



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE NITERÓI

GABINETE

Processo nº 020/3697/2017	Data 14/08/2017	Rubrica M. Tardín PGM/PGA Mat. 237.176-3	Folha 14
-------------------------------------	--------------------	---	-------------

PARECER 18/MVSC/PGA/2017

Critério de julgamento. Apoio ao gerenciamento de projeto. Técnica e preço. Menor Preço. Discricionariedade. Considerações.

Ao Sr. Procurador Geral do Município,

Trata-se de impugnação ao edital de concorrência internacional nº 02/2017, cujo objeto é a contratação de assessoria técnica para apoio ao gerenciamento do Programa Região Oceânica Sustentável.

A Associação Brasileira de Consultores de Engenharia alega que tendo em vista a complexidade do objeto não seria possível a utilização do critério de julgamento menor preço exclusivamente, uma vez que a qualidade dos licitantes seria determinante para a o sucesso do empreendimento, requerendo a adoção do tipo técnica e preço ou melhor técnica.

É o relatório. Passo a opinar.

MANIFESTAÇÃO

Quanto aos tipos de licitação (ou critérios de julgamento das propostas) estes são, segundo dispõe o art. 45, § 1º, I a IV, da Lei nº 8.666/1993: menor preço, melhor técnica, técnica e preço, maior lance



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE NITERÓI

GABINETE

Processo nº 020/3697/2017	Data 14/08/2017	Rubrica <i>M. Tardim</i> PGM/PGA Mat. 237.176-3	Folha <i>14v</i>
-------------------------------------	--------------------	--	---------------------

ou oferta (nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso).

Nos termos do 46 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou técnica e preço" serão utilizados **exclusivamente** para serviços de natureza **predominantemente intelectual**, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.

Como esclarece Márcio dos Santos Barros (502 Comentários sobre licitações e contratos administrativos, NDJ, 2ª edição, p. 379), a lei não estabeleceu as hipóteses em que deveriam ser realizadas as licitações do tipo "melhor técnica" e "técnica e preço". Segundo o autor, "**parece lógico que deva o administrador, dentro do princípio da razoabilidade, tender, cada vez mais para a adoção da licitação de melhor técnica quanto maior for a importância técnica do objeto para a satisfação do interesse público (...).**"

De acordo com as lições de Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, Dialética, 6ª edição, p. 438), as hipóteses apresentam alguma similaridade com as que conduzem a inexigibilidade de competição, mas que "**no caso do art. 46, a especialidade não inviabiliza a competição, mas produz a necessidade de uma seleção norteada por critérios distintos.**"



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE NITERÓI

GABINETE

Processo nº 020/3697/2017	Data 14/08/2017	Rubrica <i>Maria M. Jardim</i> RGM/PGA Mat. 237.176-3	Folha 15
-------------------------------------	--------------------	--	--------------------

Anota Maria Sylvia Zanella Di Pietro que "a Lei nº 8.666/1993 deu evidente preferência à licitação do tipo menor preço, que é a regra geral, enquanto os outros tipos têm sua utilização condicionada a determinados contratos e dependentes de autorizações especiais." (Aspectos jurídicos da licitação, 4 ed. São Paulo, Saraiva, 1997, p. 142-3).

Com efeito, conforme ilustra Jessé Torres Pereira Júnior (Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública, Renovar, 6ª ed, p. 491), o Tribunal de Contas da União tem determinado **a anulação de certames em que o órgão ou entidade auditado tenha escolhido um desses tipos especiais para licitar objeto em que não predomine o caráter intelectual**, cabendo, em verdade, o tipo menor preço, que é o ordinariamente apropriado para a maioria das licitações.

Especificamente quanto à exegese do art. 46, caput, da Lei nº 8.666/1993, conforme destacado em Nota Técnica nº 02/2008 - SEFTI do TCU (cujo objeto era análise da possibilidade de adoção de pregão para aquisição de bens e serviços de tecnologia da informação), o referido artigo "**não define o conceito da intelectualidade** dessa natureza e em vista disso lista, exemplificativamente, alguns serviços que apresentam essa natureza, tais como elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento." Desta forma, considerando a ausência de definição do que seriam serviços de natureza predominantemente intelectual, foi adotado entendimento sufragado no Acórdão nº 2.471/2008 - TCU - Plenário, a seguir colacionado:



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE NITERÓI

GABINETE

Processo nº 020/3697/2017	Data 14/08/2017	Rubrica <i>Maria M. Tardin</i> MMPGA Mat. 237.176-3	Folha 15 V
-------------------------------------	--------------------	--	---------------

17. (...) Aduzo que tal natureza é típica daqueles serviços em que **a arte e a racionalidade humana são essenciais para sua execução satisfatória**. Não se trata, pois, de tarefas que possam ser executadas mecanicamente ou segundo protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos.

18. Com fulcro nessas considerações, concluo que a adoção do pregão visando à contratação de serviços de TI será legítima quando esses serviços não tiverem natureza predominantemente intelectual."

No mesmo sentido: Acórdão nº 2.172/2008-TCU-Plenário.

Em outro julgado, ressaltou aquela Corte de Contas:

Somente utilize a licitação do tipo técnica e preço para serviços com características eminentemente de natureza intelectual, de

modo a atender o disposto nos arts. 45 e 46 da Lei 8.666/1993, excluindo dessa licitação a aquisição de bens que, ainda de informática, sejam de fácil obtenção no mercado, mediante a prévia especificação, e ainda os serviços comuns para a operação do sistema a ser desenvolvido/adquirido. (TCU, Acórdão 1631/2005 Primeira Câmara).

Portanto, **a regra é a licitação do tipo menor preço**, visto que as licitações de "melhor técnica" e "técnica e preço" foram reservadas para **situações especialíssimas**.

Outrossim, para obter um produto ou serviço de boa qualidade, a administração não necessita fazer uma licitação do tipo melhor técnica



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE NITERÓI

GABINETE

Processo nº 020/3697/2017	Data 14/08/2017	Rubrica PGM/PCA Mat. 287.176-3	Folha 16
-------------------------------------	--------------------	--------------------------------------	-------------

ou técnica e preço. Pode, simplesmente, apresentar e especificar no edital as características do objeto que melhor vantagem traz para o Poder Público.

Note-se que o tipo de licitação a ser adotado pela Administração Pública **está diretamente relacionado ao objeto do certame – quando este demandar exame técnico mais apurado**, e não necessariamente com a modalidade licitatória pela qual a Administração Pública realizará o procedimento.

Não é outro o entendimento do TCU ao tratar de serviços de natureza análoga ao caso em comento (ACÓRDÃO Nº 3341/2012 – TCU – Plenário):

Trata-se de representação, com pedido de adoção de medida cautelar, formulada pela Associação Brasileira de Empresas de Consultoria de Infraestrutura de Transportes (ABCTRANS), em que afirma haver irregularidades no Pregão Eletrônico nº 258/2012, conduzido pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), tendo como objeto a contratação de empresa para supervisionar obras de implantação e pavimentação na Rodovia BR-432/RR.

2. Ressalto, de início, que a sessão pública para recebimento das propostas já ocorreu em 1/8/2012, tendo sido a empresa Incorp – Consultoria e Assessoria Ltda. a vencedora da licitação.

3. Considero que as alegações de irregularidade feitas pela representante foram devidamente examinadas e afastadas pelo



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE NITERÓI

GABINETE

Processo nº 020/3697/2017	Data 14/08/2017	Rubrica <i>M. T. T. T. T.</i> PGM/PGA Mat. 237.176-3	Folha <i>16V</i>
-------------------------------------	--------------------	---	---------------------

auditor da 1ª Secex, mediante a instrução de peça 5, com exceção da alusiva ao critério adotado para a realização dos pagamentos à contratada, de que tratarei mais adiante.

4. A questão central trazida pela ABCTRANS é a suposta afronta ao art. 46 da Lei nº 8.666/1993, por ter sido escolhida a modalidade pregão, em vez de concorrência do tipo melhor técnica ou técnica e preço.

5. Ocorre que a Lei nº 10.520/2002, que instituiu o pregão, prevê a utilização dessa modalidade para licitações em que se almeja a contratação de bens ou serviços comuns, conceituados pela mesma lei como "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado". **Por conseguinte, para decidir sobre a questão, há de se avaliar se o serviço de supervisão de obras contratado pelo Dnit se enquadra no preceito legal.**

6. O subitem 9.2.3 do Acórdão nº 1.947/2008-Plenário, modificado pelo Acórdão nº 2.932/2011-Plenário, demonstra o entendimento deste Tribunal em relação ao assunto:

"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, ressalvando as situações excepcionais em que tais serviços não se caracterizam como 'serviços comuns', caso em que deverá ser justificada, dos pontos de vista



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE NITERÓI

GABINETE

Processo nº 020/3697/2017	Data 14/08/2017	Rubrica Marta M. Jardim PGM/FGA Mat. 237.126-3	Folha 17
-------------------------------------	--------------------	---	-------------

técnico e jurídico, nos autos do processo de licitação, a utilização extraordinária de outra modalidade licitatória que não o pregão."

7. Portanto, para esta Corte de Contas, o serviço de supervisão de obras deve ser, em regra, licitado na modalidade pregão, pois, na maioria dos casos, seu padrão de desempenho e qualidade pode ser objetivamente definido, conforme previsão legal.

8. Como bem mostra a unidade técnica, **conquanto as atividades em análise sejam complexas para leigos, não o são para as empresas de supervisão e consultoria, que fornecem, habitualmente, serviços semelhantes ao que ora se discute. Desse modo, as especificações seguem parâmetros do mercado, como obriga a lei.**

Como se vê, o TCU se posicionou no sentido de que, a despeito do contido no art. 46, da Lei de Licitações, as contratações de serviços de **fiscalização, supervisão e consultoria** podem ser processadas pela modalidade pregão, ou seja, **menor preço**, desde que as peculiaridades do caso concreto comprovem que os serviços a serem contratados detêm natureza comum, vale dizer, que são reconhecidamente costumeiros e conhecidos no mercado respectivo, com padrões de desempenho e qualidade passíveis de serem objetivamente definidos no edital do certame, entendimento este que poderá ser aplicado ao objeto em tela.

O objeto da licitação ora sob ataque merece, portanto, o mesmo tratamento. Isto porque, o serviço de **assessoria técnica para apoio ao gerenciamento** possui inegável natureza análoga.



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE NITERÓI

GABINETE

Processo nº 020/3697/2017	Data 14/08/2017	Rubrica <i>Maria M. Durán</i> PGM/PGA Mat. 257478-3	Folha 170
-------------------------------------	--------------------	--	--------------

Ademais, a leitura do art. 46 da Lei 8.666/93 merece uma leitura acurada a fim de se evitar prejudicial erro de interpretação, como parece fazer a impugnante.

Note-se que o referido dispositivo ao determinar que os tipos de licitação melhor técnica e técnica e preço apenas poderão ser utilizados em atividades predominantes intelectuais, **não exclui** a possibilidade de que em tais objetos seja utilizado o critério do menor preço. Vejamos a doutrina escoreita de Joel de Menezes Niebuhr (Licitação e Contrato Administrativo. 4º ed. p. 540):

Percebe-se que o dispositivo supracitado enuncia que os critérios da melhor técnica e da técnica e preço devem ser utilizados exclusivamente em relação às licitações cujos objetos sejam constituídos de serviços de natureza predominantemente intelectual. Quer dizer que, no que tange a outros objetos, os referidos critérios não devem ser utilizados, restando, portanto, critério do menor preço, que, como dito, é a regra.

Convém frisar, entretanto, que, **mesmo se o objeto da licitação estiver relacionado a serviço de natureza predominantemente intelectual, os critérios da melhor técnica ou da técnica e preço não são obrigatórios.** A Administração deve avaliar, mesmo nesses casos, qual os critérios de julgamento que melhor harmoniza com as suas demandas, qual o que melhor atende ao interesse público. Isto é, **a decisão da Administração é discricionária.** Nesse sentido, se não houver prejuízo ao interesse público, **é permitido**



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE NITERÓI

GABINETE

Processo nº 020/3697/2017	Data 14/08/2017	Rubrica Maria M. Viana PGMPGA Mat. 237.176-3	Folha 18
-------------------------------------	--------------------	---	-------------

licitar serviços de natureza predominantemente intelectual por meio do tipo menor preço.

O TCU já analisou essa questão, tendo decidido:

O último dispositivo - art. 46, **caput** - deve ser interpretado no sentido de que os tipos de licitação melhor técnica e técnica e preço somente podem ser adotados quando se tratar de serviço de natureza predominantemente intelectual. Desse modo, **não se pode, por exemplo, utilizar melhor técnica ou técnica e preço para a aquisição de mobiliário, haja vista a vedação do caput do citado art. 46.**

Caso o administrador decida contratar serviços intelectuais, poderá utilizar licitação do tipo técnica e preço ou melhor preço, **mas não está obrigado a adotar referidas modalidades** (sic).

É certo que para a contratação de serviços intelectuais a adoção do tipo A ou B de licitação pressupõe a devida motivação, tendo sempre como parâmetro o interesse público. Assim sendo, **se o interesse público o exigir, parece-me perfeitamente legítimo que seja utilizado o critério do menor preço para julgar licitação de serviços intelectuais.**

Em resumo, **o caput do art. 46 da Lei 8.666/93 deve ser interpretado no sentido de que os tipos de licitação de melhor técnica e de técnica e preço somente podem ser utilizados para a contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual** e para as hipóteses previstas no art. 46, § 3º, todos da Lei de Licitações; **todavia, serviços intelectuais, se o interesse**



NITERÓI

PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE NITERÓI

GABINETE

Processo nº 020/3697/2017	Data 14/08/2017	Rubrica <i>Maria M. Tardim</i> PGM/PGA Mat. 237.176-3	Folha 180
-------------------------------------	--------------------	--	--------------

público assim o exigir, e desde que haja decisão devidamente motivada, podem ser contratados por meio de licitação do tipo menor preço. (Acórdão nº 497/2003 – Plenário)

Portanto, ainda que se entenda que o objeto da presente licitação cuida de serviço de natureza predominantemente intelectual, ainda assim não haveria a necessária vinculação pela utilização dos critérios de julgamento que consideram a técnica como elemento norteador.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o objeto em comento poderá ser licitado pelo tipo menor preço, desde que seja possível a sua especificação objetiva, não havendo relação necessariamente com a complexidade do objeto e, caso seja considerado como serviço de natureza predominantemente intelectual, ainda assim, é possível a utilização do critério menor preço desde que a decisão discricionária da Administração esteja devidamente motivada.

Niterói, 22 de agosto de 2017.

MARCOS VINICIUS SOUZA DO CARMO

Procurador do Município

Mat. nº 12427640 OAB/RJ nº 128.752