

LICITAÇÃO: COMPRAS, OBRAS E SERVIÇOS

José Carlos de oliveira

Professor de Direito Administrativo na graduação e no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp/Franca

1. Das Compras

O termo *compra* refere-se, no entendimento doutrinário, a “qualquer espécie de contrato pelo qual a Administração, mediante pagamento, adquire a propriedade de bens” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 205). Trata-se de ato jurídico de natureza convencional, que se produz a partir do acordo de vontades entre o ente público e o particular contratado – diferentemente, por exemplo, da *desapropriação*, que é ato unilateral, regado por regime constitucional próprio.

Os contratos administrativos de compra e venda seguem, em regra, a forma escrita. Assim como nos casos comuns entre particulares, regidos pelo Direito Civil, a mera assinatura do contrato não é suficiente para transferir a propriedade do bem comprado, sendo necessária a

efetiva transferência da posse (tradição). As regras do Direito Privado, aliás, são plenamente aplicáveis à Administração no caso típico do contrato de compra e venda, não existindo, para o ente público, neste tipo de ato, a prerrogativa da autoexecutoriedade, sendo impossível a invasão da esfera privada do particular ou a sua coação para manifestar sua vontade de contratar.

É importante diferenciar algumas figuras relativas às compras levadas a cabo comumente pela Administração. Tem-se, tipicamente, a *compra com execução fracionada* quando as condições do negócio “são determinadas desde logo: o preço, as quantidades, os prazos de execução, a forma de pagamento, tudo é predeterminado por ocasião da avença” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 206, grifo do autor); já no caso de *contrato de fornecimento*, nem todas as condições da contratação são determinadas no início – apenas aquelas de caráter geral –, havendo uma margem de elementos a serem definidos ao longo do tempo; de outra parte, no *sistema de registro de preço* a Administração não é obrigada a realizar a contratação – apenas estabelece com o particular as condições que, hipoteticamente, viria a formalizar caso optasse por realizar o negócio, conforme se verá mais adiante.

Há, também, modalidades de compra em que se faculta a *dispensa parcial de documentos*, a saber: a) no caso de *fornecimento de bens para pronta entrega* (art. 32, § 2º, Lei 8.666/93 [BRASIL, 2012a]), em que a execução se aperfeiçoa dentro de algumas horas ou em poucos dias

após a formalização da contratação; b) no caso de *compras para entrega imediata, assim entendidas aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta* (art. 40, § 4º) e c) *compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica*, em que o objeto da contratação é transferido no momento da compra, não remanescendo qualquer outra obrigação entre as partes – tratando-se, em geral, de itens simples, em que não há possibilidade de reparos ou consertos. Em todos estes casos, o Tribunal de Contas do Estado orienta que o ente administrativo conserve apenas os dados básicos dos particulares contratados (endereço, telefone, CNPJ [Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica], *site* etc.), de modo a permitir, a qualquer tempo, a análise, pelo órgão fiscalizador, da vantajosidade e da conformidade dos preços praticados com aqueles predominantes no mercado.

Importante salientar, por fim, a necessidade de *previsão orçamentária* para as compras – prevista pelo art. 14 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 2012a) –, cuja inobservância gera a responsabilização pessoal do agente administrativo. Segundo aponta JUSTEN FILHO (2012, p. 208),

a lei não impõe a necessidade de prévia liberação dos recursos financeiros para dar-se início à licitação ou, mesmo, para efetivar-se a contratação. Basta existir a previsão de recursos orçamentários. Isso não impede a possibilidade de que a autoridade estatal condicione

o próprio desencadeamento da licitação à efetiva disponibilidade de recursos.

Ressalta-se, portanto, que a compra, no caso de licitação, não demanda a efetiva existência prévia de recursos orçamentários, uma vez que as condições de financiamento e pagamento podem integrar o próprio objeto do procedimento licitatório.

1.1 – Padronização

Segundo a redação do inciso I do art. 15 da Lei de Licitações (BRASIL, 2012a), as compras deverão, sempre que possível, observar o *princípio da padronização*. Cabe frisar que a expressão “sempre que possível” não se refere a uma decisão discricionária da Administração (JUSTEN FILHO, 2012, p. 210); impõe, pelo contrário, a *obrigatoriedade* de se padronizar as compras *a menos que haja comprovada impossibilidade* – hipótese em que será necessária a devida *justificação* pelo ente administrativo, com exposição e explicação dos fundamentos de fato que impedem a observância de tal princípio.

A padronização, portanto, é *regra*. Tem como objetivo a racionalização da atividade administrativa, mediante redução de custos e otimização da aplicação de recursos (JUSTEN FILHO, 2012, p. 211). Isto porque, ao selecionar bens semelhantes àqueles já utilizados ou que já integram seu patrimônio, a Administração elimina a possibilidade de variação de qualidade dos produtos, bem como diferenças de utilização,

conservação etc. Além disso, por já conhecer as características técnicas da prestação, o ente administrativo economiza tempo, eis que não há necessidade de longos exames para selecionar a melhor opção.

A estrita observância do princípio da padronização poderá resultar, inclusive, em contratações diretas posteriores, na hipótese de a Administração selecionar um objeto que só pode ser prestado por um único fornecedor, inviabilizando a competição (JUSTEN FILHO, 2012, p. 212).

A escolha do produto-padrão é realizada mediante a instalação de procedimento administrativo específico para tal finalidade, preferencialmente mediante a constituição de comissão especial, que deverá *“apurar as necessidades administrativas, formular previsão acerca do montante econômico dos contratos futuros e examinar as alternativas disponíveis para padronização”* (JUSTEN FILHO, 2012, p. 212, grifo do autor), ouvindo-se, inclusive, *experts* no assunto, e realizando testes de todo tipo.

Tal procedimento administrativo *não tem caráter licitatório*, uma vez que não se destina a analisar propostas mais vantajosas; entretanto, deve ser orientado pelos princípios da vantajosidade e da isonomia, mediante a oitiva de todos os interessados, já que haverá, ao final, um direcionamento na contratação, em virtude da padronização. Tal direcionamento poderá, inclusive, implicar a padronização de itens

identificáveis por meio de uma marca, desde que tal ocorra por razões de ordem técnica estritamente justificadas pelas características e especificações exclusivas do produto, conforme já decidiu o Tribunal de Contas da União (TCU) (Acórdão nº 62/2007, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa – JUSTEN FILHO, 2012, p. 213).

Ressalta-se, por derradeiro, que a padronização de produtos demanda análise criteriosa e objetiva, uma vez que além de acarretar o risco da eleição de um produto que venha a se tornar inadequado, poderá também conduzir à elevação dos preços, em razão da ausência de competitividade.

1.2 – Sistema de Registro de preços

O Sistema de Registro de Preços, consagrado pelo inciso II do art. 15 da Lei 8.666/93 (BRASIL, 2012a) é uma ferramenta posta pela lei à disposição da Administração Pública para agilizar e garantir a flexibilidade das contratações administrativas.

Embora a previsão legal deste sistema esteja inscrita na Seção V da Lei de Licitação (BRASIL, 2012a), referente às compras, tanto a doutrina quanto a Jurisprudência reconhecem sua plena aplicabilidade à contratação de obras e serviços.

Isto porque, dentro da sistemática legal, não se vislumbra qualquer característica que seja aplicável tão-somente às compras ou às obras

e serviços, de modo que o silêncio da lei não pode, neste caso, em termos interpretativos, ser tido como indicativo de vedação, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (Recurso em Mandado de Segurança nº 15.647/SP – 2ª T. – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 25.03.2003 – p. DJ 14.04.2003 – JUSTEN FILHO, 2012, p. 224).

1.3 – Conceito e normatização

Segundo a doutrina, o Sistema de Registro de Preços consiste na elaboração de “*um contrato normativo, constituído como um cadastro de produtos e fornecedores selecionados mediante licitação para contratações sucessivas de bens e serviços, respeitados lotes mínimos e outras condições previstas no edital*” (JUSTEN FILHO, p. 218, grifo do autor).

Assim, mediante a utilização desta figura legal, o ente administrativo formula, através de procedimento licitatório, um cadastro de fornecedores e produtos, que serão solicitados conforme a demanda, ao longo do tempo, observados limites quantitativos máximos e mínimos para aquisição de produtos ou realização de serviços, assegurando-se de que os preços registrados continuam compatíveis com os de mercado.

Vale destacar a natureza de **contrato normativo**, o que significa que, apesar de não dispor, no momento da licitação, de todos os elementos das contratações futuras, **vincula ambas as partes**. Isto quer dizer que a Administração Pública não poderá exigir que o particular cumpra prestações não abarcadas pelo contrato inicial, seja com rela-

ção à qualidade ou quantidade dos objetos licitados, ao preço e seu pagamento ou mesmo quanto às condições de adimplemento da obrigação licitada. De outro lado, o particular contratado não pode se negar a cumprir o contrato regularmente firmado após a licitação, desde que exigidas pela Administração prestações compatíveis com as condições avençadas.

Conforme já dito, a previsão legal do Sistema de Registro de Preços se encontra no art. 15, II, e §§ 1º a 6º, da Lei de Licitações (BRASIL, 2012a).

Embora o § 3º de tal artigo disponha que o Sistema de Registro de Preços será regulamentado através de decreto, a doutrina é praticamente unânime em defender que tal sistema é autoaplicável, uma vez que quase todos os elementos necessários para sua instituição e funcionamento podem ser extraídos da interpretação sistemática da Lei 8.666, excluídos uns poucos tópicos, que dependem, efetivamente, de regulamentação, como, por exemplo, o pluralidade de registros e fornecedores (JUSTEN FILHO, 2012, p. 222-223).

No âmbito Federal, foi editado o Decreto nº 3.931/2001, alterado pelo Decreto nº 4.342/2002, regulamentando com grande especificidade o Sistema de Registro de Preços. Tais regulamentações, entretanto, ***aplicam-se tão-somente à esfera Federal***, sendo necessário que cada ente da Federação promova sua própria regulação.

1.4 – Peculiaridades do S.R.P.

O funcionamento do Sistema de Registro de Preços, no âmbito da legislação paulista, segue, de modo geral, todos os preceitos operacionais e formais contidos nos Decretos Federais que regem a matéria. A principal diferença diz respeito à questão da vigência da ata.

Por expressa determinação legal, ***o prazo de validade da ata não poderá ultrapassar o período de um ano***. Estabelecer a sua vigência para além dos doze meses é procedimento que fere o princípio da legalidade, decidiu o Tribunal de Contas Paulista em interpretação restritiva ao disposto no [art. 13 do Decreto 47.945/03¹](#) (SÃO PAULO, 2012) (TCE/SP, Acórdãos 038240/026/08, e 002307/003/07).

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP) fez constar em sua jurisprudência que há de prevalecer o entendimento de que, formado o registro e subscrita a ata correspondente, qualquer fornecimento dela decorrente somente pode ocorrer nos exatos limites temporais da validade dos preços registrados, não cabendo, com isso, admitir-se qualquer hipótese de revisão de preços ou prorrogação de vigência, tanto da ata, como dos contratos dela decorrentes. Qualquer disposição diversa implica no desvirtuamento do instituto que, por excelência, serve para conferir às compras de bens e serviços necessários à Administração dinâmica de fornecimento pontual contra o respectivo pagamento (TCESP, Acórdãos 009656/026/11, 010285/026/11

e 10286/026/11).

Importante notar que embora se trate de interpretação restritiva de autorização literal contida em norma vigente, por parte de órgão auxiliar de fiscalização, o bom-senso pede que *os entes administrativos se abstenham de proceder à prorrogação do período de vigência da Ata*, até que haja pronunciamento por parte do Poder Judiciário.

1.5 – Vantagens e desvantagens

O Sistema de Registro de Preços oferece diversas vantagens à Administração Pública. Dentre elas, vale destacar: a) *redução de gastos e simplificação administrativa*; b) *rapidez na contratação e otimização dos gastos*; c) *prazo diferenciado com relação à licitação comum* e d) *definição de quantidades e qualidades conforme necessidades específicas*.

A redução de gastos e simplificação administrativa decorre, segundo a doutrina, da supressão de licitações contínuas e subsequentes, tendo como objeto produtos ou serviços semelhantes e homogêneos (JUSTEN FILHO, 2012, p. 220-221). É evidente que a eliminação da necessidade de realização de diversas licitações praticamente idênticas reduz a burocracia, os custos e os desgastes normalmente acarretados pela elaboração de procedimentos licitatórios típicos.

A rapidez na contratação e a otimização dos gastos dizem respeito à simplificação da contratação e à maior flexibilidade quanto à questão

orçamentária. Uma vez registrados os preços e produtos do vencedor do certame, a Administração pode aguardar a liberação de recursos e, uma vez obtidos, contratar diretamente os serviços ou adquirir os produtos. Além da agilidade do procedimento, fica também garantida a utilização dos recursos orçamentários, que não ficam ociosos ou sem destinação em razão de eventuais descompassos, como ocorre com outras modalidades licitatórias.

Já a questão do *prazo diferenciado* diz respeito ao fato de que, no S.R.P., as propostas, preços e condições vencedores do certame ficam à disposição da Administração, para contratação, pelo prazo de um ano. Numa licitação comum, o ente administrativo possui o prazo de apenas 60 (sessenta) dias, contados da entrega das propostas, para realizar a contratação. Vencido este prazo e não formalizado o contrato, haverá necessidade da elaboração de novo procedimento licitatório, com os dispêndios de tempo e recursos inerentes a tais processos.

Por sua vez, a *definição de quantidades e qualidades conforme necessidades específicas* é uma diferença de extrema importância com relação aos procedimentos licitatórios comuns. Ordinariamente, as quantidades e qualidades exatas dos produtos e serviços a serem contratados devem constar, especificamente, no edital, vinculando a Administração, independentemente de variações ocasionais conforme o caso concreto. O S.R.P., por sua vez, opera com limites mínimos e máximos de quantidades e qualidades, ficando o ente administrativo

autorizado a contratar somente na medida do que for efetivamente necessário.

De outra parte, não se pode ignorar que o Sistema de Registro de Preços apresenta também alguns riscos e desvantagens, cujos principais são a *obsolescência*, a *incompletude* e a *perda da economia de escala*.

A *obsolescência* consiste na defasagem do valor registrado após a licitação pelo S.R.P. e os preços praticados no mercado, uma vez que, a depender do tipo de produto ou serviço licitado, há a constante possibilidade do desenvolvimento de novos tipos e modelos, o que pode acarretar a variação de preços. Por isso, a Administração "*tem o dever de verificar, antes de cada aquisição, se o produto selecionado ainda é o mais adequado e se os preços são compatíveis com os de mercado*" (JUSTEN FILHO, 2012, p. 221).

A *incompletude*, por seu turno, é um reflexo da padronização que o Sistema de Registro de Preços invariavelmente acarreta. Isto porque a previsão feita no edital das licitações que se utilizam desta modalidade tende a ser genérica, referindo-se a categorias de produtos. Há casos, porém, em que a Administração necessitará de um produto de natureza muito mais específica, e não encontrará, dentre os registrados para fornecimento, um item adequado para atender à finalidade que busca.

Quando a Administração verifica a ocorrência de obsolescência ou incompletude dos cadastros das atas de registro, deve realizar lici-

tação específica, de modo a prestigiar os princípios norteadores dos procedimentos licitatórios.

Por fim, a *perda da economia de escala* diz respeito à fixação do preço, na licitação, por unidade, uma vez que os quantitativos são previstos apenas hipoteticamente, na forma de limites mínimo e máximo. Considerando a lei de mercado, o comum é que quanto maior a escala da compra, menor o preço obtido, o que não se verifica se o preço unitário for mantido.

1.6 – Sistema de Carona

Um dos aspectos mais polêmicos em matéria de Registro de Preços é a chamada figura do “carona”. A doutrina define esta figura como a *“contratação fundada num sistema de registro de preços em vigor, mas envolvendo uma entidade estatal dele não participante originalmente, com a peculiaridade de que os quantitativos contratados não serão computados para o exaurimento do limite máximo. De acordo com a prática, a única restrição admitida reside no limite de 100% do quantitativo máximo do objeto do registro por entidade”* (JUSTEN FILHO, 2012, p. 235).

Esta figura surgiu a partir da edição do Decreto Federal nº 3.931/2001 (BRASIL, 2012b), que, em seu art. 8º, dispõe que *“a Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que*

devidamente comprovada a vantagem”.

A noção jurídica do “carona”, para a ampla maioria da doutrina, é absolutamente inconstitucional e ilegal, por manifesta ofensa a diversos princípios e regras que regem a Licitação, tais como o *princípio da legalidade*, o *princípio da vinculação ao edital* e o *princípio da isonomia*, além de constituir *ofensa à disciplina da habilitação*, criar *hipótese de dispensa de licitação* e permitir a *infração ao limite legal à ampliação dos quantitativos originais contratados*.

A ofensa ao *princípio da legalidade* é o vício mais flagrante desta figura jurídica, uma vez que a Lei 8.666/93 (BRASIL, 2012a) não facultou a instituição desse sistema, que foi introduzido por meio de decreto, violando o postulado da reserva legal e da competência legislativa.

O “carona” fere, também, o *princípio da vinculação ao edital*, na medida em que o instrumento convocatório institui as condições, quantitativos e qualitativos mínimos para contratação perante um ou mais determinados entes administrativos; posteriormente, se admitiriam “recontratações” paralelas, junto a entes diversos daqueles constantes no edital – e, portanto, não participantes da licitação –, e com extrapolação dos limites pré-fixados.

A violação ao *princípio da isonomia* é também clara, já que a contratação do vencedor de uma licitação por órgãos dela não participantes inibem a competição, ao não oferecer qualquer oportunidade

de participação por parte de outros concorrentes, muitas vezes mais próximos e capazes de oferecer melhores ofertas ao órgão “caronista”.

Além disso, a figura do “carona” frustra a *disciplina da habilitação*, já que os requisitos de habilitação tomam por base o objeto em suas dimensões quantitativas e qualitativas pré-fixadas, que são posteriormente ampliadas, resultando em um desvio da função da habilitação no procedimento licitatório.

Cria, também, *hipótese de dispensa de licitação* não prevista na lei, ofendendo o *princípio da obrigatoriedade de licitação*, instituindo verdadeira competência discricionária para a Administração para promover contratações diretas (JUSTEN FILHO, 2012, p. 236). Tal instituição – feita por decreto, em detrimento da reserva legal apregoada pela Constituição – permite que os efeitos de uma licitação sejam reaproveitados e ampliados, quando o correto seria a realização de novo procedimento, o que configura, inequivocamente, uma contratação direta.

Por derradeiro, verifica-se a *infração ao limite legal à ampliação dos quantitativos originais contratados*, pois, diferentemente do que prevê o art. 65, §§ 1º e 2º, Lei 8.666/93 [BRASIL, 2012a] – elevação limitada em até 25% dos quantitativos originários –, na prática da “carona”, as partes, mediante acordo, podem produzir elevações ilimitadas dos quantitativos previstos, conforme o fornecedor seja capaz de suprir a demanda dos diversos órgãos que passem a contratá-lo.

Apesar de todos estes vícios e ilegalidades que atingem o conceito do “carona”, o TCU, ao se manifestar sobre o assunto, no Acórdão 1.487/2007, do plenário, relatado pelo Min. Valmir Campelo (JUSTEN, 2012, p. 238-239), não reconheceu a invalidade desta prática.

Porém, conforme ressalta JUSTEN FILHO (2012, p. 239),

daí não se segue que a prática da ‘carona’ seja uma escolha que se configure como válida e legítima para os órgãos administrativos. O TCU incorporou razões jurídicas que devem ser tomadas em conta quando se pretender adotar a prática da ‘carona’. O Acórdão 1.487/2007 demonstra que a contratação adicional, não prevista originalmente, é potencialmente danosa aos cofres públicos. Daí se segue que a sua adoção envolve a assunção do administrador público do risco de produzir uma contratação equivocada. A comprovação de que a prática da ‘carona’ produziu enriquecimento injusto e indevido para o fornecedor privado deve conduzir à severa responsabilização dos agentes estatais que a adotaram.

No âmbito do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a figura do “carona” não tem sido aceita, embora inserida formalmente no ordenamento paulista por meio do Decreto Estadual 51.809/07, eis que fere os princípios da reserva legal (por ter sido instituído por decreto), legalidade (ausência de previsão em lei), isonomia, vinculação

ao instrumento convocatório e competitividade (TCE – Processo nº 38240/026/08 – Rel. Cons. Claudio Ferraz de Alvarenga – j. 03.12.2008 – p. DOE 12.12.2008).

Isto porque a utilização do carona possibilita que cada órgão que aderir à Ata de Registro de Preço, individualmente, contrate até **100% dos quantitativos nela registrados²**, situação que confere ganho imensurável ao licitante vencedor, pois as quantidades adquiridas por entidades que não participam do certame não são computadas para fins de exaurimento dos limites do registro de preços.

Nesse sentido, a interpretação do TCE/SP se harmoniza com o decidido pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão 1487/2007 (BRASIL, 2012c), onde restou demonstrado.

que a contratação adicional, não prevista originalmente, é potencialmente danosa aos cofres públicos. Daí se segue que a sua adoção envolve a assunção do administrador público do risco de produzir uma contratação equivocada. A comprovação de que a prática da “carona” produziu enriquecimento injusto e indevido para o fornecedor privado deve conduzir à severa responsabilização dos agentes estatais que a adotaram.

De forma diversa, a “adesão legal” é procedimento destinado a reunir num único certame todos os órgãos que manifestarem interesse

em adquirir bens e serviços que serão licitados, antes da publicação do edital, daí as expressões “órgão gestor” e “participante”, situação prevista no [artigo 6º do Decreto 47.945/03](#)³ (SÃO PAULO, 2012) e aceita pelo TCE/SP, desde que os participantes não sejam estranhos à esfera de governo que promove a disputa pelos preços.

A condição imposta pelo TCE/SP para reconhecer a “adesão legal” conduz ao seguinte raciocínio: a se aceitar que esferas diferentes utilizem suas atas reciprocamente, possibilitar-se-ia que entes jurisdicionados por Tribunais de Contas distintos acatassem integralmente os atos praticados em seus ritos licitatórios, o que não se faz desejável, pois, como visto, o regulamento do Registro de Preços é, necessariamente, local.

2. Obras e serviços

A Seção III do Capítulo I da Lei 8.666/93 (BRASIL, 2012a) aborda o tema “Obras e Serviços” de uma forma ampla, genérica. Contudo, embora sejam normas que se apliquem às diversas obras e serviços existentes, foram elaboradas especificamente com base em obras ou serviços de engenharia, o que recebe críticas por parte da doutrina, uma vez que obras e serviços de engenharia compreendem a minoria das contratações da Administração.

Ao analisar os dispositivos contidos na citada Seção III é perceptível que a referência do legislador foi obra ou serviço de engenharia.

Dessa forma, se faz necessária uma adequação interpretativa de tais regras, para que possam ser aplicadas nas diversas obras e serviços que a Administração venha contratar. Por exemplo, a exigência de projeto básico e projeto executivo é uma peculiaridade de obras ou serviços de engenharia. Contudo, para as demais obras e serviços deve-se exigir que a Administração elabore documentos equivalentes. Ou seja, apesar de não ser uma obra ou serviço de engenharia, deverá apresentar algo que demonstre o estudo prévio sobre o objeto pretendido, com sua descrição e detalhamento, assim como exigido no projeto básico.

O art. 6º, inciso I (BRASIL, 2012a), estabelece que obra é *"toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta"*. Percebe-se que o dispositivo não exprime o conceito de obra, mas apenas indica atividades que a caracterizam, sem explicar o que seria uma obra. A doutrina entende que as obras a que se refere o dispositivo se restringem às de engenharia.

Já o inciso II (BRASIL, 2012a) do mesmo artigo traz a definição de serviços como

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.

Este conceito de serviço abrange tanto os de engenharia como os demais. Trata-se de uma definição muito genérica, por se referir a “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse público”, pois isto pode envolver tanto uma obra como um serviço, já que ambos geram utilidade para a Administração.

Definir se o objeto é uma obra ou um serviço, de engenharia ou não, é essencial para a escolha da modalidade licitatória, bem como para verificar se é ou não caso de dispensa de licitação, já que possuem limites de valores distintos.

Esses passos fazem parte da fase interna da licitação, a qual possui primordial importância no sucesso em satisfazer o interesse público com a futura contratação.

2.1 – Projeto básico

É definido como:

Conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos (BRASIL, 2012a).

E uma licitação para a contratação de obras ou serviços não pode ser iniciada sem a sua prévia elaboração, ou a elaboração de documento equivalente – caso não seja obra ou serviço de engenharia.

Apesar de ser obrigatória a elaboração do projeto básico, há situações em que os tribunais já decidiram por validar a licitação realizada sem a sua existência ou sua elaboração fora dos termos detalhados na lei. São hipóteses em que as circunstâncias emergenciais determinam a necessidade de rapidamente contratar a prestação de um serviço, ou então em que o objeto é de total simplicidade e não demanda todo o procedimento exigido para a confecção do projeto básico. Porém, estes casos são excepcionais, de forma que predomina a obrigatoriedade do projeto básico, sem o qual o procedimento licitatório é considerado nulo.

Nestas hipóteses, de caráter emergencial e baixa complexidade do objeto, também se tem admitido a substituição do projeto básico por planilha estimativa de custos unitários e global, devidamente amparada por relatório técnico. Esta planilha de custos é o mínimo planejamento administrativo a ser realizado para que se possa programar a execução do objeto, verificar se ele se enquadra na disponibilidade orçamentária, fixar a modalidade do procedimento licitatório, verificar a compatibilidade das propostas dos licitantes com os preços de mercado, entre outros requisitos básicos indispensáveis para atender ao interesse público.

Importante anotar que nos casos de contratação direta, sem licitação, a Administração não fica desobrigada de elaborar o projeto básico (ou planilha de custos, se for o caso). Pelo contrário – estes documentos são ainda mais importantes nestas situações, pois é por meio deles que se demonstrará ser caso de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

O defeito, vício ou qualquer irregularidade significativa do projeto básico poderá acarretar sua nulidade. Quando a nulidade do projeto básico somente for observada após a licitação, já no curso do contrato, e ocasionar a invalidação do contrato, deverá o particular contratado ser indenizado por tudo que tiver executado até o momento.

Para a elaboração de um projeto básico, a Administração deve ter o conhecimento preciso de suas necessidades e saber através de quais meios deverão ser satisfeitas, podendo até mesmo se valer do auxílio de particulares, caso a complexidade do objeto pretendido demande um conhecimento aprofundado para definição de critérios adequados à realização do procedimento licitatório.

Importante ressaltar que estes terceiros que auxiliarem na confecção do projeto básico ficam, em regra, impedidos de participar da licitação correspondente, ressalvado o caso de todos os possíveis interessados serem chamados a contribuir para a elaboração do referido projeto.

Para que se considere satisfeita a exigência legal da prévia elaboração do projeto básico, não basta um documento com essa denominação. Aliás, o nome que se dá ao documento é o menos importante. Os Tribunais já decidiram, em várias oportunidades, validar documentos com nomes distintos, como os reiterados “termos de referências”, pois se adequavam perfeitamente às exigências da lei ao abordarem os diversos pontos precisos para a configuração de um projeto básico.

Assim, o que importa é o conteúdo do documento e não sua nomenclatura. Deverá conter os elementos exigidos pela lei, com um estudo preliminar que aborde as questões técnicas, econômicas e financeiras, a previsão dos prazos para a execução, estimativa de custos, avaliação do impacto ambiental, análise das diversas repercussões possíveis para a Administração e fixação dos objetivos a serem alcançados, fornecendo uma projeção da contratação que decorrerá, tudo da maneira mais detalhada possível, conforme exigir a complexidade do objeto a ser licitado.

Após sua elaboração, o projeto básico será avaliado pela autoridade administrativa competente para determinar a contratação, que poderá aprova-lo ou não, sempre de forma motivada.

Depois de aprovado, deverá ser dada publicidade ao projeto básico, permitindo que interessados apontem eventuais vícios do mesmo.

2.2 – Projeto Executivo

O projeto executivo, documento para a instauração da licitação em obras e serviços, estabelece, de maneira pormenorizada, as condições de execução do objeto licitado. Justen Filho (2012, p. 166), nesse sentido, ensina que apenas o projeto básico não é suficiente para tanto, e que o projeto executivo determina todas as condições, inclusive no tocante aos custos, o que permite avaliar a compatibilidade da contratação com o interesse coletivo, com os recursos estatais disponíveis e com outras exigências relacionadas ao bem-comum.

Tal documento deve conter informações relativas à execução completa da obra ou do serviço. Assim define a Lei 8.666/93, em seu artigo 6º, X (BRASIL, 2012a): *“Projeto Executivo – o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT [Grifo Nosso]”*.

De acordo com o artigo em comento, o projeto executivo deve ser formulado de acordo com as normas da ABNT, que possui regramento técnico para diversos objetos. Orienta a doutrina que, embora existam casos em que o objeto não seja regulamentado especificamente pela associação, não será dispensada a observância de formalidades técnicas na realização do documento.

Justamente por isso, o projeto executivo pressupõe o pleno conhecimento da área em que a obra será executada e de todos os fatores específicos necessários à atividade de execução da obra. O projeto executivo exaure todas as cogitações abstratas e genéricas atinentes à obra, de modo a permitir uma atividade de pura execução do referido objeto” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 141).

A imprescindibilidade desse documento na realização de um procedimento licitatório é sustentada em peso pela doutrina, sobretudo quando se trata de obras de alta complexidade, a exemplo de metrô, rodovias e outros. Sustenta-se tal ponto de vista, em especial, para a constatação da viabilidade dos custos, uma vez que o documento especifica este item, permitindo, inclusive, o controle financeiro e a ciência da existência de recursos suficientes.

Interessante constatar, todavia, a existência de exceção à necessária antecedência do projeto executivo, qual seja, a hipótese prevista no §1º do artigo 7º da Lei 8.666/93 (BRASIL, 2012a), caso em que é permitida sua elaboração contemporaneamente à execução das obras e serviços. Tal dispositivo afirma que

a execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido

concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração.

Os casos de exceção à prévia existência de projeto executivo, entretanto, não se submetem à ampla discricionariedade do administrador, cabendo, exclusivamente, em situações que estiverem presentes motivos relevantes autorizadores da hipótese. Devem, portanto, existir fundamentos aptos que revelem, de maneira justificada, a impossibilidade de se esperar o projeto executivo, em consonância com a possibilidade de realização de procedimento licitatório sério e útil.

A doutrina explica a viabilidade da exceção (JUSTEN FILHO, 2012, p. 167):

suponha-se que as características do objeto imponham a necessidade material de elaborar o projeto executivo concomitantemente ao desenvolvimento efetivo das obras. Tal situação pode ocorrer em alguns casos, mas a autorização legislativa para licitação fundada apenas em projeto básico não autoriza escolhas arbitrárias. A autoridade administrativa tem o dever de realizar a escolha mais adequada. Logo, tem de existir uma justificativa explícita que fundamente a escolha de desencadear a licitação sem o projeto executivo. E a justificativa não pode se restringir ao argumento de que “a lei o faculta”. Tal como se passa com todos os poderes discricionários, a lei faculta apenas a decisão que for apta a promover o melhor resultado para a satisfação dos fins impostos ao Estado.

Há de se atentar também para casos em que os dados definitivos somente podem ser apurados durante a efetiva execução do objeto, motivo pelo qual o projeto executivo prévio se mostra inviável.

2.3 – Execução das Obras e Serviços

De acordo com a previsão da Lei de Licitações, a execução das obras e serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos, ainda, seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.

Dessa forma, a Administração deve levar em conta todas as obrigações advindas da contratação, planejando, inclusive, a obra e seus desdobramentos na perspectiva de conclusão da obra ou do serviço.

Destaca-se, nesse ponto, que, em regra, a execução de uma obra ou serviço deve ser integral, uma vez que a execução parcial não traz benefício à coletividade, sendo admitida tão somente em casos excepcionais, quando o resultado final, embora demorado, é capaz de produzir benefícios compensadores. O que não se admite é o desperdício de recursos em execuções parciais sem perspectiva de conclusão ou utilização de uma obra ou serviço (JUSTEN FILHO, 2012, p. 182; 183).

É permitido, todavia, afastar-se o dever de programação integral da execução em hipóteses como a inviabilidade técnica e a insuficiência de recursos. Assim, afirma a doutrina que não há dever de programar

contratação da totalidade de um objeto quando esta seja tecnicamente inviável, ou, no mínimo, desaconselhável. No tocante às limitações econômicas, por sua vez, a insuficiência de recursos atribuídos pela lei orçamentária pode ser insuficiente para a execução completa do objeto. Nestes casos, é possível a contratação de um empreendimento cuja realização excederá um único exercício ou se proceder à execução em etapas. Em ambos os casos, a decisão deverá ser **motivada**, especificando-se os elementos que justificam a utilidade e economicidade da medida.

Na execução parcelada de obras, cada etapa demanda uma licitação distinta e autônoma. Vale a pena distinguir entre o *fracionamento* da contratação – hipótese em que se divide o objeto em diversos contratos, cada um com valor mais reduzido – e a *programação de execução parcial*, em que a Administração *reduz* o objeto para adaptá-lo ao orçamento e deixa parte remanescente para complementação futura. Este segundo caso – a programação de execução parcial – é **vedado**, já que a incerteza quanto à complementação posterior configura risco de desperdício de recursos (JUSTEN FILHO, 2012, p. 184).

Por fim, saliente-se que o parágrafo primeiro do art. 8º da Lei de Licitações (BRASIL, 2012a) veda a execução parcial quando houver previsão orçamentária para a execução integral – o chamado “retardamento da execução” –, permitindo a execução parcial apenas em dois casos: a) *inviabilidade financeira*, que é a dificuldade na execução

orçamentária por ausência de recursos financeiros e b) *inviabilidade técnica*, que pressupõe a ocorrência de eventos fortuitos ou de força maior, desconhecidos, imprevistos e imprevisíveis, que obstam a conclusão da execução da obra ou serviço contratado. Em qualquer das duas hipóteses, a decisão deve ser, uma vez mais – e como sempre – devidamente justificada e fundamentada, de modo a permitir a análise de legalidade e probidade da medida.

2.4 – Obras e Serviços de Engenharia

Na Lei 8.666/93 (BRASIL, 2012a), a expressão “obra” é sempre utilizada para fazer referência às obras de engenharia. Embora haja menção ao termo “fabricação” (art. 6º, I), é indubitável que, perante a Lei de Licitações, a fabricação de móveis, por exemplo, deve ser tratada como *serviço*, conceito muito mais amplo que engloba todas as atividades que não são obras de engenharia. Ambos os conceitos – “obras” e “serviços” de engenharia – são espécies do gênero *prestação de serviços*, razão pela qual representam categorias intercambiáveis, com diversas características em comum.

Segundo a doutrina,

obra de engenharia consiste numa atuação voluntária do ser humano destinada a promover modificação significativa, autônoma e permanente no ambiente natural, tendo por objeto específico a edificação de

benfeitorias e acessões relativamente a bens imóveis. **O núcleo da ideia de obra de engenharia vincula-se à atividade de edificar um imóvel ou de realizar modificações relevantes em um imóvel já existente [...].** (JUSTEN FILHO, 2012, p. 131, grifo nosso).

O já mencionado inciso I do artigo 6º da Lei 8.666/93 (BRASIL, 2012a) estende o conceito de *obra* também à reforma, à fabricação, à recuperação e à ampliação – atividades acessórias à construção –, desde que produzam uma *significativa e permanente alteração em um imóvel* (como no caso de um edifício em ruínas que é reconstruído); caso contrário, serão tidas como mero *serviço* (como, por exemplo, no caso de pinturas, pequenas reformas e atividades de manutenção em geral).

Por sua vez, o *serviço de engenharia* é definido como

uma 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. Em termos gerais, pode-se afirmar que **o serviço de engenharia tem natureza instrumental, complementar e acessória relativamente a uma obra ou a um bem imóvel**" (JUSTEN FILHO, 2012, p. 131, grifo nosso).

Fica claro, portanto, que a *obra de engenharia* está ligada, de modo geral, à produção de alteração nova no ambiente, mediante edificações ou à reformulação total de uma obra já existente, ao passo que o *serviço de engenharia* se refere a modificações menores, complementares e acessórias, geralmente promovidas em construções já existentes. Nos casos em que não se puder distinguir claramente, deve-se levar em conta a *dimensão da atividade*: se forem produzidas modificações significativas, autônomas e permanentes no ambiente natural, estar-se-á diante de *obra*; do contrário, tratar-se-á de *serviço*.

Note-se, por fim, que a *demolição* – que, em princípio, constitui uma alteração de grande dimensão no espaço natural, modificando-o significativa, autônoma e permanentemente – é classificada *pela lei* (art. 6º, II, BRASIL, 2012a) como *serviço*. Apesar da imprecisão conceitual, trata-se de exceção legislativa, que deve, portanto, ser observada.

No mais, aplicam-se às obras e serviços de engenharia todas as disposições e conceitos referentes ao projeto básico, ao projeto executivo e à execução de obras e serviços, conforme já estudado.

2.5 – Licenciamento e autorização ambiental

Quando da elaboração do Projeto Básico de uma obra ou serviço de engenharia for constatada a potencialidade de dano ao meio ambiente, haverá necessidade de se submeter os Projetos Básico e Executivo aos órgãos de proteção ambiental (Órgãos Estaduais de Meio

Ambiente e, no âmbito federal, o IBAMA), nos termos da Lei 6.938/81 e das Resoluções 001/86 e 237/97 do CONAMA. Isto porque

a disciplina jurídica vigente entre nós condiciona a própria Administração Pública, na execução de obras públicas, a respeitar a integridade do meio ambiente. Inúmeras obras públicas apenas poderão ser efetivamente implementadas depois de comprovado o atendimento às exigências atinentes ao meio ambiente (JUSTEN FILHO, 2012, p. 178).

Assim, havendo tal necessidade, o Projeto Básico deverá conter o EIA (Estudo de Impacto Ambiental) e o RIMA (Relatório de Impacto Ambiental), que serão analisados pelo órgão competente, que poderá, se o caso, negar a licença ambiental, o que inviabilizará a obra (Lei 9.433/05, arts. 8º, IX, 13, IX e 14, VII, BAHIA, 2012). Poderá ser solicitada, ainda, a realização de *Audiências Públicas*, com apresentação dos estudos e relatórios às comunidades que habitam os locais abrangidos pela futura obra. Dependendo da natureza da obra, poderá haver a necessidade de apresentação de Plano Básico Ambiental – PBA e Autorização para Supressão Vegetal – ASV. (Jurisprudência)

Nos termos da Jurisprudência do TCU, a licença ambiental deve sempre preceder a celebração de convênios que envolvam obras ou serviços potencialmente lesivos ao meio ambiente, sob pena de, na ausência ou irregularidade de tal aspecto, suspenderem-se tais obras

e/ou serviços e até mesmo o envio de recursos (cf. Acórdãos 723/2008, Plenário, rel. Min. André Luis Carvalho; 397/2008, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman e 678/2003, Plenário, rel. Min. Adylson Motta – JUSTEN FILHO, 2012, p. 178).

REFERÊNCIA

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 24 jul. 2012a.

BRASIL. Decreto nº 3.931 de 19 de setembro de 2001. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3931htm.htm. Acesso em: 27 set. 2012b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.487. Representação. Necessidade de aperfeiçoamento da normatização da sistemática de ata de registro de preços. Conhecimento. Procedência parcial. Determinação. Ciência. Monitoramento. Relator: Ministro Valmir Campelo. TCU, 01 agosto de 2007. Disponível em: http://www.jacoby.pro.br/D_3931.pdf. Acesso em: 01 out. 2012c.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

SÃO PAULO (Estado). Decreto nº 47.945 de 16 de julho de 2003. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto nos artigos 15 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e da Lei Estadual nº 6.544, de 22 de novembro de 1989, e artigo 11 da Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dá providências correlatas. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, Poder Executivo, São Paulo, v. 113, n. 132. Seção I, p. 4. Disponível em: <http://dobuscadireta.imprensaoficial.com.br/default.aspx?DataPublicacao=20030717&Caderno=EXECUTIVO%20SECAO%20I&NumeroPagina=4>. Acesso em: 27 set. 2012.

Bibliografia consultada

ALEXANDRINO, Marcel; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 20. ed. São Paulo: Método, 2012.

ARAÚJO NETTO, Edmir. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Lei 8.666/93 Licitações e contratos**

e outras normas pertinentes. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2012.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Método, 2011.