



337
[Assinatura]



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE ORIENTAÇÃO E COORDENAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

PARECER Nº. 075 /2010/DECOR/CGU/AGU

PROCESSO N.º 00453.000264/2009-81

INTERESSADO: Núcleo de Assessoramento Jurídico em Maceió/AL

ASSUNTO: Consulta acerca da interpretação do art. 6º do Decreto nº, 5.450/05. Contratação de obras de engenharia por intermédio de pregão.

PREGÃO. VEDAÇÃO À CONTRATAÇÃO DE OBRAS DE ENGENHARIA. POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS COMUNS DE ENGENHARIA.

I - Consulta acerca da interpretação do art. 6º do Decreto nº, 5.450/05.

II - Decisões do Tribunal de Contas da União reconhecendo a inconstitucionalidade da mencionada norma.

III - Distinção entre obras e serviços de engenharia e respectivo tratamento legislativo;

IV - Vedação legal à realização da modalidade licitatória pregão para obras de engenharia. Art. 1º lei nº. 10.520/02 c/c art. 6º, I e II da Lei nº. 8.666/93. Adequação da vedação prevista no art. 6º do Decreto nº. 5.450/05.

V - Possibilidade de contratação de serviços de engenharia por pregão, desde que se tratem de serviços comuns.

VI - Fixação da interpretação a ser seguida pelas Consultorias Jurídicas ou órgãos equivalentes e Núcleos de Assessoramento Jurídico. Sugestão de encaminhamento de recomendação ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais - DEAEEX da Consultoria-Geral da União e à Casa Civil da Presidência da República.

Senhor Coordenador-Geral de Orientação Substituto,

- I -

Trata-se de consulta formulada pelo Núcleo de Assessoramento Jurídico em Maceió/AL, através do Memorando nº. 083/2009-NAJ/CGU/AGU/AL, acerca da correta

[Assinatura]

aplicação a ser dada ao artigo 6º do Decreto nº, 5.450, de 31 de maio de 2005, que proíbe a contratação de obras de engenharia por meio do pregão eletrônico.

2. Aduz que existe ao menos uma decisão do Tribunal de Contas da União entendendo que o referido dispositivo legal extrapolou o poder regulamentar ao estabelecer vedações não previstas na Lei nº. 10.520/02 e que, portanto, não deve o mesmo ser levado em consideração quando da escolha da modalidade de licitação para a contratação de obras de engenharia.

3. Relata que tal decisão gera insegurança jurídica e prejuízos à credibilidade da Advocacia-Geral da União, haja vista que, como não podem afastar a aplicação do art. 6º do Decreto nº. 5.450/05, os Núcleos de Assessoramento Jurídico correm o risco de ter as licitações cujo objeto seja a contratação de obra de engenharia julgadas ilegais pelo Tribunal de Contas da União, por força do entendimento acima mencionado.

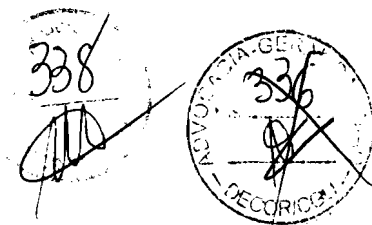
4. Salienta, por fim, que a questão é um pouco mais ampla, a reclamar a necessidade de se conceituar obras e serviços de engenharia, bem como saber diferenciá-los adequadamente, estabelecendo quais objetos podem ser licitados na modalidade pregão, presencial ou eletrônico.

5. O referido memorando fora instruído com cópia da NOTA/JMB/NAJ/AL/CGU/AGU Nº. 52/2009 e respectivo DESPACHO Nº. 249/2009.

6. Os autos foram encaminhados pelo Exmo. Sr. Coordenador do Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos – DECOR para a manifestação da Coordenadora Geral do referido Departamento a qual exarou a NOTA DECOR/CGU/AGU Nº. 314/2009-MCL.

7. Referida Nota, no entanto, não obteve a aprovação do Exmo. Sr. Coordenador do Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos – DECOR, que firmou a competência deste Departamento para o enfrentamento do tema, determinando a elaboração do Memorando Circular nº. 32/2009-DECOR/CGU/AGU, a fim de colher a manifestação dos Consultores Jurídicos dos Ministérios e dos Coordenadores-Gerais dos Núcleos de Assessoramento Jurídico acerca do tema objeto do Memorando nº. 083/2009-NAJ/CGU/AGU/AL.





8. O Memorando Circular nº. 32/2009-DECOR/CGU/AGU fora respondido pelo Núcleo de Assessoramento Jurídico de Belo Horizonte – MG (fls.28/71), Núcleo de Assessoramento Jurídico de Cuiabá - Mato Grosso (fls. 111/156), Núcleo de Assessoramento Jurídico em Recife – PE (fls. 170/185), Núcleo de Assessoramento Jurídico em Aracaju-SE(fls. 186/326), Assessoria Adjunta do Comando da Aeronáutica (fls. 72/84), pela Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes (fls. 85/106), Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social (fls.107/131), Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (fls. 132/110), e Consultoria Jurídica do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (fls. 330/334), sendo, então, o presente procedimento distribuído pelo Coordenador-Geral de Orientação do DECOR/CGU/AGU Substituto para análise e manifestação da Advogada da União que subscreve a presente.

9. É o breve relato. Passa-se ao exame.

- II -

10. Antes que se adentre no cerne da controvérsia, impõe asseverar a pertinência da submissão da presente questão à Consultoria-Geral da União.

11. Nos termos do art. 4º, inciso X, da Lei Complementar nº. 73, de 10 de fevereiro de 1993, c/c art. art. 3ª, inciso VIII, 'b' do Ato Regimental nº. 05, de 27 de setembro de 2007, verifica-se competir a Consultoria-Geral da União, a orientação e coordenação da atuação das Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes e dos Núcleos de Assessoramento Jurídico, em especial no que pertine à elaboração ou alteração de teses e enfrentamento de temas que lhes sejam comuns.

12. Tal atribuição, inclusive, é exercida especialmente pelo Departamento de Coordenação e Orientação Jurídica - DECOR, que integra a referida Consultoria-Geral, a quem compete atuar, nos termos do art. 9º e 10º, I, do referido Ato Regimental nº. 05, de 27 de setembro de 2007¹, na orientação das Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos

¹ Art. 9º Compete ao Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos - DECOR:

I - orientar e coordenar os trabalhos das Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes e dos Núcleos de Assessoramento Jurídico, especialmente no que se refere à:

a) uniformização da jurisprudência administrativa;

b) correta aplicação das leis e observância dos pareceres, notas e demais

equivalentes e dos Núcleos de Assessoramento Jurídico para a correta aplicação da Constituição, das leis e demais atos normativos.

13. Havendo no caso dos autos controvérsia acerca da correta interpretação a ser dada ao art. 6º do Decreto nº. 5.450/05, com manifestações divergentes oriundas de Núcleos de Assessoramento Jurídico e Consultorias Jurídicas dos Ministérios acerca do tema contratação de obras e serviços de engenharia por meio de pregão, impõe-se a este Departamento a uniformização do entendimento a ser adotado pelos referidos órgãos em suas manifestações jurídicas vindouras.

II.1 – DA DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

14. Dos elementos colhidos nos autos depreende-se que a controvérsia gira em derredor da possibilidade de utilização da modalidade licitatória pregão para a contratação de obras de engenharia, haja vista a divergência existente entre a disposição contida no art. 6º do Decreto nº. 5.450, de 31 de maio de 2005, e o posicionamento adotado pelo Tribunal de Contas da União acerca do tema.

15. O artigo 6º do Decreto nº. 5.450/05 dispõe que *“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”*, vedando, pois, expressamente, a adoção da referida modalidade para a contratação de obras de engenharia.

orientações da Advocacia-Geral da União; e

c) prevenção de litígios de natureza jurídica; e

II - propor ao Consultor-Geral da União medidas relacionadas à atuação das Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes e dos Núcleos de Assessoramento Jurídico.

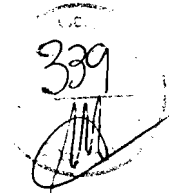
Art. 10. Integram o DECOR:

I - a Coordenação-Geral de Orientação, à qual incumbe:

a) atuar na orientação das Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes e dos Núcleos de Assessoramento Jurídico para a correta aplicação da Constituição, das leis e demais atos normativos; e

b) atuar na solução de controvérsias e na uniformização de teses jurídicas;

LP



16. De outro lado, o posicionamento que vem sendo adotado pelo Tribunal de Contas da União é no sentido de reconhecer genericamente que as disposições infraconstitucionais que regulamentam o pregão – Decretos nº. 3.555/2000 e 5.450/2005 – ao vedarem a contratação de obras e serviços de engenharia por tal modalidade, extrapolaram o poder regulamentar da lei nº. 10.520/2002, carecendo, pois, de validade. Desta forma, segundo entende a referida Corte, inexistiria vedação válida no ordenamento jurídico pátrio para a contratação de obras e serviços de engenharia por intermédio de pregão.

17. É o que se vê nos trechos do acórdão nº. 286/2007 da 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União, (TC-027.327/2006-9, Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, DOU 16.02.2007), adotado pela Assessoria Jurídica Consultante a fim de assinalar a divergência ora posta:

A questão que envolve a possibilidade de contratação de obra e serviços de engenharia por meio de pregão já foi objeto de diversas deliberações deste Tribunal, a exemplo da Decisão 557/2002 e dos Acórdãos 674/2002, 331/2006 e 1.329/2006, todos do Plenário, e do Acórdão 817/2005 - 1ª Câmara.

10. Inicialmente, por força da Decisão 557/2002 - Plenário, entendeu-se que não poderia ser utilizada a modalidade de pregão para contratação de serviços de engenharia, em virtude da vedação constante no art. 5º do Decreto 3.555/2000.

11. Posteriormente, após a edição do Acórdão 817/2005 - 1ª Câmara, o entendimento do Tribunal tem evoluído no sentido de que é possível a contratação de obras e serviços de engenharia por meio de pregão, em razão, principalmente, de a Lei 10.520/2002 não excluir previamente quaisquer espécies de serviços dessa modalidade de licitação, somente condicionando a sua utilização aos serviços comuns, conforme se observa a partir do trecho do Voto do relator, Ministro Valmir Campelo, a seguir transcrito:

'4. Ainda como razões de decidir, recorro que a Lei 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, mediante a existência de circunstâncias objetivas constantes da fase interna do procedimento licitatório.

5. Como se vê, a Lei 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. 5º 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, recorro 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 de reger-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 de engenharia pelo Pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei 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.

12. Recentemente, o relator do Acórdão 1.329/2006 - Plenário, Ministro Marcos Vileça, citou parte do voto do condutor do Acórdão 817/2006 para demonstrar a nova linha de entendimento existente dentro do tribunal em relação à matéria em análise, conforme trecho a seguir reproduzido:

'7. Nesse lineamento normativo, foi proferida, em 22.5.2002, a Decisão 557/2002 - Plenário, destacando a vedação à utilização de pregão para a contratação de serviços de engenharia emanada do artigo 5º do Decreto 3.555/2000.

8. O pregão foi novamente tratado na Lei 10.520/2002, de 17.7.2002. Ao contrário das normas antecedentes, essa lei não contém expressa previsão de determinação do conteúdo do conceito de bens e serviços comuns por disposição regulamentar.

9. Houve, então, uma alteração no quadro jurídico em que se concebeu a Decisão 557/2002 - Plenário e, já nesse novo contexto, foi prolatado o Acórdão 817/2005 - 1ª Câmara, Ata 14/2005, Sessão de 3.5.2005, em que a validade da restrição do artigo 5º do Decreto 3.555/2000 foi abordada no voto condutor do Exmo. Ministro Valmir Campelo, nos seguintes termos:

'4. Ainda como razões de decidir, recorro que...' (sem grifos no original).

13. Portanto, com base no entendimento esposado no Acórdão 817/2006 - 1ª Câmara, pode-se afirmar que a Lei 10.520/2002 não veda a contratação de obras e serviços de engenharia por meio da modalidade de pregão.

(...)

25. Portanto, levando-se em conta que:

- o conjunto dos serviços que compõem o objeto do Pregão Eletrônico 061/2006 não apresenta grande complexidade, podendo ser enquadrados como serviços comuns;

- o valor estimado para a contratação não envolve elevado montante de recursos, estando dentro dos limites previstos para a realização de convite;

- as condições para habilitação técnica possibilitam a contratação de empresa que tenha a devida qualificação para a execução dos serviços;

- a realização da licitação na modalidade de convite pode reduzir a competitividade do certame, levando a Administração do CNPq a contratar os serviços por valores superiores aos que seriam obtidos por meio da realização de pregão; e

- a Lei 10.520/2002 não veda a realização de pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia;

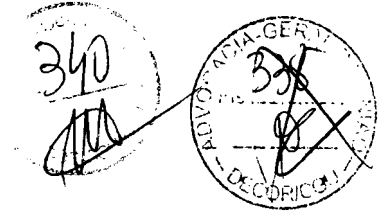
- a representação apresentada pelo Sinduscon-DF deve ser considerada improcedente. (grifou-se e negritou-se)

18. No mesmo sentido, entendimento esposado em inúmeros acórdãos da referida Corte de Contas (Acórdãos 727/2009 - TCU Plenário, 2272/2007 - TCU Plenário, 331/2006, TCU - Plenário, Acórdãos 1329/2006 - TCU - Plenário, Acórdão 1.617/06- TCU - Plenário, Acórdão 2.727/2006 - TCU - Plenário, Acórdão 2.079/2007 - TCU - Plenário - dentre outros) e especificamente o contido no recente ACÓRDÃO Nº 1168/2009 - TCU - Plenário, que, amparando-se na súmula 347 do Supremo Tribunal Federal² não apenas reconheceu a inconstitucionalidade do art. 6º do Decreto nº. 5.450/2005, como recomendou fosse dada ciência à Presidência da República, com base no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, a fim de promover a revogação do mencionado dispositivo legal.

2

SÚMULA Nº 347: O TRIBUNAL DE CONTAS, NO EXERCÍCIO DE SUAS ATRIBUIÇÕES, PODE APRECIAR A CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E DOS ATOS DO PODER PÚBLICO.





19. Pela importância, transcrevo os principais excertos do mencionado acórdão, *verbis*:

4.2.8 Especificamente com relação ao art. 6º do Decreto 5.450/2005, deve ser frisado que ele é inconstitucional.

4.2.9 Esse artigo não existe na Lei 10.520/2002, a qual o Decreto 5.450/2005 se propôs regular, tampouco na Lei 8.666/93, a qual é aplicada subsidiariamente ao pregão (art. 9º, Lei 10.520/2002). E o Executivo não dispõe do poder de inovar sobre licitações e contratos por meio de decreto, conforme disposto na Constituição Federal:

(...)

4.2.17 No caso, o art. 6º do Decreto 5.450/2005 foi além do permitido pela Constituição Federal pois o Chefe do Executivo criou uma nova regra restritiva para o pregão mas que só poderia entrar para o mundo normativo por meio de lei. Isto é chamado de reserva legal, assim definido por J. J. Gomes Canotilho (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Editora Almedina, 2003, 7ª ed., p. 837):

[...] a reserva de lei (= reserva constitucional de lei = reserva horizontal de lei = reserva formal de lei) através da qual a Constituição reserva à lei regulamentação de certas matérias;

4.2.18 A restrição ao poder regulamentar é resultado do princípio da separação de poderes, senão haveria invasão do Executivo sobre a competência primordial do Legislativo que é fazer nascer leis. Como explica Alexandre de Moraes (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2007, 22ª ed., p. 461):

O exercício do poder regulamentar do Executivo situa-se dentro da principiologia constitucional da Separação de Poderes (CF, arts. 2º, 60, § 4º, III), pois, salvo em situações de relevância e urgência (medidas provisórias), o Presidente da República não pode estabelecer normas gerais criadoras de direitos ou obrigações, por ser função do Poder Legislativo. Assim, o regulamento não poderá alterar disposição legal, tampouco criar obrigações diversas das previstas em disposição legislativa.

4.2.19 A utilização de decreto ao invés de lei para criar nova regra para o pregão caracteriza a inconstitucionalidade formal, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 32.):

Como observado, os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na forma final.

(...)

4.2.21 O controle da constitucionalidade pode ser exercido no caso em discussão porque o sistema judicial brasileiro aceita, além do controle pela via principal, efetuado pelo Supremo Tribunal Federal, o controle difuso pela via incidental.

(...)

4.2.22 E mais, o Tribunal de Contas da União é órgão competente para realizar a análise em concreto da constitucionalidade quando necessária à instrução de processos, conforme dispõe a Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal:

O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

4.2.23 Adicione-se que o decreto é ato administrativo passível de declaração de inconstitucionalidade, nas palavras de Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 74):

O controle incidental de constitucionalidade pode ser exercido em relação a normas emanadas dos três níveis de poder, de qualquer hierarquia, inclusive as anteriores à Constituição. O órgão judicial, seja federal ou estadual, poderá deixar de aplicar, se considerar incompatível com a Constituição, lei federal, estadual ou municipal, bem como quaisquer atos normativos, ainda que secundários, como o regulamento, a resolução ou a portaria. Não importa se o tribunal estadual não possa declarar a inconstitucionalidade de lei federal

em via principal e abstrata ou se o Supremo Tribunal Federal não possa, em ação direta, invalidar lei municipal. Se um ou outro estiver desempenhando o controle incidental e concreto, não há limitações dessa natureza.

4.2.24 Relembro que, em ocasiões anteriores, o TCU já declarou a carência de fundamento de validade do decreto regulador do pregão. Por exemplo, o Ministro Relator Valmir Campelo, no Relatório do Acórdão 817, Ata 14/2005 – 1ª Câmara, postulou que:

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, 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. 5º 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, recorro 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 de regravar-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 de 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.

4.2.25 Em suma, o Tribunal de Contas da União deve reconhecer a inconstitucionalidade formal do art. 6º do Decreto 5.450/2005, pois tal artigo excede as disposições da Lei 10.520/2002, e assim houve invasão sobre matéria cuja inovação jurídica somente pode ocorrer por meio de lei ordinária, conforme determinado pelo art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal.

4.2.26 Em decorrência da inconstitucionalidade do art. 6º do Decreto 5.450/2005, não cabe ao denunciante se socorrer desse artigo para paralisar o Pregão 203/2006 do Serpro e a presente denúncia deve ser considerada improcedente.

4.2.27 Como o art. 6º do Decreto 5.450/2005 está sendo utilizado por toda a Administração Federal para bloquear o uso do pregão para serviços de engenharia, sem avaliar se estes são comuns ou não, com base no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, proponho que seja feita recomendação à Presidência da República para que revogue o art. 6º do Decreto 5.450/2005 pois o mesmo não fora previsto na Lei 10.520/2002 e assim está viciado por inconstitucionalidade formal tendo invadido matéria que somente deve ser regulada por meio de lei ordinária.

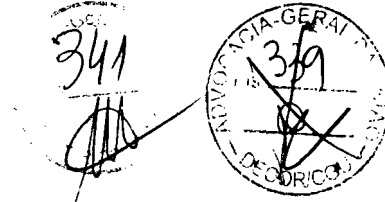
(...)

5. Quanto à possibilidade de utilização de licitação, na modalidade pregão, para contratação de serviços e obras de engenharia, observo que a Lei 10.520/2002 não obsta tal possibilidade, desde que envolvam a aquisição de bens e serviços comuns, nos termos do art. 1º, in litteris:

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

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado." (Grifei).

6. Dessa forma, não há que se confundir a complexidade do objeto a ser contratado com a natureza do serviço a ser prestado. O objeto global pode até ser complexo, mas envolver a execução de serviços comuns para sua



consecução, a exemplo de determinadas consultorias e obras de engenharia, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser definidos no edital de forma precisa e suficientemente clara, por meio de especificações usuais no mercado.

7. Nesse contexto, dimana dos autos questão erigida pela 2ª Secex, acerca da ilegalidade do art. 6º do Decreto 5.450/2005, a seguir circunscrito:

“Art. 6º A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como a locações imobiliárias e alienações em geral.”.

8. Observo que, apesar de o dispositivo transcrito não se referir ao caso vertente, que trata de serviços de engenharia, e de o exame perpetrado pela unidade técnica não se amoldar ao presente processo, afigura-se procedente sua verificação, haja vista que o art. 6º do Decreto 5.450/2005 exacerbou o conteúdo normativo insculpido na Lei 10.520/2002, ao inaugurar restrição nova à utilização do pregão eletrônico para a contratação de obras de engenharia.

9. De fato, como a competência para legislar sobre licitações e contratos é privativa da União, nos termos do art. 22, inciso XXVII, da CF/88, não poderia o Poder Executivo, por meio de decreto, inovar no mundo jurídico, mediante restrição nova, não contemplada expressamente na lei do pregão, a qual representou legitimamente a mens legislatoris.

10. Assim, entendo oportuno dar ciência à Presidência da República e ao Ministério do Planejamento da inconstitucionalidade do art. 6º do Decreto 5.450/2005, em razão restrição de utilização da licitação na modalidade pregão, para obras de engenharia, contrariando o art. 22, XXVII, da CF/88, considerando que a Lei 10.520/2002 não contempla orientação expressa nesse sentido.

(Grifou-se e negritou-se)

II.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA – PREGÃO

20. Fixada a controvérsia, antes que nos debruçemos sobre matéria de fundo, e a fim de que se possa formar escorreito ente de razão acerca da mesma, impõe analisar o tratamento legislativo conferido ao tema.

21. A licitação, na modalidade pregão, teve a sua aplicação no âmbito da União inaugurada através da edição da Medida Provisória nº. 2.026, de 4 de maio de 2000, a qual fora reeditada inúmeras vezes até ser convertida na Lei nº. 10.520/2002, a qual fora responsável por estender o pregão para o âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

22. A referida Medida Provisória fora regulamentada pelo Decreto nº. 3.555, de 8 de agosto de 2000, que tratou exclusivamente do pregão presencial, tendo o Decreto nº. 3.697, de 21 de Dezembro de 2000, estabelecido normas e procedimentos para a realização da nova modalidade licitatória por meio da utilização da tecnologia da informação (pregão eletrônico).

23. Posteriormente, fora editado o Decreto nº. 5.450, de 31 de maio de 2005, já sob a égide da Lei nº 10.520/2002, o qual, revogando o Decreto nº. 3.697/00, regulamentou o pregão eletrônico.

24. Impõe salientar que, de acordo com o que advoga parte da Doutrina, o Decreto nº. 5.450/05 não se restringe a regulamentar o pregão eletrônico, aplicando-se, algumas de suas disposições, porque genéricas ou ampliativas, também ao pregão presencial.

25. É o que se colhe dos ensinamentos de MARÇAL JUSTEN FILHO (In "Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª Ed. Revista e Atualizada, Ed. Dialética, São Paulo, 2009, p. 29):

Ou seja, não há dúvida de que o Dec. nº. 5.450 revogou o Dec. 3.697. Fê-lo de modo expresso, no art. 33. Mas também é necessário reconhecer que, tendo disposto sobre temas gerais atinentes ao pregão, o Dec. nº. 5.450 também afetou a vigência do Dec. Nº. 3.555.

Logo, o Dec. nº. 5.450 produziu dois efeitos normativos em relação ao pregão comum.

Em primeiro lugar, o Dec. nº 5.450 contém normas regulamentares gerais que se aplicam a qualquer modalidade de pregão, que não constavam do Dec. nº. 3.555. Sob esse ângulo, o Dec. nº 5.450 ampliou a disciplina regulamentar do pregão comum.

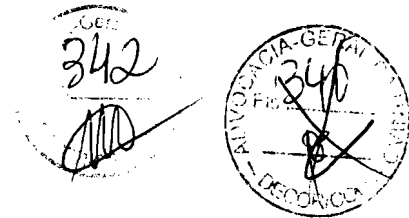
Por outro lado, o Dec. nº 5.450 veicula regras substitutivas (porque contraditórias) com as do Dec. nº. 3.555. Neste ponto, o Dec. nº. 5.450 revogou (de modo implícito) algumas disposições do Dec. nº. 3.555. A maior dificuldade reside em que o texto legal do Dec. nº. 5.450 não apresenta qualquer indicativo dessa disciplina aplicável de modo amplo às duas formas do pregão. Mas daí não se segue que toda e qualquer divergência entre os dois Decretos signifique a revogação da disciplina do Dec. nº. 3555.

26. Feita esta pequena digressão, pode-se afirmar que a disciplina do pregão encontra-se atualmente na Lei nº. 10.520/2002 e nos Decretos nº. 3.555/2000 (pregão presencial) e 5.450/2005 (pregão eletrônico e presencial, este último excepcionalmente).

II.3 - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA POR INTERMÉDIO DO PREGÃO. TRATAMENTO LEGISLATIVO E ANÁLISE DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS ACERCA DO TEMA "CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA POR MEIO DE PREGÃO"

27. Por força do imbrincamento da matéria e do tratamento genérico que vem sendo atribuído pelo Tribunal de Contas da União para a contratação de obras e serviços de





engenharia, antes que nos debrucemos especificamente sobre a possibilidade de contratação de obras de engenharia por intermédio de pregão, impõe seja enfrentada em breves linhas a evolução do entendimento acerca da contratação de serviços de engenharia através da referida modalidade licitatória.

28. Da análise acurada dos acórdãos exarados pelo Tribunal de Contas da União nos quais se consigna a ausência de vedação no ordenamento jurídico pátrio para a contratação de obras e serviços de engenharia por meio de pregão, principalmente dos que serviram de paradigma para a provocação desta manifestação, depreende-se que os mesmos se baseiam no entendimento inaugurado pela referida Corte no acórdão nº 817/2005-TCU-1ª CÂMARA, cujos principais trechos seguem transcritos a seguir, ante a sua relevância para o deslinde da matéria:

“Na Representação em exame, a empresa Soclima Engenharia Ltda. aponta irregularidade na contratação por Pregão de serviços de fornecimento e instalação de aparelhos de ar condicionado, posto que tais serviços são considerados como de engenharia pelo CONFEA/CREA, e pelo fato de o Decreto nº 3.555/2000 vedar, em seu art. 5º, a utilização da modalidade Pregão para obras e serviços de engenharia.

2. Com relação à admissibilidade, verifico que a peça inicial preenche os requisitos estabelecidos no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 237, inciso VII, do Regimento Interno. Portanto, a meu ver deve ser conhecida pelo Tribunal.

3. Quanto ao mérito, destaco inicialmente do acima relatado que a Secex/PE e o Ministério Público junto ao Tribunal concluíram no sentido de que “(...) consoante a interpretação que busca os princípios da eficiência e da legalidade no agir da Administração, temos que a adoção do pregão para os serviços contratados pelo Serpro/PE não violou a Lei nº 10.520/2002 nem o seu decreto regulamentar, posto guardar sintonia com os objetivos buscados por tal norma, considerada a complexidade dos serviços no caso concreto ora analisado, o que implica a improcedência do mérito da presente Representação”.

4. Ainda como razões de decidir, recorro que a Lei nº 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, mediante a existência de circunstâncias objetivas constantes da fase interna do procedimento licitatório.

5. Como se vê, a Lei nº 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. 5º 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, recorro 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 de regradar 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 de engenharia pelo Pregão carecem de fundamento de

validade, visto que não possuem embasamento na Lei nº 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.

8. No caso ora analisado, o objeto do Pregão 4/2004 do Serpro, aquisição e instalação dos aparelhos de ar condicionado, modelo "Multi Split", apresenta características padronizadas e se encontra disponível, a qualquer tempo, em um mercado próprio.

9. Nesse sentido, consoante o entendimento doutrinário do eminente professor Marçal Justen Filho apresentado no Relatório acima, sou de opinião de que, constatada a natureza de bens e serviços comuns daqueles constantes do objeto do referido Pregão, a presente Representação deve ser considerada improcedente pelo Tribunal.

Assim, acolhendo no mérito os pareceres coincidentes da Secex/PE e do Ministério Público, Voto no sentido de que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto a este Colegiado." (grifou-se e negritou-se)

29. Da breve leitura do apontado acórdão verifica-se que o objeto da contratação cuja legalidade fora apreciada pelo Tribunal de Contas da União e que vem servindo de precedente diuturnamente invocado para sustentar a ilegalidade do art. 6º do Decreto nº. 5.450/2005 fora um serviço de engenharia o qual, impõe desde logo asseverar, contém características e peculiaridades em seu regramento que o distingue contundentemente do tratamento fático e legislativo conferido às obras de engenharia, conforme será visto adiante.

30. Pois bem. Ao definir o objeto da contratação a ser realizada por intermédio do pregão, a lei nº. 10.520/2002, assim estabeleceu:

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

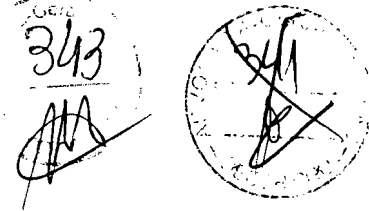
Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

31. Inobstante ausência de vedação ou limitação para a contratação dos serviços de engenharia na apontada Lei ordinária, o Decreto nº. 3.555/2000 vedou, em seu artigo 5º, tal possibilidade, dispondo expressamente:

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.

32. Neste contexto legislativo é que prolatado o acórdão nº. 817/2005 do Tribunal de Contas da União, o qual reconheceu, com acerto, em decisão publicada no D.O.U do dia 09 de maio de 2005, que a vedação constante do Decreto nº. 3.555/2000 extrapolou o poder regulamentar da MP nº 2.026/2000, convertida na Lei nº. 10.520/2002, eis que contemplou vedação não contida na aludida Lei ordinária.





33. Deve-se ressaltar, por pertinente, que inobstante a vedação constante do mencionado dispositivo regulamentar, no anexo II integrante do referido diploma legislativo - o qual contemplou, de forma exemplificativa, bens e serviços comuns passíveis de serem contratados por tal modalidade licitatória -, houve a previsão, no item 19, de contratação de "Serviços de Manutenção de Bens Imóveis", os quais se consubstanciam, sem sombra de dúvidas, em serviços de engenharia, a apontar um reconhecido paradoxo que reforçou o entendimento do Tribunal de Contas da União pela ausência de vedação à contratação dos serviços de engenharia.

34. Daí em diante, com base no supramencionado precedente (acórdão nº. 817/2005), foi que o Tribunal de Contas da União passou a entender pela possibilidade de contratação dos serviços de engenharia por meio de pregão, ante a ilegalidade do mencionado Decreto, entendimento hoje dominante no âmbito da referida Corte de Contas, em que há inúmeros precedentes de contratação de serviços de engenharia, podendo-se citar: 1) manutenção predial (Acórdão 286/2007 - 1ª Câmara); (2) assistência técnica e manutenção de aparelhos de ar condicionado (acórdão 331/2006 - Plenário; 2.272/2006 - Plenário); (3) fornecimento e instalação de ar condicionado (Acórdão 817/2005 - 1ª Câmara); (4) operação e manutenção de redes de distribuição de energia elétrica (Acórdão 1.329/2006 - Plenário); (5) atualização tecnológica do sistema de elevadores (Acórdão 1.557/2007 - Plenário).

35. Portanto, atualmente, seja na Doutrina, seja no Tribunal de Contas da União, é majoritário o entendimento acerca da possibilidade de contratação de serviços de engenharia por meio de pregão.

36. Pela clareza de posicionamento, vale trazer à colação as lições de JAIR EDUARDO SANTANA em sua obra "Pregão Presencial e Eletrônico - Sistema de Registro de Preços, Manual de Implantação, Operacionalização e Controle" (3ª edição revista e atualizada nos termos do Estatuto das Microempresas - Lei Complementar nº. 123/2006, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2009, p. 94/102) através da qual analisa a evolução legislativa e o entendimento do Tribunal de Contas da União acerca do tema contratação de serviços de engenharia por intermédio de pregão, enfocando a importância do acórdão nº. 817/2005 visto acima:

Polêmica existe, no entanto, no que tange aos serviços de engenharia, expressamente excluídos pelo mencionado art. 5º do Decreto nº. 3.555/00 e sobre os quais silenciou a Lei nº. 10.520/02.

Handwritten signature.

Lembramos que o decreto foi criado para regulamentar a Medida Provisória nº. 2.026-3, de 28.07.2000. Quanto a esta, determinava, em seu art. 1º § 2º, que haveria definição dos bens e serviços comuns a serem abrangidos pelo pregão. Daí a disposição do art. 5º do Anexo I, como também do Anexo II do Decreto nº. 3.555/00.

Aliás, quanto ao Anexo II, há no item 19 atividade que permite o contrato por pregão, a qual pode igualmente ser considerada como serviço de engenharia e, portanto, proibida de contratar pela sexta modalidade. Note-se que o próprio Decreto nº. 3.555/00 já continha paradoxo, pois, ao mesmo tempo em que proibia a contratação de serviços de engenharia pela sexta modalidade licitatória, estabelecia no rol de serviços em que cabível o pregão uma atividade típica de exercício por engenheiro.

(...)

Como se pode ver, a situação não é de fácil entendimento e resolução. O próprio TCU, instado a se manifestar, demonstrou divergência de posicionamento. Havia conflito de entendimento, pois, enquanto sessão plenária de 10.04.2002, na Decisão nº. 343/02, restou consignado que o rol de serviços constante do Anexo II do Decreto nº. 3.555/00 era enunciativo e considerado serviço comum, pouco mais de um mês depois não admitia a realização de qualquer serviço de engenharia através de pregão, inclusive dos serviços de manutenção, constantes no Anexo II do decreto – vide Decisão nº. 557/02, TCU, Plenário, sessão de 22.05.2002.

Já em sessão plenária de 19.06.2002, na Decisão nº. 674/02, o TCU se posicionou permitindo que se realizem através de pregão serviços de manutenção de bens móveis e imóveis. Isto se deu por entender que no conflito entre o art. 5º, I, do Decreto nº 3.555/00 e o Anexo II, item 19, deste mesmo decreto – regras de mesmo valor hierárquico – a norma mais especial prevalece.

No acórdão nº. 817/05, entretanto, a Primeira Câmara do TCU, em entendimento mais próximo da realidade fática, se posicionou no sentido de que há serviços onde o critério comum é prevalente e que, por isto, podem se realizar através de pregão, ainda que sejam de engenharia. Como informação, está registrado também naquele voto que o Governo Federal já elaborou proposta de alteração das normas regentes do pregão no sentido de permitir de forma expressa a contratação de serviços de engenharia por esta modalidade.

O acórdão nº 817/2005 pode ser considerado com um marco na evolução do entendimento acerca da natureza dos serviços de engenharia. No voto do relator, Min. Valmir Campelo, restou consignada a existência de vedação a que se fizessem pregões para contratar serviços de engenharia.

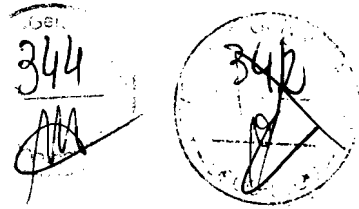
(...)

Não se pode negar a clareza do raciocínio do relator, que evidencia a inexistência de proibição legal de licitar serviços de engenharia por pregão. Desta forma, se impossibilidade houvesse, ela estaria adstrita aos limites da abrangência do Decreto nº. 3.555/2000, ou seja, o Executivo Federal. Registre-se, entretanto, o entendimento do relator – com o qual concordamos, de que a proibição não é válida, pois instituída em decreto, em excesso ao poder regulamentar da Lei Geral de Pregão, nº. 10.520/02.

Como não poderia deixar de ser, a evolução da jurisprudência do TCU vem se firmando no sentido de permitir a realização de determinados serviços que, apesar de serem de engenharia, enquadram-se mais perfeitamente na adequação de ‘comuns’, prevalecendo este critério.”(grifou-se e negritou-se)

37. Destaco, ainda, pela relevância, que, posteriormente à publicação do supra referido acórdão, com o advento do Decreto nº. 5.450/2005, o artigo 6º do referido diploma infralegal, inobstante tenha mantido a vedação à contratação de obras de engenharia, silenciou a respeito da contratação de serviços de engenharia por meio de pregão, o que aponta que a omissão fora proposital, de modo que, neste ponto, o decreto nº. 3.555/2000 estaria derogado pelo decreto nº. 5450/2005, argumento que passou a ser utilizado pelo

PP



Tribunal de Contas da União a fim de reforçar a possibilidade de contratação de serviços de engenharia através da referida modalidade licitatória.

38. Neste sentido, vale trazer à colação excerto do acórdão 1615/2008 – Plenário do Tribunal de Contas da União:

(...) 14. No pregão são mitigados os requisitos de participação, fato justificável em razão da aptidão desse instrumento licitatório para aquisição, unicamente, de bens e 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 preterir 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 afã do procedimento concorrencial do pregão, acerca das especificações do objeto ofertado pelos licitantes. Ademais deverá observar a complexidade das especificações não encetará insegurança ao adimplemento contratual pelos potenciais contratados em face da inexistência da habilitação prévia.

18. Não se nega que, com o advento do Decreto nº. 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. 1º da Lei nº 10.520/2002.(...)(grifou-se e negritou-se)

39. De idêntico modo, entendendo que a omissão acerca da vedação de contratação de serviço de engenharia por intermédio de pregão no artigo 6º do Decreto nº. 5.450/05 fora proposital, a respaldar a realização da referida modalidade licitatória para contratação de serviços de engenharia, são as lições de MARÇAL JUSTEN FILHO (In “Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª Ed. Revista e Atualizada, Ed. Dialética, São Paulo, 2009, p. 313):

É evidente que o problema não é o texto literal do Regulamento, mas a natureza do objeto. Se existir um serviço de engenharia que possa ser qualificado como comum, então será cabível promover licitação na modalidade de pregão – seja na forma comum, seja na forma eletrônica. De todo modo, reputa-se que a ausência de alusão à ‘serviço de engenharia’ foi intencional, visando a incentivar a discussão e, eventualmente, propiciar mais um argumento a favor da utilização ampla e irrestrita do pregão.

40. Desta forma, pode-se concluir ser o entendimento atual, tanto Doutrinário quanto do Tribunal de Contas da União, no sentido da possibilidade de contratação de

serviços de engenharia por meio do pregão, o qual, ante as razões acima expostas, parece-nos o entendimento mais acertado, reforçado, inclusive, pela omissão da vedação à contratação de serviços de engenharia no decreto nº. 5450/2005, que, neste ponto, entendido como norma geral, aplicável tanto ao pregão presencial quanto ao pregão eletrônico, nos moldes vistos acima, teria derogado o disposto no decreto nº. 3.555/2000 que vedava tal possibilidade.

41. Não por outra razão, aliás, é que mencionado entendimento já vem sendo adotado no âmbito interno da própria Advocacia-Geral da União, consoante se depreende da NOTA DAJI/GAB/AGU nº 880/2007 - MZDA, NOTA DAJI/GAB/AGU Nº. 280/2008 – CSS, e Nota DAJI/GAB/AGU nº 1133/2007 – CSS e pela maior parte das Consultorias Jurídicas dos Ministérios e Núcleos de Assessoramento Jurídico – v.g. PARECER NAJ/MT/CGU/AGU Nº. 220/2009, PARACER NAJ/MT/CGU/AGU Nº. 192/2009, PARECER NAJ/MT/CGU/AGU Nº. 170/2008, PARECER AGU/NAJ/RECIFE/PE Nº. 1.152/2009, MEMORANDO Nº. 079/2009-NAJ/SE/CGU/AGU-GAB.

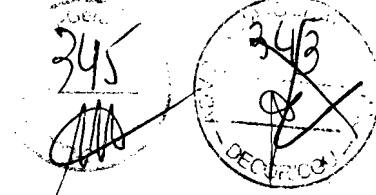
42. Por força de todo o exposto, consoante tendência majoritariamente já adotada no âmbito das Consultorias Jurídicas e Núcleos de Assessoramento Jurídico – com respaldo, saliente-se, na Doutrina e em decisões plenárias do Tribunal de Contas da União - é que somos do entendimento de que a orientação a ser seguida pelos Núcleos de Assessoramento Jurídico nos Estados e pelas Consultorias Jurídicas nos Ministérios ou órgãos equivalentes deva ser no sentido da possibilidade de contratação de serviços de engenharia por intermédio do pregão.

43. Ressalte-se, pela pertinência, que apenas os serviços de engenharia que se enquadrem como serviços comuns podem ser contratados por pregão, haja a vista a necessidade de entendimento da definição constante do art. 1º da Lei nº. 10.520/2002.

44. Em obséquio deste entendimento, manifesta-se JORGE ULISSES JACOBY (In “Contratação de Obras e Serviços de Engenharia pela modalidade pregão”, disponível em: WWW.biblioteca.sebra.com.br. acesso em 03 de fevereiro de 2010):

Com efeito, A Lei 10.520/2002, que substituiu a MP, não veda a contratação de serviços de engenharia pela modalidade pregão, mas sim estabelece um critério distinto: o de que sejam serviços *comuns*. O que permite concluir que se admite a contratação de serviços de engenharia por pregão, desde que sejam serviços *comuns*.





45. Em outra obra ("Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico", Ed. Fórum, 3ª ed, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2009, pg. 429) referido Autor complementa, definindo o que pode se entender como serviço comum de engenharia:

Juridicamente a solução é a seguinte:

- a) Obra- não se enquadra como "compra e serviço comum". Logo, não pode ser licitada por pregão;
- b) Serviço de engenharia, pode ser considerado como comum, quando:
 - b.1) as características, quantidades e qualidade forem passíveis de "especificações usuais no mercado";
 - b.2) mesmo que exija profissional registrado no CREA para execução, a atuação desse não assume relevância, em termos de custo, complexidade e responsabilidade, no conjunto do serviço
- c) em sendo comum o serviço de engenharia poderá ser licitado por pregão, seja a forma eletrônica ou presencial.

46. De seu turno, eis a definição de MARÇAL JUSTEN FILHO (In "Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, Ed. Dialética, 5ª edição, São Paulo, 2009, pg. 37) para bens e serviços comuns:

Adota-se a seguinte definição: bem ou serviço comum é aquele que se encontra disponível a qualquer tempo num mercado próprio e cujas características padronizadas são aptas a satisfazer as necessidades da Administração Pública.

47. Com base em tais ensinamentos, é que se pode definir serviço comum de engenharia como aquele que obedece a padrões de desempenho e qualidade que podem ser definidos objetivamente no edital, estando disponível a qualquer tempo no mercado próprio, com características, quantidades e qualidades padronizadas, sem alta complexidade técnica e sem necessidade de acompanhamento e atuação relevante e proeminente de um engenheiro especializado.

48. Neste sentido, aliás, são as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União, valendo trazer à colação excelente compilação realizada pela Advogada da União Cristina Mundim Melo no bojo do PARECER Nº. AGU/CGU/NAJ/MG-0866/2008, à qual acrescento alguns julgados e, a fim de não alongar a citação, transformo em anexo da presente manifestação para que, sem a pretensão de esgotar o tema, possa ser adotada como paradigma pelas Consultorias Jurídicas, órgãos equivalentes e Núcleos de Assessoramento Jurídico quando da verificação do enquadramento de dados serviços de engenharia como comuns.

49. Finalizada esta questão, reconhecendo-se a possibilidade de contratação de serviços de engenharia, desde que comuns, por meio do pregão, presencial ou eletrônico, impõe enfrentar o tratamento legislativo e de controle realizado pelo Tribunal de Contas da União acerca da contratação de obras de engenharia através do pregão.

II.4 - CONTRATAÇÃO DE OBRAS DE ENGENHARIA POR INTERMÉDIO DO PREGÃO. TRATAMENTO LEGISLATIVO E ANÁLISE DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

50. Tratamento diverso, no entanto, merece ser dado à contratação de obras de engenharia por intermédio do pregão.

51. É que, ao definir o objeto da contratação do pregão o legislador ordinário, no art. 1º da Lei nº. 10.520/2002, foi claro em apontar como sendo exclusivamente bens e serviços comuns, os quais foram assim definidos:

Art. 1º. Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.
Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. (negritou-se)

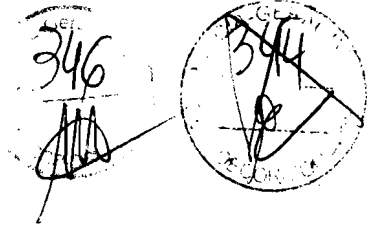
52. Tal definição fora reproduzida sem grandes alterações pelos decretos regulamentadores da referida norma, *ex vi* do disposto no art. 3º, § 2º, do decreto nº. 3.555/00³ e art. 2º, § 1º decreto nº. 5450/05⁴.

53. Inobstante a expressão bens e serviços comuns sabidamente se consubstancie em conceito jurídico indeterminado, consoante defende a quase unanimidade da Doutrina, ao contrário do que ocorre com os serviços de engenharia, o referido conceito não comporta qualquer ilação capaz de englobar as obras de engenharia em seu conteúdo.

³Art. 3º § 2º Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser concisa e objetivamente definidos no objeto do edital, em perfeita conformidade com as especificações usuais praticadas no mercado, de acordo com o disposto no Anexo II.

⁴ Art. 2º § 1º Consideram-se bens e serviços comuns, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado.

PP



54. Consoante aponta MARÇAL JUSTEN FILHO (In “Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico”, 5ª ed. Revista e Atualizada, Ed. Dialética, São Paulo, 2009, p. 33), num conceito jurídico indeterminado, existem três âmbitos de incidência - um de certeza positiva absoluta, outro de certeza negativa absoluta e um terceiro que envolve uma zona de incerteza -, os quais devem ser corretamente analisadas a fim de garantir a correção na aplicação do conceito⁵.

A grande evolução doutrinária trazida pela tese dos conceitos jurídicos indeterminados foi a demonstração da existência de três âmbitos de sua incidência. Quando se examina a realidade em face dos conceitos jurídicos indeterminados, é possível agrupar as situações em três grupos distintos. Há um grupo qualificado como de certeza positiva absoluta, há outro identificado pela certeza negativa absoluta e há um terceiro que envolve uma zona cinzenta de incerteza.

Ou seja, há hipóteses que se submetem, sem qualquer margem de dúvida, ao conceito jurídico indeterminado. Há outras que, com igual certeza a ele não se submetem. E há a zona que medeia a certeza positiva e a negativa - nessa área se põem as dificuldades do operador do Direito.

55. Mais adiante, conclui o referido Autor, destacando a existência de hipóteses a que o conceito jurídico indeterminado, com segurança, não se refere, tornando inválida a sua utilização. É o que se vê:

Daí se segue a impossibilidade de ignorar as zonas de certeza positiva e de certeza negativa. Em termos práticos, isso significa a invalidade de aplicar o conceito jurídico indeterminado em uma hipótese à qual, com segurança, a ele não se submetem. O mesmo se diz quando ocorrer a ausência de aplicação de conceito jurídico indeterminado ao caso a que ele se submete.

56. Ora, a própria redação do art. 1º da Lei nº. 10.520/2002 enumerou os objetos do pregão, listando bens e serviços comuns, o que aponta, *a contrario sensu*, a exclusão da categoria obras do objeto do pregão.

⁵ Este é o mesmo entendimento de LUIZA BARROS ROZAS, para quem: Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, ou seja, não são dotados de um sentido preciso e objetivo. Do ponto de vista estrutural, possuem uma zona de certeza quanto ao seu significado, habitualmente chamada de núcleo conceitual. Essa zona qualifica o campo dentro do conceito em que se tem uma noção clara e precisa do seu significado. De um lado, há a zona de certeza positiva, representada pelo campo em que ninguém duvida da efetiva aplicação do conceito. De outro, há a zona de certeza negativa, qualificada pelo campo em que ninguém duvida da impossibilidade de aplicação do conceito. Contudo, entre as zonas de certeza positiva e negativa, vigora um espaço de dúvidas quanto à aplicação ou não do conceito. Tal espaço é chamado de zona de incerteza ou halo conceitual.” (IN Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8715>, acessado em 03 de fevereiro de 2010.

57. Por outro lado, a Lei nº. 8.666/93 que, nos termos do art. 9º da Lei nº. 10.520/2002, aplica-se subsidiariamente à modalidade pregão, tratou de forma diferenciada das obras e dos serviços, a apontar a distinção conceitual entre os mesmos para fins de licitação.

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

I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

58. Desta forma, havendo no ordenamento jurídico pátrio definição legal que diferencia obra de serviço (art. 6º, I e II da Lei nº. 8.666/93), é forçoso concluir que a expressão obra de engenharia, espécie do gênero obra, não se encontra na zona cinzenta do conceito jurídico indeterminado bens e serviços comuns (art. 1º Lei nº. 10.520/02), estando, ao reverso, na zona de certeza negativa do mesmo, a impedir que o conceito de obras de engenharia se confunda com o de serviços de engenharia, para fins de contratação por intermédio do pregão.

59. Impõe asseverar no ponto, que, ao contrário do que entende MARÇAL JUSTEN FILHO (In "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", Ed. Dialética, 12ª Edição, São Paulo, 2008, pg.122⁶), a Lei nº. 10.520/2002 não reservou o pregão para "objetos comuns", especificando que o objeto da contratação seria unicamente bens e serviços comuns, não se podendo, pois, ignorar a distinção conceitual existente entre serviços e obras para possibilitar a contratação de obras de engenharia por meio do pregão.

60. Daí porque, ao contrário do que vem entendendo o Tribunal de Contas da União, a limitação à contratação de obras de engenharia por intermédio do pregão advém da própria delimitação do objeto da referida modalidade licitatória, prevista na Lei nº. 10.520/2002, e não da vedação constante do art. 6º do Decreto nº. 5.450/05, ou de qualquer outra norma regulamentar.

61. Nesta esteira é o entendimento de JAIR EDUARDO SANTANA (In "Pregão Presencial e Eletrônico – Sistema de Registro de Preços, Manual de Implantação,

⁶ (...) A partir da redação contemplada no Dec. Fed. Nº. 5450, que dispôs sobre pregão eletrônico, surgiu a orientação de que caberia adotar dita modalidade licitatória para a contratação de serviços de engenharia. Já as obras de engenharia não poderiam ser contratadas por meio de pregão. Esse entendimento é defeituoso, eis que a Lei nº. 10.520 reservou o pregão para as hipóteses de "objeto comum". Logo, poderá adotar-se o pregão na área de engenharia para as hipóteses de serviços de engenharia.





Operacionalização e Controle”, 3ª edição, revista e atualizada nos termos do Estatuto das Microempresas – Lei Complementar nº. 123/2006, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2009, p. 94):

O art. 5º do Anexo I do decreto nº. 3.555/00 estabelece que ‘a 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.

A proibição expressa da contratação de obras por meio da sexta modalidade licitatória, em princípio, seria dispensável, na medida em que a própria Lei nº. 10.520/02, ao estabelecer a finalidade do pregão, deixa claro o seu uso para aquisição de bens e prestação de serviços comuns. Para melhor entendimento, faz-se necessária remissão ao art. 6º, II e II, da Lei nº. 8.666/93.

Assim é que, ao estabelecer os conceitos de bens, serviços e obras, a mencionada lei o fez separadamente. O conceito de obra é encontrado no inc.I. Em sendo bens, serviços e obras coisas distintas, e em não estando esta última no enquadramento efetuado pelo parágrafo único do art. 1º da Lei nº. 10.520/02, as obras, por força do comando da lei que instituiu o pregão (e não por força do art. 5º do anexo I do decreto nº. 3.55/00) estariam excluídas da possibilidade de serem contratadas por pregão. (...). (destacou-se)

62. No mesmo sentido são as rutilares lições de JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES (In “Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico”, Ed. Fórum, 3ª Ed, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2009, p. 419):

Na regulamentação da Medida Provisória que instituiu o pregão, foi expressamente vedado o uso dessa modalidade para a contratação de obras e serviços de engenharia.

O tema ensejou polêmicas, pois de longa data discute-se a extensão do conceito serviços de engenharia.

Na atualidade existe, em termos de lógica jurídica, os seguintes contornos na definição da questão:

a) A Lei nº. 10.520/2002 estabelece que o pregão pode ser utilizado para a contratação de bens e serviços comuns. Excluída está, portanto, a contratação de obra, por mais comum que seja.

b) O Decreto nº. 3.555/2000 estabelece que não podem ser licitados por pregão serviços de engenharia.

Excluindo-se obra, a dificuldade restringe-se a questão de poder ou não utilizar o pregão para contratar serviços de engenharia. (grifou-se)

63. Deve-se apontar, pois, que o Decreto nº. 5.450/05 ao prever, em seu art. 6º, a vedação da contratação de obra de engenharia por intermédio do pregão não extrapolou o poder de regulamentação da Lei nº. 10.520/2002, haja vista que tal vedação encontra-se implícita na mencionada norma, que não previu em seu objeto a contratação de obras de qualquer natureza.

64. Forçoso concluir, desta forma, que tem laborado em equívoco o Tribunal de Contas da União ao prever genericamente em suas decisões a inexistência de vedação no ordenamento jurídico pátrio à contratação de obras e serviços de engenharia por intermédio de pregão sob o argumento da ilegalidade dos decretos regulamentadores do referido

instituto, haja vista que, no caso de obras de engenharia, a vedação decorre não dos Decretos nº. 3.555/00 e 5.450/05, julgados ilegais, mas da própria legislação ordinária (art. 1º Lei nº 10.520/2002 c/c art. 6º, I e II da Lei nº. 8.666/93), a tornar hígida a legislação regulamentar neste ponto.

65. Impõe asseverar, por pertinente, estar em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 7.709/2005, o qual pretende alterar o artigo 23 da Lei nº 8.666/93, passando a incluir, expressamente, a possibilidade de contratação de obras de valor inferior ao previsto na alínea a do inciso I do *caput* do art. 23 da referida Lei por intermédio do pregão, o que revela, a *contrario sensu*, que, no contexto legislativo atual, inaplicável a referida modalidade licitatória para a contratação de obras de qualquer natureza.

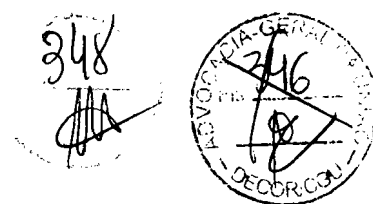
66. Não é demasiado registrar, outrossim, que o precedente invocado pela mencionada Corte de Contas em seus inúmeros julgados, com base no qual passou a asseverar genericamente o cabimento da contratação de obras e serviços de engenharia por intermédio do pregão - Acórdão nº 817/2005-TCU-1ª CÂMARA - não abordou, com especificidade, a contratação de obras de engenharia. Tratou, em verdade, de serviços de fornecimento e instalação de aparelhos de ar condicionado - os quais se consideram serviços de engenharia - fundando-se a análise da legalidade da contratação unicamente na vedação para a contratação de serviços de engenharia contida no art. 5º do Decreto nº. 3.555/00.

67. Ademais, não se pode olvidar que na data em que publicada a supramencionada decisão, 09 de maio de 2005, ainda não estava em vigor o Decreto nº. 5.450/05 - que deixou de conter a aludida vedação, como vista acima -, o qual, nos termos do art. 32, entrou em vigor apenas em 1º de julho de 2005.

68. Assim, porque o referido precedente tratou de serviço de engenharia, bem como porque quando da sua publicação sequer estava em vigor o Decreto nº. 5.450/05, é que é equivocada a adoção da referida decisão - ou de quaisquer outras que lhes são análogas - como paradigma autorizador da recomendação da revogação do art. 6º do referido Decreto⁷, vez que o mesmo deixou de conter a vedação para a contratação de serviços de engenharia, mantendo a previsão apenas para as obras de tal modalidade.

⁷ Conforme apontado no Acórdão nº. 1168/2009.





69. Inexorável, assim, a ilação de que a *ratio decidendi* ou as razões de decidir⁸ dos acórdãos do Tribunal de Contas da União que analisaram a legalidade da contratação de serviços de engenharia por meio de pregão são distintas daquelas que autorizam a vedação para a contratação das obras de engenharia por tal modalidade, mormente quando se considera a existência de diferença conceitual entre obras e serviços e a não aplicação do entendimento de ilegalidade do decreto regulamentar do pregão eletrônico ante a extrapolação do poder regulamentar para a contratação de obras de engenharia, vez que tal impossibilidade deflui diretamente da Lei, como visto.

70. Saliente-se, outrossim, que todos os precedentes encontrados em pesquisa realizada perante o sítio eletrônico do Tribunal de Contas da União - os quais consignaram a afirmativa de ausência de vedação no ordenamento jurídico pátrio para a contratação de obras e serviços de engenharia tomando por base o mencionado Acórdão 817/2005-TCU-1ª Câmara como paradigma -, analisaram a legalidade da contratação de serviços de engenharia por intermédio do pregão, não tendo sido encontrado um único precedente sequer que tenha tratado especificamente da contratação de obra de engenharia por intermédio de tal modalidade, possibilitando-a, a apontar que a referida Corte de Contas tem conferido um tratamento genérico ao tema, sem atentar para as respectivas especificidades conceitual e legislativa, como de rigor.

⁸ A expressão *ratio decidendi* ou razões de decidir, cunhada no seio da teoria das "Técnicas das decisões Judiciais" é largamente utilizada pela Doutrina Processualista, como ensina FREDDIE DIDIER JUNIOR, em editorial de nº. 49, disponível no site: WWW.freddiedidier.com.br, a qual, entende-se, por força da semelhança com as decisões administrativas tomadas pelo Tribunal de Contas da União, têm idêntica aplicação:

A principal característica do "Direito Judicial" é a de que a sua produção se faz por indução. Chamado a resolver casos concretos, o órgão jurisdicional, para criar a *norma jurídica individualizada*, precisa "criar", a partir do Direito Legislado, a *norma jurídica geral* que "fundamenta" a solução do caso concreto. Essa norma jurídica geral que embasa o caso concreto é a *ratio decidendi*, fundamentação jurídica da decisão, que, se repetida em vários casos, dá ensejo à uniformização da jurisprudência, à edição de enunciado de súmula etc. É a *ratio decidendi* o precedente judicial que, em alguns casos, deve ser seguido pelo órgão jurisdicional

Porque produzida a partir do caso concreto, a *ratio decidendi* não pode ter algumas características que normalmente aparecem no Direito Legislado. Por exemplo: não há razão para que, na formulação da *ratio decidendi*, se ponham termos de sentido vago. A vagueza na proposição normativa jurisprudencial é um contra-senso: nascida a partir da necessidade de dar concretude aos termos vagos, abertos, gerais e abstratos do Direito Legislado, a *ratio decidendi* deve ser formulada com termos de acepção precisa, para que não crie dúvidas quanto à sua aplicação em casos futuros.

AP

71. Necessária, pois, a realização do *distinguishing* entre os fundamentos e o objeto dos precedentes existentes no Tribunal de Contas da União e a questão específica da contratação das obras de engenharia por intermédio do pregão, mormente em se considerando a diferença do tratamento legislativo conferido ao tema, conforme visto acima.

72. Sobre a importância do *distinguishing* na análise dos precedentes, vale lembrar as lições de CAIO MÁRCIO GUTTERRES TARANTO (In "A utilização do método Distinguishing pelo Supremo Tribunal Federal. A experiência da Medida Cautelar na ADC-4/DF e da Súmula 729", revista da SJRJ, Julho 2004, número 14, disponível em www.jfrj.gov.br/Rev_SJRJ/num14/rev_sjrj_n.14.pdf, acessado em 03 de fevereiro de 2010):

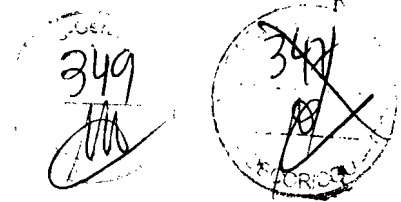
Ora, para se aplicar um precedente, mister se faz isolar a respectiva *ratio decidendi*, na qualidade de questão nuclear do julgado, bem como diferenciá-la das questões secundárias, denominadas *obiter dictas*. Muitas vezes, ao atribuir racionalidade à decisão de uma das formas de controle de constitucionalidade, o julgador observa que, apesar da aparente semelhança, a demanda apreciada possui particularidades próprias aptas a afastar a incidência de um precedente, mesmo que vinculante. Conclui, assim, o julgador que a *ratio decidendi* da demanda apreciada é distinta do paradigma utilizado, razão pela qual irá afastá-lo. Ao método que obtém essa conclusão, denominamos de distinção. Trata-se de aplicação negativa, por exclusão de um precedente."

73. Desta forma, entendo que o entendimento que vem sendo genericamente adotado pelo Tribunal de Contas da União acerca da ausência de vedação à contratação para obras e serviços de engenharia por meio do pregão ante a ilegalidade dos decretos que regulamentam a mencionada modalidade licitatória não se aplica, pelas razões acima expostas, quando a contratação diga respeito especificamente às obras de engenharia.

74. Em vista do exposto, é o opinativo no sentido que as Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes e os Núcleos de Assessoramento Jurídico nos Estados conduzam suas manifestações jurídicas no sentido de reconhecerem a existência de vedação no ordenamento jurídico pátrio para a contratação de obras de engenharia por intermédio de pregão, *ex vi* da delimitação do referido objeto, contida no art. 1º da Lei nº. 10.520/2002 c/c art. 6º, I e II da Lei nº. 8.666/2003, com a qual se coaduna a vedação prevista no art. 6º do Decreto nº. 5.450/05.

II.5 – DISTINÇÃO ENTRE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA PARA FINS DE REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO ATRAVÉS DA MODALIDADE PREGÃO.





75. Fixada a distinção do regramento jurídico conferido às obras e serviços de engenharia para fins de contratação através da modalidade licitatória pregão, impõe asseverar, uma vez mais, a distinção conceitual existente entre obras e serviços de engenharia⁹, mormente em face da semelhança de algumas das atividades presentes nos referidos conceitos.

76. O ponto de partida advém, mais uma vez, da definição legal trazida pelo artigo 6º da Lei nº. 8.666/93, que define obra e serviço, distinguindo-os, da seguinte forma:

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

I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais; (Destacou-se)

77. Vislumbra-se que os conceitos legislativos são, deveras, ampliativos, apresentando alguns pontos de aproximação, notadamente nas figuras reforma, recuperação, conserto, conservação, reparação e manutenção, a impedir uma escolha precisa por parte do Administrador.

78. Socorrendo-nos dos ensinamentos Doutrinários para o enfrentamento da questão, podemos nos servir das lições de MARÇAL JUSTEN FILHO (In "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", Ed. Dialética, São Paulo, 2008), o qual constrói o seu conceito de obra e serviço de engenharia com base na Doutrina Francesa, fazendo-o nos seguintes termos:

Segundo a doutrina francesa, pode-se afirmar que a obra de engenharia consiste numa atuação voluntária do ser humano destinada a promover modificação significativa, autônoma e permanente no ambiente natural, tendo por objeto específico a edificação de benfeitorias e acessões relativamente a bens imóveis. O núcleo da idéia de obra de engenharia, vincula-se à atividade de edificar um imóvel ou de realizar modificações relevantes em um imóvel já existente. Sob esse prisma, a obra de engenharia é uma modificação permanente e relevante no mundo físico circundante. Mas o conceito de obra abrange atividades similares. Assim, por exemplo, as atividades de retificação de relevo (tal como destruição de um morro prestes a ruir) configuram-se como obra.

⁹ Neste sentido, é o que defende JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR E MARINÊS RESELATTO DOTTI (In "Políticas Públicas nas licitações e contratações administrativas", Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2009 pg. 156), para quem não se haverá de negar a substancial diferença entre obra e serviço de engenharia.

Assim se passa pela natureza autônoma e suficientes desta atividade como forma de alteração do mundo físico.

Anote-se que o art. 6º, inc. I, da Lei nº. 8.666 estabeleceu que o conceito de obra compreende não apenas construção propriamente dita, mas também a reforma, a fabricação, a recuperação ou a ampliação. A definição legal deve ser interpretada em termos. Os conceitos de reforma, a fabricação, a recuperação, e a ampliação se configuram como obra na medida em que se relacionem a um imóvel que tenha sido objeto de uma construção.

Em outras palavras, uma vez promovida a construção, as atividades destinadas a restabelecer ou ampliar as suas utilidades serão configuradas como obras. Mas deve-se ter em vista que somente se configurará a obra se as referidas atividades produzirem uma modificação significativa, autônoma e permanente no imóvel.

Exemplos práticos permitem compreender melhor a questão. O inc. I alude a reforma e recuperação como hipótese de obra. Imagine-se um edifício em situação de ruína, que demanda a substituição de materiais e equipamentos para recolocá-lo em condições de plena adequação. Existirá, no caso, uma obra. Mas se admita que a plena adequação se exija apenas a pintura do edifício. Esta pintura não será configurada como obra porque não se traduz numa modificação significativa, autônoma e independente. Trata-se de uma atuação secundária e acessória.

(...)

Já o serviço de engenharia consiste numa atuação voluntária do ser humano, consistente num fazer tendo por objeto edificações realizadas sobre imóveis, presentes ou futuras, mas que não se traduz numa modificação significativa, autônoma e permanente no ambiente natural. Em termos gerais, pode-se afirmar que o serviço de engenharia tem natureza instrumental, complementar e acessória relativamente a uma obra e bem móvel.

79. Reconhecendo a existência de uma “zona cinzenta” nas definições, o referido Autor aponta que a resposta em tais casos adviria da dimensão da atividade, sendo obra em caso de alteração significativa, autônoma e independente, e serviço nas demais hipóteses. É o que se vê:

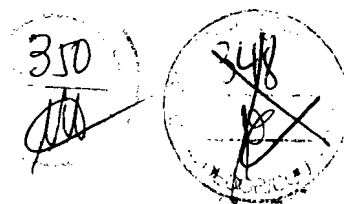
Há atividades em que será problemática a qualificação como obra ou como serviço. Como diferenciar hipóteses configuradas como serviço (tais como conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção) de outras qualificadas como obra (tais como fabricação, recuperação e ampliação ?) A resposta consiste na dimensão da atividade. Haverá serviço quando a atividade não se traduzir em modificações significativas, autônomas e permanentes. Se a modificação for significativa, autônoma e permanente, haverá obra.

O art. 6º, II, fornece uma solução explícita para uma questão duvidosa, qualificando expressamente a demolição como um serviço de engenharia. Essa solução legislativa até pode merecer algum tipo de crítica teórica, mas desempenha uma solução satisfatória em termos práticos. Rigorosamente, a demolição envolve uma alteração autônoma e permanente no ambiente físico e pode produzir dificuldades equivalentes a uma construção. No entanto, a opção legislativa elimina eventuais dúvidas.

De todo modo, a qualificação da situação concreta deverá tomar em vista a dimensão e a relevância da atuação. Assim, suponha-se que a manutenção de um edifício envolva a necessidade de desfazimento de uma parede e a substituição por outra. É evidente que existirá um serviço e não uma obra.

80. É este, portanto, o caminho mais seguro a ser seguido, devendo a qualificação do objeto como obra ou serviço de engenharia ser feita caso a caso, analisando-se a dimensão da atividade. Caso haja modificação significativa, autônoma, e independente,

SP



haverá obra; caso contrário, haverá serviço. Remanescendo dúvidas acerca do enquadramento do objeto como obra ou serviço, a análise e justificativa deverá ser feita primeiramente pelo setor competente do órgão assessorado e, após, será analisado pela Assessoria Jurídica competente, que deverá pautar-se nas definições teóricas sobre o tema e, principalmente, nos precedentes do Tribunal de Contas da União¹⁰ acerca dos objetos reconhecidos como serviços comuns de engenharia.

81. Tal entendimento encontra ressonância nas lições de JACOBY FERNANDES em artigo intitulado “Contratação de Obras e Serviços de Engenharia pela modalidade pregão”¹¹, no qual ao comentar a dificuldade de distinção entre obra e serviço de engenharia, mormente em face da proximidade de alguns elementos contidos nos incisos I e II do art. 6º da Lei nº. 8.666/93, assim se posicionou:

Verifica-se pelo aludido dispositivo que os conceitos são bastante ampliativos, assemelhando-se tanto em alguns casos que deixa o administrador público em dúvida sobre qual é o enquadramento do seu objeto, na Lei de Licitações. Como exemplo, verifica-se essa dificuldade logo no primeiro exemplo que a Lei propõe para serviço: “demolição”.

A esse respeito, importante é o excerto do notável doutrinador Hely Lopes Meirelles, sintetizado pelo Professor Carlos Pinto Coelho Motta:

Obra, em sentido administrativo amplo, é toda realização material a cargo da Administração, executada diretamente por seus órgãos, ou, indiretamente por seus contratados e delegados. Nesse conceito se incluem as obras públicas propriamente ditas e quaisquer outros empreendimentos materiais realizados ou custeados pela Administração centralizada, autárquica ou paraestatal.

[...]

O que caracteriza a construção como obra e a distingue do serviço é o emprego predominante do material sobre o trabalho (mão-de-obra). Em toda construção entram serviços, mas estes são absorvidos pela conjugação dos materiais que compõem a obra final. Essa concepção, na teoria, contribui para a distinção entre objetos que se enquadrem como obra e objetos que se enquadrem como serviço. De fato, pela doutrina do Professor Hely Lopes Meirelles, estariam afastadas as construções de edifícios, obras portuárias e aeroportuárias etc., que são predominantemente constituídos do emprego de material.

Na prática, *data maxima venia* ao respeitável doutrinador, não parece que essa definição solucione totalmente a questão. Há casos em que mesmo o critério da predominância da mão-de-obra sobre o material pode ensejar dúvida. É o caso dos serviços de instalação e montagem, manutenção de edifício, conserto etc., todos qualificados pela Lei como serviços.

Nada obstante isso, não se pode pretender que serviços de manutenção em um edifício não sejam predominantemente constituídos do emprego de materiais, entendendo-se por estes os de recuperação das instalações elétricas e pluviais, recuperação de colunas de sustentação, ampliação de salas, recuperação de cobertura etc.

¹⁰ Esta fora a solução apresentada pelo Núcleo de Assessoramento Jurídico em Belo Horizonte, através do primoroso PARECER Nº. AGU/CGU/NAJ-MG-2008-CNM.

¹¹ Disponível em: WWW.biblioteca.sebra.com.br. Acesso em 03 de fevereiro de 2010.

Entende-se que essa análise deve ser feita caso a caso, de forma bastante criteriosa. Pela pouca representatividade na diferença entre obra e serviço, conforme discrimina a Lei, não parece possível que se consolide um conceito geral, sem elementos concretos que permitam a justificativa do conceito adotado. Há casos em que embora o objeto possa ser dividido em vários serviços, pela concepção do empreendimento e sua indissolubilidade, é necessário que estes sejam realizados pela mesma pessoa – física ou jurídica – justificando, desta feita, o enquadramento de seu objeto como obra de engenharia.

Recomenda-se, ainda, que a justificativa seja feita sob amparo de mais de um entendimento, podendo ser estes do departamento jurídico e de engenharia do órgão,

a fim de formar uma posição melhor fundamentada ante os órgãos de controle.

Nesse sentido, reforça o entendimento a afirmação do insigne Professor Carlos Pinto Coelho Motta, *in verbis*:

Equívocos práticos podem ocorrer, na caracterização do objeto licitatório, entre, por exemplo, recuperação e reparação, ampliação e adaptação. É de se reconhecer significativa região limítrofe entre obra e serviço, exigindo atenção na fase de instalação e montagem do processo licitatório. Conforme o vulto da obra ou serviço é medida salutar a delimitação da natureza do objeto mediante laudo técnico ou parecer jurídico.” (grifou-se e negritou-se)

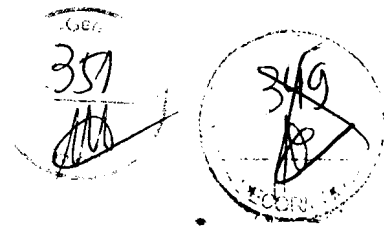
82. Conclui-se, portanto, com apoio em Doutrina autorizada sobre o tema, que a solução pragmática e mais segura a ser conferida nas hipóteses em que a atividade se encontrar na zona cinzenta da definição dos conceitos de obra e serviço contida no art. 6º da Lei nº. 8.666/93, gerando dúvida acerca de ser serviço ou obra de engenharia, é a seguinte:

- a) Em se tratando de alteração significativa, autônoma e independente, estar-se-á adiante de obra de engenharia, vedada a adoção do pregão;
- b) Em se tratando de alteração não significativa, autônoma e independente, estar-se-á adiante de serviço de engenharia, cabível a adoção do pregão, desde de que se trate de serviço comum;
- c) Remanescendo dúvida contundente, deve ser ouvido o setor técnico e o órgão jurídico competente para que, inicialmente, se defina a natureza do objeto mediante laudo técnico e parecer, os quais, inclusive, recomenda-se se lastreie em precedentes do Tribunal de Contas da União nos quais restou reconhecida a natureza de serviços comuns de engenharia a determinadas atividades, podendo-se tomar como parâmetro inicial o anexo integrante da presente manifestação.

- III -

CONCLUSÃO





83. De todo o exposto, pode-se concluir que:

83.1 É vedada, pelo ordenamento jurídico pátrio, a contratação de obras de engenharia por intermédio do pregão, haja vista a delimitação do objeto a ser licitado por tal modalidade, *ex vi* do disposto no art. 1º da Lei nº. 10.520/2002 c/c art. 6º, I e II da Lei nº. 8.666/93, com o que está de acordo o artigo 6º do Decreto nº. 5.450/05;

83.2 As decisões prolatadas pelo Tribunal de Contas da União, inobstante genericamente consignem a inexistência de vedação no ordenamento jurídico pátrio para a contratação de obras e serviços de engenharia por intermédio de pregão, analisaram, especificamente, a legalidade da contratação de serviços de engenharia. Havendo distinção conceitual entre obras e serviços de engenharia, bem como no tratamento legislativo correlato, tais decisões, por não enfrentarem o tema específico da contratação de obras de engenharia, não inibem a permanência da vedação para a contratação de obras de engenharia prevista na legislação ordinária e regulamentar;

83.3 Para a contratação de serviços de engenharia, é possível a utilização da modalidade licitatória pregão, desde que tais serviços de engenharia se enquadrem no conceito de “serviços comuns”, assim entendido como aquele que obedece a padrões de desempenho e qualidade que podem ser definidos objetivamente no edital, estando disponível a qualquer tempo no mercado próprio, com características, quantidades e qualidades padronizadas, sem alta complexidade técnica, e sem necessidade de acompanhamento e atuação relevante e proeminente de um engenheiro especializado

83.4 Para a diferenciação entre obras e serviços de engenharia, propõe-se a seguinte solução:

- a) Em se tratando de alteração significativa, autônoma e independente, estar-se-á adiante de obra de engenharia, vedada a adoção do pregão;
- b) Em se tratando de alteração não significativa, autônoma e independente, estar-se-á adiante de serviço de engenharia, cabível a adoção do pregão;
- c) Em caso de dúvida contundente, deve ser ouvido o setor técnico e o órgão jurídico competente para que, inicialmente, se defina a natureza do objeto mediante laudo técnico e parecer, os quais, inclusive, recomenda-se se lastreie em precedentes do Tribunal de Contas da União em que restou reconhecido a natureza de serviços comuns de engenharia a dadas atividades, podendo-se tomar como parâmetro inicial o anexo integrante da presente manifestação.

84. Sugiro, assim, acaso aprovada a presente manifestação, seja dada ciência da mesma:

84.1 Ao Consulente, bem como às Consultorias Jurídicas nos Ministérios ou órgãos equivalentes e aos Núcleos de Assessoramento Jurídico nos Estados, a fim de que adéquem as suas manifestações jurídicas ao entendimento aqui esposado.

84.2 Ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais – DEAEX, a fim de, com o intuito de conferir uniformidade às manifestações desta Consultoria-Geral da União, adequar as suas manifestações perante o Tribunal de Contas da União ao presente parecer, tendo em vista as suas atribuições previstas no art. 13, incisos II, III e V do Ato regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007.

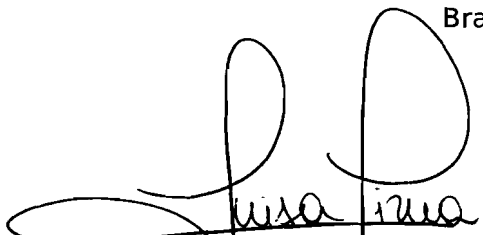
84.3 Ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG, tendo em vista a sua competência de estabelecer normas e orientações complementares sobre a matéria regulamentada pelos Decretos nº. 3.555/00 e 5.450/05, conforme o disposto respectivamente, nos artigos 2 e 31 dos referidos regulamentos.

84.4 À Casa Civil da Presidência da República, a fim de estudar a possibilidade rever o art. 5º do decreto nº. 3.555/00, que prevê a vedação à contratação de serviços de engenharia por intermédio de pregão, notadamente por força da sua incompatibilidade com o art. 6º do decreto nº. 5.450/2005 que lhe é posterior e não contempla a referida vedação.

85. Por fim, tendo em vista à solicitação de uniformização de entendimento acerca da obrigatoriedade ou não de adoção do pregão quando existir mais de uma modalidade cabível, formulada pelo Núcleo de Assessoramento Jurídico em Aracaju - Sergipe, através do Memorando nº. 79/2009 – NAJ/SE/CGU/AGU-GAB (fls. 186/194), como a referida argüição não fora objeto de consulta perante os demais Núcleos de Assessoramento Jurídico e Consultorias Jurídicas nos Ministérios, sugiro seja extraída cópia da mesma para, se for o caso, dar início a um novo procedimento administrativo a fim de obter a uniformização do entendimento acerca do quanto ali solicitado.

À Consideração Superior,

Brasília/DF, 09 de fevereiro de 2010.



Luísa Ferreira Lima
Advogada da União
Matrícula SIAPE 1742386



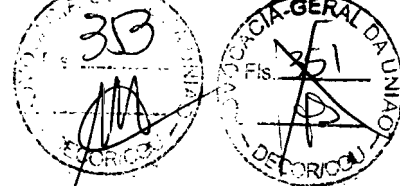
ANEXO I PARECER Nº. /2010/DECOR/CGU/AGU – JURISPRUDÊNCIA DO TCU
SISTEMATIZADA

A) SERVIÇOS ENQUADRADOS COMO COMUNS DE ENGENHARIA

	Objeto do Pregão	Manifestação do TCU
Decisão 343/2002 Plenário	[Relatório do Ministro Relator] Trata-se de expediente encaminhado a este Tribunal em 19.09.2001 pela empresa Poli Engenharia Ltda., denunciando irregularidades no Edital do Pregão n.º 10/2001, relativo à contratação de empresa para fornecimento de mão-de-obra especializada para <u>prestação de serviços de manutenção predial, preventiva e corretiva de instalações elétricas, hidráulicas, áreas externas, áreas comuns, mobiliário, instalações especiais (rede de telemática), com fornecimento de equipamentos, ferramentas e materiais que específica, com fulcro na Medida Provisória nº 2.182-18, de 23.08.2001, bem como na Lei nº 8.666/93, e solicitando as correções necessárias.</u>	[Voto] [...] Outro ponto levantado pelo Representante é a utilização equivocada da modalidade de licitação pregão, tendo em vista que o objeto da licitação, no seu entendimento, é de serviço de engenharia. Ora, conforme foi analisado anteriormente, a atividade básica da licitante a ser contratada é de locação de mão-de-obra, a qual envolve seleção e administração de pessoal, atividades privativas de técnicos de administração. Não havendo pois descumprimento do art. 5º do Decreto nº 3.555/2000, o qual veda a utilização da modalidade de licitação pregão para contratação de serviços de engenharia. Ademais, ao se analisar o Edital e seus Anexos, pode-se inferir que os serviços a serem prestados pelos profissionais selecionados são de manutenção predial (mobiliário, instalações hidráulicas e elétricas, rede de telefonia e dados) sendo acompanhados e fiscalizados por servidor de nível superior do quadro funcional do TRF. Por outro lado, o mencionado Decreto não caracteriza o serviço de locação de mão-de-obra como serviço comum, o que impossibilitaria a utilização da modalidade pregão. No entanto, a nosso ver, a lista de serviços constante do Anexo II do Decreto nº 3.555/2000 não é exaustiva, haja vista a impossibilidade de relacionar todos os bens e serviços comuns utilizados pela Administração. Como já foi dito anteriormente, os

11

		serviços a serem executados pelos profissionais selecionados são de manutenção de bens imóveis e móveis, serviço de transmissão de voz e dados, os quais são caracterizados como serviços comuns pelo Decreto. Dessa forma, embora o serviço de locação de mão-de-obra não esteja explicitamente caracterizado como serviço comum no Decreto, a adoção da modalidade pregão no presente caso pode, em nosso entendimento, ser considerada viável pelos argumentos já anteriormente expostos.
Acórdão 817/05 1ª Cam.	[Relatório do Ministro Relator] [...] 2. A interessada insurge-se contra a modalidade de licitação adotada pelo Serpro/PE para a <u>"Contratação de Empresa Especializada para o Fornecimento e Instalação de 26 (vinte e seis) Aparelhos de Ar Condicionado, modelo Multi Split"</u> (fl. 6) de acordo com as especificações e detalhamentos consignados nos Anexos I e V do Edital.	[Voto] [...] 8. No caso ora analisado, o objeto do Pregão 4/2004 do Serpro, aquisição e instalação dos aparelhos de ar condicionado, modelo "Multi Split", apresenta características padronizadas e se encontra disponível, a qualquer tempo, em um mercado próprio. 9. Nesse sentido, consoante o entendimento doutrinário do eminente professor Marçal Justen Filho apresentado no Relatório acima, sou de opinião de que, constatada a natureza de bens e serviços comuns daqueles constantes do objeto do referido Pregão, a presente Representação deve ser considerada improcedente pelo Tribunal.
Acórdão 331/06 Plenário	[Relatório do Ministro Relator] [...] "Trata-se de Representação formulada pela empresa PROJETAR - Comércio Instalações e Serviços Ltda. contra atos praticados pela Gerência Executiva do INSS - Mossoró/RN, com relação ao Pregão Eletrônico nº 06/2005, o qual tinha por objeto a <u>contratação de empresa para execução de serviços de assistência técnica e manutenção, em caráter preventivo e corretivo, de aparelhos de ar condicionado tipo self contained.</u> Foi solicitada, pela interessada, a adoção de medida cautelar para suspender os efeitos do citado certame licitatório e posterior anulação.	[Voto] [...] De fato, estava em vigor à época do certame o Decreto nº 5.450, de 31/05/2005, em cujo art. 6º está prescrito que "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". Considerando que serviços de assistência técnica e manutenção de aparelhos de ar condicionado efetivamente não se enquadram em nenhuma das hipóteses previstas naquele regulamento, deduz-se que a modalidade de pregão eletrônico é aplicável ao caso em exame, não obstante isso contrariar entendimento

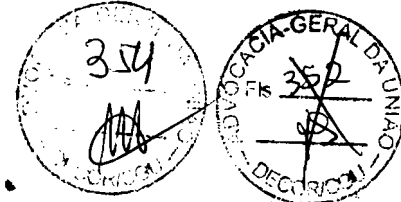


		consignado na Decisão Plenária nº 557/2002, cujo arrimo foi o derogado Decreto nº 3.555, de 08/08/2000.
Acórdão 1329/06 Plenário	[Relatório do Ministro Relator] [...] 2. O certame sobre o qual versa a representação foi aberto pela Centrais Elétricas de Rondônia - Ceron, sob a designação "Pregão Eletrônico 3/2006", com vistas à <u>"contratação de empresa de engenharia para o fornecimento de equipes especializadas nos serviços de operação e manutenção nas redes de distribuição de energia elétrica urbana e rural, dos postos de serviços das unidades de negócios centro e sul e suas localidades subordinadas"</u>, conforme edital às fls. 54/76.	[Voto] [...] 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.
Acórdão 2482/07 Plenário	[Relatório] [...] Trata-se de representação formulada pela empresa Active Engenharia Ltda., com fundamento no disposto no art. 113, §1º, da Lei nº 8.666/1993, em face do Pregão Eletrônico 066/7076-2007-GILIC/SP realizado pela Caixa Econômica Federal com o objetivo de contratar empresa especializada na <u>prestação de serviços de manutenção corretiva nos equipamentos denominados fechadura de retardo, fechadura módulo teclado, fechadura mecânica de cofres e fechadura de casa forte, com assistência técnica e reposição de peças em geral.</u> 2. Insurge-se a representante contra a modalidade de certame licitatório eleita pela Caixa (o Pregão) que, segundo alega, não comporta o objeto da contratação pretendida, caracterizado como serviços especializados de engenharia.	[Voto] [...] No caso em exame, os serviços que são objeto do pregão - manutenção corretiva nos equipamentos denominados Fechadura de Retardo (FR), Fechadura Módulo Teclado (FMT), Fechadura Mecânica de Cofres e de Casa Forte (FCCF) - conforme sustentado nos autos, enquadram-se como serviços comuns pois possuem características facilmente identificadas e oferecidas no mercado, podendo ser objetivamente especificados no edital. Dessa forma, é cabível o pregão eletrônico para contratar os aludidos serviços, mostrando-se improcedente a representação.
	[Relatório do Ministro Relator] [...] 6. De acordo com o edital, o referido	[Voto] [...] 7. Primeiramente, resalto o exame

22

Acórdão 286/07 1ª Cam.	pregão tem por objeto <u>'a contratação de pessoa jurídica especializada para a prestação de serviços de impermeabilização da laje e vigas, repolimento com rejunte das placas de mármore branco das paredes e realinhamento das esquadrias em vidro temperado, com fornecimento de materiais e mão-de-obra para reforma do jardim interno, do edifício ocupado pelo CNPq no SEP 507 Bloco 'B' em Brasília/DF'</u> (fl. 04).	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). 8. Em seguida, a instrução traz cuidadosa análise acerca da possibilidade de enquadramento do referido objeto do pregão como serviços comuns, os quais, em síntese, consistem na substituição da impermeabilização da laje e das paredes do jardim, abrangendo os serviços acessórios de remoção e recolocação do jardim interno. 9. Ademais, destaca-se a exigência do edital licitatório para que a licitante vencedora comprove sua capacidade técnica por meio da apresentação de atestados de serviços prestados e registros de inscrição no CREA/DF, o que supre a preocupação esposta pelo representante e pelo Conselho. 10. Por fim, mostra-se relevante a análise comparativa empreendida pela unidade técnica, caso tivesse sido adotado o convite como modalidade licitatória, em virtude do valor dos serviços contratados (aproximadamente R\$ 85.000,00). Nesse caso, a competitividade seria reduzida e possivelmente os preços superiores ao que se obteria na disputa por lances prevista no pregão. 11. Por conseguinte, sem mais observações, adoto como minhas razões de decidir a análise empreendida pelo diretor técnico, Alexandre Giovanini Fuscaldi.
Acórdão 2079/07 Plenário	[Relatório do Ministro Relator] Trata-se de representação impulsionada por servidor da Secex/PR e formalizada pela 3ª Secex, em face do Pregão Eletrônico nº 13/2007 deste Tribunal, <u>promovido com vistas à contratação dos serviços de escavação e remanejamentos preparatórios da construção do edifício Anexo III, em Brasília/DF.</u>	[Voto] [...] 52. Neste caso do Pregão Eletrônico nº 13/2007, os serviços licitados foram: instalação do canteiro, remanejamento da infra-estrutura do estacionamento externo, demolições, escavação e transporte de terra e implantação de duas vias provisórias. 53. Constituem serviços de fácil caracterização, que não comportam

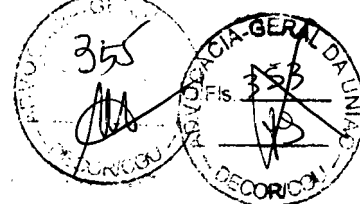




		variações de execução relevantes e que são prestados por uma gama muito grande de empresas. Não era complicado passar aos licitantes as especificações desses serviços, tanto que, na prática, nenhuma empresa participante do pregão interessou-se em questionar aspectos do termo de referência, que, segundo o § 2º do art. 9º do Decreto nº 5.450/2005, "é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, (...) valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva." (grifei) 54. Como são serviços de execução freqüente e pouco diversificada, de empresa para empresa, não houve problema em conformá-los no edital segundo padrões objetivos e usuais no mercado. Mesmo quanto às estradas de acesso às áreas de escavação e do estacionamento temporário, que infundiram desconfiança na peça motivadora desta representação, consistem tão só em pequenas vias de natureza rústica e duração efêmera, que estão mais para serviço de engenharia do que para obra, e cujo valor orçado foi de 57 mil reais, dentro de 2,4 milhões.
Acórdão 2635/07 Plenário	[Relatório do Ministro Relator] [...] 2. A equipe de auditoria da Secex/MT apontou a ocorrência dos seguintes indícios de irregularidades na execução do aludido Programa de Trabalho (fls. 49/ 57v.p.): <u>2.1. emprego da modalidade pregão para a aquisição de cabo pára-raio OPGW e acessórios na modalidade pregão, bens que não se enquadrariam na definição de bens e serviços comuns contida no parágrafo único do art. 1º da Lei 10.520/2002;</u>	[Voto] [...] 37. Quanto a essa matéria, inclino-me por acolher a manifestação da Secob, que considerou aceitável a adoção da modalidade pregão para contratar a aquisição de cabos OPGW, ferragens, acessórios, cabos dielétricos, ensaios de tipo e supervisão de instalação, uma vez que esses itens podem ser enquadrados na definição de bens e serviços comuns, cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo

22

		edital, por meio de especificações usuais do mercado, mormente quando o comprador é uma empresa tradicional do ramo como a Eletronorte. Dessa forma, podem ser acatadas as justificativas dos responsáveis. 38. Registro, ainda, que a jurisprudência recente deste Tribunal, amparada na Lei 10.520/2002 e no Decreto 5.450/2005, vem consagrando o entendimento de que é admissível a realização de pregão para a contratação de serviços comuns de engenharia (Acórdãos 817/2005, 1.329/2006, 2.482/2007, todos do Plenário).
Acórdão 2664/07 Plenário	[Voto] [...] 4. O objeto da licitação em causa, como descrito no item 3.0 do instrumento convocatório (fl. 08), é o seguinte: <u>"Serviços de infra-estrutura para a instalação de cabeamento óptico e metálico estruturado para a rede local de computadores do Estado-Maior da Armada, com fornecimento dos materiais necessários, exceto os equipamentos ativos que serão fornecidos pela administração e relacionados ao Projeto Básico, contemplando a instalação de infra-estrutura para o cabeamento estruturado, equipamentos ativos, com reestruturação de conexões, configuração da rede, implementação de gerenciamento com assistência técnica e entrega da documentação técnica de acordo com as especificações constantes do Projeto Básico e demais condições estabelecidas neste Edital."</u>	[Voto] [...] 5. No entendimento da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação deste Tribunal - Sefti, contactada pela Assessoria do Gabinete deste Relator, os serviços pretendidos, in casu, poderiam ser considerados como serviços de engenharia comuns, não havendo alta complexidade envolvida. A respeito, cumpre enfatizar que a jurisprudência deste Tribunal, amparada na Lei n. 10.520/2002 (art. 1º, caput) e no Decreto n. 5.450/2005 (art. 1º, caput, e art. 2º, § 1º), posiciona-se no sentido da necessidade da 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 ns. 817/2005 e 1.329/2006, ambos do Plenário, e Acórdão n. 286/2007 - 1ª Câmara, entre outros). 6. Desse modo, creio conveniente remeter determinação ao órgão contratante com vistas a adequar os seus procedimentos de licitação, nos casos da espécie, à jurisprudência deste Tribunal e à legislação pertinente, como acima indicado.
	[Relatório] Trata-se de representação formulada pela empresa Elevadores Atlas	[Voto] [...] 3.1. A possibilidade de contratação

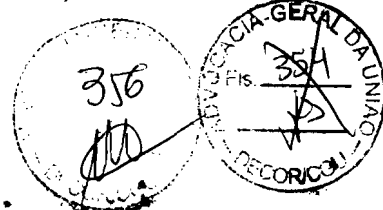


Acórdão 1458-08 2ª Cam.	Schindles S/A., com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, acerca de supostas irregularidades no edital do Pregão Eletrônico nº 15/2006, promovido pela Prefeitura Militar de Brasília junto ao Comando do Exército, destinado à <u>contratação de empresa para prestação de "serviço de reparação de 70 (setenta) elevadores constando de modernização, atualização tecnológica e manutenção preventiva/corretiva com fornecimento de peças originais nos elevadores instalados em edifícios (blocos) de PNR do Exército Brasileiro, sob responsabilidade administrativa da PMB na Guarnição de Brasília-DF, especificamente no Plano Piloto (Asa Norte e Asa Sul) e SHCE/S (Cruzeiro Novo).</u>	de obra e serviços de engenharia por meio de pregão já foi objeto de diversas deliberações deste Tribunal, a exemplo da Decisão 57/2002 e dos Acórdãos 674/2002, 331/2006 e 1.329/2006, todos do Plenário, e do Acórdão 817/2005 - 1ª Câmara, portanto, pacificada está no âmbito desta Corte de Contas. 3.2. Superada a questão inicial, termos que analisar se o objeto do Pregão Eletrônico nº 15/2006 poderia ser apontado como serviço comum, de modo a atender o disposto no art. 1º da Lei 10.520/2002. 3.3. Em que pese haver previsão de execução de atividades que demandam certo grau de especialização, conforme a especificações constantes do Anexo I - Termo de Referência (fls. 75/90), o serviço envolve, sumariamente, a substituição de peças, cuja técnica nos parece conhecida e usual no mercado, já que empresas não fabricantes dos equipamentos participaram do certame, descartando o controle exclusivo dessa ou daquela empresa sobre a atividade oferecida a lance. 3.4. Claro nos parece que o grau de complexidade envolvido não deve ser considerado suficiente para inviabilizar o certame, mediante pregão.
Acórdão 727/2009 Plenário	[Relatório] Tratam-se de representações formuladas pelas empresas EMIBM Engenharia e Comércio Ltda. e Walmetra Projetos e Construção Ltda. (TC-001.165/2009-9, apenso), com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, apontando possíveis irregularidades no Edital da Concorrência nº 003/2008, promovido pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - MDIC com o objetivo de contratar <u>"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,</u>	[Voto] [...] A jurisprudência desta Corte de contas, amparada pela art. 1º, caput, da Lei 10.520/2002 e art. 1º, caput e 2º, § 1º, do Decreto 5.450/2005, 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 817/2005 e 1.329/2006-Plenário, e Acórdão 286/2007 - 1ª Câmara, Acórdãos 2.079/2007 e 2.864/2007 Plenário, entre outros). Diante do exposto, cabe determinar ao MDIC que adote a modalidade de Pregão na forma eletrônica,

[Handwritten signature]

	<u>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</u>	conforme art. 1º da Lei 10.520/2002 e arts. 1º, 2º, § 1º, e 4º do Decreto 5.450/2005 [...] Ao contrário do que afirma o órgão, o Decreto nº 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 nº 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-4ª 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 nº 10.520/2002, que institui a modalidade de licitação denominada Pregão, e do Decreto nº 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 nº 817/2005, 1.329/2006, 2.079/2007 e 2.864/2007, todos do Plenário, entre outros).
Acórdão 2285/2009 Plenário	[Relatório] Trata-se de representação formulada pela empresa Sphera Security Ltda., nos termos do art. 113, §1º, da Lei 8.666/93, noticiando supostas irregularidades no âmbito do Pregão presencial nº 467/2009, conduzido pelo Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT - (fls. 1/28, v.p.), referentes, basicamente, à modalidade de licitação adotada, à forma de julgamento das propostas e à	[Voto] [...] 4.2.1. 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

21



	correção técnica do projeto básico. <u>2. O objeto do certame é a contratação de empresa especializada para a execução dos Sistemas Operacionais e de Segurança dos Túneis do Morro Alto, na BR-101/RS, com extensão de 1,84 Km, incluindo: fornecimento, instalação, testes e comissionamento dos equipamentos e materiais, conforme a relação dos principais serviços nos termos do Anexo I - Especificações particulares do Edital. O valor estimado para o contrato é de R\$ 34.913.923,61.</u>	edital, por meio de especificações usuais no mercado (Acórdão 1.329/2006-Plenário e Acórdãos 817/2005 e 286/2007, ambos da 1ª Câmara, entre outros). No caso concreto, observa-se que tais requisitos para o objeto da contratação encontram-se atendidos nos termos do Edital e do Projeto Executivo divulgados pelo DNIT. [...] 5. Quanto à modalidade de licitação adotada - pregão -, verificou-se que as peças editalícias descrevem razoavelmente os requisitos do objeto, as condições de habilitação técnica e as obrigações da contratada. Por outro lado, a 1ª Secex bem pontuou que a jurisprudência deste Tribunal tem admitido a contratação, mediante pregão, de serviços comuns de engenharia, assim considerados aqueles que possuam padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado. 6. Dentre os muitos precedentes que abraçam essa tese, cito: Decisões 557/2002 e 674/2002, Plenário; Acórdãos 1.329/2006, 1.557/2007 e 2.079/2007, do Plenário; Acórdãos 817/2005 e 286/2007, 1ª Câmara; Acórdão 1.458/2008, 2ª Câmara, entre outros. Oportuno transcrever excerto da ementa do Acórdão 2.079/2007-Plenário, que tratou de questionamento similar ao analisado nesta representação: 2. A Lei nº 10.520/02 não exclui previamente o uso do pregão para contratação de serviços de engenharia, determinando, tão-somente, que o objeto a ser licitado se caracterize como bem ou serviço comum; as normas regulamentares que proíbem a contratação de serviços de engenharia pelo pregão [Decreto 3.555/2000] carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei nº 10.520/02. 7. Os argumentos acima apresentados elidem também o segundo ponto questionado,
--	---	--

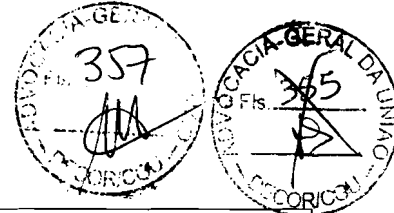
22

	relativo à alegada obrigatoriedade do tipo técnica e preço, que não se aplica à modalidade pregão.
--	--

B) SERVIÇOS ENQUADRADOS COMO NÃO-COMUNS DE ENGENHARIA

Acórdão 2392/06 Plenário	[Relatório do Ministro Relator] [...] 1.1. Trata-se de representação protocolada por Wagner Mitian Medeiros, em 8/8/2006, a respeito de possíveis irregularidades em licitação do Ministério de Minas e Energia (MME), cujo objeto é a <u>contratação de empresa para fornecimento e instalação de solução contemplando Ambiente de Alta Disponibilidade para Sistemas Críticos (ADSC), ou, simplesmente, sala-cofre, certificado com marca de segurança da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), conforme procedimentos NI/ABNT 09.113.01, para proteção de informações e sistemas, incorporando infra-estrutura de alta disponibilidade, ambientes físicos altamente protegidos e sistemas de controle e monitoração do ambiente do MME</u> (fls. 2/56).	[Voto] [...] 24. O gestor, ao classificar bens e serviços como comuns, deve se certificar que a descrição do objeto é suficientemente clara a ponto de não suscitar dúvidas, no afã do procedimento concorrencial do pregão, acerca das especificações do objeto ofertado pelos licitantes. Ademais deverá se certificar que a complexidade das especificações não encetar a insegurança ao adimplemento contratual pelos potenciais contratados em face da inexistência da habilitação previa. 25. No caso sub examine, o objeto licitado perfaz uma sala de segurança para a proteção de dados, objeto incomum, tecnologicamente sofisticado, e que deve manter preservados os dados mesmo quando o ambiente externo esteja sujeito à rígidas condições ambientais. Não parece razoável aferir que as especificações desse objeto não suscitarão dúvidas durante procedimento concorrencial e, principalmente, que esse produto justifique a inversão das fases de habilitação e julgamento, como ocorre no pregão, sem gerar risco excessivo de inadimplemento contratual pelos potenciais contratados. Diante dessas considerações, julgo inviável a licitação para aquisição de sala-cofre por intermédio da modalidade pregão.
Acórdão	[Relatório do Ministro Relator] Cuidam os autos de representação formulada pela Secex/AC levando a conhecimento deste Tribunal suposta irregularidade em procedimento licitatório conduzido pela Companhia de Eletricidade do Acre - Eletroacre, consubstanciado no Edital nº	[Voto] [...] No caso sub-examine, concordo com o Sr. Analista que os elementos contidos no edital demonstram que o objeto do certame consiste em obras de engenharia transformadas em Unidade de Serviço - US, à qual

fl

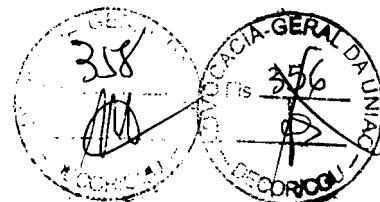


296/07 2ª Cam.	003/2006, que diz respeito à pretensa utilização da modalidade "pregão" para contratar obras e serviços de engenharia, prática expressamente vedada pelo art. 5º do Decreto nº 3.555/2000. O procedimento tinha por objeto o <u>"registro de preços, para futuras contratações de mão-de-obra, através de unidades de serviço (US) para serviços de construção e reforma de redes de distribuição..."</u> (fl. 14). O valor estimado da contratação era de R\$ 2.609.976,97 (fl. 27).	foi definida como serviço comum. Com efeito, o próprio objeto do edital (fl. 3) faz a seguinte menção, verbis: "Constitui objeto deste pregão registro de preços para futura contratação de mão-de-obra através de Unidade de Serviço (US) para serviços de construção e reforma de redes de distribuição, na tensão até 34,5 KV...". Como bem ponderou em sua instrução às fls. 191/201, resta evidente não se tratar de serviço comum, haja vista que somente a Eletroacre pode definir o que é a Unidade de Serviço para a qual foi dirigido o processo licitatório. Diante dessas considerações, julgo inviável a utilização de licitação na modalidade pregão para o objeto em questão, por ferir os preceitos estabelecidos no art. 1º, § 1º da Lei nº 10.520, de 2002, bem como no art. 6º do Decreto 5.450, de 2005.
Acórdão 1615-08 Plenário	[Voto] Cuidam os autos de representação, com pedido de medida cautelar, encaminhada pela Associação Brasileira de Consultores de Engenharia - ABCE, nos termos do art. 113, § 1º da Lei nº 8.666/93, contra edital licitatório de Furnas Centrais Elétricas S.A. (PE.DAQ.G. 0413.2007), em razão da utilização de modalidade pregão para a contratação de <u>serviços de "engenharia do proprietário para acompanhamento e fiscalização da execução das obras de construção do aproveitamento hidrelétrico de Simplício - queda única"</u>. Aduz o representante que tais serviços não poderiam ser qualificados como comuns e, por via de consequência, haveria impedimento à realização de licitação na modalidade pregão por contrariar o art. 1º da Lei nº 10.520/02.	[Voto] [...] 19. Da identificação dos serviços objeto do pregão por meio do Termo de Referência anexo ao Edital PE.DAQ.G.0413.2007, verifico haver atividades, a seguir transcritas, que permitem a conclusão de que não se trata de "serviços comuns": a) aferição mensal da conformidade dos eventos executivos, dentro da programação de implantação das obras e serviços, para a emissão total ou parcial, da medição física e financeira e sua liberação para aprovação final de Furnas; b) elaborar processos licitatórios para contratação das obras e serviços sob a responsabilidade do Departamento de Construção de Geração Térmica; c) supervisionar a execução de todas as etapas das obras, assegurando que as contratadas de Furnas estejam atendendo integralmente ao projeto, às especificações técnicas, ao programa da qualidade e aos requisitos contratuais; d) analisar os procedimentos executivos das contratadas de

[Handwritten signature]

		Furnas para a execução das obras; e) acompanhar e fazer com que se cumpram o projeto, as especificações técnicas e os contratos, inclusive quanto aos materiais industrializados ou produzidos na obra; f) avaliar e opinar sobre adequações de projeto, visando a otimização das atividades, mantendo Furnas sempre informada sobre tais questões; g) dar suporte a Furnas para solucionar problemas de ordem técnica e executiva relativos às obras, sempre observando a documentação contratual; h) acompanhar as inspeções técnicas, fornecendo os subsídios solicitados por Furnas; i) execução do controle tecnológico de concreto e execução de ensaios laboratoriais de concreto e geotecnia; j) operação de laboratórios de tecnologia de concreto e geotecnia; k) acompanhamento técnico para controle da qualidade dos materiais de construção (agregados, concreto, aço par armadura e emendas, veda-juntas, água, aditivos, solos, filtros, transições e rochas), restrito às atividades que englobam os serviços de controle de produção do concreto e ensaios de laboratório; l) elaboração de relatórios técnicos, abrangendo as atividades e dados relativos ao controle da qualidade dos materiais de construção da obra, incluindo análises estatísticas dos resultados dos ensaios realizados na obra os quais serão incorporados ao relatório mensal de gestão da qualidade da obra e ao data-book; m) analisar e elaborar alternativas técnicas e/ou econômicas para obras e serviços; n) elaborar documentos técnicos complementares e de canteiro de obras; e o) analisar e emitir parecer sobre relatórios técnicos recebidos; 20. Vê-se pois que não se trata de serviços padronizáveis ou de "prateleira", mas sim sujeitos a intensa atividade intelectual com
--	--	---

21



		razoável grau de subjetivismo, os quais precisam atender demandas específicas e complexas da Administração, afastando-se do conceito de especificações usuais do mercado.
Acórdão 2545/08 Plenário	[Voto] Conforme mencionado no Relatório supra, trata-se de representação encaminhada pela Associação Brasileira de Consultores de Engenharia - ABCE, efetuada com suporte nos termos do art. 113, § 1º da Lei nº 8.666/93, contra edital licitatório da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - CHESF (PG-1.92.2008.4860), em razão da utilização de modalidade pregão em licitação cujo objeto é a "Análise das oportunidades para expansão da geração e transmissão da CHESF". 2. O objeto dessa licitação foi enunciado no respectivo edital como: <u>"Execução de serviços de análise das oportunidades, visando oferecer suporte conceitual, metodológico, analítico e operacional par subsidiar a CHESF em suas avaliações estratégicas relativas à implantação de novos empreendimentos de geração e transmissão de energia elétrica, de acordo com a Especificação Técnica ET-DE-002/2008 (...)"</u>. O orçamento base elaborado pela CHESF para a referida licitação é de R\$ 1.473.835,82. Os serviços seriam executados sob o regime de empreitada por preço unitário.	[Voto] [...] 6. A natureza e complexidade do objeto licitado impedem seja ele classificado como comum. Observo que foram relacionados, no termo de referência, relatórios técnicos e seminários a serem produzidos sobre temas altamente complexos, como, por exemplo, "avaliação de oportunidades e riscos de investimentos em novos projetos de geração termelétrica nuclear"; "revisão de análise de investimentos, análise de projetos e o uso do método do Fluxo de Caixa Descontado, em suas diversas variantes, além das especificidades da avaliação de Project Finance, tanto para projetos de transmissão como de geração", entre outros. 7. Não é possível, dada a conformação do mencionado serviço, classificá-lo como comum. Isso porque não possui padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado, consoante exige o comando contido no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2003. Na verdade, a descrição desse objeto revela de forma imediata e com clareza seus contornos singulares e a impossibilidade de seja classificado como comum. Entendo, por isso, que a irregularidade apontada pela ABCE - licitação de serviços especializados mediante pregão - restou caracterizada. 8. Lembro, a esse respeito, que há precedentes recentes em que o Tribunal se posicionou no sentido de ser o pregão modalidade de licitação inadequada para contratação de serviços incomuns (Acórdão nº 1615/2008 - Plenário, por exemplo). Também há julgados que sinalizam a inadequação dessa modalidade de licitação para contratação de serviços de

fl

		consultoria (Acórdão nº 492/2006 - Plenário, por exemplo). Por esses motivos, entendo que se deva estipular prazo de até quinze dias para que a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco promova a anulação do Pregão Eletrônico nº PG-1.92.2008.4860.
Acórdão 1168/2009 Plenário	[Relatório] Trata-se de denúncia acerca de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 203/2006, voltado à contratação de escritório especializado de engenharia, <u>para elaboração dos projetos do novo Centro de Dados da Regional Brasília do Serpro - Serviço Federal de Processamento de Dados.</u>	[Voto] [...] DENÚNCIA. REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE DESENVOLVIMENTO DE PROJETO DE ENGENHARIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCEITUAÇÃO DOS SERVIÇOS COMO COMUNS E DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 10.520/2002. CONHECIMENTO. DENÚNCIA PROCEDENTE. DETERMINAÇÕES. ARQUIVAMENTO. 1. A realização de licitação na modalidade pregão não se configura instrumento hábil à aquisição de bens e serviços incomuns 4. Quanto ao mérito, a denúncia se afigura improcedente, apenas, no ponto em que considera que os serviços de engenharia consultiva não possam ser licitados na modalidade pregão. Os serviços contratados foram objetivamente delineados no Termo de Referência constante do Anexo I ao edital do Pregão 203/2006 (fls. 44/45), demonstrando que a expertise exigida para a consecução do objeto, bem como os padrões de desempenho e qualidade especificados, estão de acordo com órgãos reguladores oficiais e são amplamente conhecidos e utilizados no mercado.

11