

LICITAÇÃO: 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. Obras e serviços

A Seção III do Capítulo I da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993) 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, 1993), 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, 1993) 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.

1.1. Projeto básico

É definido como (BRASIL, 1993):

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.

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 em caso de 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 fica, 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.

1.2. 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, 1993, grifo nosso): “*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”.

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 (JUSTEN FILHO, 2012, p. 141).

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.

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, 1993), 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.

1.3. 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, 1993) 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, imprevisíveis e imprevisíveis, que obstem 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.

1.4. Obras e Serviços de Engenharia

Na Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), 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 (JUSTEN FILHO, 2012, p. 131, grifo nosso),

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 [...].**

O já mencionado inciso I do artigo 6º da Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993) 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 (JUSTEN FILHO, 2012, p. 131, grifo nosso)

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.**

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 significativamente, autônoma e permanentemente – é classificada *pela lei* (art. 6º, II, BRASIL, 1993) 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.

1.5. 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 (JUSTEN FILHO, 2012, p. 178)

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.

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.¹

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. 2012.

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

Bibliografia consultada

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

¹ Em julgado apreciando recurso em Mandado de Segurança envolvendo a Cia. Metropolitana de São Paulo – Metrô, na obra de implantação da linha 17 na capital paulista, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) decidiu que embora seja prática recomendável, a Lei não faz da licença prévia um requisito para abertura da licitação, não se podendo suspender o certame no caso de ausência. Tendo a empresa apresentado o Estudo de Impacto Ambiental conforme previsão editalícia, e sendo o impacto ambiental local, o Município pode, autorizado pelo órgão estadual, conceder licenciamento ambiental após a celebração do contrato, inclusive com autorização por trechos, conforme características da obra (TJSP – Câmara do Meio Ambiente – Agravo de Instrumento nº 0098977-47.2011.8.26.0000 – Rel. Des. Tores de Carvalho – Julgado em 30.06.2011) – Disponível em: <http://cjo.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5225828&v1Captcha=FtSSu>.

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

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. 2012.

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. 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.

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.

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