



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

PARECER Nº 06 /2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.004525/2012-93

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relacionados à licitação e contratos administrativos tratados no âmbito do Grupo de Trabalho designado por meio da Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012.

EMENTA

IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO PREGÃO PARA LICITAR A CONTRATAÇÃO DA EXECUÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 10.520/02 E DO ART. 6º, INCISOS I E II, DA LEI Nº 8.666/93.

I. O conceito de obra pública não se confunde com o de prestação de serviços de engenharia. Quando o art. 1º da Lei nº 10.520/02 apenas se referiu à utilização do pregão na contratação da aquisição de bens e serviços comuns, não contemplou a possibilidade de sua adoção nas licitações de obras públicas, dadas as definições do art. 6º, I e II, da Lei nº 8.666/93. Nesse sentido, o art. 5º do Decreto nº 3.555/00 e o art. 6º do Decreto nº 5.450/05 somente esclareceram aquilo que já estava previsto em lei em sentido formal e material.

II. Com supedâneo nos arts. 4º e 6º do Decreto nº 5.450/05 e na Súmula nº 257 do TCU, a contratação de serviços de engenharia comuns deverá ser licitada por pregão eletrônico ou, na inviabilidade de sua utilização, por pregão presencial.

III. A caracterização do objeto contratual como "obra" ou "serviço de engenharia" ou, ainda, a qualificação do serviço de engenharia como "comum" depende de apreciação de ordem técnica, devendo o Procurador limitar-se a cientificar a Administração Pública da existência dos ditames do art. 6º, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93 e da conceituação doutrinária de serviços comuns.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria/PGF nº 359, de 27 de abril de 2012, criou Grupo de Trabalho que tem por objetivo:

I – identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da PGF, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

II – promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da PGF; e

III – submeter à consideração do Procurador-Geral Federal a conclusão dos trabalhos.

2. Após identificados os temas controversos e relevantes, foram realizados estudos e debates em reuniões mensais. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujo objetivo é o esclarecimento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

3. No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á de discutir se seria cabível a utilização do Pregão para licitar a realização de obras de engenharia.

4. É o relatório.

PREGÃO, LEI Nº 8.666/93 E VEDAÇÃO À UTILIZAÇÃO DO PREGÃO EM LICITAÇÕES DE OBRAS PÚBLICAS

5. O pregão é a modalidade de licitação prevista para licitar a aquisição de bens e a contratação da prestação de serviços comuns. No art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/02, encontra-se uma definição do que seriam bens e serviço comuns:

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.

6. De logo, percebe-se que a lei somente previu o cabimento do pregão para a compra e a contratação da prestação de serviços designados como comuns. Não há qualquer indicação de sua utilização, portanto, para a contratação da realização de obras públicas. Na regulamentação do pregão, inclusive, restou evidente a vedação expressa à contratação de obras por pregão, seja em sua forma presencial, seja em sua forma eletrônica:

Art. 5º do Anexo I do Decreto n. 3.555/00: **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.



2

Art. 6º do Decreto n. 5.450/05: **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.

7. Portanto, em um primeiro momento, fica evidente que não há como negar vigência às redações da Lei nº 10.520/00, do Decreto nº 3.555/00 e do Decreto nº 5.450/00.

8. Não obstante, na jurisprudência do TCU, podem ser encontrados Acórdãos amparando a possibilidade de adoção do pregão para obras:

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 regrar-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 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 (Acórdão n. 817/2005 – Primeira Câmara).

Considerando que a Secretaria Federal de Controle Interno, da Controladoria Geral da União, vem entendendo, com fundamento nos Decretos 3.555/2000 e 5.450/2005, irregular a contratação de obras e serviços de engenharia por meio da utilização da modalidade de licitação pregão, e que esse entendimento não se alinha àquele que vem sendo firmado no âmbito deste Tribunal.

(...)

v) alertar a Secretaria Federal de Controle Interno, da Controladoria Geral da União, que este Tribunal vem firmando o entendimento, a exemplo dos Acórdãos 817/2005-TCU-1ª Câmara, 2272/2006-TCU-Plenário e 709/2007-TCU-Plenário, de que a Lei nº 10.520/02 não exclui previamente a utilização da modalidade de licitação pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia, determinando, tão-somente, que o objeto a ser licitado se caracterize como bem ou serviço comum, e que as normas

A

3

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 10.520/02 (Acórdão n 5.226/2008 – 2ª Câmara).¹

9. Ressalte-se, contudo, que tais Acórdãos são excepcionais e, de certo modo, parecem fazer confusão com os conceitos de “obra” e de “serviço”, objetos contratuais totalmente diversos à luz do art. 6º, I e II, da lei de licitações.

10. Enquanto “obra” tem a ver com “construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação” de um ambiente (art. 6º, I, da Lei nº 8.666/93), o “serviço” pode ser considerado a contratação de um fazer, uma atividade física e/ou intelectual que, à luz do estatuto licitatório, pode materializar-se em diversos objetos contratuais: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção (art. 6º, II, da Lei nº 8.666/93).

11. Nesse sentido, o art. 1º da Lei nº 10.520/02, ao indicar que o pregão se destinaria à aquisição de bens e serviços comuns, claramente exclui de sua incidência o objeto contratual obra. Os Decretos regulamentadores, portanto, apenas revelaram, de modo objetivo, aquilo que já estava amparado em lei em sentido formal e material.

12. É certo, contudo, que a doutrina pode utilizar o termo serviço de modo tão abrangente que se poderia tratar a “obra” como uma espécie do gênero “serviço”. Marçal Justen Filho, por exemplo, faz isso, de modo a conceber que “a obra é o objeto de um contrato de prestação de serviços de engenharia, com características próprias”.² Muitos engenheiros também usam o termo serviço de engenharia de maneira tão ampla que terminam por incluir a obra na conceituação de serviço.

13. Do ponto de vista legal, contudo, há distinção clara na Lei nº 8.666/93. E, mesmo sob o ponto de vista técnico, há a necessidade dessa diferenciação. Confira-se, nesse sentido, a Orientação Técnica IBR 002/2009 do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP:

3. DEFINIÇÃO DE OBRA

Obra de engenharia é a ação de construir, reformar, fabricar, recuperar ou ampliar um bem, na qual seja necessária a utilização de conhecimentos técnicos específicos envolvendo a participação de profissionais habilitados conforme o disposto na Lei Federal nº 5.194/66.

(...)

4. DEFINIÇÃO DE SERVIÇO DE ENGENHARIA

Serviço de Engenharia é toda a atividade que necessite da participação e acompanhamento de profissional habilitado conforme o disposto na Lei Federal nº 5.194/66, tais como: consertar,

¹ Insta observar que os Acórdãos nº 709/2007 – Plenário e nº 2.272/2006 – Plenário, citados no Acórdão nº 5.226/2008 – 2ª Câmara, não trataram da adoção do pregão para licitação de obras.

² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2009, p. 120.



4

instalar, montar, operar, conservar, reparar, adaptar, manter, transportar, ou ainda, demolir. Incluem-se nesta definição as atividades profissionais referentes aos serviços técnicos profissionais especializados de projetos e planejamentos, estudos técnicos, pareceres, perícias, avaliações, assessorias, consultorias, auditorias, fiscalização, supervisão ou gerenciamento.

14. No íterim da Orientação Técnica IBR 002/2009, também existem vários exemplos dessa distinção, de forma que dificilmente se poderia acatar um conceito doutrinário de “serviço” tão amplo a ponto de incluir a “obra” como uma espécie do gênero “serviço de engenharia”.

15. É certo que se adotássemos um conceito doutrinário amplo de serviço de engenharia, ter-se-ia de concluir que o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/02 legitimaria a licitação de obras por pregão, pois, afinal, a obra seria um tipo de serviço. Essa interpretação, contudo, faria pouco caso das definições do art. 6º da Lei nº 8.666/93, aplicáveis ao pregão por força do art. 9º da Lei nº 10.520/02, e das considerações de ordem técnica indicadas na Orientação Técnica IBR 002/2009.

16. Assim, há de se concluir pela impossibilidade de utilização do pregão para licitar a contratação de obras públicas.

SERVIÇOS DE ENGENHARIA E POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO PREGÃO

16. O tópico anterior deixou claro que não se licita por pregão a realização de obra pública, pois a legislação de regência claramente afastou a incidência da Lei nº 10.520/02 nesse caso. Contudo, há outra pergunta que poderia ser feita: a contratação de serviços de engenharia poderia ser licitada por pregão? Existem serviços de engenharia comuns? A resposta a essas questões não se faz sem uma rápida digressão.

17. Embora a Lei nº 10.520/02, originalmente, não tenha posição definida sobre o tema, o Decreto nº 3.555/00, em seu art. 5º, vedou o uso do pregão para contratações de serviços de engenharia. O fundamento original parece ter sido a compreensão de que não poderiam existir serviços de engenharia comuns.

18. Em 2005, contudo, o Decreto nº 5.450/05 mudou completamente o panorama legal. Ao prever, em seu art. 6º, hipóteses nas quais o pregão não se aplicaria, deixou de mencionar a contratação de serviços de engenharia. Claramente, a ausência de menção à referida vedação representou verdadeiro “silêncio eloquente”, e não mera lacuna. Observe-se que as redações do art. 5º do Decreto nº 3.555/00 e do art. 6º do Decreto nº 5.450/05 são praticamente idênticas, com exceção da previsão acerca da contratação de serviços de engenharia: o pregão não seria cabível para licitar obras, locações imobiliárias e alienações

em geral, mas poderia ser utilizado na contratação de serviços de engenharia, desde que, obviamente, fossem considerados comuns.

19. Remanesce, contudo, um ponto: pode-se adotar o pregão presencial para licitar a contratação de serviços de engenharia? A questão não é trivial, pois, enquanto o art. 6º do Decreto nº 5.450/05, que regula o pregão eletrônico, parece haver admitido a adoção do pregão, o art. 5º do Decreto nº 3.555/00 permaneceu inalterado, de modo que se poderia concluir pela não utilização do pregão presencial para selecionar contratados para prestar serviços de engenharia.

20. Essa interpretação, contudo, não pode prevalecer. Não há qualquer sentido em se fazer essa distinção, pois o que separa o pregão eletrônico do presencial é, na essência, a adoção de um procedimento mais transparente e compatível com o processamento da licitação por meio eletrônico. Por conseguinte, tanto o pregão eletrônico, quanto o pregão presencial são espécies do mesmo gênero, a modalidade pregão. Daí que a regra do art. art. 6º do Decreto nº 5.450/05 deve ser aplicada, também, ao pregão presencial, por razoabilidade (art. 2º da Lei nº 9.784/99). Perceba-se que, pelo princípio da razoabilidade, as decisões e atividades administrativas em geral devem ser pautadas por "critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas".³ Não se poderiam admitir, assim, condutas que contrariem "de forma manifesta, o senso comum".⁴

21. Vedar a adoção do pregão presencial para contratação de serviços de engenharia ao tempo em que se permite o pregão eletrônico para esses mesmos objetos contratuais gera uma irracionalidade difícil de ser solucionada. Significa, ainda, negar, à Administração Pública, a possibilidade de adoção de uma modalidade de licitação muito mais flexível e com ganhos de economia e de eficiência difíceis de serem superados pelas demais modalidades clássicas (concorrência, tomada de preços e convite).

22. Dessa forma, a interpretação que melhor compatibiliza as normas de regência é a de que o art. 5º do Decreto nº 3.555/00 foi revogado parcial e tacitamente pelo art. 6º do Decreto nº 5.450/05, dado que interpretação contrária implicaria lesão aos princípios da razoabilidade, da economicidade e da eficiência.

23. No âmbito do TCU, também prevalece a tese de que se a Lei nº 10.520/02 não vedou a adoção do pregão para contratação de serviços de engenharia, não poderia o

³ MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 99.

⁴ MORAES, Germana. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 133.

6



regulamento, o Decreto nº 3.555/00 *in casu*, proibir seu uso pela Administração Pública diante da contratação de serviços de engenharia comuns:

7. Quanto à anulação do Pregão nº 22/2006, pautada em suposto impedimento de uso da modalidade pregão presencial para a contratação de serviços de engenharia, resultou esclarecido que a interpretação assumida pela CEAL, com respaldo em parecer da área jurídica, não se coaduna com entendimento prolatado no âmbito desta Corte de Contas (Acórdão 817/2005 - 1ª Câmara, Ata 14/2005), o qual sustenta que a ausência de embaraço desse naipe no texto da Lei nº 10.520/2002 não ampara a compreensão de que a restrição disposta no art. 5º do Decreto nº 3.555/2000 deva prevalecer sobre os limites mais amplos da disposição legal hierarquicamente superior.
8. Se assim o fosse, ocorreria a incongruência de a norma regulamentar estabelecer barreiras que a lei instituidora da modalidade licitatória denominada pregão não houve por bem erigir (Acórdão n 709/2007 - Plenário).

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES APONTADAS. MODALIDADE PREFERENCIAL. POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ENGENHARIA POR PREGÃO. IMPROCEDÊNCIA.

1. Considera-se improcedente representação, tendo em vista que as supostas irregularidades apontadas não restaram comprovadas, acolhendo-se as razões de justificativa dos responsáveis.
2. A administração deve dar preferência à modalidade de licitação pregão, não obstante o caráter facultativo que lhe confere a Lei nº 10.520/02. A adoção de outra opção deve ser devidamente justificada.
3. A Lei nº 10.520/02 não exclui previamente a utilização do Pregão para a contratação de serviço 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 carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei nº 10.520/02.

(...)

8. Bem, a Lei nº 10.520/2002 condiciona o uso da modalidade Pregão somente aos serviços comuns, não excluindo previamente quaisquer espécies de serviços e contratações, sendo o rol de bens e serviços comuns previstos no decreto regulamentar 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 processo licitatório.
9. Como se vê, a referida lei não exclui previamente a utilização do Pregão para a contratação de serviço de engenharia. O que exclui essa contratação é o art. 5º do Decreto nº 3.555/2000. Todavia, o item 20 do Anexo II desse mesmo Decreto autoriza a utilização do Pregão para a contratação de serviços de manutenção de imóveis, o que pode ser considerado serviço de engenharia.
10. Ao examinar a aplicabilidade dos citados dispositivos legais, observo 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 regrar-lhe a execução e a concretização, tendo em vista o que dispõe o inciso IV do art. 84 da Carta Política de 1988.
11. Desse modo, as normas regulamentares que proíbem a contratação de serviços de engenharia pelo Pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei nº 10.520/2002. O único condicionamento que a Lei do Pregão estabelece é a configuração do objeto da licitação como bem ou serviço comum.
12. De qualquer modo, o Decreto nº 3.555/2000 regulamenta o Pregão Presencial, sendo o Pregão Eletrônico regulamentado pelo Decreto nº 5.450/2005, cujo art. 6º diz: "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."
13. Ou seja, não há restrição quanto à contratação de serviços de engenharia (Acórdão n 2.272/2006 - Plenário).


    7

SUMÁRIO: DENÚNCIA. SUPOSTA IRREGULARIDADE EM LICITAÇÃO. AUDIÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÕES.

Conforme jurisprudência do TCU, 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.

São ilegais os regulamentos que proíbem a contratação de serviços comuns de engenharia pelo pregão, pois estabelecem restrição nova, sem fundamento na Lei.

(...)

12. Especificamente em relação aos serviços de engenharia, lembro aos E. pares que esta Corte tem-se manifestado reiteradamente favorável à contratação desse objeto por meio do Pregão. Nesse diapasão alinham-se os seguintes arestos: i) manutenção predial (Acórdão 286/2007 – 1ª Câmara); ii) assistência técnica e manutenção de aparelhos de ar condicionado (acórdão 331/2006 – Plenário; 2.272/2006 – Plenário); iii) fornecimento e instalação de ar condicionado (Acórdão 817/2005 – 1ª Câmara); iv) operação e manutenção de redes de distribuição de energia elétrica (Acórdão 1.329/2006 – Plenário); v) atualização tecnológica do sistema de elevadores (Acórdão 1.557/2007 – Plenário) (Acórdão n 1.168/2009 - Plenário).⁵

47. O fato é que a lei que disciplina a modalidade pregão não proíbe aplicá-la a serviços comuns de engenharia. E não é porque não seja expressa em aceitar o pregão nesse propósito que se deva entendê-la como proibitiva, pois, mesmo com o conceito dado pelo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002, "*serviço comum*" ainda é uma expressão relativamente aberta, bastando que o serviço de engenharia, para nela se enquadrar, tenha "*padrões de desempenho e qualidade*" que "*possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado*". Ficou para o juízo administrativo categorizar o comum e o incomum, dentro desses parâmetros.

48. Conquanto o Decreto nº 3.555/2000 tenha estatuído que o pregão não se aplica aos serviços de engenharia, cabe ressaltar que sua base normativa era a Medida Provisória nº 2.026-3/2000, que conferia ao regulamento a incumbência de dispor sobre o elenco de serviços comuns. Porém, tal poder caiu quando a medida provisória final foi convertida na Lei nº 10.520/2002. No máximo, o rol de serviços comuns ainda presente no decreto poderia funcionar como um guia para o administrador, mas não compete ao regulamento instituir vedação não sinalizada pela lei, sobretudo por ir de encontro às nítidas vantagens proporcionadas pela modalidade pregão. Note-se, a propósito, que o Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o pregão na forma eletrônica e é mais recente, visivelmente resolveu excluir a vedação da modalidade para os serviços de engenharia.

49. Assinalo que esse posicionamento não é nenhuma novidade no Tribunal, como mostra a ementa do Acórdão nº 2.272/2006-Plenário: "*A Lei nº 10.520/02 não exclui previamente a utilização do Pregão para a contratação de serviço 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 carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei nº 10.520/02*" (Acórdão nº 2.079/2007 – Plenário).

24. Por fim, ressalte-se que, por meio do Acórdão n 841/2.010 – Plenário, o TCU aprovou a Súmula nº 257 sobre o tema:

O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002.

25. Por óbvio, essa Súmula não pode abranger a contratação de obras públicas, objeto totalmente diferente da prestação de serviços de engenharia, como já se viu.

⁵ Nesse Acórdão, o Ministro Walton Alencar Rodrigues entendeu que seria cabível a utilização do pregão para obras, mas esse ponto não foi objeto de decisão específica no Acórdão.

A

8



Também, essa Súmula somente terá incidência se o serviço de engenharia for considerado comum. Mas, pergunta-se, o que seria um serviço de engenharia comum?

26. Sobre esse último ponto, a redação do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/02 nada parece ajudar, pois bens e serviços comuns foram definidos como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”. Tal qual aí está, imagina-se que o serviço de engenharia seria comum se a Administração Pública conseguisse, simplesmente, defini-lo objetivamente no edital.

27. Essa, contudo, não é a melhor interpretação. O serviço de engenharia é comum quando o mercado já o oferta plenamente de acordo com certos padrões mínimos de desempenho e de qualidade estabelecidos em normas técnicas ou por usos comumente aceitos pelos profissionais e empresas da área. É dizer: a solução de engenharia a ser contratada para satisfazer a necessidade administrativa já poderia ser encontrada no mercado; a solução, portanto, não precisaria ser desenvolvida sob encomenda para atender peculiaridades, pois a administração deseja um serviço disponível em um mercado relativamente estruturado.⁶

28. Por outras palavras, a aferição do caráter comum do serviço de engenharia depende da análise do mercado e do conhecimento dos padrões de desempenho e de qualidade estabelecidos em normas técnicas ou por usos comumente aceitos pelos profissionais e empresas da engenharia. Por consequência, esse tipo de conhecimento não pode ser considerado jurídico em sentido estrito:

7. A questão da opção pelo pregão ou por outro tipo de certame, portanto, é muito mais técnica do que jurídica. Por isso, exige informações ou orientações que não estão no texto frio das normas, mas nos resultados práticos que foram alcançados ou que potencialmente podem ser obtidos com a utilização de uma ou de outra modalidade licitatória.

8. Geralmente, os serviços de supervisão ou de consultoria podem ser considerados como serviço comum. Entretanto, se em casos excepcionais o serviço não se caracteriza como “comum”, não se admite a incidência de Lei nº 10.520/2002 e do Decreto nº 5.450/2005, mas sim, apenas, da Lei nº 8.666/1993.

9. A determinação reexaminada foi dirigida ao DNIT apenas “em relação às obras da BR 163, trecho Guarantã do Norte - Divisa MT/PA...”. Todavia, não se identifica, nos autos, elementos que suficientemente indiquem se tratar de um caso relacionado a um “serviço comum” de supervisão de obra rodoviária, ou de um caso excepcional. Nessa linha de pensar, entendo que, extraordinariamente, deva ser prevista a utilização de outra modalidade que não o pregão para a contratação dos serviços em questão, caso em que o DNIT deverá justificar e demonstrar a não caracterização do que a Lei nº 10.520/2002 denomina de “serviço comum”.

10. Com base nessas razões, além de concordar com as proposições contidas nos subitens “b” a “d” da proposta de encaminhamento oferecida pela Serur, manifesto-me no sentido de que o presente pedido de reexame seja conhecido para, no mérito, ser-lhe dado provimento parcial e, em consequência, alterar o subitem 9.2.3. do Acórdão nº 1.947/2008-TCU-Plenário, de modo que passe a ter a seguinte redação:

“9.2.3. para contratação de serviços de supervisão e consultoria, realize a licitação na modalidade pregão, especificando detalhadamente os serviços que a empresa de supervisão ou de consultoria deverá prestar, ressaltando as situações excepcionais em que tais serviços não se

⁶ Para uma excelente discussão sobre o conceito de bens e serviços comuns, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão:** comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. São Paulo: Dialética, 2004, p. 24-29.

9



caracterizam como 'serviços comuns', caso em que deverá ser justificada, dos pontos de vista técnico e jurídico, nos autos do processo de licitação, a utilização extraordinária de outra modalidade licitatória que não o pregão."

Por todo o exposto e considerado, acolhendo parcialmente as conclusões da Secretaria de Recursos e no mérito as do *Parquet* especializado, Voto no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto a este Colegiado (Acórdão nº 2.932/2011 – Plenário).

29. Também a distinção entre obra e serviço de engenharia não é tão simples, pois depende necessariamente da adequada caracterização do objeto a ser contratado e da aferição crítica de um profissional de engenharia. Confira-se, nesse sentido, o item 7 da Orientação Técnica IBR 002/2009:

7. DISPOSIÇÕES COMPLEMENTARES QUANTO AOS ENQUADRAMENTOS

7.1. A obra é um conjunto orgânico de serviços que, agregados, se complementam e formam um todo com função definida e completa. **O enquadramento como obra ou serviço de engenharia deve ser feito em função do objeto a ser executado, e da ação ou atividade definida nos itens 3 e 4, sendo independente de quantidade, porte ou custo:**

7.2. **A análise de enquadramento de Obras e Serviços de Engenharia depende de conhecimento técnico específico em conformidade com a Lei Federal nº 5.194/66:**

7.3. **Para o correto enquadramento é indispensável a perfeita caracterização do objeto a ser contratado, sucinta e clara.**

30. Assim, dada a natureza técnica da manifestação, não cabe ao Procurador Federal decidir se o objeto a ser contratado deve ser conceituado como "obra" ou como "serviço de engenharia", nem muito menos se o serviço de engenharia a ser licitado é ou não "comum". Caberá somente à área técnica da Administração Pública fazê-lo de modo justificado no respectivo processo administrativo.

31. Pelo exposto, conclui-se que, por força do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/02, o Pregão não poderá ser adotado como modalidade de licitação apta a selecionar contratados para a realização de obras públicas, dado que o conceito de obra não se confunde com o conceito de serviços de engenharia, a teor do art. 6, I e II, da Lei nº 8.666/93.


32. Por outro lado, com supedâneo nos arts. 4º e 6º do Decreto nº 5.450/05 e na Súmula nº 257 do TCU, a contratação de serviços de engenharia comuns deverá ser licitada por pregão eletrônico ou, na inviabilidade de sua utilização, por pregão presencial.

33. Por fim, a caracterização do objeto contratual como "obra" ou "serviço de engenharia" ou, ainda, a qualificação do serviço de engenharia como "comum" depende de apreciação de ordem técnica, devendo o Procurador Federal limitar-se a cientificar a Administração Pública da existência das definições do art. 6º, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93 e da conceituação doutrinária de serviços comuns, para que a área técnica possa fazer o correto enquadramento legal do objeto contratual.




À consideração superior.

Brasília, 07 de dezembro de 2012.




Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal


De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012).



Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal



Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal



Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 07 de dezembro de 2012.




Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER Nº 06 /2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 07 de dezembro de 2012.



MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N 19 /2012

LICITAÇÃO. PREGÃO. OBRAS PÚBLICAS. SERVIÇOS DE ENGENHARIA.

I. O PREGÃO NÃO PODERÁ SER UTILIZADO PARA LICITAR A CONTRATAÇÃO DA EXECUÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS (ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 10.520/02 E ART. 6º, I E II, DA LEI Nº 8.666/93).

II. COM SUPEDÂNEO NOS ARTS. 4º E 6º DO DECRETO Nº 5.450/05 E NA SÚMULA Nº 257 DO TCU, A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA COMUNS DEVERÁ SER LICITADA POR PREGÃO ELETRÔNICO OU, NA INVIABILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO, POR PREGÃO PRESENCIAL.

III. NÃO CABE À PROCURADORIA DECIDIR SE O OBJETO CONTRATUAL PODERIA SER QUALIFICADO COMO OBRA OU SERVIÇO, NEM SE ESTE SE ENQUADRA COMO SERVIÇO DE ENGENHARIA COMUM.