

1 - Possibilidade jurídica de utilização de pregão eletrônico para a contratação de serviços de manutenção predial preventiva e corretiva: serviço comum de engenharia.¹

I

1. Trata-se de solicitação encaminhada a esta Procuradoria Jurídica, nos termos do parágrafo único do art. 38, da Lei nº 8.666/1993, para análise jurídica da minuta do edital de pregão eletrônico que visa a contratação de empresa especializada no ramo de engenharia para a prestação de serviços contínuos de operação, manutenção preventiva, corretiva e preditiva com fornecimentos de peças, materiais e mão de obra, bem como a realização de serviços eventuais diversos desde que entendidos como serviços comuns de engenharia.

2. O processo administrativo encontra-se devidamente autuado, protocolado e numerado contendo a solicitação da abertura do procedimento licitatório pela unidade responsável, acompanhada do termo de referência (f. 02/24) e adendos de I a XVI, nos quais encontram-se o detalhamento e rotinas básicas da prestação dos serviços, descrição do material, planilhas de custos e de formação de preços, orçamento anual estimado de custos de mão de obra para os serviços de execução eventuais, quadro resumo do valor global máximo aceito para os serviços e materiais e outros (ff. 25/105). Em prosseguimento, verifica-se nos autos a informação sobre a dotação orçamentária (ff.107/108), portaria de nomeação da Equipe do Pregão (f.111) minuta do edital e seus anexos (ff.112/178), despacho à Procuradoria-Geral para análise da minuta do edital (f. 110) e Nota Explicativa (f. 178)

1 Parecer 299/2016 (Processo 0486/2016-2).

É o breve relatório.

II

II.1. Análise da modalidade de licitação

3. A contratação pública de bens, obras e serviços públicos deve ser realizada mediante processo licitatório que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes. Não poderia ser diferente, sendo esta a disciplina do art. 37, inciso XXI da Constituição Federal e do art. 2º da Lei Federal nº 8.666/1993 – ressalvados apenas os casos especificados na legislação.

4. No caso, a Comissão Permanente de Licitação optou pelo pregão eletrônico para licitar os serviços de engenharia objeto do Edital. Modalidade de licitação instituída pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, o Pregão Eletrônico é de utilização adequada para aquisição de bens e serviços comuns; possui disciplina e procedimentos próprios aplicando-se, subsidiariamente, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993.

5. Veja o que diz a regra-matriz da modalidade, o art. 1º, da Lei 10.520/2005:

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 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.

6. No âmbito doutrinário, merece destaque a definição de

bens e serviços comuns entoadada por Marçal Justen Filho:

(...) bem ou serviço comum é aquele que se apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível a qualquer tempo no mercado próprio.²

7. Com efeito, o conceito de “bens e serviços comuns” abrange aquilo que pode ser entendido como o simples, o rotineiro, o padronizado; passível de ser descritos objetivamente. E os serviços ora licitados, de engenharia, tiveram a sua natureza “comum” bem definida nos autos. Representativo disso, entre outras passagens, é a Nota Explicativa anexada aos autos (f.179) pela área técnica (Gerência de Projetos e Edificações) sobre os serviços que se deseja contratar por meio de pregão eletrônico, que assim reza:

“Esclarecendo os itens 1.1 e 1.2 do Termo de Referência de ff. 02-24, informamos que os serviços contínuos de operação, manutenção preventiva, corretiva e preditiva, com fornecimento de materiais e mão-de-obra, bem como os serviços eventuais diversos, objeto do Termo de Referência ora licitado, são entendidos como SERVIÇOS COMUNS DE ENGENHARIA, uma vez que se tratam de serviços considerados de fácil realização, cujas características, quantidade e qualidades são passíveis de especificações usuais no mercado e, mesmo que exija profissional registrado no CREA para sua execução, a atuação desse não assume relevância, em termos de custo, complexidade e responsabilidade, no conjunto do serviço.”

8. Dessa forma, entendemos que a natureza comum do serviço licitado encontra-se com motivação suficiente. E no que toca à questão preliminar de se saber se serviços de engenharia podem ser concebidos como serviços comuns, acreditamos que o tema

2 JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 29.

encontra-se pacificado na doutrina e jurisprudência.

9. Nos termos do Decreto Federal 5.450/2005, a vedação ao pregão na forma eletrônica ocorre em face de obras de engenharia, mas não serviços:

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

10. Mencionando proibição apenas para obras, é de se entender por sua possibilidade para serviços de engenharia que possam ser havidos por comuns. Com esteio nesse raciocínio o entendimento atual do Tribunal de Contas da União (TCU) é no sentido da “vedação de contratar obras e a permissão de contratar serviços comuns de engenharia mediante pregão”, caracterizando estes últimos, serviços de engenharia, como aquelas atividades em que “emprego de mão de obra e equipamentos prepondera sobre a aplicação técnica” (Acórdão 2079/2007 – Plenário; e Acórdão 2312/2012 – Plenário).

11. Andou assim, o TCU, na mesma linha da doutrina de Jorge Ulisses Jacoby³, que propugna que o serviço de engenharia pode ser considerado comum observando as condicionantes: “as características, quantidades e qualidades forem passíveis de especificações usuais no mercado”; “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”.

12. E em julgado paradigmático, que versou sobre representação cujo objeto fora a contratação de serviços de escavação e

3 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**, 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 371

remanejamentos preparatórios da construção do edifício Anexo III do próprio TCU, a Corte Federal de Contas enfrentou a questão de modo franco:

“Há tanta jurisprudência do TCU que ampara e até recomenda a contratação de serviços comuns de engenharia mediante pregão que bastaria encerrar a questão dizendo que a Administração do Tribunal, ao usar a modalidade para adjudicação dos trabalhos preliminares à construção do edifício Anexo III, andou na mais pura sintonia com o pensamento desta Corte de Contas, manifestado nos julgamentos dos atos dos seus jurisdicionados.”
(Acórdão 2079/2007 – Plenário)

13. Sepultando de vez qualquer dúvida sobre a questão, em 2010 o TCU editou a Súmula 257, cujo teor reproduz-se abaixo:

Súmula 257/TCU: “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002”

14. Por tudo isso, esta Procuradoria Jurídica entende que se encontra pacificado o cabimento, em tese, do pregão eletrônico para os serviços comuns de engenharia. No que pertine à adequação em concreto, tal deve ser caracterizado nos autos pela área administrativa demandante. E pelo que se verifica dos autos, o objeto definido pela área técnica deste Tribunal (ff. 02/24 do Termo de Referência) guarda compatibilidade – e o dizemos com a consciência de que não podemos substituir a área demandante em seu juízo técnico de valoração – com a escolha da modalidade de licitação escolhida, visto que os serviços de manutenção preventiva, corretiva e preditiva, bem como os serviços eventuais descritos nos autos foram caracterizados serviços comuns de engenharia.

15. Ante o exposto, o certame licitatório pode ser levado a efeito na modalidade escolhida, Pregão Eletrônico, com amparo na Lei nº 10.520/2002, do Decreto nº 5.450/2005, do Decreto Estadual nº

28.089/2006, aplicando-se subsidiariamente a Lei nº 8.666/1993, como corretamente dispôs a parte introdutória da minuta de Edital, à f. 112.

II.2. Análise da Minuta do Edital e de suas partes integrantes

16. Da leitura da minuta do instrumento editalício verifica-se que o mesmo, no geral, encontra-se em consonância com os requisitos estabelecidos no art. 40, *caput*, da Lei nº 8.666/93, e com as disposições da Lei Federal nº 10.520/2002, especificamente nos artigos 3º e 4º, além das demais normas pertinentes à matéria.

17. Nesse sentido, a minuta do edital traz o correto detalhamento da sessão do pregão, destacando que o critério de julgamento que será o do licitante que apresentar o lance de menor valor. Constam na minuta, os seguintes itens: a definição do objeto (item 1.0); do provedor do sistema eletrônico (item 2.0); das datas e horários (item 3.0); da participação (item 4.0); da função do pregoeiro (item 5.0); das responsabilidades do licitante (item 6.0); da proposta item 7.0); do processo e julgamento (item 8.0); da hipótese de desconexão com o pregoeiro (item 9.0); da habilitação (10.0); das impugnações e recursos (item 11.0); do pagamento (item 12.0); dos recursos financeiros (item 13.0); das penalidades (item 14.0); das disposições finais (item 15.0). A seguir, passamos a tecer comentários pontuais sobre a minuta.

a) Tratamento diferenciado (LC 123/2006).

18. No item 8.8. do edital observa-se que está garantida a preferência de contratação para as microempresas ou empresas de pequeno porte, exigência prevista na LC nº 123/2006, arts. 44 e 45, que assim estabelecem:

Art. 44 – Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempre-

sas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no §1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I – a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II – não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III – no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

Como é impertinente a exclusividade da licitação em favor de ME e EPP, uma vez que a despesa projetada ultrapassa em muito a expressão de R\$ 80.000,00 estabelecido no art. 48, I, LC 123/2006, incide no caso tão somente as regras de preferência dispostas nos arts. 44 e 45, LC 123/2006 acima transcritos.

b) Garantia (item 21, Termo de Referência, f. 125v-126).

20. Digno de nota a inovação promovida pela Comissão Permanente de Licitação no tópico em questão. Vê-se que foi incorporada, no Edital em análise, a recomendação de S. Exa. o Presidente do Tribunal de Contas constante no Despacho Decisório que aprovou o Parecer 252/2016 da Procuradoria Jurídica (Processo 08830/2015-1).

21. Na oportunidade, foi asseverado que deveria ser considerada a conveniência e oportunidade de inserção, nos Editais (ou Termo de Referência) deste Tribunal, de cláusulas que contemplassem os seguintes conteúdos (se cabível a depender do objeto):

“CLÁUSULA X – A vigência da garantia, qualquer que seja a modalidade escolhida, deverá abranger um período mínimo de três meses após o término da vigência contratual.”

“CLÁUSULA Y – Após a execução do contrato, será verificado o pagamento das verbas rescisórias decorrentes da contratação, ou a realocação dos empregados da Contratada em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção dos respectivos contratos de trabalho.

PARÁGRAFO ÚNICO – Caso a Contratada não logre efetuar uma das comprovações acima indicadas até o fim do segundo mês após o encerramento da vigência contratual, a Contratante poderá utilizar o valor da garantia prestada e dos valores das faturas correspondentes a 1 (um) mês de serviços para realizar o pagamento direto das verbas rescisórias aos trabalhadores alocados na execução contratual.”

“CLÁUSULA Z – Será considerada extinta a garantia:

- a) com a devolução da apólice, carta fiança ou autorização para o levantamento de importâncias depositadas em dinheiro a título de garantia, acompanhada de declaração da Contratante, mediante termo circunstanciado, de que a Contratada cumpriu todas as cláusulas do contrato;
- b) no prazo de 03 (três) meses após o término da vigência do contrato, caso a Administração não comunique a ocorrência de sinistros, quando o prazo será ampliado, nos termos da comunicação”.

22. Uma leitura do item 21 do Termo de Referência (Anexo I do Edital) mostra que a Comissão Permanente de Licitação incorporou os conteúdos acima reproduzidos, em atendimento ao quanto recomendado pela Presidência. Contudo, temos mais sugestões a serem feitas.

23. O item 21 em análise – bem como a Cláusula 19 do Anexo II, Minuta do Contrato – devotam atenção à **devolução da garantia**. Temos como adequado que também o momento do **recebimento da garantia** seja objeto de disciplina. Assim, em simetria com o que faz o Ente Federal, por recomendação da Advocacia-Geral da União, **recomenda-se** a inclusão dos seguintes conteúdos:

“ A.1 A inobservância do prazo fixado para apresentação da garantia previsto⁴ acarretará a aplicação de multa de 0,2% (dois décimos por cento) do valor do contrato por dia de atraso, até o máximo de 5% (cinco por cento).”

“A.2. O atraso superior a 25 (vinte e cinco) dias autoriza a Administração a promover o bloqueio dos pagamentos devidos à contratada, até o limite de 5% (cinco por cento) do valor anual do contrato, a título de garantia; bloqueio que não gera nenhum tipo de compensação financeira à contratada”.

4 10 dias, segundo o item 19.1 do Contrato e 21.1 do Termo de Referência.

“A.3 A contratada poderá, a qualquer tempo, substituir o bloqueio efetuado com base no item 3 desta cláusula por quaisquer das modalidades de garantia, caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária”.

“A.4. O quanto disposto no item A.1 deve ser observado também quando da reposição da garantia, sempre que a contratada for notificada para isso”.

24. Não desconhecemos que o TCU tem antigo entendimento de que a prestação de garantia deveria ocorrer antes da assinatura do contrato (ex: Acórdão 2292/2010 – Plenário). Ocorre que em 23.12.1013 a IN 02/2008 do Ministério do Planejamento foi modificada, e seu art. 19 passou a ostentar redação que propugnam pela adoção das medidas de prudência acima descritas. E é bem de ver que o TCU passou a abrigá-las em seus ajustes administrativos (Contrato 50/2015, Cláusula Sete, por exemplo). Como de resto faz a União. Por mais que as Instruções Normativas do Ministério do Planejamento não se apliquem a este TCE/CE, nada impede (em juízo não definitivo sobre o tema) que este Tribunal adote tal obrigação aos licitantes (sendo sabido que não só a lei é fonte das obrigações, mas também a vontade dos contratantes).

25. Ainda sobre a garantia na execução do contrato, **recomenda-se também a aposição de cláusulas – no Edital, Contrato ou Termo de Referência, a depender do caso – que contemplem as seguintes obrigações:**

X.1. “Independentemente da modalidade de garantia escolhida, ela assegurará o pagamento de: prejuízos advindos do não cumprimento do objeto do contrato; prejuízos diretos causados à Administração decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato; multas moratórias e punitivas aplicadas pela Administração à contratada; obrigações trabalhistas e previdenciárias de qualquer natureza, não adimplidas pela contratada, quando couber”.

X.2. “Se apresentada na modalidade seguro-garantia, tal somente será aceita se a apólice contemplar todos os eventos indicados no item X.2”.

26. **Recomenda-se**, também que fique consignado que, no caso de garantia prestada em dinheiro, para fins de depósito devem ser observadas as mesmas condições de pagamento (item 12, Minuta de Edital). Assim devemos fazer para que a Lei Estadual 15.241/2012 possa ser cumprida (esforço feito no item 12.4 da Minuta de Edital).

c) Penalidades (item 14.0).

27. A título de **medida saneadora**, mas na condição de **recomendação**, opino para que, antes da publicação do Edital, a Comissão Permanente de Licitação verifique a conveniência de circunstanciar, no item 14.0 do Edital e dispositivos correlatos, quais hipóteses darão ensejo à aplicação da sanção de multa. Assim o fazemos em atenção ao consolidado entendimento doutrinário e jurisprudencial que reza que a multa punitiva só é de possível incidência quando sua hipótese de incidência está descrita em concreto (tipificação fechada).

28. Outrossim, no item 6.1, “d” do Edital, **recomenda-se** que o fundamento de direito da sanção lá preconizada seja o art. 32 do Decreto Estadual nº 28.089/2006, e não o art. 28 do Decreto Federal 5.450/2005.

II.3. Outros aspectos dos autos

29. **Dotação orçamentária.** Com respeito à comprovação de dotação orçamentária, à ff. 107/108 consta a informação da Gerência de Contabilidade e Finanças dando ciência da existência, nesta data, da existência de dotação orçamentária que contemple a modalidade de despesa e que se mostra quantitativamente suficiente para realização da despesa objeto deste processo, conforme discriminado em saldo orçamentário, indicado na informação e

comprovado em seu anexo. Assim, foi atendido o art. 7º, §2º, III, Lei 8.666/93.

30. Importante asseverar que esta Procuradoria se ateve, tão somente, às questões relativas à legalidade da minuta do edital do certame licitatório, e seus anexos, constantes neste processo, ressaltando que todo o procedimento deverá observar a legislação supracitada, principalmente no tocante a prazos e atos essenciais, não nos competindo nenhuma consideração acerca do mérito da presente contratação.

III

31. Ante todo o exposto, e para fins do art. 38, da Lei nº 8.666/93, opinamos pela adequação jurídica do procedimento e das minutas ora analisadas, ressalvados aspectos de juízo técnico e os de conveniência e oportunidade quanto à realização do certame.

32. No ensejo, **recomendamos** à Comissão Permanente de Licitação que avalie a pertinência das recomendações realizadas nos pontos **23, 25, 26, 27 e 28**, acima.

É o parecer, salvo melhor juízo.
À consideração superior.

Fortaleza, 30 de junho de 2016.

Paulo Sávio N. Peixoto Maia
Procurador-Geral
Procuradoria Jurídica do TCE/CE