

Gabinete do Conselheiro Carlos Thompson Costa Fernandes

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

Processo n° : 000.374/2017 – TC (Eletrônico - Pleno)
Jurisdicionado : Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos – SEARH/RN
Interessado : Secretaria de Estado da Educação e da Cultura (SEEC)
Assunto : Acompanhamento de edital de licitação na forma de pregão eletrônico para contratação de serviço de engenharia
Responsável : Cristiano Feitosa Mendes (Secretário da SEARH)

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS PARA O MANEJO DE MEDIDAS CAUTELARES. COGNIÇÃO SUMÁRIA. REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA. *FUMUS BONI IURIS*. UTILIZAÇÃO DE PREGÃO E REGISTRO DE PREÇOS PARA CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ENGENHARIA DE MANUTENÇÃO PREDIAL PREVISTOS NO PREGÃO N.º 26/2017 E IMPUGNADOS PELO CORPO TÉCNICO. POSSIBILIDADE. A DIMENSÃO DAS ATIVIDADES PREVISTAS NÃO IMPLICA EM MODIFICAÇÃO SIGNIFICATIVA, AUTÔNOMA E PERMANENTE DOS IMÓVEIS PÚBLICOS ATINGIDOS PELA CONTRATAÇÃO. IMPERTINÊNCIA DA ACUSAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS QUANTITATIVOS A SEREM CONTRATADOS. IRREGULARIDADE. O EDITAL DE LICITAÇÃO DEVERÁ CONTER, NECESSARIAMENTE, A ESTIMATIVA DE QUANTIDADES A SEREM ADQUIRIDAS NO PRAZO DE VALIDADE DO REGISTRO. OMISSÃO QUE VIOLA O PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO, DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E A COMPETITIVIDADE. *PERICULUM IN MORA*. POSSIBILIDADE DE LESÃO À COMPETITIVIDADE E DE DANO AO ERÁRIO. POSSÍVEL CONSUMAÇÃO DAS ILEGALIDADES COM A PRÁTICA SUCESSIVA DOS ATOS, INCLUSIVE DAS RESPECTIVAS CONTRATAÇÕES. **CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR** PARA SUSPENDER O PREGÃO ELETRÔNICO EM REFERÊNCIA.

1

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

RELATÓRIO

Trata-se de procedimento fiscalizatório de acompanhamento do Edital do **Pregão Eletrônico nº 26/2017, que objetiva o registro de preços** para “*contratação de empresa de engenharia para prestar, sob demanda, serviços de manutenção predial preventiva e corretiva com fornecimento de peças, equipamentos, materiais e mão de obra, nas edificações administrativas e escolares da rede de ensino do Estado do Rio Grande do Norte (...)*”, que tem como órgão gerenciador do certame a **Secretaria de Estado da Administração e dos Recursos Humanos – SEARH/RN** e como órgão participante a **Secretaria de Estado da Educação e da Cultura – SEEC**.

Consta que, por meio da **Informação n.º 003/2018 – ICE/TCE-RN** (Evento n.º 4), o Corpo Técnico da Inspeção de Controle Externo – ICE identificou, em síntese, que: (i) adotou-se, indevidamente, o pregão e o registro de preço para contratação de obras de engenharia; e (ii) mesmo que se considerasse se tratar de serviços de engenharia, seria necessário constar no Termo de Referência planilha orçamentária que expressasse a composição de todos os custos unitários e a estimativa detalhada do dispêndio. Ante as possíveis irregularidades verificadas, propôs a suspensão cautelar da licitação sem prévia manifestação do responsável, conforme preceitua o art. 120, §2º, da Lei Orgânica do TCE/RN.

Por não vislumbrar prejuízo da prévia ciência pelo responsável quanto à medida cautelar pretendida, foi determinada, por este Conselheiro, a sua notificação (Evento n.º 7).

Assim, Cristiano Feitosa Mendes, Exmo. Sr. Secretário da Administração e dos Recursos Humanos, manifestou-se previamente sobre a matéria, aduzindo, em suma, que o pregão não visa à contratação de obras e reformas, mas tão somente de manutenção predial, espécie de serviço de engenharia. Por fim,

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

juntou aos autos cópia do Processo Administrativo n.º 195727/2017-4 (Evento n.º 14, Documento n.º 794/2018-TC).

Após autuação do feito sob o rito seletivo e prioritário, os autos foram novamente remetidos à ICE para apreciação técnica da manifestação e da documentação colacionada, oportunidade na qual o Corpo Técnico, por meio da **Informação n.º 002/2018 - SP/ICE /TCE-RN** (Evento n.º 22), manteve a proposição da suspensão cautelar do Pregão n.º 26/2017, por entender que:

“a) A utilização do Pregão e SRP no presente procedimento licitatório mostram-se irregulares por estar caracterizada a existência de obras de engenharia no escopo da contratação; b) Que mesmo tratando-se apenas de serviços de engenharia, ainda sim o edital está eivado de vícios insanáveis; c) Não se verificou a existência de quantitativos de serviços na planilha orçamentária constante do edital (há apenas uma estimativa de valor global por lote e referências à tabela SINAPI), assim como de projeto básico (termo de referência) completo necessário à perfeita caracterização do objeto, o que inviabiliza a formação do preço global por parte dos licitantes e da sua análise por parte da comissão de licitação; d) O Edital do Pregão Eletrônico n.º 26/2017 inova a ordem jurídica sem amparo legal o que motiva seu cancelamento; e) As alegações trazidas pelo defendente não elidiram as irregularidades apontadas na Informação n.º 003/2018-ICE.”

Concordando integralmente com as conclusões do Corpo Técnico, o Ministério Público de Contas emitiu o Parecer n.º 064/2018-PG, no qual pugnou pela “concessão de medida cautelar consistente na suspensão imediata do Pregão Eletrônico n.º 26/2017 e dos atos de formação contratual dele decorrentes pela Secretaria de Estado da Administração e dos Recursos Humanos – SEARH/RN” (Evento n.º 28).

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

Recebidos os autos neste Gabinete, juntou-se o Ofício n.º 296/2018-SEEC/GS, no qual a Exma. Sra. Secretária de Educação, Cláudia Sueli Rodrigues Santa Rosa, noticiou a suspensão preventiva do prosseguimento do Pregão Eletrônico n.º 26/2017 até decisão desta Corte e solicitou celeridade na análise da cautelar (Evento n.º 31, Documento n.º 001.626/2018-TC). Igualmente se apensou o Ofício n.º 430/2018-SEEC/GS, em que a mesma autoridade apresentou outros esclarecimentos e justificativas sobre o caso, especialmente sobre a ausência de quantificação individual sobre a contratação (Evento n.º 32, Documento n.º 001.961/2018-TC).

Eis o que cumpre relatar.

Passo a votar.

4

FUNDAMENTAÇÃO

1. Da Competência dos Tribunais de Contas para o manejo de medidas cautelares. Cognição sumária. Dos requisitos necessários à concessão da tutela provisória: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Imperioso se apresenta enfatizar, inicialmente, que a tutela provisória suscita do órgão julgador um juízo meramente sumário, de delibação superficial, com o escopo de verificar o preenchimento dos requisitos necessários à sua concessão, quais sejam, a pertinência dos fundamentos jurídicos (***fumus boni iuris***) e a iminência de lesão grave e de difícil reparação ao erário (***periculum in mora***), nos exatos termos encartados nos arts. 120, *caput*, da Lei Complementar Estadual n.º 464/2012 c/c o arts. 345, *caput*, do Regimento Interno desta Corte (Resolução n.º 009/2012-TCE).

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matricula:	_____

A possibilidade do manejo de tutelas provisórias pelos Tribunais de Contas representa, em última análise, mais uma ferramenta que conduz à integral execução do mister constitucionalmente conferido a estes Órgãos de Fiscalização das Contas e que decorre, implicitamente, da norma insculpida no art. 71 da Lei Fundamental da República.

Nesse viés, é o posicionamento do **Supremo Tribunal Federal**:

*PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. **O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões.** 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem. (STF. MS 24510, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2003, DJ 19-03-2004 PP-00018 EMENT VOL-02144-02 PP-00491 RTJ VOL-00191-03 PP-00956) - Destaquei.*

No julgamento do Mandado de Segurança nº 24510/DF, asseverou o **Ministro Celso de Mello**, do **Supremo Tribunal Federal**:

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matricula:	_____

“(...) a atribuição **de poderes explícitos**, ao Tribunal de Contas, **tais como enunciados** no art. 71 da Lei Fundamental da República, **supõe** que se lhe reconheça, a essa Corte, **ainda que por implicitude**, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção **de medidas cautelares** vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, **permitindo**, assim, **que se neutralizem** situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário.

(...)

É por isso que entendo **revestir-se** de integral legitimidade constitucional a atribuição **de índole cautelar**, que, **reconhecida** com apoio na teoria dos poderes implícitos, **permite**, ao Tribunal de Contas da União, **adotar** as medidas **necessárias** ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, **diretamente**, pela própria Constituição da República.

Não fora assim, e desde que adotada, na espécie, uma indevida perspectiva reducionista, **esvaziar-se-iam**, por completo, as atribuições constitucionais **expressamente** conferidas ao Tribunal de Contas da União.

(...)

Na realidade, o exercício do poder de cautela, pelo Tribunal de Contas, **destina-se** a garantir a própria **utilidade** da deliberação final a ser por ele tomada, **em ordem a impedir** que o eventual retardamento na apreciação do mérito da questão suscitada culmine **por afetar, comprometer e frustrar** o resultado **definitivo** do exame da controvérsia.

(...)

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

Assentada tal premissa, **que confere especial ênfase ao binômio utilidade/necessidade**, torna-se essencial reconhecer - especialmente em função do próprio modelo brasileiro de fiscalização financeira e orçamentária, **e considerada**, ainda, a doutrina dos poderes implícitos - **que a tutela cautelar** apresenta-se como instrumento processual **necessário** e compatível com o sistema de controle externo, **em cuja concretização** o Tribunal de Contas desempenha, **como protagonista autônomo**, um dos mais relevantes papéis constitucionais **deferidos** aos órgãos e às instituições estatais”. – Destaques no original.

Esse entendimento tem sido reafirmado pela **Suprema Corte** em reiteradas decisões que envolvem, em maior ou menor medida, a discussão cautelar e meritória da abrangência do poder geral de cautela do TCU e, por conseguinte, de todos os Tribunais de Contas do país, a saber: MS 23.983, rel. min. Eros Grau, DJ 30.08.2004; MS 26.263 MC/DF, proferida pela ministra Ellen Gracie no exercício da Presidência (RISTF, art. 13, VIII), DJ 02.02.2007; MS 25481 AgR/DF, rel. min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 25.10.2011.

Registre-se, por oportuno, que a concessão de medida cautelar pelo Tribunal de Contas não constitui simples recomendação, mas, ao contrário, **detém força cogente determinatória à autoridade pública** a que for dirigida seu cumprimento, como objetivamente assinalado pelo **Supremo Tribunal Federal**, no mesmo precedente dantes citado, **verbis**:

*Reconheço que a deliberação do E. Tribunal de Contas da União, no caso, analisada em seu conteúdo material, **não veicula mera recomendação** (como sugere a ora impetrante), mas consubstancia, no ponto versado na presente impetração mandamental, **clara determinação** (v. itens ns. 9.4 e 9.5 do Acórdão 2338/2006 - fls. 58/59) dirigida à própria Companhia das Docas do Estado da*

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

*Bahia - CODEBA. (...) Ocorre, no entanto, tal como por mim precedentemente assinalado, **que a deliberação do E. Tribunal de Contas da União, ora questionada nesta sede mandamental, traduz, na espécie em exame, determinação, que, por efeito de sua natureza mesma, revela-se impregnada de caráter impositivo** (STF. MS 26547/DF. Min. Relator Celso de Mello. DJU 29.5.2007). – Destaquei.*

Resta demonstrada, pois, a competência constitucional e legal desta Corte de Contas para determinar, por decisão fundamentada, tutelas provisórias, cumprindo a este Tribunal verificar se, no caso concreto, houve o preenchimento dos requisitos necessários à concessão da medida proposta pelo Corpo Instrutivo, para “*suspensão da execução do procedimento licitatório n° 26/2017, conforme preceitua o art. 120, inciso II da Lei Complementar n° 464/2012 (Lei Orgânica do TCE/RN)*”.

8

2. Da presença do *fumus boni iuris*

Como se vê, o caso em análise trata da existência de possíveis irregularidades no Pregão n.º 26/2017. Conforme apurado preliminarmente pelo Corpo Técnico, não seria possível a utilização de pregão e registro de preços para contratação dos serviços de engenharia de manutenção predial previstos no Edital e no Termo de Referência, visto que determinados itens, na verdade, se amoldariam ao conceito de obra e não ao de serviço de engenharia, o que tornaria inadequada a modalidade licitatória eleita pelo administrador público.

Demais disso, o administrador teria sido omissos no dever de apresentar planilha orçamentária com a definição dos quantitativos de serviços que seriam contratados. Tal fato, aliado à ausência de projeto básico, teria tornado imperfeita a caracterização do objeto, inviabilizando a formação do preço

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

global pelos licitantes e da análise das propostas por parte do contratante.

Perscrutando as informações trazidas nas informações apresentadas pelo Corpo Instrutivo e contrastando-as com as manifestações aduzidas pelo Secretário de Administração e Recursos Humanos e pela Secretária de Educação e da Cultura, à luz, ainda, do parecer do *Parquet*, evidencia-se a plausibilidade **de parte** dos fundamentos jurídicos – **fumus boni iuris** – expostos na Informação n.º 003/2018 – ICE/TCE-RN (Evento n.º 4) e na Informação n.º 002/2018 – SP/ICE/TCE-RN (Evento n.º 22), na medida em que o gestor responsável não logrou êxito efetivamente em elidir todos os indícios de irregularidades nelas indicados.

Dessa forma, se faz necessário apreciar perfunctoriamente, com a urgência que o caso requer, a plausibilidade das irregularidades apontadas. Frise-se, nesse sentido, que o presente voto restringir-se-á aos dois questionamentos suscitados pelo Corpo Técnico.

9

2.1 Da utilização de pregão e de sistema de registro de preços para obras e não apenas serviços de engenharia de manutenção predial. Impertinência da acusação.

Quanto à escolha do pregão para licitar o objeto dos autos, apontou o Corpo Técnico que a utilização do pregão e do sistema de registro de preços mostravam-se irregulares por estar caracterizada a existência de obras de engenharia no escopo da contratação, o que não seria legalmente permitido. **Segundo levantamento, as irregularidades se referem especificamente às seguintes previsões editalícias:**

Termo de Referência (fl. 23): “*Observação: 1) O órgão demandante SCMCE, analisou o **histórico de despesas,***

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matricula:	_____

relacionadas às reformas e reconstrução da rede estadual de ensino nos últimos exercícios, para estimar o custo anual dos serviços a serem licitados no valor global de R\$ 42.000.000,00 (Quarenta e dois milhões de reais), **tomando como referência as contratações para reforma, reparo e manutenção nos anos de 2015 e 2016**, aliados à demanda solicitada pelas unidades escolares e relatórios de coordenadorias de ensino”.

Termo de Referência (fl. 24): “2.4. **Enquanto não se concluem novas escolas e as reformas**, a SCMCE vem atendendo as demandas de manutenção predial, de forma emergencial, dado o grande número de vazamentos, falhas na rede elétrica e rede de água, dentre inúmeros outros problemas classificados em uma escala de prioridade e urgência, que urge por atendimento mais ágil e, tempestivo (SIC). Essa realidade vem sobrecarregando os setores de apoio e logística da SCMCE/SEEC, com a contratação de pequenos reparos e aquisições urgentes, além de influenciar, negativamente, os planejamentos operacionais e financeiros, prejudicando as projeções orçamentárias para os períodos subsequentes”.

10

Termo de Referência (fl. 33): “5.12. Para o Edifício Sede da SEEC deverá ser estabelecida uma rotina de manutenção diferenciada, **após a conclusão da sua reforma**”.

Termo de Referência (fl. 140): 21.3. Revisão de Ginásio de Esportes. Revisão de cobertura deverá ser realizada a substituição das telhas danificadas e realizado os devidos reparos e correções necessários nas estruturas, eliminando pontos de corrosão, garantindo assim a qualidade e estabilidade. As telhas danificadas deverão ser retiradas, encaminhadas e descartadas conforme orientação da fiscalização. **Reforma do piso da quadra será realizada de modo que esteja sempre limpo**, livre

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

*de trincas e com demarcações bem visíveis. - **Grifos acrescidos.***

Quanto a essas imputações, **o responsável alegou que o objeto do processo não trata de reformas e obras, mas tão somente de serviços de manutenção de prédios públicos**, e que as referências às palavras “reforma” não podem ser lidas de forma isolada, devendo ser compreendidas tendo em conta o contexto do caso.

Ao refutar essas alegações, o Corpo Técnico acrescentou que o pregão prevê, ainda, a contratação de serviços de recuperação, o que se enquadraria no conceito legal de obra:

Termo de Referência (fl. 104): **16.30. Recuperação de cobertura com fornecimento de telha cerâmica até 30%. A recuperação do telhado se dará quando a FISCALIZAÇÃO analisar e avaliar a necessidade de se trabalhar na cobertura que caracterize uma **intervenção mais global**, abrangendo não só o madeiramento e entelhamento, através da substituição das peças danificadas mais assim como, nos cravejamentos, grampeamentos, beirais, etc. Os serviços serão pagos por m² de recuperação de telhado executado. - **Grifos acrescidos.****

11

Nesse contexto, observo que não há nos autos discussão jurídica acerca da possibilidade, ou não, de se realizar pregão para contratação de serviços de engenharia. Isso porque tanto a doutrina¹ quanto a legislação² e a jurisprudência³ são

¹ Conforme JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17.^a ed. Rev. atual. e ampl. 3.^a tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 189 e JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico. 6.^a ed. Rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 363-373.

² A exemplo do Decreto n.º 7.892/213, que regulamentou o Sistema de Registro de Preços no âmbito federal.

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

uníssonas no sentido afirmativo, desde que se observe que o serviço de engenharia seja considerado comum, ou seja, aqueles cujas características, quantidades e qualidade sejam passíveis de “*especificações usuais no mercado*”⁴. Por outro lado, é vedada a realização de pregão para contratação de obras e serviços de engenharia que não sejam comuns.

O Tribunal de Contas da União, inclusive, já consolidou esse entendimento na Súmula n.º 257, segundo a qual “*O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei 10.520/2002*”, sendo ilegal, conforme a jurisprudência do mesmo Tribunal, a contratação de obras de engenharia por pregão⁵.

Com efeito, verifico que a prática de diversos entes públicos, das diferentes esferas, evidencia ser procedimento ordinário e habitual realizar pregão para contratação de serviços comuns de engenharia, especialmente para serviços de manutenção predial⁶, como no caso dos autos.

12

Posto isso, pontuo que a controvérsia do caso reside, essencialmente, em identificar se os itens licitados se amoldam

³ Consolidando esse entendimento, o Tribunal de Contas da União editou a Súmula n.º 257, segundo a qual “*O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei 10.520/2002*”.

⁴ TCU. Acórdão n.º 247/2002-Plenário. Representação n.º 033.958/2010-6. Relator: Min. José Jorge. Julgamento: 16/03/2011.

⁵ TCU. Acórdão n.º 2.470/2013-Plenário. Representação n.º 015.707/2013-0. Relator: Min. Augusto Sherman Cavalcanti. Julgamento: 11/09/2013.

⁶ A exemplo do **Pregão Eletrônico n.º 05/2014, do Conselho Nacional de Justiça**, que tem por objeto a contratação de empresa para prestação de serviços de engenharia civil sob demanda, com fornecimento de material. Do **Pregão Eletrônico n.º 05/2017-TRF5, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região**, que tem por objeto a contratação de empresa para prestação de serviços continuados de manutenção predial, com fornecimento de mão de obra e respectivos fardamentos e EPI's. Bem como do pregão presencial com registro de preços, **Edital n.º 011/2009-56° BI**, que tem por objeto a contratação de terceiros para realização de serviço de manutenção de bens imóveis do 56º Batalhão de Infantaria.

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matricula:	_____

ao conceito de serviços comuns de engenharia, para fins de verificação da regularidade da modalidade licitatória eleita pelo Administrador Público. Nesse particular, cumpre notar que a qualificação do objeto como comum depende, fundamentalmente, de suas características, o qual deve se revestir de especificações usuais de mercado, de forma a permitir a avaliação das propostas dos licitantes exclusivamente com base nos preços.

Pois bem. Neste ponto, há de se registrar que a própria Lei de Licitações revela o alcance conceitual dos termos obra e serviço de engenharia. Nesse sentido, seu art. 6.º preceitua:

I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

13

Ao comentar esses dispositivos, Marçal Justen Filho⁷ critica os conceitos trazidos na Lei de Licitações, reputando que as definições legislativas são puramente estipulativas e se destinam a indicar a acepção das palavras, para fins de auxiliar sua interpretação no bojo do ato normativo.

Para o autor, essa distinção legal é insuficiente e defeituosa, não existindo uma definição, mas apenas uma exemplificação do que pode se enquadrar em cada categoria.

Segundo o autor, obras e serviços de engenharia possuem características comuns. Ambas são espécies do gênero contrato

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17.ª ed. Rev. atual. e ampl. 3.ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 184-189.

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

de prestação de serviços, sendo esse o grande motivo da dificuldade da diferenciação, o que, para o autor, tornaria descabido pretender estabelecer uma diferenciação absoluta e total entre obra e serviço de engenharia.

Com base nessa premissa, o autor conceitua obra como *“atuação voluntária do ser humano, a promover modificação significativa, autônoma e permanente no ambiente natural, tendo por objeto específico a edificação de benfeitorias e acessões, relativamente a bens imóveis”*. Por outro lado, serviço de engenharia seria a *“atuação voluntária do ser humano, consistente num fazer, tendo por objeto edificações realizadas sobre imóveis, presentes ou futuras, mas que não revela uma modificação significativa, autônoma e permanente no ambiente natural.”*.

Assim, seguindo a linha argumentativa acima exposta, considero que a qualificação do item como obra ou serviço depende muito mais da dimensão da atividade – se ela representa modificação significativa, autônoma e permanente – do que da literalidade do termo empregado.

14

No caso dos autos, percebo que a objeção do Corpo Técnico se relaciona ao uso da palavra “reforma” em quatro oportunidades e à utilização da palavra “recuperação” em um trecho do Termo de Referência.

Analisando-se tais considerações, **verifico que apenas as menções das fls. 104 e 140 do Termo de Referência se referem diretamente ao objeto licitado.** As demais citações são utilizadas na justificativa da contratação e na indicação de que determinados prédios estão passando por reformas; assim, sua manutenção se daria de forma específica (fls. 23/24/33 do Termo de Referência).

Desse modo, considero que faz parte do objeto a ser contratado a *“reforma do piso da quadra”* (fl. 140) e a *“recuperação de cobertura com fornecimento de telha cerâmica”*

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

(fl. 104), itens que, em tese, poderiam ser caracterizados como obras de engenharia. **Todavia, verificada a dimensão das atividades, julgo que, em ambos os casos, diferentemente do que entenderam o Corpo Técnico e o Ministério Público de Contas, tanto a menção à palavra reforma quanto ao termo recuperação não representam atividades que impliquem em modificação significativa, autônoma e permanente sobre os imóveis públicos atingidos pela contratação.**

Superado esse ponto, passa-se à análise da possibilidade de se fazer registro de preços para serviços de engenharia de manutenção predial.

Nos termos do art. 1.º, parágrafo único, inciso I, do Decreto Estadual n.º 21.008/2009, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços no âmbito estadual⁸, o SRP é definido como o conjunto de procedimentos para o registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras.

Ainda de acordo com o referido ato normativo, o SRP poderá ser adotado: I - quando, pelas características do bem, houver necessidade de aquisições frequentes; II - quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições; III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Essa sistemática, em comparação com o procedimento ordinário de contratação, apresenta algumas vantagens. Jorge

⁸ No âmbito federal, o Sistema de Registro de Preços foi regulamentado pelo Decreto n.º 7.892/213.

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

Ulisses Jacoby Fernandes⁹ destaca algumas delas: a) o atendimento a demandas imprevisíveis; b) a redução do volume dos estoques; c) a eliminação do fracionamento da despesa; d) a redução do número de licitações; e) celeridade na contratação; f) atualidade dos preços do bem ou serviço adquirido; g) transparência e redução de custos.

Quanto à contratação de serviços comuns de engenharia com base em sistema de registro de preços, compreendo que é possível quando a finalidade é a manutenção e a conservação de instalações prediais, especialmente quando a demanda pelo objeto é repetida e rotineira. Nesse sentido é a jurisprudência do TCU:

É possível a contratação de serviços comuns de engenharia com base em registro de preços quando a finalidade é a manutenção e a conservação de instalações prediais, em que a demanda pelo objeto é repetida e rotineira. Contudo, o sistema de registro de preços não é aplicável à contratação de obras, uma vez que nesta situação não há demanda de itens isolados, pois os serviços não podem ser dissociados uns dos outros. (Acórdão 3605/2014-Plenário, TC 014.844/2014-1, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 9.12.2014).

16

Ante o exposto, em análise sumária, **discordando do Corpo Técnico e do Ministério Público de Contas**, considero que os itens indicados pelo Corpo Técnico, às fls. 104 e 140, do Termo de Referência, se amoldam ao conceito de serviços comuns de engenharia, sendo, portanto, passíveis de ser contratados após regular licitação para registro de preços, na modalidade pregão, na forma eletrônica. Quanto às demais citações apontadas (fls. 23/24/33 do Termo de Referência),

⁹ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico. 6.^a ed. Rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 91-102.

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

visualizo que não fazem parte do objeto licitado, sendo utilizadas na justificativa da contratação e na indicação de que determinados prédios estão passando por reformas.

2.2 Da inexistência de estimativa dos quantitativos de serviços a serem contratados. Imperfeita caracterização do objeto. Procedência da acusação.

Conforme apurado pelo Corpo Técnico, o administrador teria sido omissos no dever de apresentar planilha orçamentária com a definição dos quantitativos de serviços que seriam contratados. Tal fato, aliado à ausência de projeto básico, teria tornado imperfeita a caracterização do objeto, inviabilizando a formação do preço global pelos licitantes e a análise das propostas por parte do contratante.

17

Especificamente, apontou-se que não consta no Termo de Referência qualquer planilha orçamentária com os quantitativos a serem contratados, contrariando o art. 9º, inciso II, do Decreto nº 7.892/2013¹⁰, o qual determina que o edital de licitação para o SRP deverá conter, no mínimo, a estimativa de quantidades a serem adquiridas pelo órgão gerenciador e órgãos participantes, bem assim o art. 7º, §2º, incisos I e II da Lei n.º 8.666/1993¹¹,

¹⁰ O Corpo Técnico mencionou o Decreto nº 7.892/2013, que dispõe que: “Art. 9º O edital de licitação para registro de preços observará o disposto nas Leis nº 8.666, de 1993, e nº 10.520, de 2002, e contemplará, no mínimo: (...) II - estimativa de quantidades a serem adquiridas pelo órgão gerenciador e órgãos participantes”. Todavia, aplica-se, no âmbito estadual o Decreto Estadual nº 21.008/2009, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços e traz dispositivo semelhante: “Art. 8º O edital de Pregão ou de Concorrência para o Sistema de Registro de Preços – SRP deve observar, no que couber, as disposições contidas no art. 40 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e do art. 4º, inciso I, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e necessariamente: I – a estimativa de quantidades a serem adquiridas no prazo de validade do registro;”.

¹¹ Lei n.º 8.666/1993. Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência: (...) § 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

que estabelece que as obras e serviços somente poderão ser licitados quando existir projeto básico aprovado pela autoridade competente e orçamento detalhado em planilhas que expresse a composição de todos os seus custos unitários.

Tal omissão ensejaria, dentre outras consequências, a violação ao princípio do julgamento objetivo, a impossibilidade de os licitantes apresentarem suas propostas de preço de forma objetiva e, por fim, a caracterização de restrição à competitividade, potencializando o direcionamento das contratações e até dano ao erário.

Em resposta a tais questionamentos, o administrador acostou aos autos as tabelas SINAPI de determinados serviços (Evento n.º 14, Documento n.º 794/2018, Eventos n.º 2 a 4), além dos preços de insumos (Evento n.º 14, Documento n.º 794/2018, Evento n.º 5). Em complemento, a SEEC informou que (Evento n.º 32, Documento n.º 001.961/2018-TC):

18

*“E, diante da **demanda incerta** de seus quantitativos necessários para cada serviço de manutenção, presente na tabela SINAPI para todos os prédios públicos, não foi delimitado um quantitativo máximo, tão somente o quantitativo financeiro por lote, visto que as estimativas são somente informações aos licitantes, pois **pretendemos que na ata constem apenas a descrição dos serviços de manutenção (tabela SINAPI) e respectivo custo unitário**, sem estabelecer os quantitativos máximos de cada item. O intuito desse procedimento é a flexibilização na execução da Ata de Registro de Preço, haja vista que, **ao definirmos quantitativos por item, corremos o risco de exaurimento de algum deles e a necessidade de realizar novo processo licitatório para um ou***

quando: I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório; II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

para poucos itens, gerando desinteresse dos concorrentes na participação do certame.” - Grifos acrescidos.

Vistos os argumentos trazidos pelo Corpo Técnico e pelo Responsável, sobreleva-se que a discussão se resume a saber se o Pregão Eletrônico n.º 26/2017 cumpriu os requisitos legais e regulamentares diante da necessária caracterização do objeto licitado depender da definição dos quantitativos de serviços que seriam contratados.

Pois bem. À luz da legislação e da jurisprudência, **verifico a plausibilidade dos fundamentos jurídicos trazidos pelo Corpo Técnico**, expostos na Informação n.º 003/2018 – ICE/TCE-RN (Evento n.º 4) e na Informação n.º 002/2018 – SP/ICE /TCE-RN (Evento n.º 22), na medida em que o Termo de Referência, de fato, não observou os requisitos legais e regulamentares quanto à definição da estimativa da quantidade de serviços que pretende ser contratada no prazo de validade do registro.

19

Atendo-se à legislação aplicável ao caso, constato que o art. 8.º, do Decreto Estadual n.º 21.008/2009, exige que o administrador público planeje adequadamente a contratação e estime a quantidade a ser adquirida, *in verbis*:

“Art. 8º O edital de Pregão ou de Concorrência para o Sistema de Registro de Preços – SRP deve observar, no que couber, as disposições contidas no art. 40 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e do art. 4º, inciso I, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e necessariamente:

I – a estimativa de quantidades a serem adquiridas no prazo de validade do registro;

II - o preço unitário máximo que a Administração se dispõe a pagar e as estimativas de quantidades a serem

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

adquiridas no prazo de validade do registro;” – Grifos acrescidos

Essa divulgação da expectativa de consumo deve refletir o que será contratado, sendo que, segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹², os dados referentes às quantidades máximas funcionarão apenas na eventualidade de as estimativas serem superadas. Assim, ao lançar edital para registro de preços, a Administração deve, além de indicar a estimativa de consumo, estabelecer o quantitativo máximo que será demandado do fornecedor ao longo de toda a vigência dessa ata. Trata-se, aqui, de definir e delimitar de forma clara o objeto da licitação. Nesse sentido, tem decidido o Tribunal de Contas da União:

(...) a fixação, no termo de convocação, de quantitativos (máximos) a serem contratados por meio dos contratos derivados da ata de registro de preços, previstos no Decreto 3.931/2001, art. 9º, inciso II, é obrigação e não faculdade do gestor (Acórdão 991/2009-TCU-Plenário, Acórdão 1.100/2007-TCU-Plenário e Acórdão 4.411/2010-TCU-2ª Câmara); (Acórdão 1.233/2012-Plenário, TC 011.772/2010-7, relator Ministro Aroldo Cedraz, 23.5.2012). - Grifos acrescidos.

20

Pondero, outrossim, que não há contradição entre essa exigência e o disposto no art. 2º, IV, do Decreto Estadual n.º 21.008/2009, que dispõe que o SRP poderá ser adotado quando pela natureza do objeto não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

A uma, porque conforme bem decidiu o Tribunal de Contas da União, existem situações excepcionais em que não é possível estimar o quantitativo máximo a ser adquirido, como no caso citado abaixo em que realmente se vê que a demanda é

¹² JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico. 6.ª ed. Rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 146.

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matricula:	_____

imprevisível, pois se refere à aquisição de kits emergenciais para assistência humanitária em casos de desastres. **Esse contexto fático, por óbvio, é absolutamente distinto do que ocorre no pregão em apreciação nos autos** – muito embora a titular da Pasta da SEEC tenha pretendido evidenciar similitude entre ambos. Vejamos:

*“10. Entendo que essa alegação não deve prosperar, uma vez que **a utilização do Sistema de Registro de Preços é adequada em situações como a que se encontra sob comento, ou seja, quando a demanda é incerta, seja em relação a sua ocorrência, seja no que concerne à quantidade de bens a ser demandada.** Afinal, não faria sentido realizar uma estimativa prévia e, com base nela, efetivar um processo licitatório, no qual tenham sido definidas quantidades exatas a serem adquiridas, sem saber nem se essas aquisições serão efetivamente necessárias. Num cenário bastante plausível, poderia haver a compra de bens que não seriam necessários.*

*11. Com espeque nessas considerações, julgo que a utilização do SRP no caso presente assegura que a Administração possa realizar, dentro dos valores de mercado, **a aquisição dos kits/materiais nos quantitativos necessários para prestar o auxílio necessários às vítimas dos desastres naturais.**”* (Acórdão 2197/2015-Plenário, TC 028.924/2014-2, relator Ministro Benjamin Zymler, 2.9.2015). - **Grifos acrescidos.**

Com efeito, essa circunstância excepcional vai ao encontro da lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes que, ao tratar sobre a possibilidade de registro de preços sem definição de quantidades, assevera que *“em raríssimas hipóteses pode se admitir o registro de preço de um produto sem indicação da*

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

*quantidade*¹³. Assim, apesar de a norma exigir a indicação de quantitativos máximos, a execução de um serviço inédito ou decorrente de situações que envolvem desastres naturais poderia justificar uma licitação para registro nessas condições.

A duas, porque a definição de quantidades estimadas não obriga ou vincula a Administração a contratar esse valor, mas apenas estabelece que não se pode pactuar além do previsto, especialmente em atenção ao princípio da economicidade – em razão da perda da vantagem da economia de escala.

Assim, entendo que as particularidades do SRP não impedem que se estipule o quanto se pretende contratar de cada item licitado. Em verdade, apesar de ser procedimento *sui generis*, porque, ao contrário da licitação convencional, não tem por objetivo a certeza da aquisição, mas apenas o compromisso de contratações futuras e eventuais, que podem até não se realizar¹⁴, é imprescindível que se estime o quanto será contratado.

Nos termos dos arts. 3.º e 4.º, do Decreto Estadual n.º 21.008/2009, essa estimativa de consumo além de ser responsabilidade do órgão gerenciador (SEARH), compete aos órgãos que queiram ser participantes, no caso a SEEC, atuando nos procedimentos iniciais e integrando a ata de registro de preços, devendo informar seu interesse, a estimativa do consumo, a expectativa do cronograma de consumo e as especificações do objeto.

Demais disso, assinalo que tal omissão representa ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, tendo em vista que as exigências estabelecidas pela Administração são

¹³ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico. 6.ª ed. Rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 147.

¹⁴ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico. 6.ª ed. Rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 281.

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

indispensáveis à plena e satisfatória execução do objeto. Consequentemente, representa também afronta ao princípio do julgamento objetivo, dado que omissões na especificação do que se vai contratar inviabilizam o julgamento objetivo das propostas.

Nesse contexto, ressalto que não se trata de mera formalidade ou apego ao formalismo. A ausência da estimativa de consumo consubstancia, ainda, relevante prejuízo ao interesse público.

No caso dos autos, como bem indicado pelo Corpo Técnico, constato que o conteúdo do Edital do Pregão Eletrônico n.º 26/2017 não dispõe dos elementos necessários e suficientes à caracterização de seu objeto, justamente pela ausência das estimativas de consumo. Com efeito, as empresas interessadas dispuseram apenas da informação de que os lotes abrangem regiões, possuem um “valor máximo”, e que existe um conjunto de serviços da tabela SINAPI, **sem qualquer indicação dos quantitativos totais de que serviço se pretende contratar.** Ademais, como constatado pelo Corpo Técnico, **esse valor máximo indicado não é amparado por estudos técnicos que comprovem os valores estimados postos no Edital, nem quais demandas de exercícios anteriores teriam sido essas.**

23

Por conseguinte, tal omissão de fato fez com que as empresas interessadas no certame apresentassem propostas sem o devido detalhamento das quantidades e dos itens incluídos em sua proposta, como se vê dos autos a partir da fl. 65, do Evento n.º 7, do Documento n.º 794/2018.

Ante o exposto, **em consonância com o Corpo Instrutivo e com o Órgão Ministerial, reputo, em juízo deliberatório, plausível a irregularidade quanto à ausência de indicação dos quantitativos a serem contratados,** por ofensa ao art. 8º, inciso I, do Decreto Estadual n.º 21.008/2009, que determina que o edital de licitação para o SRP deverá conter, necessariamente, a estimativa de quantidades a serem

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

adquiridas no prazo de validade do registro. Igualmente, conforme já assinalado, julgo que tal omissão viola os princípios do julgamento objetivo, da vinculação ao instrumento convocatório e o da própria competitividade, impossibilitando os licitantes de apresentar suas propostas de preço de forma objetiva.

3. Da presença do *periculum in mora*

Por sua vez, o **risco da demora** reside na possibilidade de haver a retomada e continuidade do Pregão em apreço – o qual, segundo noticiou a Exma. Sra. Secretária de Educação, Cláudia Sueli Rodrigues Santa Rosa, encontra-se preventivamente suspenso em virtude da instauração do presente procedimento fiscalizatório, apesar de já estar em fase avançada – com a possível celebração de contratos que podem estar eivados de nulidade – tanto o procedimento licitatório quanto o contrato decorrente deste.

Ademais, caso este Tribunal de Contas não adote uma medida para impedir uma plausível violação ao caráter competitivo da licitação e à legislação já referida, sua continuidade poderá ocasionar grave lesão ao erário e de difícil reparação em face de contratações não devidamente dimensionadas, circunstância esta que poderia subsistir acaso esta Corte deixasse para atuar tão somente em sede de decisão definitiva e de cognição exauriente.

DISPOSITIVO

FACE AO EXPOSTO, em consonância **parcial** com o entendimento do Corpo Técnico e do Órgão Ministerial – deles divergindo quanto à possibilidade de se licitar o objeto do certame em análise por meio de pregão eletrônico, vez que os itens indicados durante a instrução sumária possuem

TCE-RN	
Fls.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

prefacialmente natureza de serviço e não de obra de engenharia –, **VOTO pela CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR**, com fundamento nos artigos 120, *caput*, 121, inciso II, todos da Lei Complementar n° 464/2012, **determinando que Sua Excelência o Sr. Cristiano Feitosa Mendes, Secretário da SEARH, proceda à imediata suspensão, desta vez por ordem deste Tribunal, do Pregão Eletrônico n° 26/2017 e de eventuais atos de contratação dele decorrentes**, até a apreciação do mérito dessa matéria, tendo em vista a configuração, em cognição cautelar, de ofensa ao Decreto Estadual n.º 21.008/2009 e aos princípios do julgamento objetivo, da vinculação ao instrumento convocatório e da competitividade em face da ausência de apresentação de planilha orçamentária com a definição dos quantitativos de serviços que seriam contratados, **sob pena de multa pessoal e diária de R\$ 1.000,00, bem como que efetue a divulgação do referido ato suspensivo, por meio da imprensa oficial, devendo comprovar tal medida a esta Corte de Contas no prazo improrrogável de 10 (dez) dias, contados a partir da ciência deste *decisum*, consoantes fundamentos já esposados, mantendo-se, ademais, em todos os seus termos, o caráter seletivo e prioritário deste processo, inerente aos atos regidos pela Resolução n° 009/2011 deste Tribunal de Contas.**

25

Voto também no sentido de que se recomende, com fundamento no art. 301, III, do Regimento Interno desta Corte¹⁵, a elaboração de levantamento das reais necessidades de manutenção das escolas estaduais, com vistas a quantificar e dimensionar de forma planejada, eficaz e eficiente a demanda a ser contratada.

¹⁵ Regimento Interno TCE/RN. Art. 301. Ao apreciar processo relativo à fiscalização de licitações, contratos e atos, o Tribunal: (...) III – recomendará a adoção de providências quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho, encaminhando os autos ao órgão responsável pelo Cadastro Geral de Recomendações, conforme o art. 299 deste Regimento, para fins de monitoramento do cumprimento das determinações;

TCE-RN	
Fis.:	_____
Rubrica:	_____
Matrícula:	_____

Após a adoção das providências de suspensão da contratação em análise, por ato do agente público competente para cumprimento de tal determinação, sigam os autos, de imediato, à Diretoria de Atos e Execuções – **DAE**, a fim de realizar a **citação** de Sua Excelência o Sr. Cristiano Feitosa Mendes. Em seguida, que o feito siga à Inspeção de Controle Externo – ICE, para que prossiga o acompanhamento das futuras contratações do objeto em análise nos autos.

Intimem-se, com urgência, o **Secretário de Estado da Administração e dos Recursos Humanos – SEARH/RN** e a **Secretária de Estado da Educação e da Cultura – SEEC**.

Sala das Sessões, data da assinatura eletrônica.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Thompson Costa Fernandes
Conselheiro Relator