

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 019.040/2024-5

Natureza: Denúncia.

Órgão/Entidade: Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região/PE.

Responsável: Identidade preservada (art. 55, *caput*, da Lei 8.443/1992).Interessado: Identidade preservada (art. 55, *caput*, da Lei 8.443/1992).

Representação legal: Júlio de Souza Comparini (297.284/OAB-SP) e Gabriel Costa Pinheiro Chagas (305.149/OAB-SP), representando o denunciante.

SUMÁRIO: DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO 7/2024. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA ELABORAÇÃO DE PROJETO EXECUTIVO DE REFORMA DE EDIFICAÇÃO. CONHECIMENTO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO CAUTELAR. INADEQUAÇÃO DA MODALIDADE E DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO ADOTADOS NA LICITAÇÃO. IMPOSITIVIDADE DA REGRA ESTABELECIDADA NO ART. 37, § 2º, DA LEI 14.133/2021. IRRETROATIVIDADE DE NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO TCU. PONDERAÇÃO DOS PREJUÍZOS DECORRENTES DE EVENTUAL ANULAÇÃO DO CERTAME. POSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO PREGÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Adoto, como parte do relatório, trechos da instrução elaborada por auditor lotado na Unidade de Auditoria Especializada em Contratações – AudContratações (peça 34):

“B. HISTÓRICO

1. Conforme relatado na instrução inicial, o denunciante alega, em suma, a incompatibilidade entre o objeto da licitação e a modalidade de pregão eletrônico escolhida pelo TRT-6ª Região, em dissonância com o art. 37, § 2º, da Lei 14.133/2021 (peça 1, p. 9). Isso porque o certame visa à contratação de serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual, nos termos do art. 6º, XVIII, alínea ‘a’, da Lei 14.133/2021, por envolver elaboração de projeto executivo, o que só poderia ocorrer por meio da modalidade de pregão, tendo como critério de julgamento ‘menor preço global’, em face do disposto no art. 37, § 2º, da referida lei.

2. De acordo com a análise apresentada na instrução à peça 19, a administração pública pode justificar a natureza comum desses serviços e optar pelo critério de menor preço, desde que alicerçada em estudos técnicos realizados, com fundamento no art. 29, parágrafo único, c/c art. 6º, inciso XXI, alínea ‘a’, da Lei 14.133/2021, bem como na Instrução Normativa Seges/MGI 2/2023. Nesse passo, propôs-se o conhecimento da representação, o indeferimento do pedido de concessão de medida cautelar e o arquivamento do processo.

3. O Ministro-Relator conheceu da denúncia, mas divergiu da unidade técnica quanto ao indeferimento do pedido de concessão de medida cautelar por entender que os elementos carreados aos autos até o momento não eram suficientes para justificar a classificação de projeto executivo como ‘serviço comum de engenharia’, nos termos das definições expressas nos arts. 6º, XVIII, ‘a’, 29, parágrafo único, e 37, § 2º, da Lei 14.133/2021. Dessa forma, entendeu pertinente (peça 22):

- a) conhecer da denúncia;
- b) realizar a oitiva prévia do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região/PE, para que, no prazo de 5 dias úteis, se pronuncie acerca da existência dos pressupostos da medida cautelar pleiteada de suspensão do Pregão Eletrônico 7/2024 e sobre os indícios de incompatibilidade entre o objeto da licitação e a modalidade de pregão eletrônico adotada, em afronta ao disposto nos arts. 6º, XVIII, 'a', 29, parágrafo único, e 37, § 2º, da Lei 14.133/2021, bem como encaminhe ao TCU:
 - b.1) elementos concretos para a análise do perigo da demora reverso relativo ao certame ora em análise, tais como a essencialidade/urgência da contratação e os impactos de eventual decisão desta Corte de Contas no sentido de determinar a suspensão dos atos relativos ao mencionado certame;
 - b.2) informação sobre a existência de eventual decisão judicial ou administrativa determinando a suspensão da licitação;
- c) alertar o Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região/PE quanto à possibilidade de o TCU vir a conceder medida cautelar para a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, bem como responsabilizar os agentes envolvidos, na hipótese de haver prosseguimento do certame e eventual confirmação de afronta à legislação/jurisprudência ou de ocorrência de prejuízos à Administração;
- d) autorizar a AudContratações a adotar as medidas acessórias necessárias ao saneamento dos autos.

4. Promovida a oitiva prévia quanto às alegações do denunciante e demais questões levantadas por esta Unidade Técnica, passa-se a analisar as respostas apresentadas, tópico a tópico, conforme transcrição/contextualização a seguir.

[...]

Análise:

30. Conforme disposto no art. 37, § 2º, da Lei 14.133/2021, o critério de julgamento 'técnica e preço' deve ser adotado para a contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, especificamente aqueles listados nas alíneas 'a', 'd' e 'h' do inciso XVIII do art. 6º, quando o valor estimado da contratação ultrapassar R\$ 359.436,08 (valor atualizado pelo Decreto 11.871/2023). Embora os serviços licitados no âmbito do Pregão Eletrônico 7/2024 consistam em projetos executivos, os quais se enquadram na alínea 'a', é permitido à Administração contratante optar pelo critério de menor preço, desde que fique demonstrada a natureza comum desses serviços. Essa prerrogativa é atribuída à própria Administração, fundamentada em estudos técnicos realizados previamente.

31. Ademais, o art. 29, parágrafo único, da mesma lei, dispõe:

Art. 29

Parágrafo único. O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea 'a' do inciso XXI do caput do art. 6º desta Lei.

(...)

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

XXI - serviço de engenharia: toda atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse para a Administração e que, não enquadradas no conceito de obra a que se refere o inciso XII do caput deste artigo, são estabelecidas, por força de lei, como privativas das profissões de arquiteto e engenheiro ou de técnicos especializados, que compreendem:

- a) serviço comum de engenharia: todo serviço de engenharia que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens;

32. O art. 29, parágrafo único, c/c art. 6º, XXI, 'a', da Lei 14.133/2021 permite, portanto, a adoção da modalidade pregão para serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, desde que caracterizados como serviços comuns, possibilitando assim o critério de menor preço, devidamente justificado pela Administração em estudo técnico preliminar (ETP).

33. Esse entendimento está em consonância com o art. 12, parágrafo único, da Instrução Normativa SEGES/ME 2/2023, que regulamenta a licitação pelo critério de julgamento 'técnica e preço' na modalidade eletrônica no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Destaca-se que o inciso XIII do art. 6º da Lei 14.133/2021 define serviços comuns como 'aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado'.

34. No caso em análise, o Termo de Referência (peça 4, p. 33), em seu item 1.4, declara que os serviços objeto da presente contratação são caracterizados como comuns, nos termos do inciso XIII do art. 6º da Lei 14.133/2021, conforme justificativa apresentada no Estudo Técnico Preliminar, quando o correto seria o inciso XXI, alínea 'a'. Por sua vez o ETP (peça 18, p. 34-35) traz:

15 – CRITÉRIOS TÉCNICOS DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS

Ao avaliar os possíveis critérios de julgamento das propostas, a equipe se deparou com duas possibilidades. Ou adotar o critério de julgamento técnica e preço, conforme previsto no § 1º do art. 36 da Lei 14.133/2021, ou adotar o critério menor preço, em consonância com o disposto nos incisos XIII e XLI do art. 6º da Lei nº 14.133/2021. Sobre a utilização da técnica e preço, existe amplo entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU) que assevera a necessidade de fixar critérios objetivos para a pontuação técnica, de modo a garantir o caráter competitivo do certame. Sem isso, aumentaria a chance de questionamentos futuros, eventual judicialização e, consequentemente, indesejado prolongamento do procedimento licitatório.

Assim sendo, a equipe de planejamento desta contratação, considerando a dimensão do objeto, ponderou que não possuía expertise suficiente para conduzir um certame com o critério de julgamento das propostas por técnica e preço. Ademais, levou-se em consideração que o TRT da 6ª Região não possui até o presente momento, editais com o critério de julgamento por técnica e preço. Essa falta de experiência da Administração orientou a preferência por procedimentos já conhecidos.

Também foram feitas pesquisas no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) sobre editais com o objeto semelhante a esta contratação, e notou-se que, a despeito da natureza intelectual da elaboração de projetos de arquitetura e engenharia, a maioria dos órgãos utiliza o menor preço como critério de julgamento e o pregão como modalidade de licitação. Tal fato solidificou o entendimento de que essa seria a opção mais adequada.

(...)

15.2 – Critérios de Seleção

15.2.1 – Modalidade de Licitação

A solução escolhida abrange a prestação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual – elaboração e desenvolvimento de projetos executivos de distintas disciplinas -, de forma que verificamos que as características dos serviços a serem executadas exigem diversas áreas de conhecimento. No entanto, sem afastar sua natureza intelectual, é possível determinar objetivamente, no edital, padrões de desempenho e qualidade, por meio de especificações usuais de mercado, a teor do que dispõe o inciso XIII do art. 6º da Lei nº 14.133/2021.

Assim, a modalidade de licitação escolhida é o PREGÃO com base no valor da proposta, adotando-se o MENOR PREÇO como critério de julgamento, de acordo com o que estabelece o parágrafo único, do Art 12, IN SEGES/MGI Nº 2, de 7 de fevereiro de 2023, que dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por técnica e preço, na forma eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional:

(...)

15.2.2 – Critério de julgamento

O critério de julgamento a ser adotado será o de MENOR PREÇO. (destaques de sublinhados inseridos)

35. Inicialmente, observa-se que o TRT da 6ª Região justificou a adoção do critério de menor preço em razão da falta de expertise técnica do órgão para estabelecer critérios objetivos de pontuação técnica no critério de julgamento por técnica e preço, de forma a assegurar a competitividade do certame. No entanto, posteriormente, concluiu-se ser viável definir objetivamente padrões de desempenho e qualidade no edital, com base em especificações usuais de mercado, caracterizando, dessa forma, os serviços licitados como bens comuns de engenharia. Esse entendimento foi reiterado na decisão de impugnação apresentada pelo representante ao edital, emitida pela Coordenadoria de Planejamento Físico – CPLAN/TRT6 (peça 6):

(...) A unidade técnica de planejamento físico deste TRT 6ª Região, CPLAN - Coordenadoria de Planejamento Físico, desenvolveu o projeto arquitetônico de reforma, em CAD, até a etapa de ESTUDO PRELIMINAR ARQUITETÔNICO (EP-ARQ), tomando como base:

- levantamento físico do imóvel (LV-ARQ) - fornecido em CAD, pelo antigo proprietário do imóvel;
- levantamento das informações técnicas específicas (LVIT-ARQ) - elaborado pela CPLAN, previamente à aquisição do imóvel;
- programa de necessidades para arquitetura (PN-ARQ) - elaborado pela CPLAN, previamente à aquisição do imóvel e;
- estudo de viabilidade de arquitetura (EV-ARQ) - elaborado pela CPLAN, previamente à aquisição do imóvel.

Visando assegurar a viabilidade de implantação do Estudo Preliminar Arquitetônico elaborado, a CPLAN desenvolveu também projeto para licenciamento (PL-ARQ) e submeteu à aprovação municipal.

Assim sendo, é importante pontuar que a concepção da solução arquitetônica a ser adotada no desenvolvimento dos projetos executivos de arquitetura e complementares já foi elaborada e disponibilizada pela equipe da CPLAN, no anexo II do TR, delimitando de forma objetiva o aproveitamento dos espaços da edificação e restringindo substancialmente a concepção de soluções arquitetônicas diversas.

Ressalte-se que a participação da CPLAN na elaboração das etapas iniciais do projeto de arquitetura, está devidamente anotada no Conselho de Arquitetura e Urbanismo - CAU, através de Registro de Responsabilidade Técnica - RRT, referente à atividade de projeto de arquitetura, na forma de participação ‘em equipe’.

A partir desse ESTUDO PRELIMINAR ARQUITETÔNICO (EP-ARQ) - reforma da edificação sem acréscimo de área, desenvolvido pela equipe técnica da CPLAN, além de um conjunto de diversos outros documentos, tais como, memorial descritivo, caderno de especificações, o trabalho dos(as) projetistas foi delineado, não havendo margem ampla para variação substancial de soluções a serem adotadas.

O serviço a ser contratado engloba a elaboração de projetos executivos e especificações de materiais e serviços que são amplamente utilizados na área da engenharia e arquitetura.

As diversas disciplinas envolvidas constituem áreas de conhecimento comuns à formação de graduação de engenheiros e arquitetos, de uso habitual de profissionais da área, e aplicadas regularmente em projetos de reformas.

Apesar da natureza intelectual desses serviços, ao se definir claramente padrões de desempenho e especificações no edital, busca-se assegurar que as empresas licitantes compreendam perfeitamente os requisitos e entreguem um projeto executivo de alta qualidade, alinhado com as melhores práticas do mercado e expectativas da Administração.

Visando definir de forma objetiva padrões de desempenho e qualidade e especificações usuais de mercado, requeridos para o objeto da contratação, constam dos Anexos I e seguintes do TR -, o detalhamento de cada uma das disciplinas abrangendo, dentre outros: Normas Técnicas aplicáveis, documentação completa - desenhos técnicos, memorial descritivo-, modelagem em BIM (Nível de Desenvolvimento - LOD, Interoperabilidade, Ambiente Comum de Dados - CDE, Prazos e Cronogramas, Reuniões de Acompanhamento), Qualificação da Equipe. (grifos inseridos)

36. Conforme análise promovida em instrução inicial, constata-se, com base no trecho acima mencionado, que o projeto arquitetônico objeto do certame em análise refere-se a uma reforma cujo anteprojeto foi definido com padrões de desempenho e especificações usuais de mercado, o que, em tese, caracteriza-o como serviço comum, conforme se verifica no Anexo I do Termo de Referência (caderno de especificações - peça 4, p. 75).

37. Nesse passo, concluiu-se que havia informações nos autos indicando que os serviços objeto do pregão em questão, apesar de sua natureza intelectual, foram detalhados e descritos objetivamente nos anexos do Termo de Referência, por meio de memorial descritivo, desenhos técnicos, normas técnicas aplicáveis e caderno de especificações, com o intuito de orientar o trabalho dos projetistas e evitar uma variação significativa das soluções a serem adotadas na reforma pretendida (peça 4, p. 30-316).

38. No mesmo sentido sinaliza o fato de que outras entidades públicas também adotaram o BIM para projetos executivos em licitações, reforçando a viabilidade e a aderência dessa metodologia ao setor público (tabela à peça 31, p. 12-13). Além disso, vários órgãos públicos adotaram o pregão como modalidade de licitação para contratação de projetos executivos, consoante se observa na relação de certames constantes da resposta à oitiva, todos relativos ao exercício de 2024, sob a égide da Lei 14.133/2021 (peça 31, p. 15).

39. No mesmo rumo, caminham os autores do artigo ‘Serviços comuns de engenharia na Lei 14.133/2021: pregão ou concorrência?’ (<https://www.conjur.com.br/2023-jun-15/opinioao-servicos-comuns-engenharia-lei-14133/>), *in verbis*:

(...) também se depreende da NLCC, são as características do objeto que conduzem à seleção do critério de julgamento adequado, e este à escolha da modalidade. Se os padrões de desempenho do objeto puderem ser auferíveis por especificações usuais de mercado — o que se dá nos chamados serviços comuns — cabe menor preço ou maior desconto e, por consequência, pregão. Nos casos remanescentes, em que a administração precisar lançar mão de avaliações mais fluidas, ou ponderações entre soluções técnicas distintas, embora aceitáveis, cabem os critérios da melhor técnica ou conteúdo artístico e a técnica e preço, e, por decorrência dessa escolha, a concorrência. No caso dos serviços de engenharia, diversamente do que ocorre nos demais objetos, a eleição do critério menor preço ou maior desconto pode, de fato, levar a uma ou a outra modalidade licitatória. No entanto, essa ambiguidade não parece, em princípio, implicar efeitos relevantes na regularidade ou na eficiência da licitação, qualquer que seja o caminho adotado. A inovação realmente merecedora de atenção reside na racionalidade proporcionada pelas novas regras da NLCC: nos serviços de engenharia, assim como em qualquer outro objeto, a seleção do critério de julgamento — e dos procedimentos que lhes são próprios — deve ser orientada pelas características da contratação, de modo que fiquem reservados os ritos mais alongados e complexos somente para as contratações que justificarem o ônus.

40. Assim também aponta a Orientação Normativa 54/2014 da Advocacia-Geral da União (AGU), que, embora seja anterior à nova lei de licitações e contratos, reproduz entendimento ainda válido, face ao disposto na Instrução Normativa Seges/MGI 2/2023, senão veja-se:

COMPETE AO AGENTE OU SETOR TÉCNICO DA ADMINISTRAÇÃO DECLARAR QUE O OBJETO LICITATÓRIO É DE NATUREZA COMUM PARA EFEITO DE UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE PREGÃO E DEFINIR SE O OBJETO CORRESPONDE A OBRA OU SERVIÇO DE ENGENHARIA, SENDO ATRIBUIÇÃO DO ÓRGÃO JURÍDICO ANALISAR O DEVIDO ENQUADRAMENTO DA MODALIDADE LICITATÓRIA APLICÁVEL.

41. Acerca da possibilidade de utilização do pregão para a contratação de serviços de engenharia e das desvantagens do critério ‘técnica e preço’, o Ministro Benjamin Zymler também se manifestou em entrevista ao Portal Sollicita, cujo entendimento permanece vigente à luz do disposto na Instrução Normativa Seges/MGI

2/2023. Segue o teor da entrevista:

Há amplo espectro de evidências de que as licitações de ‘técnica e preço’ não produzem resultados satisfatórios em contratações da administração pública. Refiro-me ao processo consolidador do plano anual de fiscalização de obras do TCU, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, o qual trouxe que, em um universo de 1.688 fiscalizações realizadas pelo TCU durante um período de 10 anos, foram constatados 1.158 achados com o título de ‘Projeto básico deficiente, inexistente ou desatualizado’, sendo esta uma das constatações mais frequentes do TCU em suas ações de controle externo envolvendo obras públicas.

Há milhares de obras inacabadas por erros de projeto, conforme levantamento promovido pelo Acórdão 1.079/2019-Plenário, demonstrando que licitações de técnica e preço não são eficazes para melhorar a qualidade dos serviços prestados.

Além do elevadíssimo custo administrativo para a promoção dos certames licitatórios de melhor técnica ou de técnica e preço, há de se enfatizar o caráter paralisante e burocrático das licitações de ‘técnica e preço’ ou ‘melhor técnica’, com diversos registros de certames que se alongam por mais de um ano para serem processados. Quando comparadas com os custos e o tempo de processamento de um típico pregão eletrônico, as licitações de técnica e preço podem durar e custar dezenas de vezes mais.

Os certames licitatórios de melhor técnica ou técnica e preço implicam também em elevados custos para o particular que deseja contratar com a administração, sendo onerado pelo custo de desenvolver suas propostas técnicas, o que pode resultar na diminuição do universo de potenciais licitantes.

Finalmente, há diversas observações do TCU associando o uso da licitação de técnica e preço ao direcionamento de certames licitatórios, à colusão de licitantes e à restrição ao caráter competitivo da licitação. Nesse sentido, cito como exemplo o Acórdão 479/2015-Plenário de minha relatoria.

(<https://portal.sollicita.com.br/Noticia/16582/contrata%C3%A7%C3%A3o-de-projetos-de-engenharia-por-preg%C3%A3o-eletr%C3%B4nico%3F>)

42. Verifica-se ainda, com base na declaração de voto do Ministro Benjamin Zymler no âmbito do Acórdão 1.217/2024-TCU-Plenário (Relator Ministro Augusto Sherman), que o tema é incipiente sob o prisma da NLLC, senão veja-se:

DECLARAÇÃO DE VOTO

Cuidam os autos de denúncia, com pedido de medida cautelar, a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na Concorrência 1/2023 da Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE), com valor estimado de R\$ 2.029.421,11, cujo objeto é a contratação de projetos de engenharia e de arquitetura do campus definitivo da Unidade Acadêmica de Belo Jardim (UABJ) da UFRPE.

2. A principal questão posta nos autos versa sobre a possibilidade de se utilizar o critério de julgamento pelo menor preço na contratação de serviços de engenharia consultiva no âmbito da Lei 14.133/2021, o que demonstra a elevada relevância destes autos, que poderá ser o *leading case* da jurisprudência desta Corte de Contas acerca da matéria.

3. Embora eu esteja acompanhando, nesta oportunidade, a proposição do relator, o eminente Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, no sentido de referendar a medida cautelar por ele adotada suspendendo o certame em análise, gostaria de discutir com maior profundidade a principal questão debatida nos autos por ocasião do seu exame de mérito.

4. Assim, em momento oportuno, apresentarei algumas considerações sobre a interpretação da regra insculpida no art. 37, § 2º, da Lei 14.133/2021, sobre o uso do critério de julgamento de técnica e preço nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.

Ante o exposto, acompanho a proposta ora submetida ao Plenário pelo relator.

43. Observa-se também que houve a participação de 27 licitantes, o que assegura a ampla concorrência, e que a UJ vem atuando adequadamente na condução do certame, uma vez que foram desclassificadas licitantes que não lograram êxito em comprovar a exequibilidade de suas propostas, conforme apontado no item 28 da instrução.

44. Em função do exposto, considera-se que não há, a princípio, plausibilidade jurídica na irregularidade tratada nesse tópico.

45. Feitas essas considerações, propõe-se indeferir o pedido de medida cautelar, uma vez ausente o pressuposto da plausibilidade jurídica, essencial para sua concessão, e por restar descaracterizado o perigo da demora reverso.

46. Além disso, diante do exposto, os elementos constantes dos autos permitem, desde já, a avaliação quanto ao mérito da presente denúncia como improcedente.

[...]

I. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

47. Em virtude do exposto, propõe-se:

48.1. conhecer da denúncia, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 53 da Lei 8.443/1992, nos arts. 234 e 235 do Regimento Interno deste Tribunal e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014;

48.2. no mérito, com fundamento no art. 276, § 6º, do Regimento Interno deste Tribunal, considerar a presente denúncia improcedente;

48.3. indeferir o pedido de concessão de medida cautelar formulado pelo denunciante;

48.4. informar ao Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região/PE e ao denunciante do acórdão que vier a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos;

48.5. levantar o sigilo que recai sobre as peças destes autos, à exceção daquelas que contenham informação pessoal do denunciante, nos termos dos arts. 104, § 1º, e 108, parágrafo único, da Resolução - TCU 259/2014;

48.6. arquivar os presentes autos, nos termos do art. 250, I, c/c art. 169, VI, do Regimento Interno/TCU.”

2. Em seguida, a diretora emitiu o seguinte pronunciamento, que contou com a anuência do titular daquela unidade técnica (peças 35 e 26):

“Em análise ao TC 019.040/2024-5, venho manifestar discordância parcial em relação à proposta formulada por Hébert Bernar Pacheco Pimentel, AUFC, conforme documento 77.069.011-1. Essa discordância está fundamentada na recente deliberação contida no Acórdão 2381/2024 – TCU – Plenário, no TC 039.061/2023-0, que, em um caso similar, adotou uma interpretação mais restritiva do art. 37, § 2º, da Lei 14.133/2021.

2. O mencionado acórdão, acatando entendimento proposto no voto revisor, entendeu pela não flexibilização do conteúdo do art. 37, § 2º, da Lei 14.133/2021. Esse artigo estabelece que, para contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, como é o caso da contratação de uma empresa especializada em arquitetura e/ou engenharia para elaboração, desenvolvimento e coordenação do Projeto Executivo Completo de Edificação (PECE), em modelagem BIM, o critério de julgamento deveria ser a melhor técnica ou técnica e preço.

3. Considerando que o valor do presente objeto é de R\$ 2.225.084,84, entende-se que o critério de julgamento adotado no certame questionado deveria ter seguido o disposto no art. 37, § 2º, da Lei 14.133/2021, o que não ocorreu. Portanto, caberia considerar a nulidade do processo.

4. No entanto, reconhece-se que o tema ainda está em fase de acomodação jurisprudencial, com entendimentos divergentes, inclusive no âmbito desta Corte. Diante disso, e em respeito ao disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), especialmente em seus arts. 23 e 24, que orientam a consideração das consequências práticas das decisões administrativas, pondera-se que a anulação do certame

poderia gerar mais prejuízos à Administração do que benefícios, em razão do atraso decorrente da necessidade de correção do edital, sua republicação e a realização de um novo procedimento licitatório.

5. Assim, será proposto, dentre outros, que se permita a continuidade do certame, com a devida ciência ao jurisdicionado sobre a irregularidade identificada, para que atue em conformidade com a jurisprudência mais recente em certames futuros. Essa abordagem busca equilibrar a necessidade de conformidade legal com a eficiência administrativa, evitando atrasos desnecessários que poderiam prejudicar o interesse público.

6. Diante do exposto, propõe-se:

a) **conhecer** da denúncia, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 53 da Lei 8.443/1992, nos arts. 234 e 235 do Regimento Interno deste Tribunal e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014;

b) no **mérito**, com fundamento no art. 276, § 6º, do Regimento Interno deste Tribunal, considerar a presente denúncia **parcialmente procedente**;

c) **indeferir** o pedido de concessão de medida **cautelar** formulado pelo denunciante;

d) dar **ciência** ao Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região/PE, com base no art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 259/2014, de que a utilização do Pregão Eletrônico 7/2024, com o critério de julgamento do tipo 'menor preço', para contratação de empresa especializada em arquitetura e/ou engenharia para elaboração, desenvolvimento e coordenação do Projeto Executivo Completo de Edificação (PECE), em modelagem BIM, a partir do Estudo Arquitetônico Preliminar, fornecido pela Coordenadoria de Planejamento Físico - CPLAN/TRT6, atentou contra o art. 37, §2º, da Lei 14.133/2021, por ultrapassar o limite de R\$ 300,000,00 relativo à estimativa do valor da contratação para serviços técnicos especializados de natureza eminentemente intelectual estabelecido no nominado dispositivo (atualizado para R\$ 343.249,93, mediante o Decreto 11.317/2022 e, posteriormente, para R\$ 359.436,08, pelo Decreto 11.781/2023);

e) **informar** ao Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região/PE e ao denunciante do acórdão que vier a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos;

f) **levantar o sigilo** que recai sobre as peças destes autos, à exceção daquelas que contenham informação pessoal do denunciante, nos termos dos arts. 104, § 1º, e 108, parágrafo único, da Resolução - TCU 259/2014;

g) **arquivar** os presentes autos, nos termos do art. 250, I, c/c art. 169, VI, do Regimento Interno/TCU.

7. Por último, declaro, ainda, que foi verificado, no que se mostrou aplicável, o atendimento ao disposto na Resolução – TCU 315/2020.”

É o relatório.

VOTO

Aprecio denúncia sobre indícios de irregularidade no Pregão Eletrônico 7/2024, conduzido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região/PE (TRT6), com o objetivo de contratar empresa para elaborar projeto executivo completo de reforma de edificação, em modelagem *Building Information Modeling* (BIM), com valor estimado de R\$ 2.225.084,84.

2. O denunciante alega incompatibilidade entre o objeto (projeto), o critério de julgamento (menor preço) e a modalidade de licitação (pregão) escolhida pelo referido órgão, em razão do disposto no art. 6º, XVIII, “a”, c/c o art. 37, § 2º, da Lei 14.133/2021, *in verbis*:

“Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XVIII - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual: aqueles realizados em trabalhos relativos a:

a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos;

[...]

Art. 37. O julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço deverá ser realizado por:

[...]

§ 2º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, na licitação para contratação dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas “a”, “d” e “h” do inciso XVIII do caput do art. 6º desta Lei cujo valor estimado da contratação seja superior a R\$ 300.000,00 [atualizado para R\$ 359.436,08 mediante o Decreto 11.871/2023], o julgamento será por:

I - melhor técnica; ou

II - técnica e preço, na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica.” (grifos acrescidos)

3. Em sua análise preliminar, a Unidade de Auditoria Especializada em Contratações (AudContratações) propôs conhecer da denúncia, indeferir o pedido cautelar e considerar as alegações improcedentes (peças 19 a 21).

4. No entanto, por meio do despacho inserto à peça 22, divergi do encaminhamento e determinei a realização de oitiva do jurisdicionado antes da concessão de eventual medida cautelar, com fulcro no art. 276 do Regimento Interno deste Tribunal, por considerar configurada a plausibilidade jurídica das alegações do denunciante (peça 22).

5. Em sua resposta, o TRT6 afirmou que (peças 31 e 33):

a) a modalidade de licitação foi aprovada após análise técnica e jurídica, incluindo a aprovação pela sua assessoria jurídico-administrativa;

b) apesar de ser um serviço intelectual, o projeto executivo pode ser considerado “comum” e “padronizável”, o que possibilita à Administração optar pelo uso do pregão com critério de menor preço desde que tal escolha seja respaldada em análise técnica;

c) o projeto arquitetônico preliminar já havia sido desenvolvido, o que diminui a margem de inovação da contratada durante a produção do projeto executivo, tornando-o padronizável;

d) o edital não recebeu pedidos de esclarecimento e teve ampla participação de empresas;

e) a suspensão ou a anulação do certame lhe causariam prejuízos adicionais, pois prolongariam o período de utilização de instalações provisórias com características insuficientes para o seu adequado funcionamento, situação que o obrigaria a manter regime de rodízio semanal das varas trabalhistas para atendimento presencial ao público externo.

6. Em análise subsequente, o auditor-instrutor da AudContratações propõe, novamente, indeferir o pleito cautelar e considerar a denúncia improcedente (peça 34).

7. Por sua vez, o diretor e o titular daquela unidade concordam com o indeferimento do pedido cautelar, contudo divergem dos demais encaminhamentos ao sugerirem: a) considerar as alegações do denunciante parcialmente procedentes, sem prejuízo de permitir a continuidade do certame; e b) dar ciência da inconformidade ao TRT6, com vistas a evitar repetições (peças 35 e 36).

8. Feito o resumo dos fatos, passo a examinar a matéria.

9. Acolho os pareceres dos dirigentes da unidade técnica, cujos fundamentos incorporo como minhas razões de decidir, sem prejuízo de tecer os seguintes comentários adicionais.

10. Conheço da denúncia por preencher os requisitos de admissibilidade previstos na Lei 8.443/1992 e nos normativos internos deste Tribunal.

11. Quanto ao mérito, o auditor-instrutor opina no sentido de que, apesar de o pregão estar relacionado à elaboração de projeto executivo, deve ser permitido à Administração contratante optar pelo critério de menor preço, desde que fique demonstrada a natureza comum desses serviços por meio de estudos técnicos realizados previamente.

12. Todavia, conforme mencionado pelo corpo diretivo da unidade especializada, recentemente esta Corte de Contas apreciou caso semelhante – concorrência destinada à contratação de empresa para elaboração de planejamento, ensaios, **projetos executivos de engenharia** e de arquitetura para construção de *campus* universitário – por meio do Acórdão 2.381/2024-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro-Substituto Augusto Sherman e fundamentado na declaração de voto do Ministro Benjamin Zymler, ocasião em que o Tribunal adotou o **entendimento** de que:

a) a Lei 14.133/2021 **impõe** o uso de “melhor técnica” ou “técnica e preço” como critério de julgamento para determinados serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual – rol de serviços que expressamente inclui estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos – quando o valor da contratação exceder R\$ 359.436,08;

b) o conteúdo do art. 37, § 2º, deve prevalecer sobre o do art. 36, § 1º, da referida lei por se tratar de regra específica expressamente relacionada aos objetos listados no seu art. 6º, XVIII, alíneas “a”, “d” e “h” (a primeira alínea se relaciona a estudos técnicos e projetos básico e executivo);

c) a vontade do legislador demonstrada durante a criação da lei foi realmente no sentido de restringir a discricionariedade do gestor na escolha do critério de julgamento para a contratação dos aludidos tipos de serviço, haja vista que o Congresso Nacional chegou a derrubar veto presidencial favorável à concessão de maior margem de discricionariedade; o entendimento do legislador foi de que tais serviços possuem, em regra e presumidamente, nível de complexidade suficiente para demandar a **aferição da técnica** na etapa de julgamento das propostas dos licitantes;

d) apesar da escolha indevida pelo critério de “menor preço”, a continuidade do certame deveria ser permitida, com fundamento nos arts. 22 a 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb), por envolver matéria apta a gerar dúvida razoável no gestor, pois, até mesmo no âmbito desta Corte de Contas, a questão rendia posicionamentos opostos; além disso, a anulação da licitação seria potencialmente prejudicial à Administração, visto que resultaria em atraso na conclusão do objeto pela necessidade de tempo adicional para correção do edital, sua republicação e execução dos demais atos concernentes ao novo procedimento licitatório, de modo que o encaminhamento mais pertinente seria o de dar ciência da irregularidade ao jurisdicionado para evitar a sua repetição.

13. Por elucidativo, transcrevo adiante trecho da declaração de voto do Ministro Benjamin Zymler que descreve potenciais benefícios para a Administração Pública provenientes da **valoração do aspecto técnico** dos licitantes participantes de certames destinados à **elaboração de projetos de obra civil**:

“23. Trazendo o raciocínio para um caso geral, intuindo os desafios dos gestores no mundo real – eminentemente em licitações para a contratação de projetos de obras civis – quando julgados com o critério de menor preço, é recorrente que se apresentem propostas com descontos relevantes, ultrapassando a linha da inexequibilidade presumida. Na realidade, esse é o grande desafio de se licitarem projetos de obras civis na administração pública.

24. Como a projetista pode, simplesmente, alegar a decisão pela redução de seus honorários e no mundo real faz-se **desafiador desclassificar projetistas ‘temerárias’, por preço muito baixo.** Caso se pontuassem experiências anteriores – ou seja, com mais pontos conferidos quanto mais certidões apresentadas, dando conta da feitura de serviços semelhantes (vide inciso I do art. 37 da Lei 14.133/2021) –, **empresas aventureiras, ao menos em tese, teriam maior dificuldade.** Embora isso não seja um remédio absoluto, para projetos maiores, com maior risco de preços irresponsavelmente baixos, **o prestígio da técnica, bonificando numerosas experiências, parece condizer com o princípio da obtenção da proposta mais vantajosa.**” (grifos acrescentados)

14. No caso em tela, trata-se de contratação de projeto executivo de reforma de edifício, em modelagem BIM, com montante estimado de R\$ 2.225.084,84, o que é superior ao patamar máximo permitido para adoção do critério de “menor preço”, nos termos do art. 37, § 2º, da Lei 14.133/2021 c/c o Decreto 11.871/2023.

15. A resposta do jurisdicionado não foi suficiente para afastar a caracterização do projeto executivo de reforma como serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual, de modo que a adoção do pregão e do critério de menor preço foi irregular, por contrariar o disposto no art. 6º, XVIII, “a”, c/c os arts. 29, parágrafo único, e 37, § 2º, da mesma lei.

16. Além disso, seguindo o mesmo raciocínio descrito naquela declaração de voto, e considerando que o projeto ora sob exame pode representar cerca de 5% do valor total da obra, é possível prever que a reforma será de grande magnitude e alcançará custo acima de R\$ 40 milhões; por conseguinte, é razoável presumir que o esforço e a expertise para integrar as diversas disciplinas de projeto dessa dimensão atraem a necessidade de valoração do aspecto técnico.

17. Apesar da confirmação da irregularidade, a publicação do edital foi anterior à prolação do supracitado acórdão, que veio a sedimentar o entendimento jurisprudencial do TCU sobre a matéria; por essa razão, o prosseguimento do pregão deve ser permitido, com fundamento nos arts. 22 a 24 da Lindb e na ponderação das circunstâncias apresentadas pelo TRT6. A anulação dos atos impugnados e o refazimento da licitação provavelmente trariam prejuízos ao jurisdicionado, pois prolongariam o cenário de despesas adicionais com a preservação da edificação adquirida – desocupada até a conclusão da reforma – e de uso de instalações provisórias com características insuficientes para permitir o adequado desempenho de suas atividades relativas à prestação jurisdicional (peça 31, p. 17-19).

18. Portanto, as alegações do denunciante são parcialmente procedentes, o que enseja a expedição de ciência ao aludido órgão acerca da irregularidade ocorrida no processo licitatório, com vistas a evitar repetições; não obstante, o pedido cautelar deve ser indeferido, a fim de permitir a continuidade do certame.

Ante o exposto, VOTO por que o Tribunal adote a minuta de acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 4 de dezembro de 2024.

MINISTRO JHONATAN DE JESUS
Relator

ACÓRDÃO Nº 2619/2024 – TCU – Plenário

1. Processo TC 019.040/2024-5
2. Grupo II – Classe de Assunto: VII – Denúncia.
3. Interessado: Identidade preservada (art. 55, **caput**, da Lei 8.443/1992).
- 3.1. Responsável: Identidade preservada (art. 55, **caput**, da Lei 8.443/1992).
4. Órgão/Entidade: Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região/PE.
5. Relator: Ministro Jhonatan de Jesus.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Unidade de Auditoria Especializada em Contratações (AudContratações).
8. Representação legal: Júlio de Souza Comparini (297.284/OAB-SP) e Gabriel Costa Pinheiro Chagas (305.149/OAB-SP), representando o denunciante.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de denúncia sobre indícios de irregularidade no Pregão Eletrônico 7/2024, conduzido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região/PE e destinado à contratação de empresa para elaboração de projeto executivo de reforma de edificação,

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, com fundamento nos arts. 234 e 235 do Regimento Interno deste Tribunal, nos arts. 104, § 1º, e 108, parágrafo único, da Resolução-TCU 259/2014 e no art. 9º, I, da Resolução-TCU 315/2020, e diante das razões expostas pelo relator, em:

- 9.1. conhecer da denúncia e, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;
- 9.2. indeferir o pedido cautelar formulado pelo denunciante;
- 9.3. dar ciência ao Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região/PE de que, no âmbito do Pregão Eletrônico 7/2024, a escolha da modalidade de licitação e do critério de julgamento pelo “menor preço” foi inadequada, pois contraria o art. 6º, XVIII, “a”, c/c os arts. 29, parágrafo único, e 37, § 2º, da Lei 14.133/2021 e a jurisprudência desta Corte de Contas, consubstanciada no Acórdão 2.381/2024-TCU-Plenário, tendo em vista que o valor estimado da contratação ultrapassou o limite de R\$ 359.436,08 (valor atualizado mediante o Decreto 11.871/2023);
- 9.4. informar o denunciante e o Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região/PE acerca desta deliberação;
- 9.5. levantar o sigilo do processo e das peças nele contidas, com exceção daquelas que contenham informação pessoal do denunciante;
- 9.6. arquivar o processo.

10. Ata nº 48/2024 – Plenário.
11. Data da Sessão: 4/12/2024 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2619-48/24-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Bruno Dantas (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Vital do Rêgo, Jorge Oliveira, Antonio Anastasia e Jhonatan de Jesus (Relator).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministro-Substituto presente: Marcos Bemquerer Costa.

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
JHONATAN DE JESUS
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral