

ORIENTAÇÃO N.º 197/2023

SERVIÇOS INTELECTUAIS PADRONIZADOS PODEM SER LICITADOS VIA PREGÃO

Orientação

Atualmente, como se sabe, regem-se dois grandes regimes gerais de licitações, o da Lei Federal nº 8.666/93 e o da Lei Federal 14.133/21, sendo possível ao Poder Público optar por um ou por outro.

Um ponto em comum entre os regimes, embora devam ser utilizados de modo individualizado, é a definição de cabimento da modalidade pregão.

Isso porque, a Lei Federal nº 10.520/02, que instituiu o pregão e conta com aplicação subsidiária da Lei Federal nº 8.666/93, estabelece logo em seu art. 1º, que a modalidade somente é utilizada para “contratação de bens e serviços comuns”. Sendo o conceito de “serviços e bens comuns” desenvolvido pelo Parágrafo único, do mesmo artigo:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, **aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.**

[destacamos]

Percebe-se que o conceito é amplo, e por isso sempre levanta dúvidas sobre o cabimento, ou não, do pregão em determinadas demandas públicas.

Na Nova Lei de Licitações, a Lei Federal nº 14.133/2021, o cenário não é diferente, pois ao conceituar “serviços e bens comuns”, e ao prever o cabimento do pregão, a Lei se limitou a reproduzir a antiga definição, conforme pode-se observar da leitura dos incisos XIII e XLI, ambos do art. 6º:

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

[...]

XIII - bens e serviços comuns: aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado;

[...]

XLI - pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto;

Persistindo a velha conceituação de serviços e bens comuns, assim como do cabimento de pregão, o que muda entre os Regimes de Licitações [8.666 e 14.133] é, em verdade, o modo de escolha/indicação da modalidade que será adotada. Isso porque, na Lei de 1993, em regra, o valor estimado da contratação direcionava qual seria a modalidade cabível, sendo adequado o pregão para objetos comuns. Pela Lei de 2021, o pregão é a modalidade obrigatória, padrão, que somente não será adotada quando o objeto for complexo, ou depender de critério de julgamento técnica e preços, por exemplo.

Recente posição do TCE/SP

Conexa ao tema, recente decisão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCE/SP, reconheceu que serviços com certa complexidade intelectual, quando padronizados e objetivamente estruturados em edital, poderão ser licitados por pregão.

A conceituação de serviços e bens comuns, ultrapassa a singeleza de sua forma ou execução, mas é determinada, segundo os parâmetros legais, pela viabilidade em se definir objetivamente em edital a sua qualidade ou o seu desempenho.

No caso, o **TC-012570.989.23-6¹**, versou sobre exame prévio de edital da Fundação para o Desenvolvimento da Educação – FDE, com objeto na: *prestação de serviço continuado de apoio à gestão, melhoria e modelagem de negócios, envolvendo mapeamento, análise, redesenho, desenvolvimento de metodologias em inovação, transferência de conhecimento, aplicação de treinamentos, elaboração de minutas, elaboração de manual de processos de treinamento e capacitação de equipe, orientação e assistência operacional, para a gestão de projetos em matéria de planejamento, organização, reengenharia e controle orçamentário.* Veja, serviços de consultoria, técnicos por natureza, com grau de intelectualidade.

Ao justificar a opção pela modalidade pregão, a FDE ressaltou:

“...ausência de complexidade na definição do objeto apta a impedir a contratação mediante pregão, pois possível a uniformização da metodologia de trabalho mediante parâmetros constantes do Guia BPM CBOK – Business Process Management/Common Body of Knowledge (Gerenciamento de Processos de Negócio/Corpo Comum de Conhecimento), adotado como referência neste certame, posto tratar-se de documento difundido no segmento de gestão de projetos e disponibilizado de forma gratuita na internet pelo Escritório de Processos do Instituto Federal de São Paulo (https://ep.ifsp.edu.br/images/conteudo/documentos/biblioteca/ABPMP_CBOK_Guide_Portuguese.pdf).”

E o TCE/SP consentiu com a hipótese de se licitar o objeto padronizado e objetivamente descrito, via pregão:

¹ Disponível em: https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/925614.pdf. Acesso no dia 04 de outubro de 2023.

“Com efeito, nota-se, a partir das peças do caderno convocatório, que o certame busca, de fato, a prestação de serviços cujas características exigem certo esforço intelectual, visto envolver consultoria para mapeamento e redesenho de processos de trabalho, bem como atividade acessória de capacitação, mediante realização de duas curtas oficinas (4 horas cada), com vistas à orientação de equipes quanto às melhorias implementadas pela Contratada.

Todavia, consoante evidenciado pela FDE, o edital foi elaborado com supedâneo em parâmetros objetivos constantes de guia de gerenciamento de processos de negócios (BPM CBOK) amplamente difundido no segmento de gestão de projetos e disponibilizado de forma gratuita na internet pelo Escritório de Processos do Instituto Federal de São Paulo.

[...]

Desse modo, suficiente, ao que tudo indica, a motivação apresentada pelo Órgão Licitante, em sede de exame prévio de edital, sujeito ao rito de cognição sumária e não plena, para adoção da modalidade licitatória pregão no torneio ora em apreço, diferindo-se a avaliação quanto ao alcance do interesse público colimado, com observância à competitividade e seleção da proposta mais vantajosa à Administração ao rito ordinário do Controle Externo, caso concretizada a avença, nos termos das Instruções vigentes.”

Conclusão

Ante o exposto, S.M.J., conclui-se que o TCE/SP tem entendido que o adequado uso da modalidade pregão, para bens e serviços comuns, não afasta objetos com certa complexidade ou execuções de trabalhos intelectuais, desde que esses serviços/fornecimentos sejam objetivamente descritos em edital, com parâmetros usuais de mercado, sem que isso comprometa a qualidade do objeto contratado. Se mostrando, possível e regular o uso do pregão nesses casos.

Adamantina/SP, 4 de outubro de 2023.

Leonardo Vieira de Souza

Consultor Responsável pela Elaboração

José Carlos Pacheco de Almeida

Responsável pela Revisão e Aprovação