único* condicionamento que a Lei do Pregão estabelece é a *configuração* do objeto da licitação como bem ou serviço *comum...*”

Fonte: TCU, Processo n.º TC-013.896/2004-5. Acórdão n.º 817/2005 – 1.ª Câmara.¹⁰

Respaldando-se em *precedentes* da própria Corte de Contas da União (*Acórdãos n.ºs 817/2005 e 1.329/2006 — Plenário, e Acórdão n.º 286/2007 — 1.ª Câmara*), o egrégio **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**, no *Acórdão n.º 2.664/2007 — Plenário* (Relator, Ministro **MARCOS BEMQUERER COSTA**), caracterizou como *obras e serviços comuns*, objeto de *pregão* eletrônico, a gama de serviços vinculados a *padrões de desempenho e qualidade* objetivamente definíveis no instrumento *editalício*, valendo-se das especificações *usualmente adotadas no mercado*:

28. Contratação pública – Planejamento – Licitação – Pregão – Objeto – Obra e serviço de engenharia comuns – Cabimento – TCU

[ACÓRDÃO] 9.3. determinar à Marinha do Brasil - Estado-Maior da Armada que: 9.3.1. faça cumprir o disposto na Lei n. 10.520/2002 (art. 1.º, caput) e no Decreto n. 5.450/2005 (art. 1.º, caput, e art. 2.º, § 1.º), providenciando a realização de *pregão* eletrônico para a contratação de serviços *comuns* de engenharia, ou seja, aqueles serviços cujos *padrões de desempenho e qualidade* possam ser *objetivamente* definidos pelo *edital*, por meio de *especificações usuais no mercado*, como já debatido por este Tribunal em diversas oportunidades (Acórdãos n.ºs 817/2005 e 1.329/2006, ambos do Plenário, e Acórdão n.º 286/2007 – 1.ª Câmara, entre outros). (TCU, Acórdão n.º 2.664/2007, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU de 11.12.2007.)¹¹

¹⁰ *Ibid.*, loc. cit., grifos nossos e do autor.

¹¹ MENDES, Renato Geraldo. *Lei de licitações e contratos anotada*. 7. ed. Curitiba: Zênite, 2009, p. 604, grifos nossos e do autor.

A Corte de Contas da União, no *Acórdão n.º 5.226/2008 — 2.ª Câmara* (Relator, Ministro **AUGUSTO SHERMAN**), enfatizou a *impossibilidade jurídica* (menoscabo do *princípio da legalidade*) de normas *regulamentares* (infralegais) *proibirem* a realização de *pregões* voltados à contratação de obras e serviços de *Engenharia*. Reiterou o entendimento do próprio TCU de que o *pregão* é cabível para licitações concernentes a bens e serviços *comuns*:

29. Contratação pública – Planejamento – Licitação – Pregão – Objeto – A proibição do Decreto n.º 3.555/00 da adoção do pregão para obra e o serviço de engenharia carece de fundamento de validade – TCU

“[Tomada de contas anual consolidada do Departamento de Polícia Rodoviária Federal – DPRF/MJ, referente ao exercício de 2005]. [ACÓRDÃO] v) alertar a Secretaria Federal de Controle Interno, da Controladoria Geral da União, que este Tribunal vem firmando o entendimento, a exemplo dos Acórdãos n.ºs 817/2005 – TCU-1.ª Câmara, 2272/2006 – TCU – Plenário e 709/2007 – TCU – Plenário, de que a Lei n.º 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* carecem de *fundamento de validade*, visto que *não* possuem embasamento na Lei n.º 10.520/02”. (grifo do autor)

(TCU, Acórdão n.º 5226/2008, 2.ª Câmara, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, DOU de 21.11.2008).¹²

O Acórdão n.º 2.482/2007 — Plenário (Relator, Ministro **RAIMUNDO CARREIRO**) também reverberou a jurisprudência do egrégio **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**, ao salientar o cabimento de *pregão* para licitações cujo objeto seja “a contratação de serviço *comuns* de engenharia”¹³, assim entendidos como os “serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser *objetivamente* definidos pelo *edital*, por meio de *especificações usuais no mercado*”¹⁴:

31. Contrata Pública – Licitação – Pregão – Contratação de serviços comuns de engenharia – Possibilidade – TCU

“[...] A *jurisprudência* deste Tribunal, amparada na Lei 10.520/2002 e no Decreto 5.450/2005, admite a realização de *pregão* eletrônico para a contratação de serviços *comuns* de engenharia, ou seja, aqueles serviços cujos *padrões de desempenho e qualidade* possam ser *objetivamente definidos* pelo *edital*, por meio de *especificações usuais no mercado* (Acórdãos n.ºs 817/2005 e 1.329/2006, ambos do Plenário, e Acórdão n.º 186/2007 [na verdade, 286/2007] – 1.ª Câmara, entre outros)”. (TCU, Acórdão n.º 2.482/2007, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, DOU de 28.11.2007.)¹⁵

Para que o objeto de dado procedimento licitatório seja caracterizado como de obras e serviços *comuns* de Engenharia, o egrégio **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**, em sede do Acórdão n.º 1.615/2008 — Plenário (Relator,

¹² Ibid., loc. cit., grifos nossos e do autor.

¹³ Ibid., p. 605, grifos nossos e do autor.

¹⁴ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

¹⁵ Ibid., loc. cit., grifos nossos e do autor.

Ministro **BENJAMIN ZYMLER**), preconizou a *indispensabilidade* da existência de *clara* descrição do *objeto* do certame e de suas *especificações*, na qualidade de serviços *padronizáveis*, desprovidos, pois, de tanto de “intensa atividade *intelectual*”¹⁶ quanto de “*razoável* grau de subjetivismo”¹⁷:

40. Contratação pública – Licitação – Modalidade – Pregão – Objeto – Obras e serviços de engenharia – Atividade intelectual – Descabimento – TCU

“[VOTO] 4. Verifica-se, portanto, que a questão fulcral dos autos refere-se à adequação, ou não, da realização de licitação na modalidade pregão para contratação de serviços de engenharia do proprietário para acompanhamento e fiscalização da execução das obras de construção do aproveitamento hidrelétrico de Simplício. (...) 13. Por outro lado, o pregão, procedimento simplificado, foi criado para imprimir celeridade ao processo de aquisição e ampliar a competição entre os interessados no contrato, gerando forte estímulo à redução de preços sem, entretanto, constituir instrumentos para que sejam descartadas propostas inexequíveis. O que diferencia o pregão é a estruturação procedimental - a inversão das fases de habilitação e julgamento, bem como a possibilidade de renovação dos lances pelos licitantes - a forma de elaboração de propostas - por escrito, verbal ou por via eletrônica - e o universo de possíveis participantes - os quais não precisam estar inscritos em cadastro. 14. No pregão são mitigados os requisitos de participação, fato justificável em razão da aptidão desse instrumento licitatório para aquisição, unicamente, de bens e

¹⁶ Ibid., p. 611, grifo nosso.

¹⁷ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

serviços comuns. Dessa forma, a lei resguardou a aplicação do pregão aos bens e serviços comuns pois o risco de inadimplemento do contratado é reduzido. 15. A aplicação do pregão aos bens e serviços incomuns representa risco à segurança contratual, pela possibilidade de conduzir a Administração à celebração de contrato com pessoa sem qualificação para cumpri-lo ou pela aceitação de proposta inexecutável. 16. Por essa razão, em situações que sejam necessárias medidas mais cautelosas para segurança do contrato, em razão dos riscos decorrentes de inadimplência da contratada ou da incerteza sobre a caracterização do objeto, deve o gestor preferir o pregão em favor de outras modalidades licitatórias cercadas de maior rigor formal. 17. O gestor, ao classificar bens e serviços como comuns, deve se certificar de que a descrição do objeto é suficientemente clara a ponto de não suscitar dúvidas, no âmbito do procedimento concorrencial do pregão, acerca das especificações do objeto ofertado pelos licitantes. Ademais deverá observar a complexidade das especificações não encetar insegurança ao adimplemento contratual pelos potenciais contratados em face da inexistência da habilitação prévia. 18. Não se nega que, com o advento do Decreto n.º 5.450/2005, restou, em tese, possibilitada a contratação de serviços de engenharia por meio de pregões. Contudo, *não* foi afastada a exigência de que sejam esses serviços enquadráveis como *comuns*. Até porque, tal exigência decorre expressamente do art. 1.º da Lei n.º 10.520/2002. 19. Da identificação dos serviços objeto do pregão por meio do Termo de Referência anexo ao Edital (...), verifico haver atividades, a seguir transcritas, que permitem a conclusão de que não se trata de "serviços comuns": (...) 20. Vê-se pois que *não se trata de*

serviços padronizáveis ou de "prateleira", mas sim sujeitos a intensa atividade intelectual com razoável grau de subjetivismo, os quais precisam atender demandas específicas e complexas da Administração, afastando-se do conceito de especificações usuais do mercado. 21. Destaque-se, por fim, que o fato de estarem os serviços vinculados a diversas normas técnicas não é suficiente para caracterizá-los como comuns, pois mesmo os serviços de engenharia evidentemente complexos como projetos de alta tecnologia (v.g. desenvolvimento de semicondutores) estão sujeitos a diferentes normas técnicas. Nesses casos as normas estabelecem padrões mínimos a serem seguidos, mas de forma alguma modulam os serviços em sua totalidade de forma a ser possível considerá-los padronizados ou usuais de mercado. 22. Em razão dos motivos apresentados, concluo, em conformidade com o posicionamento da unidade técnica, pela impossibilidade de contratação de serviços de engenharia do proprietário para acompanhamento e fiscalização da execução das obras de construção do aproveitamento hidrelétrico de Simplício – queda única, por meio de licitação na modalidade pregão". (TCU, Acórdão n.º 1.615/2008, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, DOU de 15.08.2008.)¹⁸ (grifo do autor)

Nessa vereda, o egrégio **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**, no *Acórdão n.º 1.994/2008 — 1.ª Câmara* (Relator, Ministro **VALMIR CAMPELO**), reputou como *incomuns* a obra e o serviço de Engenharia pertinentes à *instalação de sala cofre*:

¹⁸ *Ibid.*, p. 610-611, grifos nossos e do autor.

41. Contratação pública – Licitação – Modalidade – Pregão – Objeto – Aquisição de sala cofre – Obras e serviços de engenharia – Descabimento do pregão – TCU

“[Trata-se [de] Representação formulada por licitante acerca de possível irregularidade cometida pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE no Pregão Eletrônico n.º 47/2006. Utilização da modalidade pregão para a aquisição de sala-cofre para centro de dados. Determinação]. [ACÓRDÃO] 9.1. conhecer da presente representação por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 237, VII, do Regimento Interno/TCU para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente; 9.2. determinar ao Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação - FNDE que: 9.2.1. se abstenha de indeferir liminarmente e sem justificativa legal, recurso de licitante devidamente motivado, a exemplo do ocorrido no Pregão Eletrônico n.º 47/2006, nos termos do inciso XVIII do art. 4.º da Lei 10.520/2002 e do art. 26 do Decreto 5.450/2005; 9.2.2. não obstante este Tribunal venha *incentivando o incremento do uso da modalidade licitatória pregão em razão dos evidentes benefícios que ela tem trazido à Administração Pública, abstenha-se*, em futuros certames, de utilizar tal modalidade para a contratação de bens ou serviços, quando estes se mostrarem ser indubitavelmente de natureza *incomum*, em razão do comando insculpido no art. 1.º da Lei n.º 10.520/2002”. (TCU, Acórdão n.º 1.994/2008, 1.ª Câmara, Rel. Min. Valmir Campelo, DOU de 20.06.2008.)¹⁹

¹⁹ Ibid., p. 611, grifos nossos e do autor.

No *Acórdão n.º 1.947/2008 — Plenário* (Relator, Ministro **BENJAMIN ZYMLER**), a Corte de Contas da União inseriu no *gênero* serviços *comuns* as atividades de *supervisão e consultoria de Engenharia*, sob a premissa de que observam “padrões de qualidade e desempenho objetivamente definidos nas normas técnicas”²⁰, as quais *detalham* os serviços a serem efetuados pela contratada:

52. Contratação pública – Licitação – Modalidade – Pregão – Objeto – Engenharia – Serviço de supervisão/consultoria – Serviços comuns – Utilização do pregão – TCU

[ACÓRDÃO] 9.2. determinar ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - MT - Superintendência Regional do DNIT, em relação às obras da BR 163, trecho Garantã do Norte - Divisa MT/PA, que, no prazo de 30 dias a contar da notificação: (...) 9.2.3. quando for licitar a contratação de serviços de supervisão/consultoria, realize a licitação na modalidade *pregão*, haja vista serem classificados como serviços *comuns* por terem *padrões de qualidade e desempenho objetivamente* definidos nas normas *técnicas*, especificando *detalhadamente* os serviços que a empresa de supervisão/consultoria deverá realizar; (TCU, *Acórdão n.º 1.947/2008, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, DOU de 12.09.2008.*)²¹

O *Acórdão n.º 1.329/2006 — Plenário* (Relator, Ministro **MARCOS VINICIOS VILAÇA**) ressaltou o respaldo do ordenamento jurídico pátrio ao advento de *pregão* eletrônico visando “à contratação de serviços comuns de

²⁰ *Ibid.*, p. 616, grifo nosso.

²¹ *Ibid.*, p. 616, grifos nossos e do autor.

engenharia”²². Divisou a contratação de serviços *comuns* de Engenharia, quando “definidos a partir de *padrões de desempenho e qualidade objetivamente* fixados pelo edital”²³, via “*especificações usuais* no mercado”²⁴. Para a Corte Fiscal da União, *não* desnatura o caráter de serviços *comuns* de Engenharia a exigência *editícia*, da fase de *habilitação*, de que o licitante tenha “como *responsável técnico*, engenheiro *eletricista* que já tenha executado construção ou reforma de *rede de distribuição de energia elétrica*”²⁵:

Sumário

LICITAÇÃO. REPRESENTAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA POR PREGÃO ELETRÔNICO. POSSIBILIDADE LEGAL. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

A Lei 10.520/2002 e o Decreto 5.450/2005 amparam a realização de pregão eletrônico para a contratação de serviços comuns de engenharia.

[...]

Voto do Ministro Relator

13. Portanto, o *ordenamento jurídico* em vigor ampara a realização de *pregão* eletrônico com vistas à contratação de serviços *comuns* de *engenharia*.

²² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 1329/2006 — Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 27. mar. 2011, grifo nosso.

²³ *Ibid.*, loc. cit, grifo nosso.

²⁴ *Ibid.*, loc. cit, grifo nosso.

²⁵ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

14. No caso, pela descrição do objeto do edital (fl. 56), dos profissionais que deverão compor as equipes de trabalho (fl. 63) e das ferramentas que eles deverão utilizar (fl. 74), não se cogita da contratação de obras, mas apenas de serviços de engenharia definidos *a partir de padrões de desempenho e qualidade objetivamente fixados pelo edital*, por meio de *especificações usuais* no mercado.

15. *Portanto*, o pregão ora examinado visa à contratação de serviços *comuns* de engenharia, cuja condição *não* se altera *somente* pela exigência feita aos interessados, para fins de habilitação, de prova de possuir no quadro de pessoal, como *responsável técnico, engenheiro eletricista que já tenha executado construção ou reforma de rede de distribuição de energia elétrica* em 13,8 KV ou superior.

(TCU, Acórdão n.º 1329/2006 — Plenário, Rel., Min. Marcos Vinícios Vilaça, j. em 02.08.2006.)²⁶

No *Acórdão n.º 2079/2007 — Plenário* (Relator, Ministro **MARCOS VINÍCIOS VILAÇA**), remarcou que “as normas *regulamentares* que proíbem a contratação de serviços de engenharia pelo pregão”²⁷ — atente-se — “*carecem* de fundamento de validade, visto que *não* possuem embasamento na Lei n.º 10.520/02”²⁸, rememorando a dicção do *Acórdão n.º 2.272/2006 — Plenário* (Relator, Ministro **VALMIR CAMPELO**).

²⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 1329/2006 — Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 27 mar. 2011, grifos nossos e originais.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 2079/2007 — Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 29 mar. 2011, grifo nosso.

²⁸ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

No *Acórdão n.º 262/2010 — Plenário* (Relator, Ministro **RAIMUNDO CARREIRO**), recordou-se o mencionado *Acórdão n.º 1.329/2006 — Plenário* (Relator, Ministro **MARCOS VINÍCIOS VILAÇA**), aresto a resplender que o egrégio **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**, *pari passu*, praticamente, passou a reputar *compulsório* o emprego do *pregão* para obras e serviços *comuns* de Engenharia, inclusive os de *manutenção predial*, ante a *economicidade* de tal modalidade licitatória:

Relatório do Ministro Relator

[...]

Com relação ao parcelamento do objeto, os gestores apresentaram argumentos técnicos e administrativos para justificar a licitação em um único item. E a jurisprudência do TCU afirma que deve ocorrer o parcelamento se não houver justificativas que demonstrem não ser viável o parcelamento. Por exemplo, o relatório do Ministro Relator Lincoln Magalhães da Rocha no *Acórdão 300, Ata 11/2003 - Plenário*, demonstra bem este entendimento:

(...)

Considerando a maior facilidade na administração dos contratos, a dificuldade enfrentada anteriormente pela Caixa quando havia dois contratos diferentes e as características dos locais onde serão prestados os serviços, os gestores apresentaram argumentos suficientes para justificar o não parcelamento do objeto nas Concorrências 052/2005, 23/2006 e 016-7855/2006.

Proponho, então, que sejam ACATADAS as razões de justificativa dos senhores Alberto Leone D" Imbério, CPF no 710.790.928-20, Stelvio Vieira Teixeira, CPF no 360.389-116-34, Valeria Simas Schultz, CPF no 896.115.949-68, Dalva Maria Veloso Aguiar Leite, CPF 299.578.346-49 e Idenes César Toledo, CPF 869.139.481-15, com relação ao não parcelamento do objeto nas Concorrências 052/2005, 23/2006 e 016-7855/2006 da Caixa Econômica Federal.

Não utilização da modalidade pregão

A jurisprudência trazida pelos auditados é anterior à posição atual adotada por esta Corte de Contas. No Acórdão 1329, Ata 31/2006 - Plenário, o Ministro Relator Marcos Vinícios Vilaça expôs como se deu essa evolução:

(...)

Com o tempo, o TCU passou praticamente a exigir a modalidade pregão para obras e serviços de engenharia considerados comuns, aqui incluídos serviços de manutenção predial.

Por exemplo, no Acórdão 727, Ata 14/2009 - Plenário, que tratou de representação em desfavor da Concorrência 3/2008 do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio - MDIC, o qual tratou da contratação de "empresa especializada para a prestação de serviços técnicos de natureza continuada de operação, manutenção preventiva, corretiva e preditiva, com fornecimento de peças, materiais e mão-de-obra nos sistemas

elétricos e hidráulicos, sistemas de proteção contra descargas atmosféricas, sistema de grupos geradores de energia elétrica e sistemas de ar condicionado e equipamentos componentes dos sistemas envolvidos, bem como serviços eventuais diversos nas unidades do MDIC, localizadas em Brasília-DF", o Ministro Relator Raimundo Carreiro, seguindo o entendimento da 5.^a Secex, assim dispôs no voto:

8. Com respeito à ocorrência da letra I, o MDIC justificou a utilização da Concorrência com o argumento de que o Pregão "não se revela compatível com a contratação em tela, uma vez que esta necessita da elaboração de fases para melhor assegurar a contratação objetivada, ainda mais no presente caso, onde há exigência de uma prestação de serviço complexo". Ao contrário do que afirma o órgão, o Decreto n.º 3.555/2000, que regulamenta a utilização do Pregão, no item 19 do Anexo II, descreve como serviços comuns os serviços de manutenção de bens imóveis, os quais, segundo a Resolução n.º 218/1975 do CREA, se tratam de um serviço de engenharia. Uma rápida pesquisa na internet aponta diversos pregões eletrônicos realizados por órgãos da Administração Federal para a contratação de serviços de manutenção predial, dentre os quais cito: 4/2009 (Ministério dos Transportes), 0485/2009 (Serpro), 020/7031-2009 (Caixa), 8/2009 (TRF-4.^a Região), 11/2008 (Ministério de Minas e Energia), 25/2008 (AGU) e 156/2007 (Presidência da República).

9. Consoante destacado pela unidade técnica, *a jurisprudência deste Tribunal, amparada por dispositivos*

da Lei n.º 10.520/2002, que institui a modalidade de licitação denominada Pregão, e do Decreto n.º 5.450/2005, que regulamenta esta modalidade na forma eletrônica, posiciona-se no sentido da necessidade da realização de Pregão eletrônico para a contratação de serviços comuns de engenharia, em razão dos benefícios que essa modalidade de licitação tem trazido à Administração (Acórdãos n.º 817/2005, 1.329/2006, 2.079/2007 e 2.864/2007, todos do Plenário, entre outros). Corrobora essa última afirmação a notícia divulgada em 26/3/2009 na página da internet do portal de compras do Governo Federal (Comprasnet), informando que "O Governo Federal economizou R\$ 3,8 bilhões com o pregão eletrônico em 2008. Esse valor corresponde a uma redução de 24% entre o valor de referência (o valor máximo que o Governo está disposto a pagar na aquisição de um bem ou na contratação de um serviço) e o que efetivamente foi pago pelos órgãos públicos".

Assim, foi determinado ao MDIC no Acórdão 727, Ata 14/2009 - Plenário que:

9.2.2.1. utilize, como regra, a modalidade pregão, em sua forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, conforme art. 1.º da Lei n.º 10.520/2002 e arts. 1.º, 2.º, § 1.º, e 4.º do Decreto n.º 5.450/2005;

Todavia, deve ser ressaltado que, quando da abertura dos três certames, ocorridas em 18 de agosto de 2006 (fl. 22), 7 de novembro de 2006 (fl. 165) e 1.º de novembro de

2006 (fl. 230), os acórdãos proferidos pelo TCU foram no sentido de permitir o uso do pregão eletrônico para serviços de engenharia, não de estabelecer sua obrigatoriedade. Isto se deu com os acórdãos 817, Ata 14/2005 – 1.^a Câmara, 1329, Ata 31/2006 - Plenário e 2272, Ata 48/2006 - Plenário.

Tanto havia dúvida que, no Acórdão 331, Ata 11/2006 - Plenário, contemporâneo aos acórdãos acima relacionados, a proposta da Secex/RN foi para:

III - determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que expeça uma orientação normativa com vistas a nortear os procedimentos decorrentes do preceituado no art. 5.º do Decreto n.º 3.555/2000 e no art. 6.º do Decreto n.º 5.450/2005, haja vista à divergência de interpretação, relativamente com relação aos serviços de engenharia, verificada em órgãos da administração pública;

O Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues não acatou a sugestão acima por se tratar de recurso e tal decisão extrapolaria o seu âmbito.

Em 2007, o TCU ainda adotava a posição de faculdade do gestor para a adoção do pregão para serviços de engenharia, como visto no Acórdão 286, Ata 4/2007 – 1.^a Câmara.

Com a evolução jurisprudencial do TCU, a Caixa também passou a se valer de pregão pois, como citado no voto do

Ministro Raimundo Carreiro no Acórdão 727, Ata 14/2009 - Plenário, acima copiado, a Caixa realizou o Pregão 020/7031-2009 para a manutenção de imóveis.

Considerando então que, ao tempo do lançamento dos editais das Concorrências 052/2005, 23/2006 e 016-7855/2006 pela Caixa Econômica Federal, a jurisprudência do TCU era no sentido de ser faculdade do gestor a utilização do pregão para a contratação de serviços de engenharia, e que só posteriormente o TCU passou a exigir o uso do pregão para obras e serviços comuns de engenharia, incluídos serviços de manutenção predial, e que depois das concorrências acima a Caixa passou a realizar as contratações mediante pregão, sugiro, então, que sejam ACATADAS as razões de justificativa dos senhores dos senhores Alberto Leone D" Imbério, CPF no 710.790.928-20, Stelvio Vieira Teixeira, CPF no 360.389-116-34, Valeria Simas Schultz, CPF no 896.115.949-68, Dalva Maria Veloso Aguiar Leite, CPF 299.578.346-49 e Idenes César Toledo, CPF 869.139.481-15, com relação a não utilização da modalidade pregão.

ENCAMINHAMENTOS:

Diante do exposto, proponho:

com fulcro no art. 250, § 1.º do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, que sejam ACATADAS as razões de justifica dos senhores Alberto Leone D" Imbério, CPF no 710.790.928-20, Stelvio Vieira Teixeira, CPF no 360.389-116-34, Valeria Simas Schultz, CPF no 896.115.949-68, Dalva

Maria Veloso Aguiar Leite, CPF 299.578.346-49 e Idenes César Toledo, CPF 869.139.481-15, com relação à falta de orçamentos detalhados em planilhas, ao não parcelamento do objeto e a não utilização da modalidade pregão nas Concorrências nas Concorrências 052/2005, 23/2006 e 016-7855/2006 da Caixa Econômica Federal.

que os senhores Alberto Leone D" Imbério, CPF no 710.790.928-20, Stelvio Vieira Teixeira, CPF no 360.389-116-34, Valeria Simas Schultz, CPF no 896.115.949-68, Dalva Maria Veloso Aguiar Leite, CPF 299.578.346-49 e Idenes César Toledo, CPF 869.139.481-15, e a própria Caixa Econômica Federal sejam informados da decisão tomada pelo Tribunal de Contas da União neste processo;

que a Associação Brasileira das Empresas de Engenharia de Manutenção Predial e Industrial - ABEMPI também seja informada da decisão tomada pelo Tribunal de Contas da União neste processo;

com base no art. 169, inciso IV, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, que o presente processo seja arquivado por haver cumprido o seu objetivo." [...]

Voto do Ministro Relator

[...]

No que diz respeito à utilização do pregão, nas licitações ocorridas posteriormente aos certames tratados nestes autos,

conforme registra a Unidade Técnica, *a Caixa passou a utilizar a referida modalidade de licitação para contratar serviços de manutenção preventiva e corretiva de suas instalações e equipamentos, em linha de concordância com a jurisprudência deste Tribunal, estando regularizada a questão.*²⁹

(TCU, Acórdão n.º 262/2010 — Plenário, Rel., Min. Raimundo Carreiro, j. em 24.02.2010.)

Em *harmonia* com o indigitado *Acórdão n.º 262/2010 — Plenário — TCU*, o *Projeto de Lei da Câmara n.º 32, de 2007*³⁰ — informa **JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES** — altera a redação da Lei n.º 10.520/2002, de modo que as obras e serviços de Engenharia “com valor até R\$ 51 milhões”³¹ sejam “licitados por pregão, *obrigatoriamente*”³².

O *Acórdão n.º 296/2007 — 2.ª Câmara* (Relator, Ministro **BENJAMIN ZYMLER**), coerente com a jurisprudência *iterativa* do egrégio **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**, *afastou* a incidência de pregão em caso “de obras e serviços *não* comuns de engenharia”, *ao mesmo tempo* que pontuou a relevância da Administração Pública se cerca de *cuidados* quando afere se determinado serviço de Engenharia tem ou não caráter *comum*:

²⁹ Id. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 262/2010 — Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 27 mar. 2011, grifos nossos e originais.

³⁰ O PLC 32/2007 se encontra, atualmente (março de 2011), sob os auspícios da *Comissão de Assuntos Econômicos* do Senado Federal. Cf. BRASIL. Senado Federal. PLC — Projeto de Lei da Câmara, n.º 32 de 2007. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=80909>. Acesso em: 27 mar. 2011.

³¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão*. Disponível em: <[http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/6749119F142167E8832574C60074CC27/\\$File/NT00038E6E.pdf](http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/6749119F142167E8832574C60074CC27/$File/NT00038E6E.pdf)>. Acesso em: 27 mar. 2011. Nesse sentido: Id. *Contratação de obras e serviços de engenharia pela modalidade pregão. Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v.7, n.º 75, p. 28-33, mar. 2008.

³² *Ibid.*, loc. cit., grifo do autor.

Sumário

REPRESENTAÇÃO. UTILIZAÇÃO PELA ENTIDADE DE LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA, INFRINGINDO O ART. 5.º DO DECRETO 3.555/2000. LICITAÇÃO ANULADA PELA PRÓPRIA ENTIDADE. AUDIÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVAS. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. DETERMINAÇÃO À ELECTROACRE.

Carece de amparo legal a utilização da modalidade licitatória denominada pregão objetivando a contratação de empresa para execução de obras e serviços *não comuns* de engenharia.

[...]

Voto do Ministro Relator

[...]

Em suma, conforme já me manifestei em outras ocasiões, minha preocupação reside no fato de que no pregão são mitigados os requisitos de participação, vez que a aferição da qualificação do licitante só é procedida no final do certame e apenas em relação à proposta vencedora. O pressuposto é de que os serviços são menos especializados, razão pela qual a fase de habilitação é relativamente simples. De outra forma, a Administração poderia se ver forçada a, frequentemente, desclassificar a proposta de menor preço, se não confirmada a capacidade técnica do forne-

cedor. Nesse contexto, a lei resguardou a aplicação do pregão aos bens e serviços comuns.

Especificamente no que diz respeito à seleção de empresa para prestação de serviços de engenharia por meio do pregão, insta salientar que discorri sobre a questão nos fundamentos que guiaram a Decisão 557/2002-Plenário, proferida em 22.5.2002, ocasião em que destaquei a disposição contida no art. 5.º do Decreto 3.555/2000, vedando tal possibilidade. Observe-se que referida análise foi levada a efeito no contexto anterior à edição da Lei 10.520, de 17.7.2002, que ao contrário das normas antecedentes não continha expressa previsão de determinação do conteúdo do conceito de bens e serviços comuns por disposição regulamentar.

Ante essa nova circunstância, o Exmo. Ministro Valmir Campello, no voto condutor do Acórdão 817/2005 – 1.ª Câmara, Sessão de 3.5.2005, questionou a validade da restrição imposta pelo artigo 5.º do Decreto 3.555/2000, vez que *somente à lei competiria inovar o ordenamento jurídico, criando e extinguindo direitos e obrigações para as pessoas, como pressuposto do princípio da legalidade*. Concluiu, em síntese, que a *proibição* da contratação de obras e serviços de engenharia pelo Pregão, imposta pela norma regulamentar em questão, *carecia de fundamento de validade*, visto *não* possuir embasamento na Lei n.º 10.520, de 2002.

Pouco tempo depois, foi editado o Decreto 5.450, de 31.5.2005, em vigor desde 1.º.7.2005, que regulamentou a utilização do

pregão na forma eletrônica, estabelecendo procedimentos para essa finalidade.

Importa ressaltar que o art. 6.º desse normativo veda a realização de *pregão* eletrônico com vistas à contratação de obras, locações imobiliárias e alienações. Com vistas a facilitar a compreensão do tema, julgo conveniente reproduzir o dispositivo sob comento:

“Art. 6.º 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”.

Continuando a análise da questão, observo que foram prolatados os Acórdãos 331/2006-Plenário (Sessão de 22.3.2006) e 1329/2006-Plenário (Sessão de 2.8.2006), nos quais os respectivos relatores, Exmº Srs. Ministros Walton Alencar e Marcos Viçosa, em suas razões de decidir, levaram em consideração o fato de que o comando *regulamentar* acima mencionado impõe restrição *apenas* as contratações de *obras de engenharia*, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, deixando de fora os serviços de engenharia. Com base nesse raciocínio, concluíram que o *ordenamento jurídico em vigor ampara a realização de pregão eletrônico com vistas à contratação de serviços comuns de engenharia*.

A despeito de manifestar-me de acordo com entendimento esposado nas mencionadas decisões, observo que, na prática, é fato notório que os *serviços de engenharia*, mormente quando desen-

volvidos por engenheiros, *pressupõe certa* complexidade, motivo pelo qual são fiscalizados e disciplinados pelo Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CONFEA), e, ainda, necessitam de registro da ART (Anotação de Responsabilidade Técnica) nos respectivos Conselhos Regionais de Engenharia (CREA's). Dessa forma, reputo necessária a *máxima cautela do administrador público*, ao incluir tais *serviços em objeto de licitação* na modalidade *pregão*, de forma a promover *maior segurança* na execução contratual, conforme já discorri no início deste Voto.³³

(TCU, Acórdão n.º 296/2007 — 2.ª Câmara, Rel., Min. Benjamin Zymler, j. em 06.03.2007.)

No *Acórdão n.º 2.391/2007 — Plenário* (Relator, Ministro **BENJAMIN ZYMLER**), encaixilhou-se no rol dos serviços *comuns* de Engenharia os serviços de *topografia e sondagem de solo*:

9. A unidade técnica analisou a resposta apresentada e elaborou a instrução de fls. 102/115, que é transcrita, em parte, a seguir:

“[...] 7.1.2 Análise:

[...] Quanto ao argumento apresentado de que os serviços necessitam de profissionais especializados em hidrologia e em matemática estatística, com instrução de nível superior, o que, segundo a Codevasf, caracterizaria a natureza intelectual do serviço, tal raciocínio não merece prosperar. Se

³³ Id. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 296/2007 — Segunda Câmara. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 27 mar. 2011, grifos nossos e originais.

assim o fosse qualquer serviço, de engenharia ou não, que envolvesse formação superior exigiria a utilização da modalidade técnica e preço. Nesse aspecto, deve-se lembrar que serviços comuns de engenharia, como por exemplo, topografia, sondagem de solos, etc., podem inclusive ser licitados por meio de pregão.

Assim, verifica-se que há a possibilidade de se licitarem serviços *comuns* de engenharia utilizando-se a modalidade Pregão, conforme entendimento firmado pelo TCU, no Acórdão 817/2005 - Primeira Câmara, que considerou, no mérito, *improcedente* a representação contra a utilização da modalidade Pregão para obras e serviços de engenharia, uma vez constatada a *natureza de bens e serviços comuns* daqueles constantes do objeto do referido Pregão. [...].”

11. Referida proposta contou com a anuência do Diretor (fl. 115) e do Secretário da 4.^a Secex, em substituição (fl. 116).

É o relatório. [...] ³⁴

(TCU, Acórdão n.º 2391/2007 — Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 19.11.2007.)

Em suma, no contexto da modalidade licitatória do *pregão*, as *obras* e os *serviços comuns* de Engenharia devem, *necessariamente*, contemplar *padrões de desempenho, qualidades e especificidades* fixados em normas *técnicas*

³⁴ Id. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 2.391/2007 — Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 27 mar. 2011, grifo nosso.

contidas em *edital* de forma *objetiva e clara*, baseado o teor do instrumento editalício em *especificações e padronizações usuais e disponíveis a qualquer tempo no mercado*, de modo que a *execução* do futuro contrato administrativo seja *estribada* em técnicas, procedimentos e rotinas *amplamente* conhecidas, dominadas e ofertadas pelo *mercado*, e, ao mesmo tempo, *desprovidas* de uma atividade intelectual permeada de *subjetivismo e singularidade* típicos das encomendas e das circunstâncias *incomuns e excepcionais*, *ainda que seja exigível a aferição*, na fase habilitatória do certame, da *presença*, no quadro *permanente* do licitante, de *profissional* do respectivo ramo das *Engenharias*, na qualidade de *responsável técnico* pela correspondente *obra e/ou serviço* objeto da licitação.

3. DA DISCUSSÃO JURÍDICA EM TORNO DO CASO CONCRETO EM LICITAÇÃO

Relativamente às características do procedimento licitatório em epígrafe, cumpre proceder à leitura atenta destas passagens do Despacho n.º 030.2011.CPL.466123.2010.34469, de 16.03.2011, no qual a ilustrada Presidente da **COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO** desta **PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA** pondera (fls. X a X, v. II):

Da análise do Projeto Básico, a descrição do objeto a ser licitado trata de contratação de empresa para execução de serviço de engenharia referente à ampliação, execução e montagem da subestação abrigada abaixadora de tensão trifásica, de 1000 kva para 2000 kva, incluindo instalações elétricas de distribuição de baixa tensão, destacando a habilidade técnica dos profissionais que deverão compor as equipes de trabalho, das ferramentas que eles deverão utilizar, da forma de como ampliar, instalar, executar e montar a subestação.

De antemão, no caso concreto, não se cogita da contratação de obra, mas apenas de serviço de engenharia delineado a partir de padrões de desempenho e qualidade objetivamente fixados pelo projeto básico e anexos, por meio de especificações usuais no mercado. Ademais, o percentual do objeto correspondente a [sic] obra de engenharia é realmente inexpressivo, posto que a construção do recinto para abrigar a subestação pode ser, indubitavelmente[,] construído por empresas de engenharia de porte pequeno, desde possuam engenheiros civis habilitados.

[...]

[...] esta CPL manteve intensa pesquisa acerca da possibilidade jurídica de adoção do pregão para o caso em exame e, além de colacionar decisão da Corte de Contas da União sobre o tema e exemplar de edital de pregão presencial do Tribunal Regional do Trabalho da 22.^a Região, buscou consultoria junto ao Órgão de Contas do Estado do Amazonas – TCE/Am.

Assim sendo, em 3 de março de 2001, em reunião na sala da SECADI – Secretaria de Controle Externo da Administração Direta Estadual com o Sr. Lourival Aleixo dos Reis – Secretário da SECADI (Secretaria de Controle Externo da Administração Direta Estadual); dr.^a Lucicléia Corrêa de Souza – Analista de Controle Externo, lotada na SECADI (Secretaria de Controle Externo da Administração dos Municípios do Interior), esta que subscreve apresentou o projeto básico da ampliação da subestação, com o objetivo de consultar o entendimento da Corte de Contas estadual a respeito do *Parquet* promover a

licitação através de um pregão presencial quando se tratar de obras e serviços de engenharia comum.

A resposta foi afirmativa e enfática. Todos, sem exceção, manifestaram-se favoravelmente à adoção do pregão, ressaltando, inclusive que, no caso em comento, o pregão é a modalidade de licitação mais acessível a uma quantidade maior de interessados o que repercute, sem dúvida, obter uma economia maior aos cofres públicos.

Compulsando-se a supracitada manifestação técnico-jurídica da lavra da douta Presidente da **COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO** desta **PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA**, notam-se elementos *fundados* de que o certame licitatório em testilha, de fato, *preenche* os requisitos jurídicos apropriados à licitação via *pregão*, repetidamente sublinhados pela multicitada jurisprudência remansosa da Corte de Contas da União, construção pretoriana que oferece sólidas balizas para o enfrentamento da *vexata quaestio*.

Nota-se, ainda, a cautela da Titular da **CPL**, ao consultar servidores do egrégio **TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS** especializados na análise reiterada de circunstâncias análogas, estudar precedentes jurisprudenciais do egrégio **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO** e aferir caso concreto similar já enfrentado pela Administração do egrégio **TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 22.^a REGIÃO**.

Por outro lado, no *Parecer* n.º 060.2011.PGJ.468076.2010.344699, de 23.03.2011, manifestação da Assessoria Jurídica deste Gabinete alinhavada pelo Dr. **ROBERT WAGNER F. DE OLIVEIRA** (Técnico-Jurídico) e pela Dra. **PAULA S. S. NUNES COELHO** (Assessoria Jurídica)

consignam-se estes comentários à minuta do instrumento editalício em perspectiva (fls. X a Y, v. II):

[...] Como podemos aferir da leitura do da minuta de Edital submetida à aprovação, que se ocupa da definição do objeto a ser licitado, **o mesmo não cuidou de definir objetivamente os padrões de desempenho e qualidade da obra a ser executada, muito menos o fez por meio de especificações usuais de mercado**, apenas se resignando a descrever genericamente o serviço a ser feito, o que se tratando de uma construção de engenharia é o mínimo que se poderia exigir.

Ressalta-se que o item 16 da minuta de Edital, com seus 61 subitens, ao dispor sobre as obrigações da contratada, não cuidou de agregar definições sobre os padrões de desempenho e qualidade do objeto da licitação, pois as disposições que impõem à empresa a ser contratada o dever de zelo, observação da boa técnica e de demais normas técnicas e legais regulamentares, bem como a adoção de cautelas, diligências e medidas de segurança, não são particularidades da construção objeto destes autos, mas regras que se exigem em toda e qualquer obra desta ou serviço desta natureza, razão porque [sic] as mesmas não podem ser tomadas como uma definição da obra e dos serviços de engenharia a serem executados.

Somente o Memorial Descritivo, que é o Anexo I do Projeto Básico, que por sua vez é o Anexo I da Minuta de Edital, é que cuida de “estabelecer critérios de modo a orientar da [sic] ampliação, execução e montagem de uma subestação abaixadora de tensão trifásica de 1000 para 2000 kva [sic] que atende as

instalações elétricas do Ministério Público do Estado do Amazonas”.

Todavia, o estabelecimento de critérios para orientar a ampliação, execução e montagem não nos possibilita afirmar que a descrição da obra pretendida contém especificações usuais do mercado, muito menos que diz respeito a uma obra simples.
[...] (grifo dos autores)

No entanto, consistindo os Anexos do Edital e, dentre eles, o Projeto Básico e seus Anexos peças *integrantes e indissociáveis* do *Edital*, o instrumento editalício contempla, enxergado como a totalidade que é, os *padrões de desempenho, qualidades e especificidades* fixados em normas *técnicas* contidas em *edital* de forma *objetiva* e clara, o que se depreende da análise *conjunta* do *Projeto Básico n.º 001/2010 — FAMP* (fls. 157 *usque* 163), e dos seus principais Anexos, quais sejam, o Anexo I (Memorial Descritivo: ampliação da subestação abaixadora de 1.000 kVA para 2.000 kVA — fls. 164 *usque* 169 e 333 *usque* 338), o Anexo II (Memorial Descritivo: instalação de baixa tensão — fls. 170, 172 *usque* 178 e 338 *usque* 340), o Anexo III (Memorial Descritivo da Obra Civil — fls. 340 *usque* 353), o Anexo IV (Planilha Orçamentária — fls. 353 *usque* 362) e o Anexo VI (plantas, projetos elétricos e demais pranchas — fls. 176 *usque* 183).

Ademais, todos os instrumentos editalícios elaborados no âmbito do **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS** seguem o *mesmo padrão* (consolidado há tempos), cujas minutas *sempre* foram aprovadas pela **ASSESSORIA JURÍDICA** da **SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS**.

3.1. DO PROJETO BÁSICO E SEUS ANEXOS COMO PARTES INTEGRANTES DO EDITAL

A constatação de que os Anexos do Projeto Básico e os Anexos do Edital (a exemplo do próprio Projeto Básico) *compõe* o Edital *não* decorre *somente* de raciocínio lógico-jurídico, de uma interpretação teleológica ou sistemática arrimada no princípio da razoabilidade ou de uma ilação inspirada no senso comum, *mas também* — e sobretudo — de *expressa e incontroversa* previsão legal insculpida no art. 40, § 2.º, inciso I, da Lei n.º 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

§ 2.º Constituem **anexos** do **edital**, **dele** fazendo **parte integrante**:

I — o **projeto básico** e/ou executivo, com **todas** as suas **partes**, desenhos, **especificações** e **outros complementos**; [...] (grifo nosso)

Na exata inteligência do art. 40, § 2.º, da Lei n.º 8.666/1993, *não* se pode analisar o *corpo* do Edital como segmento *estaque* e peça *separada* dos

seus Anexos, sob pena de se infringir o conceito *lato sensu* de Edital acolhido pelo § 2.º do art. 40 da Lei n.º 8.666/1993.

Em estrita observância não apenas ao teor literal, como, também, à *mens legis* do art. 40, § 2.º, inciso I, da Lei n.º 8.666/1993, a jurisprudência do egrégio **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO** tem acentuado a *exigibilidade* de que os *editais* de licitações de obras e/ou serviços de Engenharia *encerrem* os seus respectivos *projetos básicos*:

Edital - anexos - obrigatoriedade

Nota: o TCU determinou que o edital de licitação referente a obras deverá conter os anexos previstos no § 2.º do art. 40, assim como observar o disposto no § 2.º do art. 7.º e § 1.º do art. 62 da lei 8666/93.

Fonte: TCU. Processo n.º 550.173/96-0. Acórdão 518/1998 – 1.ª Câmara.³⁵

A jurisprudência da Corte de Contas da União, em plena *sintonia* com o *espírito* do art. 40, § 2.º, inciso I, da Lei n.º 8.666/1993, considera os *memoriais descritivos* partes *integrantes* dos *editais* licitatórios de obras e/ou serviços de Engenharia:

1513. Contratação Pública – Edital – Cláusulas – Projeto básico e executivo detalhados – Orçamento estimado em planilhas – Descrição dos serviços – TCU

³⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vadé-mécum de licitações e contratos: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 647, grifo do autor. (Coleção Jacoby de Direito Público, v. 8)

“Faça constar em todos os processos licitatórios destinados à execução de obras ou serviços de engenharia o projeto básico e/ou executivo, com todas suas partes, desenhos, especificações e outros necessários, bem como orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, tudo de conformidade como o disposto nos incisos I e II do § 2.º do artigo 40 da Lei n.º 8.666/93 (...) e a **descrição dos serviços a serem realizados no memorial descritivo respectivo, como anexo do edital**, nos termos do inciso IV do § 2.º do art. 40 da Lei n. 8.666/93, evitando fazer tais descrições juntamente com os dados da planilha de quantitativos e preços unitários”. (TCU, Acórdão n.º 3.796/2007, 1.ª Câmara, Rel. Min. Valmir Campelo, DOU de 05.12.2007.)³⁶

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR recende que o desiderato do art. 40, § 2.º, da Lei n.º 8.666/1993 radica em esclarecer, de forma inconcussa, que *integram* o Edital *todos* os seus Anexos:

A importância do § 2.º está em **indicar quais as peças que integram o edital, a despeito de não constarem de seu corpo, figurando como anexos**. Significa dizer que tais peças, também datadas, rubricadas e assinadas pela autoridade competente (originais igualmente juntos nos autos do processo correspondente), **vinculam a Administração e os licitantes como se estivessem transcritas no corpo do edital**. De sua existência e de seu teor os licitantes **não poderão alegar desconhecimento, nem, portanto, esquivar-se de sua fiel observância, seja na apresentação da documentação de**

³⁶ MENDES, Renato Geraldo. *Lei de licitações e contratos anotada*. 7. ed. Curitiba: Zênite, 2009, p. 375, grifos nossos e do autor.

habilitação preliminar, na elaboração da proposta ou na execução do contrato.³⁷

Destarte, a teor do art. 40, § 2.º, da Lei n.º 8.666/1993, assim como da jurisprudência do egrégio **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO** e do ensino de **JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR**, os *Anexos* do respectivo Projeto Básico *integram* o correspondente Edital.

O presente Edital, portanto, *cumpra rigorosamente* o mandamento encapsulado no art. 40, § 2.º, da Lei n.º 8.666/1993, já que, no conteúdo *integral* do instrumento editalício (considerando seu *corpo*, seus *Anexos* e, dentre estes, os *Anexos* do *Projeto Básico*), mencionam-se, de forma adequada, os *padrões de desempenho, qualidades e especificidades* fixados em normas *técnicas* e delineados de forma *objetiva e clara*, por meio dos quais se evidenciam os *pormenores técnicos* do objeto a ser licitado e contratado, o que *esvazia* a afirmativa de que o pregão seria inaplicável à espécie.

A propósito, convém atinar com o voto proferido pelo Ministro **MARCOS VINÍCIOS VILAÇA** como Relator do *Acórdão n.º 2079/2007 — Plenário — TCU*, ao sobressair “que o pregão *apenas* é vedado nas hipóteses em que o atendimento do contrato *possa* ficar sob *risco previsível*,”³⁸ — frise-se — “pela *dificuldade de transmitir aos licitantes*, em um procedimento *enxuto*, a *complexidade do trabalho* e o *nível exigido de capacitação*”³⁹, situação *diametralmente oposta* ao do caso vertente, em que o Edital, visto como a totalidade que é (corpo do Edital somado aos seus *Anexos*, inclusive ao *Projeto Básico* e aos seus *Anexos*), transmite aos licitantes, de modo didático, as especificidades do certame em referência.

³⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 495, grifo nosso.

³⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 2079/2007 — Plenário*. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 29 mar. 2011, grifo nosso.

³⁹ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

3.2. DA RELEVÂNCIA DE QUE OS EDITAIS LICITATÓRIOS SEJAM SUCINTOS E DESPROVIDOS DE FORMALISMOS EXACERBADOS

Conforme salientado alhures, denota-se *despiciendo e excessivo* repisar-se no *corpo* do Edital o que *já* foi *satisfatoriamente* consignado nos seus *Anexos*.

Observe-se que o art. 40, inciso I, da Lei n.º 8.666/1993 impõe ao Edital a *indicação do objeto da licitação*, mediante descrição *sucinta* e clara, com o propósito de fomentar a *competitividade*, o que *não* se compadece com definições e discriminações palmilhadas de *redundâncias* e *preciosismos* nem se coaduna com exigências *supérfluas* e formalidades de viés demasiado *burocrático*.

O *formalismo* deve ser pensado sempre *em favor* da *sociedade* e dos *administrados* (destinatários da atividade administrativa do Estado), nunca para servir de empecilho ao caráter *concorrencial* dos procedimentos licitatórios, tal como alerta **MARÇAL JUSTEN FILHO**:

É imperioso destacar que o formalismo não é uma garantia a favor da Administração e contra os administrados. A proceduralização não é instrumento de exclusão relativamente aos cidadãos. Sua função é precisamente oposta: restringe-se o poder e dificulta-se a adoção de atos arbitrários.⁴⁰

O exagerado formalismo e a mentalidade burocrática de Comissão de Licitação de dado Tribunal Regional Federal rendeu, no seio da *Decisão*

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 99.

*n.º 695/1999 — Plenário — TCU (Relator, Ministro **MARCOS VINÍCIOS VILAÇA**), estes juízos de valor acerbos (agasalhados no voto condutor do Relator):*

Voto do Ministro Relator

13. Para mim, as razões apresentadas na resposta à diligência promovida pela Secex/SP não são suficientes para justificar a desclassificação da Tectel Ltda.. O formalismo exagerado da Comissão de Licitação configura uma violação a princípio básico das licitações, que se destinam a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Atos dessa natureza ensejam, inclusive, a aplicação de multa aos responsáveis pelo ato, conforme dispõe o art. 58, inciso II, da Lei n.º 8.443/92.

[...]

18. O ex-Ministro Extraordinário da Desburocratização, Hélio Beltrão, costumava dizer que a burocracia nasce e se alimenta da desconfiança no cidadão, na crença de que suas declarações são sempre falsas e que válidas são as certidões, de preferência expedidas por cartórios, com os importantíssimos carimbos e os agora insubstituíveis "selos holográficos de autenticidade", sem os quais nada é verdadeiro.

19. O apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao

Erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece-se o interesse público e passa-se a conferir os pontos e vírgulas como se isso fosse o mais importante a fazer.⁴¹

Ainda em relação à Corte de Contas da União, **CARLOS PINTO COELHO MOTTA** registra:

No TCU, ainda o Ministro Fernando Gonçalves condenado o formalismo:

“Esta, aliás, tem sido a tendência moderna deste Tribunal: evitar as preocupações excessivas com formalidades e cuidar mais da correta aplicação dos recursos públicos, combatendo o desperdício e a corrupção.⁴²

O magistério de **EVELISE PEDROSO TEIXEIRA PRADO VIEIRA** colige precedente judicial a vislumbrar *menoscabo* do *princípio da competitividade* em exigência editalícia eivada de *excesso formal*:

Exigência, em edital, de registro do produto ou das empresas em órgãos nos quais o registro não é obrigatório. Ofensa ao

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão n.º 695/1999 — Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 29 mar. 2011. Nesse sentido: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações & contratos*: doutrina, jurisprudência e legislação; estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregões. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 101.

⁴² MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações & contratos*: estudos e comentários sobre as Leis 8.666/93 e 8.987/95, com a redação da Lei 9.648 de 27/5/98. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 85.

princípio da competitividade. (TJ-SP, 4.^a Câm. Dir. Públ., Apel. Cível n. 94.590-5, Relator Soares Limas, julg. 02.12.1999, v.u.)

43

3.3. DO DETALHAMENTO DO OBJETO DA FUTURA AVENÇA E DA FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL

Daí se percebe que o Edital sob comento, mormente por intermédio, sobretudo, do *Projeto Básico* e de seus *Memoriais Descritivos*, *Projetos Elétricos* e *Planilhas*, propicia a *adequada* descrição do objeto e de suas especificações técnicas, em conformidade com as balizas legais, doutrinárias e jurisprudenciais acima invocadas, a preconizarem, em essência, a *definição do objeto de forma clara, objetiva e sucinta*, escoimada de repetições e exigências *desnecessárias*, tudo a demonstrar, de forma patente, que o instrumento editalício *não* se atém a generalidades (ao revés, municia-se do imprescindível detalhamento, seja das atividades a serem executadas pelo eventual particular a ser contratado ao término do procedimento licitatório, seja do procedimento de fiscalização contratual a ser desempenhado pela Administração do *Parquet*).

Data maxima venia, equivoca-se a **ASSESSORIA JURÍDICA** da **SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS**, ao confundir *qualidade do objeto* como sinônimo de *especificação do objeto*.

⁴³ VIEIRA, Evelise Pedrosa Teixeira Prado. *Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública comentada: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 38.

É que a *especificação* técnica do objeto do certame licitatório restou *contemplada* no Edital, capitaneado pelo *Projeto Básico* e seus *Memoriais Descritivos*.

Já a *qualidade* do *objeto* concerne, isto sim, ao aspecto *qualitativo* da execução contratual pelo particular, alvo de futuro controle de eficiência e legalidade pela Administração do **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS**, por intermédio de Comissão constituída para tal fim, visando à fiscalização quanto ao adequado cumprimento do objeto, pelo contratado, atendidos os parâmetros de qualidade impostos pelo Edital, caixa de ressonância das regras imanescentes ao *princípio da eficiência* (art. 37, *caput*, da CF/88) e aos *paradigmas de qualidade* adotados pelo mercado.

Firme nas razões expostas ao norte, este **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS**, no desempenho de suas atribuições legais, **DEIXA DE ACOLHER** o *Parecer n.º 060.2011.PGJ.468076.2010.344699*, ao mesmo tempo que **APROVA** a Minuta de Edital em epígrafe, determinando, em consequência, o retorno dos presentes autos aos auspícios da douta **COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO** desta Procuradoria-Geral de Justiça, a fim de que esta deflagre o devido procedimento licitatório.

Publique-se, registre-se, cumpra-se.

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS, em Manaus, 30 de março de 2011.

FRANCISCO DAS CHAGAS SANTIAGO DA CRUZ

Procurador-Geral de Justiça