

Ofício nº 080/2019-DIR

Cascavel, 15 de agosto de 2019

Ilustríssimo Senhor Presidente da Comissão de Licitação – Processo nº 0563/2019 – Edital nº 0062/2019 – Fundação Parque Tecnológico Itaipu – Brasil

SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DO PARANÁ OESTE - SINDUSCON, pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda sob o nº 742.009.730001-00, com sede em Cascavel-PR, na Avenida Assunção, nº 690, neste ato representado por seu Presidente, comparece, respeitosamente, na presença de Vossa Senhoria, nos termos do que dispõe a Lei nº 10.520/2002¹, o art. 12 do Decreto nº 3.555/00² e o art. 18 do Decreto nº 5.450/05³ e especialmente no que dispõe a “RELC” REGULAMENTO DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E CONVÊNIOS DA FUNDAÇÃO PARQUE TECNOLÓGICO ITAIPU – BRASIL apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO ELETRÔNICA Nº 0563/2019 – EDITAL Nº 0062/2019**, pelas seguintes razões.

I - DOS FATOS – DO PROCESSO LICITATÓRIO E DA MODALIDADE ELEITA

Conforme se pode verificar do Edital nº 0062/2019, o objeto é a *contratação de empresa especializada para execução de serviços comuns de engenharia, relativos a adequações, melhorias e modernizações prediais*, através de licitação na forma ELETRÔNICA, do tipo MENOR PREÇO, NO MODO DE DISPUTA ABERTO.

Pois bem. Como se sabe, e é comezinho, aos entes da administração pública direta e indireta, o pregão é a sexta modalidade de licitação, sendo instituída pela Lei n.º 10.520/2002 e regulamentado pelo Governo Federal pelos Decretos no 3.555/2000 e 5.450/2005.

¹ Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

² Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.

³ Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências

Essa modalidade de licitação é utilizada para aquisição de bens e serviços **comuns** de qualquer valor em que a disputa pelo fornecimento é feita em sessão pública, por meio de propostas e lances, para classificação e habilitação do licitante com a proposta de menor preço, podendo ser realizada de maneira presencial (onde os licitantes se encontram e participam da disputa) ou eletrônica (onde os licitantes se encontram em sala virtual pela internet, usando sistemas de governo ou particulares).

Como já deve ser do conhecimento de Vossa Senhoria, recentemente disseminou-se na Administração Pública a prática de contratar obras e serviços de engenharia por meio de **pregão**.

De fato, é do conhecimento de todos que o **pregão** foi criado para conferir agilidade ao processo de aquisição e para ampliar a competição entre os interessados no contrato, mas o **desvirtuamento** da sua utilização, **como no caso sob exame**, é o que motiva esta impugnação, haja vista que as características desta modalidade de contratação podem representar risco à segurança do contrato, pela possibilidade de conduzir a Administração à celebração de contratos com empresas sem qualificação para cumpri-lo ou à aceitação de proposta inexecutável.

O uso de tal modalidade, de intenções e resultados tão benéficos, vem sendo perigosamente banalizado e distorcido para dar lugar a licitações ilegais, nas quais objetos de considerável complexidade e que demandariam **acurado exame técnico** se transformaram, como que em um “*passé de mágica*”, em objetos comuns apenas para obterem enquadramento à referida modalidade e, com isso, escaparem de uma série de ritos legais obrigatórios.

Nesta esteira, é preciso que fique bem claro que a utilização do pregão não é aberta a toda contratação, na medida em que esta modalidade é voltada **exclusivamente à aquisição de bens e serviços comuns**, assim qualificados “*aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado*” nos termos do que dispõe o art. 1º da Lei n.º 10.520, de 2002⁴, que assim estabelece:

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

⁴ Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

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.

Sendo assim, compreende-se que licitação na modalidade *pregão* destina-se à contratação de bens e **serviços comuns**, estes definidos como de padrão e tendo característica de desempenho e qualidade que possam ser estabelecidos de forma objetiva, ou seja, sem alternativas técnicas de desempenho dependentes de tecnologia sofisticada.

Contudo, apesar do comando legal expresso e limitador quanto à utilização do *pregão*, tem-se tornado cada vez mais usual a utilização indevida de tal modalidade, por muitas entidades públicas, para se licitar **bens e serviços complexos**, cuja análise e julgamento dependeriam necessariamente de exame técnico específico para a admissão de propostas.

Para surpresa de muitas empresas licitantes e associadas do SINDUSCON - OESTE, em diversas oportunidades tem-se cada vez mais deparado com editais de *pregões* contendo requisitos técnicos na descrição do objeto pretendido pela Administração. Todavia, ainda assim, o único fator de julgamento a ser avaliado nesses casos pelo pregoeiro tem sido o “*menor preço*” obtido por meio da fase de lances, e tal critério de julgamento não podia mesmo ser diferente no caso do *pregão*.

Tecnicamente falando, **qualquer tipo de reforma, reparo ou manutenção trata-se de um serviço especializado**. Por mais simples ou “*comum*” que possa parecer o serviço, ele é técnico e necessariamente haverá um responsável que assine a ART - Anotação de Responsabilidade Técnica.

Prova de que há flagrante distorção quanto ao conceito de serviço comum de engenharia, é que o **CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA – CONFEA** aprovou no dia 26/04/2019 a **RESOLUÇÃO n° 1.116/2019** que estabelece que as obras e serviços de Engenharia e Agronomia, que exigem habilitação legal para sua elaboração ou execução, com a emissão da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART), **são serviços técnicos especializados**.

Conforme dispõe o §1º do Art. 1 da Resolução, **“os serviços são assim caracterizados por envolverem o desenvolvimento de soluções específicas de natureza intelectual, científica e técnica, por abarcarem risco à sociedade, ao**

seu patrimônio e ao meio ambiente, e por sua complexidade, exigindo, portanto, profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições”.

E, conforme dispõe o §2º do Art. 1 do mesmo diploma legal, “*as obras são assim caracterizadas em função da complexidade e da multiprofissionalidade dos conhecimentos técnicos exigidos para o desenvolvimento do empreendimento, sua qualidade e segurança, por envolver risco à sociedade, ao seu patrimônio e ao meio ambiente, e por demandar uma interação de concepção físico-financeira que determinará a otimização de custos e prazos, exigindo, portanto, profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições”.*

Portanto, em síntese, não há como se falar em serviço comum de Engenharia. **Se for de Engenharia, é um serviço especializado**

Vai daí que ante a nova Resolução do CONFEA, dúvida não há de que efetivamente obras e serviços de Engenharia e Agronomia, que exigem habilitação legal para sua elaboração ou execução, com a emissão da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART), são **serviços técnicos especializados** e, assim sendo, uma vez que a licitação na modalidade ***pregão*** é voltada exclusivamente à aquisição de bens e serviços **comuns**, tal modalidade **NÃO SE PRESTA PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA**, como no caso do presente certame, onde será necessária a emissão da respectiva Anotação de Responsabilidade Técnica (ART), na medida em que dentre os serviços contratados, destaca-se (cláusula 2.3):

2.3. Os serviços prestados serão relativos a adequações (inclui-se serviços de demolição, instalações, montagens, adaptação, transportes, trabalhos técnico-profissionais e ajustamento das edificações as novas propostas), melhorias e modernizações prediais, conforme estabelecidos nos projetos e especificações entregues pela Contratante à Contratada, durante o período de execução contratual, nos horários determinados pela fiscalização do contrato, podendo estes serem realizados excepcionalmente no período noturno, sábados, domingos e feriados.

A resolução do CONFEA busca, dessa forma, evitar as distorções que vêm sendo aplicadas em licitações públicas no sentido de conferir a

obras e serviços de Engenharia a categoria de serviço comum, podendo licitar pela modalidade Pregão.

Por todas essas razões, no entender desta entidade, **com todo respeito**, não é adequado proceder a uma licitação pelo rito sumário do pregão para a realização de uma obra de tamanha vultuosidade e valor agregado - **R\$ 1.700.00,00 (Um milhão e setecentos mil reais)** - com a deste edital, haja vista que esta modalidade de contratação não se presta para o objeto do certame que efetivamente trata-se de serviço técnico **especializado** e não **comum** conforme dispõe o art. 1º da Lei n.º 10.520, de 2002.

II – DO DIREITO – DA LEGISLAÇÃO APLICADA À ESPÉCIE E SUA CORRETA INTERPRETAÇÃO – DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

O Art. 6º, incisos I e II da Lei de Licitações, faz muito bem a distinção dos conceitos de obras e serviços:

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

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

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

Portanto, quando a Lei n.º 8.666/93 fala em “**serviço**” não inclui no termo a noção de “**obra**”, posto que os sentidos das duas palavras são distintos, conforme as definições legais.

O SINDUSCON - OESTE tem conhecimento da existência da **Súmula 257/2010** do **Tribunal de Contas da União** que estabelece que o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002.

Porém, conforme se pode abstrair da Súmula, o **pregão** está reservado exclusivamente para contratação de serviços de engenharia quando sejam de natureza **comum** e, nesse diapasão, o edital impugnado traz interpretação diversa ao significado da palavra “*comun*” inserida na Lei n.º 10.520/02, bem como na RESOLUÇÃO n.º 1.116/2019 do CONFEA.

Ademais, em que pese a Resolução 1.116/2019 ter colocado fim a qualquer dúvida que ainda possa existir de que serviços de engenharia como os previstos neste Edital são serviços técnicos especializados, para se aprimorar ainda mais o conceito de serviço comum colimado pela Lei n.º 10.520/02, deve-se analisar a estrutura e finalidade dos preceitos da licitação na forma definida pela Lei n.º 8.666/93.

Para o grande Marçal Justen Filho, "***o bem ou serviço é comum quando a Administração não formula exigências específicas para uma contratação determinada, mas se vale dos bens ou serviços tal como disponíveis no mercado***" (Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico - 4a ed., São Paulo: Renovar, 2005, p. 26). Aduz ainda o doutrinador: "***bem ou serviço comum é aquele que se apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível a qualquer tempo, num mercado próprio. Bem por isso, a regra é que obras e serviços de engenharia não se enquadrem no âmbito de "bens e serviços comuns"***". (Ob. cit., p. 30) (g.n.)

Já o Doutrinador Benedicto de Tolosa Filho esclareceu que "***a licitação na modalidade pregão destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, estes definidos como de padrão e tendo a característica de desempenho e qualidade que possam ser estabelecidos de forma objetiva, ou seja, sem alternativas técnicas de desempenho dependentes de tecnologia sofisticada.***" (Pregão. Uma nova modalidade de licitação. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 9).

Olhos postos no Acórdão do TCU número **2.312/2012 - Plenário**, abaixo transcrito:

Acórdão TCU n.º 2.312/2012 – Plenário:

9.1. Dar ciência à Prefeitura Municipal de Santo Antônio do Descoberto/GO e ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE sobre as seguintes ocorrências detectadas na licitação (Pregão 019/2011) que Tesultou na celebração do Contrato n.º 1059 , para as providências cabíveis:

(.. .)

9.1.2. Utilização da modalidade licitatória denominada pregão, seja presencial ou eletrônico, para a contratação de obras de engenharia, em dissonância com os ditames estabelecidos pela Lei 10.520/2002 (art. 1º e seu parágrafo único).

Nesse sentido, importante se faz trazer a lume o disposto na Orientação Técnica nº 2 do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas - OT – IBR nº 002/2009, citada pelo TCU no referido Acórdão 2º 2.12/2012, que define como obra de engenharia *“a ação de construir, reformar, fabricar, recuperar ou ampliar um bem, na qual seja necessária a utilização de conhecimentos técnicos específicos, envolvendo a participação de profissionais habilitados, conforme o disposto na Lei Federal nº 5.194/66”*.

Ante essa definição, no caso analisado no supramencionado Acórdão, o TCU considerou **irregular** a utilização da modalidade pregão para licitação da construção de uma quadra esportiva de concreto armado e cobertura metálica, pois, conforme consignado pelo Ministro-Relator, trata-se de ação de construção, **caracterizando obra de engenharia, não serviço.**

Senhor Pregoeiro, não se pode olvidar que a competição e a conseqüente busca dos melhores preços à Administração são fundamentos de qualquer modalidade licitatória.

É cediço que a Lei de Licitações e Contratos visa, além da competição, garantir que a contratada possua condições de honrar as obrigações assumidas perante o Poder Público. Esta é a razão da existência da prévia fase de habilitação, cuja função é avaliar a capacidade do licitante para suprir os encargos inerentes ao objeto licitado. Em complemento, o art. 48, II, da referida lei exige a desclassificação de proposta com preços inexequíveis. **Destarte, a Lei nº 8.666/93 preza a competição e a segurança na contratação.**

No pregão são **mitigados** os requisitos de participação, fato justificável em razão da aptidão desse instrumento licitatório para aquisição, unicamente, de bens e serviços comuns. Dessa forma, a lei resguardou a aplicação do pregão aos bens e serviços comuns, pois o risco de inadimplemento do contratado é reduzido.

Por outro lado, deflui da lógica que a aplicação do pregão aos bens e serviços incomuns, **como DECIDIDAMENTE é o caso sob exame,**

⁵ Regula o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro-Agrônomo, e dá outras providências.

representa risco à segurança contratual, pela possibilidade de conduzir a Administração à celebração de contrato com pessoa sem qualificação para cumpri-lo ou pela aceitação de proposta inexecutável.

Por essa razão, em situações que sejam necessárias medidas mais cautelosas para segurança do contrato, em razão dos riscos decorrentes de inadimplência da contratada ou da incerteza sobre a caracterização do objeto, deve o gestor preferir o pregão em favor de outras modalidades licitatórias cercadas de maior rigor formal

Isso sem falar que a realização, em momento posterior à finalização da licitação, de uma fase de análise técnica do objeto quanto ao cumprimento das especificações contidas em edital, afronta completamente os ditames legais vigentes para a modalidade licitatória do pregão.

Em **primeiro lugar**, a “fase de avaliação técnica do objeto” sequer está prevista na legislação alusiva ao pregão, seja antes ou depois de finalizado o procedimento licitatório. Para esses casos, seria necessária a adoção do critério de julgamento denominado “técnica e preço”, previsto no **§ 1º do art. 45 da Lei nº 8.666/1993**.

Em **segundo lugar**, se há em algum momento a necessidade de realização de uma fase para avaliação técnica do cumprimento do objeto ofertado pelo proponente vencedor às condições elencadas pelo edital, além do pregão não ser a modalidade licitatória adequada, conforme já demonstrado, tal fase técnica deveria ser pública e acessível aos demais participantes, respeitando-se, ainda, a fase recursal, em cumprimento aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Contudo, não é isso que se tem visto no campo prático.

Olhos postos na decisão do **Superior Tribunal de Justiça** que entendeu que serviços de fiscalização de obras **não podem ser contratados por pregão**.

Na ação, o Impetrante alegou que objeto do certame não poderia ser contratado por pregão e por menor preço.

No despacho, a relatora Ministra Assusete Magalhães confirma o entendimento do TJ-SP de que ***“as exigências de qualificação técnica do edital constantes do item 1.1.4. denotam que a licitação em apreço diz respeito a serviço de natureza técnica especializada, na medida em que estabelece que a licitante deverá apresentar comprovação de experiência anterior por meio de***

atestado de capacidade técnica devidamente registrado na entidade profissional competente, afastando-se, via de consequência, a possibilidade da adoção do pregão eletrônico como modalidade licitatória”

Outro caso semelhante levado à apreciação da Corte Suprema foi assim ementado:

PREGÃO – MODALIDADE APLICÁVEL APENAS A BENS E SERVIÇOS COMUNS – CASO CONCRETO QUE NÃO COMPORTA APRECIÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL – RECONHECIMENTO – “Processual civil e administrativo. Licitação. Pregão. Lei nº 10.520/2002. Aquisição de serviços e bens comuns. Revisão da premissa fática do acórdão recorrido. Impossibilidade. Súmula nº 7/STJ. Análise de lei local. Súmula nº 280/STF. 1. Nos termos do art. 1º da Lei nº 10.520/2000, aplicável em âmbito nacional, o pregão somente é cabível para aquisição de ‘bens e serviços comuns’, conceituados por lei como ‘aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado’. 2. Na hipótese, o Tribunal a quo entendeu que o objeto do pregão questionado na ação mandamental – recapeamento asfáltico de vias públicas – é incompatível com a referida modalidade licitatória, máxime por envolver serviço de engenharia. 3. Nesse contexto, a análise da legalidade sustentada pelo recorrente demanda o reexame do edital de licitação e demais elementos fático-probatórios dos autos, o que esbarra no óbice da Súmula nº 7/STJ. 4. Inviável a apreciação, em recurso especial, de matéria cuja análise dependa de interpretação de Direito local. Súmula nº 280/STF. 5. Recurso especial não conhecido.” (STJ – REsp 1.190.272 – (2010/0068543-1) – 2ª T. – Rel. Min. Herman Benjamin – DJe 27.09.2010 – p. 2316)

Vejam os entendimentos de outros Tribunais Estaduais e também Federais acerca da matéria:

PREGÃO ELETRÔNICO – BENS E SERVIÇOS COMUNS – SERVIÇOS DE ENGENHARIA – INCOMPATIBILIDADE – “Administrativo. Licitação. Pregão. Lei nº 10.520/2002. Bens e serviços comuns. Decreto nº 5.450/2005. Serviços de engenharia. Características incompatíveis com o conceito de serviço comum. 1. A modalidade de licitação pregão adequa-se às licitações em que a administração visa a adquirir bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor da contratação, a teor da Lei nº 10.520/2002. 2. Bens e serviços comuns são aqueles passíveis de definição objetiva pelo edital, o que quer dizer que, uma vez realizadas as especificações pela Administração Pública, os licitantes ofertarão bens e serviços cujo desempenho e qualidade são similares, de modo que o critério menor preço assegurará o fornecimento a contento desses bens e serviços com o menor ônus para a Administração. 3. O art. 5º do Decreto nº 3.555/2000 estatuiu que o pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, ao passo que o Decreto nº 5.450/2005, que regulamentou pregão eletrônico, dispôs em seu art. 6º que a modalidade não pode ser adotada em relação às obras de engenharia, com o que revogou o art. 5º do Decreto nº 3.555/2000 nesse ponto. 4. Embora não haja vedação à contratação de pregão para serviços de engenharia, no caso em exame o serviço licitado não se subsume ao conceito de serviço comum, na medida em que os projetos a serem apresentados pelo vencedor devem escolher entre mais de uma alternativa e considerar elementos cuja aferição tem elevada carga de subjetividade (harmonia com o rio e características ambientais). 5. Apelação e reexame necessário a que se nega provimento.” (TRF 1ª R. – Ap-RN 2009.34.00.040402-1/DF – Relª Juíza Fed. Maria Cecília de Marco Rocha – DJe 14.03.2016 – p. 858)

PREGÃO ELETRÔNICO – OBRAS DE ENGENHARIA – CONTRATAÇÃO – VEDAÇÃO – “Administrativo. Mandado de segurança. Licitação. Pregão eletrônico.

Contratação de obras de engenharia. Vedação. Art. 6º do Decreto nº 5.540/2005. Sentença mantida. 1. Consoante dispõe a Lei nº 10.520/2002, o pregão eletrônico destina-se à contratação de bens e serviços comuns, ou seja, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. O Decreto nº 5.540/2005, ao regulamentar o apontado diploma, por sua vez, no art. 6º, veda a utilização dessa modalidade de licitação para a contratação de obras de engenharia. 2. Diante do quadro probatório que instrui os autos e das disposições do edital de convocação do certame licitatório em apreço, o ato perpetrado pela UFBA, objeto do questionamento, enseja a manutenção da sentença proferida. 3. Remessa oficial a que se nega provimento.” (TRF 1ª R. – RN 2007.33.00.021045-6/BA – Rel. Des. Fed. Kassio Nunes Marques – DJe 05.11.2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – PREGÃO - EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA - IMPOSSIBILIDADE DA MODALIDADE ELEITA - VEDAÇÃO LEGAL E INCOMPATIBILIDADE COM O CONCEITO DE BENS E SERVIÇOS COMUNS - EXEGESE DOS ARTS 1º DA LEI N. 10.520/02 E 5º DO DECRETO LEI N. 3.555/00 - DECISÃO QUE CONCEDEU A LIMINAR MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SC - AI: 610950 SC 2010.061095-0, Relator: Cláudio Barreto Dutra, Data de Julgamento: 11/03/2011, Quarta Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Agravo de Instrumento n. , de Biguaçu)

Reexame Necessário. Mandado de Segurança. Licitação. Pregão Presencial que tinha por objeto a contratação de empresa de serviços de análises clínicas. Falha na escolha da modalidade eleita. Objeto da licitação que não figura serviço comum. Anulação do procedimento determinado na sentença. Concessão da ordem mantida. Remessa desprovida. (TJ-SC - MS: 20130257252 SC 2013.025725-2)

(Acórdão), Relator: Pedro Manoel Abreu, Data de Julgamento: 02/06/2014, Terceira Câmara de Direito Público Julgado

III – DO RECENTE JULGADO DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Para corroborar com todo o alegado, conforme se pode verificar dos documentos anexos, no dia **22 de maio de 2019** foi julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região o **Agravo de Instrumento nº 5005145-36.2019.4.04.0000/RS**, que atacou decisão proferida pela Douta Magistrada monocrática que indeferiu liminar em Ação Civil Pública aforada pelo Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Rio Grande do Sul – CAU/RS em face da União Federal, para, **no que interessa a esta impugnação: (a)** anular os atos realizados atinentes ao Pregão Eletrônico nº 20/2018 e **(b)** adequar o tipo de critério de julgamento e da modalidade de licitação em função do objeto do certame.

Assim foi ementado o Acórdão:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICITAÇÃO. PREGÃO. SERVIÇOS DE ENGENHARIA E ARQUITETURA.

1. O pregão, modalidade licitatória que se caracteriza pela apresentação de propostas e lances em sessão pública, é cabível apenas para aquisição de "*bens e serviços comuns*", conceituados por lei como "*aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado*", nos exatos termos do art. 1º da Lei 10.520/02. Dessa forma, a administração pública federal está proibida, pelo Decreto nº 3.555/2000, art. 5º e pelo Decreto 5.450/2006, art. 6º, de realizar pregão para contratar serviços de engenharia e arquitetura. Precedentes do STJ e deste TRF4.

2. Agravo de instrumento parcialmente provido.

O ato atacado via *mandamus* trata-se de Pregão Presencial nº 20/2018, cujo objeto é ***execução de reparos e adaptações no Prédio da Alfândega da Receita Federal do Brasil em Porto Alegre/RS.***

Alegou a Autora da ação, como tese nuclear, o fato de que modalidade pregão, por ser simplificada e necessariamente do tipo menor preço, pode ensejar prejuízo ao poder público, em virtude de que não poderia aferir e valorar a qualidade técnica das propostas de projeto apresentadas pelos licitantes, podendo ocasionar, além das violações legais, também afronta aos princípios constitucionais da eficiência e da eficácia na administração pública.

Do voto condutor que julgou o Agravo de Instrumento, da lavra do Eminentíssimo Desembargador Federal **Cândido Alfredo Silva Leal**, se extrai:

“De fato, conforme já referido, está presente a probabilidade do direito do pleito da agravante, considerando que o pregão não é modalidade que possa ser utilizada para contratar serviços de engenharia e arquitetura (artigo 5º do Decreto nº 3.555/2000 e pelo artigo 6º do Decreto 5.450/2005). No caso concreto, o termo de referência constante no anexo I do Edital do Pregão aqui em discussão, contempla atividades que, aparentemente, não poderiam ser enquadradas como de serviços comuns, de forma a dispensar que pudessem ser realizadas sem o acompanhamento de profissional qualificado.”

Além disso, não parece que se tratasse apenas de dar execução a um projeto-referência previamente aprovado para realizar obras de reparação e conservação do prédio, porque o próprio termo de referência (EDITAL 6 do evento 10 do processo originário) fala que não se tratará apenas de "reparos", mas também "adaptações", conforme indicado no item 1.2 do termo: "Os reparos e adaptações contemplam a execução, dentre outros, dos seguintes serviços..."

Como se vê, não parece que haverá apenas manutenção das estruturas existentes (substituição de partes usadas ou desgastadas por partes novas - reparos), mas também haverá necessidade de adaptações, realizando algumas alterações relevantes que provocarão mudanças no prédio, como por exemplo: troca de pisos e contrapisos, alteração de divisórias, adaptações de instalações elétricas, hidráulicas e sanitárias, novo sistema de climatização, adaptação de escadas e instalação de novas escadas, alteração das linhas de vida existentes, entre outros serviços.

Realmente, alguns desses serviços podem ser simples (pinturas e lavagem de paredes, desinsetização e desratização), mas o restante parece extrapolar os simples reparos ou consertos, envolvendo adaptações, remoção de instalação de equipamentos, que justificam a especialidade da exigência na contratação.

Também o argumento que estaria havendo reserva de mercado por parte do conselho-autor não parece suficiente para impedir a prestação jurisdicional que postula, uma vez que está legitimado ao ajuizamento desta ação e à defesa dos interesses que apresenta em juízo, no sentido de que as regras de licitações e contratos públicos sejam observados.

Por fim, o argumento de que haveria dificuldade para adotar critérios técnicos em se tratando de licitação convencional (e não pregão) não parecem suficientes para permitir que o pregão seja realizado, uma vez que isso não é critério para escolha da modalidade cabível.

(...)

Em conclusão, estou votando para dar parcial provimento ao agravo de instrumento a fim de suspender o pregão até ulterior decisão no processo.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos da fundamentação.” (grifei e destaquei)

Portanto Senhor Pregoeiro, conforme recentíssimo julgado do E. TRF 4ª Região, a Administração Pública Federal está **proibida** (conforme ementa do Acórdão, acima reproduzida) pelo Decreto nº 3.555/2000, art. 5º e pelo Decreto 5.450/2006, art. 6º de realizar **pregão** para contratar serviços de engenharia e arquitetura e, uma vez que este Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região é órgão da Administração Pública Federal, deflui da lógica deve seguir o mesmo entendimento.

IV – DO RECENTE JULGADO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE GOIÂNIA

Para robustecer ainda mais a tese do impugnante, conforme se pode verificar dos documentos anexos, no dia **15 de julho de 2019**, foi proferida decisão nos autos do Mandado de Segurança nº 5417852.38.2019.8.09.0051, impetrado pelo Sindicope - Sind. Das Ind. Da Const. Pesada De Obras de Infraestrutura no Est. De Goiás que atacou a realização licitação para a contratação de empresa de engenharia com fins de executar serviços de reconstrução e restauração do pavimento asfáltico de diversas vias do Município de Goiânia, na forma do Edital Pregão Presencial nº 008/2019.

Em apertada síntese, o Impetrante alegou que o tipo de licitação escolhida, pregão, é absolutamente equivocado e, portanto, ilegal, pois o art. 1º da Lei nº 10.520/02 indica que pregão se destina à aquisição de bens e serviços, excluindo, assim, a incidência do objeto contratual obra.

Aduziu que o Decreto nº 5.450/05, art. 6º diz que ***“a licitação na modalidade pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia”***.

Sustentou, ainda, que obras e serviços são objetos contratuais totalmente diversos, segundo o artigo 6º, I e II, da Lei nº 8.666/93 que traz o conceito e a distinção entre eles.

Requeru, por fim, a concessão da medida liminar que determine a imediata suspensão do pregão presencial nº008/2019, até a decisão final do presente feito, bem como se abstenham de licitar obras e serviços de engenharia sob a modalidade pregão, presencial ou eletrônico.

Devidamente apreciado pelo Magistrado os pedidos, estes são os trechos da decisão, no que interesse a esta impugnação:

“Para a análise do direito alegado pela impetrante, necessário analisar duas características: uma, se a licitação visa contratar obra ou serviço; e, no caso deste último, se ele se enquadra na classificação de comum.

Dos documentos carreados, analisando-os superficialmente, estudo apropriado ao instante processual, concludo, primo actu oculi, pela incompatibilidade do objeto com a modalidade de pregão presencial.

A uma, pela complexidade que o suposto serviço representa, tornando inexistente a especificação objetiva do objeto contratado.

Com efeito, ainda que serviço fosse, a complexidade da prestação de serviço descaracteriza o tipo licitatório adotado. Vide o entendimento da jurisprudência:

(...)

A duas, porque há justa possibilidade de ser obra, e não serviço, o objeto da futura contratação”.

V. DO RECENTÍSSIMO JULGADO DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE GOIÂNIA

Outro importante e recentíssimo precedente é a decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 5478764.98.2019.8.09.0051, também manejado pelo mesmo pelo Sindicope, desta vez atacando ato praticado pelo Diretor de Planejamento da Agência Goiana de Infraestrutura e Transportes – GOINFRA.

Devidamente apreciado pelo Magistrado os pedidos, estes são os trechos da decisão, no que interesse a esta impugnação:

“No caso concreto é necessário analisar se com a licitação a primeira impetrada deseja contratar obra ou serviço, e caso seja serviço se ele é qualificado como comum.

Em análise perfunctória dos documentos e argumentos trazidos pela impetrante, entendo que, de fato, a modalidade de pregão eletrônico é incompatível com o objeto, visto que no edital não consta quais são os problemas existentes nas vias.

(...)

Diante do exposto, DEFIRO a liminar, determinando que as autoridades coatoras suspendam a licitação do edital de pregão eletrônico de nº 05/2019, até o julgamento final do presente mandado de segurança.”

V – DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS E PEDIDOS

Esta entidade sindical sabe que a finalidade de toda licitação é garantir que a Administração celebre contratos em condições vantajosas, com dispensa de tratamento isonômico aos particulares interessados no vínculo jurídico a ser formado (art. 3º da Lei n.º 8.666/93).

Até aqui, absolutamente nada a reparar.

Porém, em que pese a competição seja da essência da licitação, que viabiliza a obtenção de propostas economicamente satisfatórias, a Administração Pública não pode escolher a modalidade de competição ao arrepio da Lei.

Como já foi aqui didaticamente demonstrado, obras e serviços de Engenharia que exigem habilitação legal para sua elaboração ou execução, com a emissão da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART), são **serviços técnicos especializados** e, assim sendo, uma vez que a licitação na modalidade ***pregão*** é voltada exclusivamente à aquisição de bens e serviços **comuns**, tal modalidade **NÃO SE PRESTA PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA.**

À luz do exposto, requer o recebimento e acolhimento da presente impugnação para **DETERMINAR O CANCELAMENTO DA LICITAÇÃO 0563/2019 – Edital nº 0062/2019**, pelas razões de fato e de direito aqui expostas, sob pena de ser declarado nulo todo o certame ainda que esteja em fase mais avançada.

Pede deferimento.

Cascavel/PR, 15 de agosto de 2019

SINDICATO DA CONSTRUÇÃO CIVIL DO PARANÁ OESTE



João Luiz Broch
Presidente



Ricardo Parzianello
Coordenador do Comitê de Obras Públicas