**TC nº 72-001.105.08-16**

**REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SPTRANS. Serviços de conservação, manutenção e melhorias. Viário dos corredores segregados e estratégicos de transporte coletivo. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação por maioria.**

**Legislação citada**: Art. 1º, Lei 10.520/02. Dec. 5.450/05.

**TC citado**: 72.001.969.08-65.

**2.636ª Sessão Ordinária**

**Transitado em julgado em**: 07.01.2013.

**Referência Especial**: 72.004.918.04-07, 72.002.510.02-84.

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EURÍPEDES SALES.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES – Relator, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI, em conhecer da representação interposta pela empresa Construfama Engenharia Empreendimentos Ltda.

Vencido o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Revisor, que, com fundamento no inciso III do artigo 55 do Regimento Interno desta Corte, não conheceu da representação.

**ACORDAM**, ademais, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES – Relator e DOMINGOS DISSEI, considerando não haver incompatibilidade entre a modalidade pregão e a contratação de serviços de engenharia, em julgar a representação improcedente.

Vencido, no mérito, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, que, nos termos do voto apresentado em separado, a julgou procedente, por entender que não cabe a modalidade pregão aos serviços de engenharia.

**ACORDAM**, afinal, à unanimidade, em determinar o cumprimento do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 19 de setembro de 2012.

EDSON SIMÕES – Presidente.

EURÍPEDES SALES – Relator.

**VOTO EM SEPARADO** proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Conheço da Representação, por entender preenchidos seus pressupostos de admissibilidade, já que a ausência de apresentação da cópia do Edital impugnado não inviabiliza a análise de sua regularidade, considerando sua disponibilização no site oficial.

No mérito, o objeto em discussão envolve a análise de três pontos distintos, quais sejam: a disciplina legal existente para a modalidade pregão; o que pode ser entendido como serviços de engenharia comuns; e, por fim, como devem ser enquadrados os serviços licitados no caso concreto.

**I – A disciplina legal do pregão**

Como se sabe, o pregão é a modalidade de licitação para **aquisição de bens e serviços comuns**, qualquer que seja o valor estimado da contratação, cujo conceito se encontra definido no artigo 1º da **Lei Federal nº 10.520/2002,** nos seguintes termos:

***"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."***

No âmbito do Município de São Paulo, o **Decreto nº 45.689/2005** dispôs sobre a **obrigatoriedade de adoção da modalidade pregão eletrônico em caráter preferencial para aquisição de bens e serviços comuns,** nos seguintes termos:

***"Art. 1º. Os contratos celebrados pelo Município de São Paulo para aquisição de bens e serviços comuns, a partir de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação deste decreto, serão precedidos, obrigatoriamente, por licitação pública, na modalidade de pregão,***

***preferencialmente eletrônico, que se destina a garantir, por meio de disputa justa entre os interessados, a compra mais econômica, segura e eficiente."*** (grifos nossos)

De outra parte, conforme definição contida no artigo 2º, II, da **Lei Municipal nº 13.278/2002,** que dispõe sobre matéria de licitação e contratos administrativos no âmbito do Município de São Paulo, **serviços de engenharia** compreendem:

***"II - serviço de engenharia: toda atividade técnica relacionada com obra, em que predominem serviços profissionais sobre o fornecimento de materiais, como consertos, pequenos reparos, serviços de limpeza ou manutenção de obras, além de trabalhos técnico-científicos, a exemplo de projetos, laudos, pareceres, cuja execução exija atuação ou acompanhamento de profissional sujeito à fiscalização do sistema CONFEA/CREA."***

O debate situa-se, pois, na expressão "bem ou serviço comum", que suscita dúvidas quanto à possibilidade do emprego da modalidade pregão em alguns casos concretos, em especial, na contratação de serviços de engenharia, cujo conceito legal não oferece parâmetros seguros sequer para, tecnicamente, diferenciar obras e os denominados serviços de engenharia.

Já tive a oportunidade de me manifestar acerca do tema em outros julgados[1], no sentido de que a fórmula adotada pela lei federal não pretendeu contrapor os serviços simples aos serviços complexos, mais sofisticados ou mesmo regulamentados de forma específica, mas deu como parâmetro ao intérprete a necessária verificação da viabilidade de inserção no conceito diante das circunstâncias reais da situação concreta.

Isto porque o caráter "comum" de determinado serviço dependerá da realidade de respectivo mercado em dado momento e lugar. Um serviço poderá revelar-se complexo em um universo e comum em outro, devido às configurações que os diferentes mercados podem apresentar e, também, em face dos respectivos segmentos de atuação. A presença de normas técnicas reconhecidas que estabeleçam padrões e procedimentos para prestação daquele serviço, compondo verdadeiro domínio usual das empresas atuantes num dado universo, e ao mesmo tempo correspondendo às especificações previstas no edital, permitem uma avaliação objetiva das propostas e viabilizam a utilização da modalidade pregão.

## II – Serviços comuns de engenharia

O tema envolvendo o cabimento da modalidade pregão quando caracterizado serviço comum encontra apoio em alguns julgados de Tribunais de Contas.

[1] **Vide voto proferido no TC 72.002.510.02-84**

O entendimento do Tribunal de Contas da União tem evoluído no sentido de admitir a contratação de serviços de engenharia por meio de pregão, *para serviços comuns,* sendo a matéria objeto da **Súmula nº 257/2010,** de seguinte teor:

**"O USO DO PREGÃO NAS CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS COMUNS DE ENGENHARIA ENCONTRA AMPARO NA LEI Nº 10.520/2002"**

Por sua vez, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tem firmado jurisprudência[2] no sentido de não admitir pregão nos casos em que os serviços de engenharia não se limitam a pequenos reparos.

Nessa medida, verifica-se que, apesar do avanço que representam os referidos pronunciamentos adotam enunciados genéricos sobre o tema, deixando para enfrentar a objetividade do conceito de serviço de engenharia comum na análise do caso concreto.

Em meu entendimento, a complexidade do serviço não é fator único e determinante a inserir o objeto no conceito de serviço ou bem comum. Há de se admitir que determinados serviços de engenharia, com maior especialização, ainda que de pequenos reparos, podem constituir em tese um serviço técnico especializado e único, o que afastaria a possibilidade de adoção da modalidade pregão.

Nesse diapasão, os serviços de conservação e manutenção de viários – ainda sem querer aqui enfrentar o caso concreto -ao contrário de bens disponíveis no mercado como de "prateleira", contêm itens de construção civil que passam por longo processo de elaboração e execução, com medições periódicas para fins de pagamento, sujeitos a fatores imponderáveis, decorrentes das características próprias de localização, topografia, natureza do solo, recursos de infraestrutura existentes, etc., ainda que suportados por um projeto básico.

Nesse particular, quanto à especialização, não é a necessidade da comprovação de qualificação técnica para o desempenho de determinado serviço que afasta a possibilidade da realização da licitação na modalidade de pregão[3], já que prevista pela própria lei de regência (artigo 4º, XIII, que trata da habilitação), mas, sim, a incompatibilidade de padronização dos serviços enquanto prática usual do mercado, sendo este o diferencial de análise.

Sobre o tema, vale citar o acórdão **1615/2008** do Tribunal de Contas da União, que cuidou de Representação contra licitação realizada na modalidade pregão para serviços de engenharia:

---

[2] **TC 3664/003/07; 3667/003/07; 42292/026/09; 25098/026/09**

[3] [3] **Decisão 343/02 – Plenário TCU. TC 013.749/01-5. Representação**

"1***. A realização de licitação na modalidade pregão não se configura instrumento hábil à aquisição de bens e serviços incomuns. 2. O gestor, ao classificar bens e serviços como comuns, deverá se certificar de que a complexidade das especificações não encetará insegurança ao adimplemento contratual pelos potenciais contratados em face da inexistência da habilitação previa.*** (Diário Oficial da União: 18/08/2008 13/08/2008)

Desse julgado, extraímos o seguinte trecho do voto do Relator **BENJAMIN ZYMLER**:

**27. Considerando que o objeto fez referência a serviço de engenharia, verifica-se que a definição legal não se revela bastante para se aferir o grau de complexidade dos serviços pretendidos pelo certame, razão pela qual trazemos entendimento jurisprudencial desta Corte, constante do Acórdão nº** 313/2004 **- Plenário, a saber:**

**"bem comum é aquele para o qual é possível definir padrões de desempenho ou qualidade, segundo especificações usuais de mercado [...] o objeto da licitação deve se prestar a uma competição unicamente baseada nos preços propostos pelos concorrentes, pois não haverá propostas técnicas. Caso essas condições sejam atendidas, o pregão poderá ser utilizado.**

**"28. Em acréscimo, cita-se entendimento do doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, acerca da qualificação dos serviços de engenharia como simples ou complexos, conforme transcrito a seguir:**

**"b) serviço de engenharia, pode ser considerado como comum, quando:**

**b.1) as características, quantidades e qualidade forem passíveis de "especificações usuais de mercado";**

**b.2) mesmo que exija profissional registrado no CREA para execução, a atuação desse não assume relevância, em termos de custos, complexidade e responsabilidade no conjunto do serviço.**

**c) em sendo comum, o serviço de engenharia poderá ser licitado por pregão, sendo a forma eletrônica ou presencial."**

Não é, pois, a definição legal que evidenciará essa particularidade. A tipificação como "comum" dependerá, substancialmente, do exame do caso concreto, da análise das características do objeto, a evidenciar se este se reveste, ou não, de especificações usuais de mercado, de forma a permitir a avaliação das propostas dos licitantes com base exclusivamente nos preços.

## III – O caso concreto

Imperioso destacar, de início, que além da análise dos itens que compõem a definição do objeto licitado, para dar suporte à aferição da adequação da escolha da modalidade pregão, mostra-se indispensável a análise da execução contratual, que, por vezes, pode evidenciar a antieconomicidade da escolha adotada, por conta dos descontos nos lances típicos desta modalidade de licitação, compensados depois de forma desmedida ao longo da execução.

Por esta razão, não é somente a possibilidade de definição do objeto, por meio de especificações usuais de mercado, que distinguiriam os serviços de engenharia comuns dos de maior complexidade, vez que todos devem conter tais especificidades.

Por outras palavras, a discussão envolvendo a adoção do pregão para serviço de engenharia não se limita, apenas, à complexidade de seu objeto, vez que qualquer modalidade exige o fornecimento de informações aprofundadas que permitam a sua fixação objetiva através de planilhas e orçamento detalhados, nos termos preconizados pela Lei 8666/93.

Trazemos, nesta senda, a doutrina de Benedicto Porto Neto[4] que discorre sobre o fato de que, nos serviços de engenharia, além da análise relacionada à natureza comum para escolha da modalidade Pregão, não se pode olvidar que a licitação também reclama equilíbrio entre competição e segurança na contratação:

**"No pregão, é curto o prazo para elaboração de proposta, a fase de habilitação é muito singela e a modalidade estimula ao máximo a redução dos preços apresentados, sem adoção de mecanismos para rejeição de propostas inexeqüíveis. A Lei, então, restringe sua adoção às contratações nas quais os pagamentos possam ser efetuados com grande segurança para a Administração, somente depois de aferida a regularidade dos fornecimentos realizados. Este é o objetivo perseguido pela lei ao reservar o pregão para aquisição de bens e serviços que possam ser objetivamente definidos por especificações usuais de mercado.**

**Esses limites traçados para a adoção do pregão decorrem da necessidade de preservação de equilíbrio entre sua agilidade e simplicidade, de um lado, e a segurança do contrato de outro.**

**Em conclusão:**

**a) atividades de construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de edificação ou infra-estrutura não podem ser contratadas por pregão, visto que tais atividades não se inserem no conceito de serviços;**

---

[4] **Porto Neto, Benedicto. Pregão e contratação de obras e serviços de engenharia. Revista Zênite. ILC Informativo de Licitações e Contratos. Curitiba. V. 13, n. 143, p.51057, jan.2006**

**b) serviços de engenharia podem ser contratados por pregão somente quando *não* haja pagamentos em etapas de sua prestação e desde que o atendimento das especificações definidas em contrato possam ser aferidas por leigos na área e antes do pagamento de qualquer parcela do preço."**

Analisando o caso concreto, verifica-se que os serviços pretendidos pela Municipalidade contemplaram a execução de uma ampla gama de trabalhos relacionados com a área de engenharia, mencionados em seu objeto, genericamente, como serviços de conservação, manutenção e melhorias do viário dos corredores segregados e viários estratégicos de transporte coletivo.

Todavia, observando de forma mais detalhada a planilha de itens de serviços que acompanhou o Edital em apreço (fls. 11/44 do TC 1969.08.65), constata-se a realização dos seguintes itens de serviços, exemplificativamente: abertura de caixa de 40 cm, incluindo escavação, compactação, transporte e preparo de sub-leito; fornecimento e colocação de manta geotextil; fornecimento e aplicação de tela de aço; chumbamento de barras com resina epox injetável; fornecimento e aplicação de concreto usinado FCK 28 a 40 Mpa; fornecimento e colocação de junta Jeene ou similar; sub-base ou base de brita graduada tratada com cimento 4% em volume;base de concreto FCK 15 Mpa para guia, sarjeta ou sarjetões; material vulcanizado na hora para ser empregado na sinalização horizontal; serviços de drenagem vinculados ao fornecimento e assentamento de tubos de concreto simples, inclusive demolição de pavimento, escavação, apiloamento, reaterro e bota-fora; ensaios para fins de controle tecnológico etc.

Nada há de *comum*, portanto, nos serviços em exame, por significar, inclusive, obras pontuais de refazimento de pavimento.

Destaco, aliás, que estes mesmos serviços, contratados anteriormente pela SPtrans, foram licitados por meio de concorrência pública, já analisada por este Tribunal nos autos do TC 72.004.918.04-07, onde, ao longo da execução do contrato, se verificou a complexidade das intervenções a serem realizadas traduzidas em extensas planilhas estimativas de itens de serviços.

Por todo o exposto, quanto ao mérito, **voto pela procedência** da Representação, por entender incabível a modalidade pregão para os serviços de engenharia analisados no caso concreto, pelo que deve ser reconhecida a irregularidade do **Pregão 013/2008**.