JONAS LOPES DE CARVALHO



"A Lei nº 10.520/02, ao definir '*serviços comuns*', não usou o critério de ser um serviço técnico ou não (obviamente não poderia ser um serviço técnico-profissional especializado) e sim das ***'especificações técnicas de sua execução serem usuais no mercado'***, ou seja, que a mera descrição de suas características básicas permitem o pronto entendimento **do que se quer contratar e, principalmente, de quem tem condições de executar, como vai fazê-lo e como será aferido, atestado e recebido o cumprimento do objeto.**"

Conselheiro Jonas Lopes de Carvalho Junior
Processo 210.198-7/08

SÍNTESE

EDITAL DE PREGÃO

Trata o Processo TCE-RJ nº 210.198-7/08 do Edital de Pregão Presencial nº 003/2007, realizado pela Prefeitura de Três Rios, cujo objeto é prestação de serviço de modernização administrativa, tributária e econômica-fiscal, que permita a integração do Cadastro Mobiliário para geração de controles financeiros, econômicos e fiscais, para reduzir a evasão fiscal do ISSQN, bem como promover o desenvolvimento econômico, através de sistemas informatizados em ambiente "WEB", com sua operacionalização integralmente realizada via internet, a todas as empresas sediadas no município.

O prazo previsto para a execução do objeto é de 12 meses e a estimativa orçamentária de R$ 380.000,00 (trezentos e oitenta mil de reais).

O Corpo Instrutivo, em análise de fls. 58/67, sugere, *in verbis*:

"OBSERVAÇÕES

O edital estipula no subitem 7.10, fls. 28/29, que os licitantes serão submetidos a uma verificação técnica da conformidade das propostas de menor preço com o Termo de Referência, através da demonstração técnica por parte dos licitantes da execução das funções, por meio de uma simulação da declaração de ISS *'on line'*. A citada demonstração será realizada pelos licitantes em data a ser marcada pela comissão após o encerramento da fase de lance verbal, com o ordenamento das ofertas de acordo com o menor preço.

Tal procedimento se assemelha à apresentação de amostras, mas com o gravame de se tratar, neste caso, de execução de um serviço e não aquisição de um bem, situação que melhor se adequaria à exigência em questão. Isto necessariamente implica uma execução prévia do objeto pretendido por parte dos licitantes, que, conseqüentemente, acarretará custos para as empresas.

É oportuno frisar que a adoção de amostras para a modalidade de licitação 'pregão' é controvertida. Parte da doutrina defende a utilização desta modalidade, exclusivamente, para aquisição de bens e a prestação de serviços comuns, cujas características do objeto devem estar discriminadas no edital. No caso em tela, se existe a necessidade de adequar o serviço a especificidades na execução, com demonstração técnica dos requisitos exigidos, o conceito de serviço comum fica comprometido e o pregão não poderá ser adotado.

Sobre o emprego de amostras de produtos no procedimento pregão, ressaltamos os ensinamentos de Marçal Justen Filho[1], abaixo transcritos:

1 - Pregão Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico", Ed. Dialética, 2001, p. 114.

'a natureza do procedimento do pregão exclui a possibilidade de diligências que demandam dilação temporal. É que o encerramento da fase competitiva deve ser sucedido de imediato ao início do julgamento dos documentos de habilitação. Nessa linha, a própria avaliação da exeqüibilidade da oferta se resolve através de exames documentais. Em síntese, todos os exames acerca da admissibilidade da oferta, a se desenvolverem nesse momento final da etapa competitiva, devem restringir-se ao plano documental'

Mesmo que fôssemos considerar como possível a adoção de amostras para o objeto em tela — ressaltando, mais uma vez, que o mesmo visa à prestação de serviço e não à aquisição de bens — não existe no edital qualquer critério definido para o julgamento da conformidade das propostas com os requisitos do Termo de Referência, o que poderá acarretar uma análise subjetiva por parte do pregoeiro. E neste ponto nos deparamos com uma questão fundamental: a definição dos critérios de julgamento, neste caso, não acabariam por transformar o tipo de licitação de 'menor preço' em técnica, uma vez que estaria sendo avaliada a qualidade na prestação do serviço?

Uma rápida análise no Termo de Referência, fls. 33/46, reforça este entendimento. A implantação da metodologia do serviço a ser executado passa por questões técnicas de avaliação que, por sua magnitude, vão merecer uma avaliação detalhada de cada proposta. Deste modo, o tipo "menor preço" talvez não seja o mais adequado ao objeto pretendido e, conseqüentemente, a modalidade de licitação pregão deva ser revista.

Este Tribunal ao apreciar o edital de pregão nº 09/07 da Prefeitura Municipal de Niterói, cujo objeto versava sobre a prestação de serviços de gestão, organização e controle de sistemas informatizado de arrecadação do ISSQN, similar ao ora examinado, manifestou-se conforme a seguir transcrito[2]:

'Ao verificar o aviso de licitação publicado na imprensa dando conta do certame a ser realizado pela Administração Municipal, chamou a atenção o fato de se utilizar a modalidade de Pregão para esta contratação.

O Pregão é a modalidade de licitação introduzida no ordenamento jurídico através da Lei Federal nº 10.520, de 17.07.2002, a ser utilizada para a aquisição de bens e serviços comuns.

O parágrafo único do artigo primeiro da citada lei estabelece que bens e serviços comuns são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

2 - PROCESSO TCE-RJ nº 230.122-0/07, sessão de 22/11/07, voto Conselheiro Aluisio Gama de Souza.

O Decreto Federal nº 3.555, de 08.08.2000, aprovou o regulamento para a modalidade de licitação denominada Pregão, relacionando em seu anexo II os bens e serviços considerados comuns. É sabido que a classificação ali apresentada não é exaustiva, e sim exemplificativa, contudo em nenhum exemplo se encaixam serviços cujas especificações contenham atividades que exijam alto grau de formação e conhecimento, além de estarem relacionadas a serviços específicos e operacionais.

No âmbito do Município de Niterói a regulamentação se deu através do Decreto Municipal nº 9.614, de 22.07.2005, onde no seu anexo I consta a relação de bens e serviços comuns que podem ser licitados na modalidade de pregão, não contemplando o objeto deste processo.

Por fim, entendo que o detalhado exame realizado no Edital pela CAD, CEA e CEE mostraram diversos pontos necessários para o aperfeiçoamento do instrumento convocatório e da licitação, contudo se torna relevante neste momento garantir ao Jurisdicionado o contraditório, a fim de conhecer seus argumentos diante dos fatos até aqui apontados, antes desta Corte se manifestar de forma definitiva quanto à legalidade do edital, bem como a possibilidade de se realizar tal contratação.

Face ao exposto, posiciono-me de acordo com o Corpo Instrutivo, o parecer do Ministério Público e submeto ao Plenário desta Corte de Contas o seguinte

VOTO:

1. Pela COMUNICAÇÃO PESSOAL ao atual Prefeito Municipal de Niterói, nos termos do art. 6º, § 1º da Deliberação TCE-RJ nº 204/96, para que no prazo de 15 (quinze) dias apresente as razões de justificativas para a escolha da modalidade de licitação 'Pregão', haja vista a complexidade e a natureza dos serviços licitados, que não se enquadram na classificação de serviços comuns, bem como atenda aos itens propostos pela instrução às fls. 99/100 e transcritos em meu Relatório, alertando que o não atendimento o sujeitará às sanções previstas no art. 63 da Lei Complementar nº 63/90'.

Em resumo, deverá a Prefeitura rever a adoção da modalidade de pregão haja vista a complexidade e a natureza do objeto licitado, que não se enquadra na classificação de serviço comum, em desacordo com o disposto no inciso I da Lei nº 10.520/2002.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, sugerimos a **diligência externa** para que a Prefeitura Municipal

de Três Rios promova as correções arroladas a seguir, com a **comunicação** ao atual Prefeito, com base no §1º do art. 6º da Deliberação TCE-RJ nº 204/96, a constituir-se na forma seqüencial dos incisos do artigo 26 do Regimento Interno, para que tome ciência acerca da decisão desta Corte, alertando-o para o que dispõe o inc. IV, art. 63 da Lei Complementar nº 63/90.

I - Itens propostos pela CEA:

'1 - juntar o orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários, de forma a evidenciar que o valor máximo estimado de R$ 380.000,00 (subitem 11.3, fls.30) seja decomposto em termos unitários, entre serviços (mão-de-obra, insumos); fornecimentos de equipamentos e softwares, etc;

2 - juntar parâmetros que balizaram a estimativa orçamentária e/ou pesquisas de mercado;

3 - justificar e/ou adotar providências necessárias, em face da não previsão, no edital e seus anexos, dos critérios para remuneração dos serviços prestados, em vista da inserção no presente processo (fls.05) da Tabela de Honorários por Produtividade, onde foi estabelecida vinculação entre honorários e incremento de receita de arrecadação de ISSQN.'

II - Itens propostos pela CEE:

1 - Apresente justificativas para a adoção da modalidade de pregão uma vez que a complexidade e a natureza do objeto pretendido não se enquadram na classificação de serviço comum, em desacordo com o disposto no Parágrafo Único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002, consoante as ponderações contidas no campo "Observações" desta instrução;

2 - Defina, na letra "a" do subitem 6.5, fls. 27, qual a entidade profissional competente a que se refere o registro ou inscrição ali especificado, uma vez que compete à administração deliberar de forma clara e objetiva acerca do conteúdo dos requisitos necessários à habilitação dos licitantes, na forma dos arts. 44 e 45 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos;

3 - Faça constar no edital a origem dos recursos financeiros que vão assegurar o pagamento da obrigação decorrente desta licitação, dispondo seu programa de trabalho, natureza de despesa e fonte, em conformidade com o art. 14 e/ou art. 7º, § 2º, inciso III, da Lei Federal nº 8666/93;

4 - Encaminhe a cópia da publicação do resumo deste em jornal diário de grande circulação no Estado, conforme prevê o inciso III do art. 21 da Lei Federal nº 8666/93;

5 - Insira a previsão de compensação financeira, penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por antecipações de pagamento, itens que, de acordo com a alínea "d" do inciso XIV do art. 40 da Lei Federal nº 8666/93, devem obrigatoriamente fazer parte do edital e do contrato;

6 - Inclua os locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto, conforme o disposto no inciso VII do art. 40 da Lei Federal nº 8666/93;

7 - Fixe as condições de recebimento do objeto da licitação, conforme determina o inciso XIV do artigo 40 c/c o artigo 73 da Lei Federal nº 8666/93;

8 - Estabeleça o prazo para a assinatura do contrato, conforme determina o inc. II do art. 40 da Lei Federal nº 8666/93;

9 - Compatibilizar o disposto no subitem 11.1, fl. 30, relativo ao prazo de pagamento, com o previsto na Cláusula Terceira da minuta contratual, fl. 51;

10 - Adie a presente Concorrência pelo prazo necessário ao cumprimento da diligência aguardando a decisão definitiva a ser adotada por esta Corte, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, observando o art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93;

11 - Publique, pela mesma forma que os avisos originais, o adiamento do certame, remetendo as cópias ao Tribunal de Contas;

12 - Adapte a minuta contratual às alterações procedidas no Edital;

13 - Comunique os interessados acerca das alterações efetuadas no edital;

14 - Detalhe, quando da remessa a este Tribunal, especificando item por item, através de errata, todas as alterações que porventura sejam feitas no ato convocatório, assim como aquelas que agora são determinadas; e

15 - Comunique ao Tribunal eventual revogação ou anulação do procedimento licitatório em tela, remetendo, na ocasião, prova da publicação do ato respectivo, acompanhada pelos elementos arrolados no art. 49 da Lei Federal nº 8.666/93."

O Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, representado pelo Procurador-Geral Horacio Machado Medeiros, manifesta-se no mesmo sentido, às fls. 68.

É o Relatório.

A principal questão ora presente nos autos consiste na apreciação da pertinência da natureza do objeto contratado e a modalidade licitatória adotada: "pregão".

A Lei nº 10.520/02, ao instituir a modalidade "pregão" para **"bens e serviços comuns"**, os conceitua como *"aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade* ***possam ser objetivamente definidos*** *pelo edital,* ***por meio de especificações usuais no mercado****"*.

Além da questão da exigência relativa à demonstração técnica para verificação da conformidade da proposta, que já foi pertinentemente apontada pela Instrução, o caso em tela suscita dúvidas quanto ao serviço pretendido ser ou não de natureza "comum", fator necessário para viabilizar a modalidade licitatória adotada.

A Coordenadoria de Estudos e Análises Técnicas — CEA destacou justamente a amplitude e a complexidade dos serviços, que envolvem implantações de sistemas informatizados, treinamento dos servidores, serviços de manutenções preventivas e corretivas e fornecimento de equipamentos.

A futura contratada desenvolverá um "sistema informatizado", em ambiente WEB , com dispositivos de comunicação com as empresas contribuintes, de controle e gestão fiscal e de gestão administrativa de atendimento, com todos os procedimentos adequados à legislação municipal vigente.

A Lei nº 10.520/02, ao definir *"serviços comuns"*, não usou o critério de ser um serviço técnico ou não (obviamente não poderia ser um serviço técnico-profissional especializado) e sim das ***"especificações técnicas de sua execução serem usuais no mercado"***, ou seja, que a mera descrição de suas características básicas permitem o pronto entendimento **do que se quer contratar e, principalmente, de quem tem condições de executar, como vai fazê-lo e como será aferido, atestado e recebido o cumprimento do objeto.**

Afinal, uma das principais características da modalidade "pregão" é a inversão das fases de julgamento, com a abertura e apreciação da habilitação somente da licitante vencedora.

Por isso, é necessário que somente sejam licitados por pregão os bens e/ou serviços que a mera definição das suas características permita claramente identificar quem pode ou não executá-los. Caso contrário, a lei estaria permitindo que se violasse a isonomia entre os licitantes, possibilitando que propostas de empresas com diferentes condições, quanto à capacidade técnica, fossem objeto de julgamento e de lances entre as proponentes, uma vez que não há fase de habilitação prévia, para verificar se as licitantes detêm ou não as exigências mínimas indispensáveis de qualificação técnica para a execução do objeto pretendido, como exige a Constituição da República, no inciso XXI de seu artigo 37.

Porém, assiste razão ao Corpo Instrutivo de que, preliminarmente, deve ser dada oportunidade para que o jurisdicionado justifique a modalidade licitatória adotada e **comprove**

que os serviços pretendidos são comuns, com especificações usuais no mercado, apenas sendo adaptado à legislação municipal, posto que, somente neste caso, poderá ser utilizada a modalidade pregão.

Face ao exposto e à análise procedida nos autos, de acordo com o Corpo Instrutivo e o Ministério Público Especial junto a este Tribunal,

VOTO:

I - Por COMUNICAÇÃO ao atual Prefeito do Município de Três Rios, conforme o artigo 6º, § 1º, da Deliberação TCE-RJ nº 204/96, na forma do artigo 26 do Regimento Interno, aprovado pela Deliberação TCE-RJ nº 167/92, para que apresente os esclarecimentos e documentos solicitados pela Instrução às fls. 64v./66, transcritos em meu Relatório, bem como atenda ao apontado em minha fundamentação, alertando-o de que o não cumprimento o sujeitará às penalidades previstas na Lei Complementar nº 63/90; e

II - Pela DETERMINAÇÃO à SSE para que, quando do encaminhamento do ofício de comunicação, faça acompanhar cópia integral deste Voto e da Instrução de fls. 58/66.

JONAS LOPES DE CARVALHO JUNIOR
Relator