

Processo: 1168229
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Sindicato Nacional das Empresas de Arquitetura e Engenharia Consultiva – Sinaenco
Denunciado: Consórcio Intermunicipal da Baixa Mogiana – Cimog
Responsáveis: Custódio Ribeiro Garcia, José Augusto Madeira Machado
Procuradores: Gabriel Costa Pinheiro Chagas, OAB/MG 305.149, Júlio de Souza Comparini, OAB/MG 29.284
RELATOR: CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO TELMO PASSARELI

SEGUNDA CÂMARA – 6/8/2024

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. REGISTRO DE PREÇOS. SERVIÇOS TÉCNICOS. NATUREZA INTELECTUAL. IRREGULARIDADE. PRESENTES OS REQUISITOS DO *FUMUS BONI JURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*. SUSPENSÃO CAUTELAR DA LICITAÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA.

É proibida a utilização do pregão para a contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e da Nota de Transcrição, em referendar a decisão monocrática que:

- I) determinou, com fulcro no art. 121 da Resolução 24/2023, novo Regimento Interno, a suspensão do Pregão Eletrônico 03/2024, Processo 06/2024, promovido pelo Consórcio Intermunicipal da Baixa Mogiana – Cimog, até que fosse resolvido o mérito da presente denúncia nesta Corte;
- II) determinou à Secretaria da Segunda Câmara que fossem intimados, em caráter de urgência, os Srs. Custódio Ribeiro Garcia, Presidente do Cimog, e José Augusto Madeira Machado, Presidente da Comissão de Contratação, ambos subscritores do edital, bem como o sindicato denunciante, por meio de seus procuradores, acerca da decisão;
- III) fixou, na oportunidade, o prazo de 5 (cinco) dias para que os Srs. Custódio Ribeiro Garcia e José Augusto Madeira Machado comprovassem nos autos a adoção da medida ordenada, mediante a publicação do ato de suspensão do certame, sob pena de aplicação de multa, nos termos do art. 85, III, da Lei Complementar 102/2008;
- IV) determinou que os responsáveis pela licitação ainda deveriam ser advertidos de que eventual anulação ou revogação do certame devem ser comunicadas a este Tribunal, no prazo de até 5 (cinco) dias, contados da publicação da decisão respectiva, sob pena de aplicação da multa prevista no dispositivo legal acima mencionado;

- V) determinou que, cumpridas as medidas pertinentes, seja o feito encaminhado ao Ministério Público de Contas para manifestação preliminar.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Mauri Torres e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão o Subprocurador-Geral Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 6 de agosto de 2024.

WANDERLEY ÁVILA

Presidente

TELMO PASSARELI

Relator

(assinado digitalmente)



NOTA DE TRANSCRIÇÃO
SEGUNDA CÂMARA – 6/8/2024

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO TELMO PASSARELI:

REFERENDUM

Trata-se de decisão monocrática que proferi no processo em epígrafe, nos seguintes termos:

Trata-se de denúncia oferecida pelo Sindicato Nacional das Empresas de Arquitetura e Engenharia Consultiva – Sinaenco, com pedido de medida cautelar, acerca de alegadas irregularidades no edital do Pregão Eletrônico 3/2024, Processo 6/2024, promovido pelo Consórcio Intermunicipal da Baixa Mogiana – Cimog, objetivando o registro de preços para “contratação eventual, futura e parcelada de consultoria especializada em engenharia e arquitetura para realização de levantamentos, diagnósticos, estudos de concepção e viabilidade, estudos ambientais, licenciamentos, anteprojetos, projetos básicos, projetos executivos, aprovações e orçamentos de obras de edificações e infraestrutura, além de serviços de assessoria técnica, administrativa, gerenciamento, supervisão e fiscalização de obras para atendimento das demandas dos municípios consorciados”. A sessão de abertura das propostas foi designada para o dia 28/05/2024, às 8h30.

Em suma, o denunciante se insurge em face da (i) categorização, pela Administração, do objeto a ser licitado como “serviço comum de engenharia”, defendendo se tratar de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, nos moldes da Lei 14.133/2021; e da (ii) inexistência de discricionariedade para a Administração optar pela modalidade pregão, uma vez que não estariam presentes os requisitos para aquisição por meio de tal modalidade.

Por fim, requereu o deferimento de medida cautelar para suspensão do certame.

Protocolizada em 21/05/2024, a denúncia foi recebida por despacho do Conselheiro-Presidente em 21/05/2024 (peça 16) e distribuída à minha relatoria em 23/05/2024 (peça 17).

Antes de me manifestar acerca do pedido liminar, determinei a intimação dos Srs. Custódio Ribeiro Garcia, Presidente do Cimog, e José Augusto Madeira Machado, Presidente da Comissão de Contratação, ambos subscritores do edital, para que apresentassem esclarecimentos acerca dos fatos denunciados e encaminhassem cópia de toda a documentação relativa às fases interna e externa do certame (peça 18).

Em cumprimento à determinação, foi encaminhada a manifestação de peça 22 e 23, incluindo *link* do “Google Drive” com documentação relativa ao certame.

Após, considerando a especificidade técnica da matéria suscitada, remeti os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia – CFOSE para exame preliminar acerca da possibilidade e conveniência da suspensão do certame (peça 25).

Em 08/07/2024, a unidade técnica se posicionou pela procedência da denúncia e pelo deferimento do pedido cautelar, por entender (peça 29): inadequada a categorização do objeto, indevida a utilização do pregão, equivocada a adoção do critério de julgamento e ausente a motivação para o uso do sistema de registro de preços.

Em seguida, a CFOSE registrou que o centro da questão estaria na caracterização, ou não, do objeto do presente procedimento como “serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual”, tendo em vista que “a Lei 14.133/21 estabelece diversos critérios específicos para a licitação de serviços destas características, inclusive vedação de uso do pregão (art. 29, p.u.) e regras específicas relativas ao tipo da licitação (art. 36, § 1º, I e art. 37, § 2º)”.

Ainda de acordo com o referido relatório técnico tem-se que (sem grifos no original):

Consultando o edital em sua retificação mais recente, conforme *link* disponibilizado pelos responsáveis, identificou-se que o objeto foi dividido em quatro lotes, quais sejam:

- 1. Serviços técnicos profissionais
 - 1.1 Engenheiros/arquiteto para elaboração de projetos, coordenação, fiscalização, laudos entre outros;
 - 1.2 Projetista para elaboração de projetos;
 - 1.3 Serviços administrativos;
 - 1.4 Engenheiro/arquiteto para supervisão de obras;
 - 1.5 Técnico de edificações para supervisão de obras;
- 2. Topografia, levantamentos, análises e reconhecimento de terrenos e solos
 - 2.1 Topografia;
 - 2.2 Laboratório;
 - 2.3 Auxiliares de apoio;
 - 2.4 Serviços de topografia;
 - 2.5 Laudos técnicos;
 - 2.6 Investigações geotécnicas;
- 3. Projetos de edificações, memoriais e orçamentos
 - 3.1 Projetos de edificações;
 - 3.2 Memoriais descritivos;
 - 3.3 Orçamentos;
- 4. Projetos de infraestrutura, memoriais e orçamentos
 - 4.1 Projetos de infraestrutura;
 - 4.2 Memoriais descritivos;
 - 4.3 Orçamentos;

Comparando os serviços demandados com a listagem de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual da Lei 14.133/21, nota-se que, de fato, existem sobreposições, sendo o lote 01 alinhado às alíneas “a” e “d”, o lote 02 à alínea “h” e os lotes 03 e 04 à alínea “a”.

Tratando o assunto sob uma perspectiva conceitual, um serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual seria aquele que, além de depender de profissional com conhecimento técnico (como um engenheiro ou um arquiteto), possui níveis consideráveis de personalização e subjetividade.

Elaborando, **ao se contratar um trabalho intelectual, o serviço desejado é aquele que decorre da mente do profissional. Ou seja, ao se contratar, por exemplo, um projeto de edificação, o projeto em si é apenas o produto final do trabalho, porquanto a atividade desenvolvida é a aplicação do intelecto e do conhecimento do profissional na criação daquele produto. Assim, os trabalhos intelectuais carregam com si a personalidade do seu elaborador.** Voltando ao exemplo anterior, dois projetos de edificação propostos por dois profissionais para a mesma localidade e uso nunca serão idênticos, uma vez que cada profissional vai aplicar sua experiência, sua técnica e até mesmo suas preferências pessoais na confecção daquele projeto.

Por conta disso, **nota-se que a proibição do uso do pregão contida no Art. 29, p.u. da Lei 14.133/21 trata-se de mera decorrência lógica do conceito de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.** Isso porque, o pregão é destinado aos serviços comuns, sendo estes os “objetivamente padronizáveis” (Art. 6º, XXI, a), enquanto os serviços predominantemente intelectuais são, por definição, não padronizáveis.

Tudo isso posto, a questão se complica ao se considerar que **nem todo serviço de engenharia possui o mesmo escopo e a mesma complexidade.** Nesse contexto, os responsáveis da Administração destacaram trecho de entrevista com o ministro Benjamin Zymler do TCU na qual se apresenta exemplo de projeto de reforma de uma escola como um objeto passível de contratação via pregão. Isso porque, segundo o ministro, este trabalho envolve meramente o levantamento do estado de componentes que necessitam ser substituídos ou refeitos e a elaboração de um memorial com a especificação dos serviços, de forma que não existe trabalho criativo ou intelectual em um projeto desta natureza.

De fato, como pontuado pelo ministro, **existem serviços de engenharia que, embora se encontrem no bojo dos serviços intelectuais, apresentam grau de ordinariedade que permite se vislumbrar a definição de padrões objetivos de desempenho.** Outro exemplo válido, neste sentido, é a elaboração de projetos de pavimentação viária, nos quais o objetivo é o atendimento a padrões de desempenho viário bem definidos em normas técnicas, restando pouco espaço para variações inseridas pelos projetistas.

Ponderou o órgão técnico, contudo, que “a entrevista destacada pelos denunciados data de 28/07/2020, ou seja, sob a vigência das leis 8.666/93 e 10.520/02, e não da lei 14.133/21, que rege o presente certame”. E, assim, alertou que “os normativos que compunham a legislação prévia do sistema licitatório possuíam diversas lacunas em relação à contratação dos serviços de engenharia, especialmente no que diz respeito ao uso do pregão”.

Dito isso, mencionou que os Tribunais de Contas tiveram participação importante na consolidação das aplicações da legislação, destacando-se, por exemplo, a Súmula 257/2010 do TCU, no sentido de que “o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei 10.520/2002”.

Nesse tocante, ressaltou a CFOSE que (sem grifos no original):

[...] a questão posta segue sem solução. Isso porque, por um lado, a legislação vigente aparenta posicionar o objeto do presente pregão firmemente dentro dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, os quais não podem ser licitados via pregão. Por outro lado, a jurisprudência antiga aponta pela possibilidade de serviços como projetos (um dos itens centrais do presente objeto) serem licitados via pregão, isso sob a vigência de uma lei que já fixava a “elaboração de projetos” como serviços de natureza predominantemente intelectual, assim como feito pela nova lei (Art. 46, Lei 8.666/93 c/c Art. 6º, XVIII, Lei 14.133/21).

Sendo assim, afirmou que “o ponto focal da questão deve recair não sobre o que se manteve igual frente às leis anteriores, mas sobre o que foi introduzido como novidade pela Lei 14.133/21”. E, nesse sentido, elucidou que (sem grifos no original):

[...] o legislador entendeu ser importante destacar expressamente que o pregão não se aplica aos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, bem como as obras e os serviços de engenharia, com exceção apenas dos serviços comuns. Esse destaque não causa estranhamento, uma vez que a discussão sobre a possibilidade do uso do pregão na engenharia é constante, tendo esta Unidade Técnica se pronunciado em centenas de casos específicos (alguns pela possibilidade, outros pela proibição).

No caso da contratação de serviços como projetos, supervisão e consultoria (objetos dos lotes 1, 3 e 4 da presente contratação) o entendimento, **no geral, tem sido pela vedação do uso do pregão.** Isso porque, conforme destacado pela própria Administração no Estudo

Técnico Preliminar do edital, os projetos e a fiscalização das obras de engenharia são alguns dos pontos mais críticos na definição da qualidade das obras e dos serviços públicos no Brasil.

Nesse contexto, **a definição de padrões objetivos de desempenho e qualidade, tarefa obrigatória na qualificação de um objeto como comum, é tarefa desafiadora quando se trata de serviços desta natureza.** Tanto é que, como destacado pela denunciante, a Administração meramente afirmou no **item 3.8 do edital** que os serviços são “objetivamente padronizáveis”, **sem, contudo, definir qual seria esta padronização.**

Assim, dado o desafio da questão, questiona-se a Administração: quais seriam os padrões objetivos que se pretende utilizar para julgar a qualidade e o desempenho dos serviços de consultoria, fiscalização, supervisão e elaboração de projetos?

No que se refere, especificadamente, ao caso em apreço, o órgão técnico salientou que o instrumento convocatório informou que seriam contratados projetos, supervisões de obra, fiscalização de obras e memoriais descritivos, contudo, **não estabeleceu que tipo de obras**, de forma que “a elaboração de projeto de uma pequena unidade básica de saúde não poderia ser colocada no mesmo conjunto que o projeto de um grande centro de saúde que atenda a diversos municípios, uma vez que se trata de serviços vastamente diferentes, com necessidades de mão de obras e conhecimentos técnicos muito diferentes”.

Na mesma linha, indicaram os responsáveis que “as atividades a serem desempenhadas pelos profissionais da pessoa jurídica que sagrar-se vencedora da licitação são atividades corriqueiras e ordinárias da Administração Pública, tais como: confecção de projetos para obras padronizadas (UBS, escolas municipais, asfaltamento de vias, etc.)”; todavia, expandiram-se, consideravelmente, por meio do item 5 do Termo de Referência, “o escopo da contratação ao prever, basicamente, todo tipo de obra que pode ser realizada por uma Administração Pública municipal”.

A esse respeito, frisou a unidade técnica que (sem grifos no original):

[...] a presente contratação representa uma tendência que tem se popularizado entre os consórcios municipais jurisdicionados desta Corte. De certa forma, a melhor maneira de descrever o objeto deste tipo de certame é a contratação de um “departamento municipal de obras sob demanda”. Ou seja, os municípios consorciados, **ao invés de planejarem individualmente a execução de suas obras e serviços de engenharia, registram uma ata de preços que permitiria a elaboração de todo tipo de projeto e, quando o interesse ou a possibilidade econômica de realizar a obra se apresenta, acionam os serviços necessários** na ata para criar o projeto, auxiliar na elaboração do edital e fiscalizar a execução do serviço.

O resultado deste procedimento é a deflagração de **editais sem definições claras do objeto**, fato que, no geral, é usado como justificativa para a utilização do Sistema de Registro de Preços neste tipo de contratação, **mesclando indevidamente os conceitos de imprevisibilidade e de falta de planejamento urbano.**

Retomando a discussão afeta à natureza dos serviços, posicionou-se a CFOSE no sentido de que “a definição e listagem dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual prevista no art. 6º, XVIII, busca, ou pelo menos se servirá a evitar este tipo de contratação, uma vez que deixa pouca margem de interpretação quando define expressamente as atividades de planejamento e fiscalização, essenciais à execução de boas obras e serviços de engenharia, como serviços especializados e intelectuais”.

Pelo exposto, arrematou sob o argumento de que “os serviços previstos no presente edital, especialmente considerando que **o TR inclui todo tipo de obra na pretensão de uso da ata resultante, se encaixam na definição de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual** do art. 6º, XVIII”.

Diante disso, concluiu pela **proibição do uso do pregão**, conforme previsão expressa do art. 29, parágrafo único, da Lei 14.133/2021, entendendo como irregular, ainda, a contratação pelo tipo “menor preço”, uma vez que a previsão expressa no § 2º do art. 37 do citado diploma lega exige a ponderação da técnica como critério avaliativo das propostas.

Além disso, encerrou se posicionando pela irregularidade do uso do Sistema de Registro de Preços (SRP), considerando que “a contratação da elaboração de projetos não padronizados via SRP, como se pretendeu no presente caso, vai no sentido diametralmente oposto ao da proposição da legislação”, assim como, por conclusão lógica da leitura do inciso V do art. 82, ter-se-ia que “objetos que necessariamente devem ter a técnica como critério de julgamento (art. 37, § 2º) não podem ser contratados a partir do uso do SRP”.

À vista do exposto, opinou pela procedência total do apontamento, em todos os seus aspectos, manifestando-se pela concessão da medida cautelar de suspensão do certame (sem grifos no original):

O primeiro se refere à **probabilidade de que uma decisão tardia possa resultar em graves danos ao interesse público**. No caso específico do Pregão Eletrônico 003/2024, a sessão de abertura das propostas se iniciou no dia 11/06/2024, porém a sessão foi suspensa para realização de diligências as quais ainda não foram concluídas até a data de conclusão deste relatório. Nesse cenário, é iminente a conclusão do certame, **restando preenchido o requisito de *periculum in mora*** necessário para a atuação cautelar do Tribunal.

Quanto ao *fumus boni iuris*, que consiste na **probabilidade de existência do direito invocado pela denunciante**, entende esta Unidade Técnica que, **de fato, houve violação da legislação que rege o procedimento licitatório em análise**. Isso porque, conforme demonstrado, a regência licitatória da Lei 14.133/21 **não comporta a realização de licitação para registro de preços de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual**, tampouco a licitação de tais serviços por pregão ou somente pelo **menor preço da proposta**.

Em consulta ao Portal AMM Licita⁽¹⁾, sistema eleito pela Administração para a realização no pregão eletrônico, consta a informação de que será dado andamento ao certame no dia 10/07/2024 às 13h30, sendo convocados todos os licitantes e interessados para, nessa data e horário, dar continuidade aos trâmites do procedimento (comprovante em anexo).

Nesse contexto, considerando o teor do relatório técnico elaborado pela CFOSE à peça 29, o qual adoto na íntegra como razão de decidir, entendo, em sede de juízo superficial e urgente, presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, razão pela qual determino, com fundamento no art. 121 do Regimento Interno deste Tribunal, **a suspensão do Pregão Eletrônico 3/2024, Processo 6/2024, promovido pelo Consórcio Intermunicipal da Baixa Mogiana – Cimog**, até que seja resolvido o mérito da presente denúncia nesta Corte.

À **Secretaria da Segunda Câmara** para que sejam intimados, em caráter de urgência, os Srs. Custódio Ribeiro Garcia, Presidente do Cimog, e José Augusto Madeira Machado, Presidente da Comissão de Contratação, ambos subscritores do edital, bem como o sindicato denunciante, por meio de seus procuradores, acerca desta decisão.

Fixo, na oportunidade, o **prazo de 5 (cinco) dias** para que os Srs. Custódio Ribeiro Garcia e José Augusto Madeira Machado comprovem nos autos a adoção da medida ordenada, mediante a publicação do ato de suspensão do certame, sob pena de aplicação de multa, nos termos do art. 85, III, da Lei Complementar 102/2008.

¹ Disponível em <https://app2.ammlicita.org.br/pesquisa/29026>. Acesso em 9 de jul. 2024.

Os responsáveis pela licitação ainda deverão ser advertidos de que eventual anulação ou revogação do certame deverão ser comunicadas a este Tribunal, no prazo de até 5 (cinco) dias, contados da publicação da decisão respectiva, sob pena de aplicação da multa prevista no dispositivo legal acima mencionado.

Por fim, deverão ser adotadas as medidas necessárias para apreciação imediata desta decisão monocrática pelo colegiado competente, nos termos do disposto no art. 118, §1º do Regimento Interno.

Cumpridas as medidas pertinentes, seja o feito encaminhado ao Ministério Público de Contas para manifestação preliminar.

Em face do exposto, nos termos do parágrafo único do art. 60 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas e do § 1º do art. 118 do Regimento Interno, submeto a referida decisão à apreciação da Segunda Câmara.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Referendo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Também referendo.

DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA.

(PRESENTE À SESSÃO O SUBPROCURADOR-GERAL DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)

ms/rp/SR

