

PROCESSO Nº: @LCC 20/00440368
UNIDADE GESTORA: Prefeitura Municipal de Jaguaruna
RESPONSÁVEL: Ednilson Montini da Costa
ASSUNTO: Contratação de pessoa jurídica, com fornecimento de materiais e mão de obra, para execução de serviços de pavimentação asfáltica, incluindo terraplanagem, drenagem pluvial, OAC e sinalização viária, da Rodovia Municipal Emídio Ricardo, trecho Olho D'Água.

RELATOR: Luiz Roberto Herbst
DECISÃO SINGULAR: GAC/LRH - 860/2020

DECISÃO SINGULAR

Tratam os autos de análise do Edital de Pregão Presencial nº 27/2020 (fls. 2-52), lançado pelo Município de Jaguaruna, cujo objeto é a “contratação de pessoa jurídica, com fornecimento de materiais e mão de obra, para execução de serviços de pavimentação asfáltica, incluindo terraplanagem, drenagem pluvial, OAC e sinalização viária, da rodovia municipal Emídio Ricardo, trecho Olho D'Água – Poços, com extensão de 9.005,37 m² (...)”, encaminhado a este Tribunal para exame preliminar, em cumprimento a Instrução Normativa nº TC 21/2015.

O Edital da modalidade Pregão Presencial, do tipo Menor Preço Global, com orçamento máximo estimado de R\$ 11.056.074,14, possui a abertura da sessão prevista para o dia 11/8/2020, às 9h (fl. 3).

Este Tribunal recebeu informação do Observatório Social do Brasil, por meio do Ofício 004/2020 da Força Tarefa Cidadã (fl. 231), quanto à possível irregularidade no certame. Segundo consta do Relatório do Observatório Social do Brasil, a licitação inicialmente foi lançada como Concorrência Pública nº 01/2020, porém, após impugnação daquele Observatório Social quanto a irregularidades no orçamento básico, a Prefeitura de Jaguaruna anulou o certame, corrigiu as impropriedades e relançou o edital na modalidade Pregão (fls. 232-235).

A Diretoria de Licitações e Contratações (DLC), em análise preliminar do novo edital (Pregão Presencial nº 27/2020), elaborou o Relatório nº 643/2020 (fls. 236-243), oportunidade em que abordou apenas o ponto do edital que julgou crucial para a possível sustação preliminar do certame, considerando o curto espaço de

tempo até a abertura prevista do pregão (11/8/2020). No caso é o que versa sobre a utilização indevida de pregão para realização de obras e serviços de engenharia.

Concluída a análise preliminar, a DLC pede a concessão de cautelar para sustar o andamento do certame até que a análise integral do Edital seja realizada.

Os autos seguiram para manifestação deste Relator.

É o relatório.

Passo a apreciar a sugestão de encaminhamento trazida pela Diretoria de Licitações e Contratações.

Sobre o ponto analisado, a Instrução inicialmente discorreu sobre a legislação que trata da modalidade de pregão e sobre a impossibilidade de adoção dessa modalidade para realização de obras de engenharia, destacando o que segue:

Com o advento da Lei (federal) n. 10.520/2002, foi instituída no ordenamento jurídico nacional uma nova modalidade de licitação, qual seja pregão, destina-se à aquisição de bens e serviços comuns pelo menor preço oferecido, qualquer que seja o valor da contratação, caracteriza-se pela disputa dos licitantes mediante apresentação de lances, e pode ser realizado de forma presencial ou eletrônica.

O pregão e sistema de registro de preços, ambos, são destinados para compras e contratação de bens e serviços comuns. A partir dessas informações pode-se inferir, de início, que obras de engenharia não encontram amparo legal para serem licitadas via pregão, a Lei (federal) 10.520/2002 não previu tal possibilidade. Nessa esteira o Decreto (federal) 5.450/2005, que regulamentou o pregão na forma eletrônica, menciona em seu art. 6º tal vedação para esta modalidade:

Art. 6º A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.

De mesmo modo, o Decreto (federal) 3.555/2000, que regulamenta o pregão na forma presencial, em seu art. 5º, pontifica:

Art. 5º A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração.

O eminente jurista Marçal Justen Filho, em seu livro Curso de Direito Administrativo¹, traz importante comentário sobre os pressupostos de cabimento do pregão:

1JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 7ª edição. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2011.

O pregão somente é cabível quando a contratação versar sobre um objeto comum, cuja definição legal é insuficiente: "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" (art. 1º, parágrafo único, Lei nº 10.520). Essa definição é pouco útil porque todos os bens e serviços licitados podem e devem ser objetivamente definidos no edital e sempre mediante especificações usuais no mercado.

A DLC prossegue trazendo a distinção entre obra e serviço de engenharia disposta no art. 6º da Lei Federal nº 8.666/1993:

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;

Também cita a orientação técnica OT – IBR nº 2/2009², do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP:

3. DEFINIÇÃO DE OBRA

Obra de engenharia é 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.**

Para efeito desta Orientação Técnica, conceitua-se:

3.1 - Ampliar: produzir aumento na área construída de uma edificação ou de quaisquer dimensões de uma obra que já exista.

3.2 - Construir: consiste no ato de executar ou edificar uma obra nova.

3.3 - Fabricar: produzir ou transformar bens de consumo ou de produção através de processos industriais ou de manufatura.

3.4.- Recuperar: tem o sentido de restaurar, de fazer com que a obra retome suas características anteriores abrangendo um conjunto de serviços.

3.5 - Reformar: consiste em alterar as características de partes de uma obra ou de seu todo, desde que mantendo as características de volume ou área sem acréscimos e a função de sua utilização atual.

4. DEFINIÇÃO DE SERVIÇO DE ENGENHARIA

Serviço de Engenharia é toda a atividade que **necessite da participação e acompanhamento de profissional habilitado conforme o disposto na Lei federal nº 5.194/66.** tais como: consertar, instalar, montar, operar, conservar, reparar, adaptar, manter, transportar, ou ainda, demolir. Incluem-se nesta definição as atividades profissionais referentes aos serviços técnicos profissionais especializados de projetos e planejamentos, estudos técnicos, pareceres, perícias, avaliações, assessorias, consultorias, auditorias, fiscalização, supervisão ou gerenciamento.

Para efeito desta Orientação Técnica, conceitua-se:

²Disponível em <http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/06/OT-IBR-02-2009-ibraop-01-07-10.pdf>

- 4.1 - Adaptar: transformar instalação, equipamento ou dispositivo para uso diferente daquele originalmente proposto. Quando se tratar de alterar visando adaptar obras, este conceito será designado de reforma.
- 4.2. - Consertar: colocar em bom estado de uso ou funcionamento o objeto danificado; corrigir defeito ou falha.
- 4.3 - Conservar: conjunto de operações visando preservar ou manter em bom estado, fazer durar, guardar adequadamente, permanecer ou continuar nas condições de conforto e segurança previsto no projeto.
- 4.4 - Demolir: ato de pôr abaixo, desmanchar, destruir ou desfazer obra ou suas partes.
- 4.5 - Instalar: atividade de colocar ou dispor convenientemente peças, equipamentos, acessórios ou sistemas, em determinada obra ou serviço.
- 4.6. - Manter: preservar aparelhos, máquinas, equipamentos e obras em bom estado de operação, assegurando sua plena funcionalidade.
- 4.7- Montar: arranjar ou dispor ordenadamente peças ou mecanismos, de modo a compor um todo a funcionar. Se a montagem for do todo, deve ser considerada fabricação.
- 4.8 - Operar: fazer funcionar obras, equipamentos ou mecanismos para produzir certos efeitos ou produtos.
- 4.9 - Reparar: fazer que a peça, ou parte dela, retome suas características anteriores. Nas edificações define-se como um serviço em partes da mesma, diferenciando-se de recuperar.
- 4.10- Transportar: conduzir de um ponto a outro, cargas cujas condições de manuseio ou segurança obriguem a adoção de técnicas ou conhecimentos de engenharia. (Grifou-se)

Nesse sentido, ressaltou que este Tribunal de Contas já se manifestou e orientou em casos análogos, conforme prejulgado 2149:

1. É possível a utilização da modalidade Pregão para a contratação de serviços comuns de engenharia, desde que não necessitem de aferição técnica mais apurada, sejam considerados usuais e rotineiros e a Administração tenha como defini-los nos atos convocatórios das licitações de forma satisfatória;
2. O serviço de engenharia pode ser considerado comum quando as características, quantidades e qualidade forem passíveis de especificações usuais no mercado.

A DLC também cita os seguintes processos em que foram determinadas cautelarmente as sustações de editais para obras, na modalidade Pregão, através do sistema de registro de preços: LCC 17/00525910, LCC 17/00591972, LCC17/00734757, LCC 18/00556745, LCC 18/00656960, LCC 18/00942890 e LCC 18/00988530.

A diretoria técnica conclui que a utilização da modalidade pregão para contratar obra e serviço de engenharia caracteriza infração ao art. 1º da Lei Federal nº 10.520/2002, pois o objeto do edital em análise refere-se à contratação de obras e serviços de engenharia que visam à pavimentação asfáltica de rodovia do Município de Jaguaruna. Ou seja, o objeto trata claramente de uma obra de engenharia.

Assim estabelece o art. 1º da Lei Federal nº 10.520/2002:

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.

Ao final, a diretoria técnica conclui que a contratação efetuada pelo edital em tela não poderia ser realizada por pregão, apontando que a irregularidade é passível de deferimento de medida cautelar, ressaltando que:

Assim, os itens relativos à obra não possuem o amparo legal para serem contratados por esta modalidade. Isso porque, para contratação de obras, a Lei Federal n. 8.666/1993 traz uma série de diferenças incompatíveis com a modalidade, tanto quanto ao prazo de publicação quanto a impossibilidade de ofertar lances em orçamentos complexos de obras.

Obras desse valor devem ser licitadas na modalidade concorrência, o que disponibiliza um prazo mínimo de 30 dias para as licitantes tomarem conhecimento do edital e elaborarem a proposta. Não é razoável supor que uma empresa consiga preparar uma oferta devidamente avaliada para uma obra de R\$ 11.056.074,14 em um prazo tão exíguo. Observa-se com base nos projetos apresentados³ que o Edital de Pregão Presencial n. 27/2020 apresenta um escopo bastante amplo, somando 170 páginas de documentos técnicos a serem avaliados, nos quais exigem profissionais com qualificação técnica para uma adequada orçamentação do objeto, não podendo ser classificados como serviços comuns.

Sobre a fase de lances em um pregão, o doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁴ pontua:

Não é raro que os licitantes na fase de lances, para não perder a expectativa de contrato, acabem por apresentar preço inexecutável, reduzindo o preço aquém da possibilidade de pagamento do mínimo legal.

Marçal Justen Filho⁵ também abarca esse tema:

Outro problema sério é o da inexecutabilidade de propostas e lances. O problema agrava-se quanto a estes últimos. **A natureza do processo de oferta de lances pode produzir uma ausência de controle efetivo por parte da Administração acerca de preços inexecutáveis.** Os interessados, no afã de obter a contratação, acabariam por ultrapassar o limite da executabilidade, reduzindo a montantes inferiores aos plausíveis. (Grifou-se)

Se o controle dos lances já é dificultoso em aquisições e serviços comuns, quão mais complexo não seria essa verificação em orçamentos de obras? Neste sentido entende-se a contratação efetuada pelo edital em tela não poderia ser realizada por Pregão, contrariando os arts. 1º, parágrafo único da Lei (federal) n. 10.520/2002, combinado com o art. 6º, I, II da Lei (federal)

³ FIs. 55 a 225

⁴ Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 502

⁵ Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2009, pp. 104-105

n. 8.666/1993, bem como o prejulgado n. 2149 TCE/SC e a jurisprudência apresentada.

(...)

Verifica-se que há, nos autos, os pressupostos acima mencionados: o uso indevido de pregão para obras e serviços de engenharia. Frisa-se, ainda, que a abertura do referido certame está prevista para 11/08/2020, sendo necessária a sustação cautelar para evitar a homologação e/ou a contratação do objeto com essas possíveis irregularidades.

Do exposto, inicialmente, pondero que o pedido cautelar toma por fundamento o poder geral de cautela, inerente à atuação dos tribunais de contas no seu dever de zelar pela preservação do erário e do patrimônio público, bem como pela obediência aos princípios que regem a Administração Pública.

O Regimento Interno desta Corte de Contas⁶ cumulado com a Instrução Normativa nº TC-0021/2015⁷ possibilita ao Relator por meio de despacho monocrático, inclusive *inaudita altera parte*, a sustação do procedimento licitatório em casos de urgência.

A medida cautelar é concedida quando a demora da decisão pode causar prejuízo (*periculum in mora*) e quando se avalia que o pedido apresentado tem fundamentos jurídicos aceitáveis (*fumus boni iuris*).

Após esses esclarecimentos, passo à análise dos requisitos necessários para concessão de cautelar *inaudita altera parte*, que se trata de providência processual voltada, no caso, a acautelar os efeitos externos ou secundários da providência final.

Os requisitos exigidos para a concessão da tutela cautelar são a fundada ameaça de grave lesão ao erário ou ao direito dos interessados no edital, o *fumus boni iuris*, e o *periculum in mora*, traduzido na situação de perigo da manutenção da questão supostamente ilegal.

⁶ Art. 114-A. Em caso de urgência, havendo fundada ameaça de grave lesão ao erário ou fundados indícios de favorecimento pessoal ou de terceiros, bem como para assegurar a eficácia da decisão de mérito, mediante requerimento, ou por iniciativa própria, o Relator, com ou sem a **prévia manifestação do fiscalizado, interessado, ou do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, determinará, através de decisão singular**, à autoridade competente a sustação do ato até decisão ulterior que revogue a medida ou até a deliberação pelo Tribunal Pleno. (grifou-se)

⁷ Art. 29. Em caso de urgência, de fundada ameaça de grave lesão ao erário ou a direito dos licitantes, de fundados indícios de favorecimento pessoal ou de terceiros e para assegurar a eficácia da decisão de mérito, o Relator poderá determinar à autoridade competente a sustação do procedimento licitatório, bem como dos atos administrativos vinculados à execução do contrato, incluídos quaisquer pagamentos decorrentes do contrato impugnado, até decisão posterior que revogue a medida ou até a decisão definitiva, nos termos do art. 114-A do Regimento Interno desta Casa – Resolução n. TC-06/2001.

À vista do pronunciamento da Instrução (Relatório nº DLC 643/2020), verifico, ao menos neste exame preliminar, que resta demonstrado o *fumus boni iuris*, em razão dos indícios de irregularidades relacionados ao uso indevido de pregão para contratação de obras e serviços de engenharia, de forma a zelar pela preservação do erário e do patrimônio público, considerando o alto valor envolvido na possível contratação.

Quanto ao *periculum in mora* (perigo na demora), analisando o que dos autos consta, deflui pelo fato do certame apresentar-se com a abertura da sessão prevista para o dia 11/8/2020, motivo pelo qual entendo presentes os requisitos dispostos no artigo 114-A do Regimento Interno desta Corte de Contas, bem como no art. 29 da Instrução Normativa nº TC-0021/2015, que autorizam a sustação do Edital, até decisão definitiva ulterior.

Diante do exposto, DECIDO:

1.1 Conhecer do Relatório nº DLC 643/2020, que analisou preliminarmente sob os aspectos técnicos de engenharia, o Edital de Pregão Presencial nº 27/2020, lançado pelo Município de Jaguaruna, cujo objeto é o “contratação de pessoa jurídica, com fornecimento de materiais e mão de obra, para execução de serviços de pavimentação asfáltica, incluindo terraplanagem, drenagem pluvial, OAC e sinalização viária, da rodovia municipal Emídio Ricardo, trecho Olho D’Água – Poços, com extensão de 9.005,37 m² (...)”, com base nos ditames legais da Lei Federal nº 8.666/1993.

1.2 Determinar cautelarmente ao senhor Edenilson Montini da Costa, Prefeito Municipal de Jaguaruna e subscritor do Edital, com base no art. 114-A da Resolução nº TC-06/2001 (Regimento Interno) c/c artigo 29 da Instrução Normativa nº TC 021/2015, que promova a **SUSTAÇÃO** do Pregão Presencial nº 27/2020, na fase em que se encontrar, até manifestação ulterior que revogue a medida *ex officio*, ou até a deliberação pelo Egrégio Tribunal Pleno, em face da utilização indevida de pregão para contratação de obras e serviços de engenharia, em desacordo com o art. 1º, parágrafo único, da Lei Federal nº 10.520/2002, c/c o art. 6º, I, II da Lei

Federal nº 8.666/1993, o art. 5º do Decreto Federal nº 3.555/2000, bem como o prejulgado nº 2149 do TCE/SC; devendo a medida ser comprovada em **até 5 (cinco) dias**.

1.3 Determino que seja notificado o senhor Edenilson Montini da Costa, para, querendo, no prazo de **5 (cinco) dias** a contar do recebimento da notificação, manifeste-se sobre a irregularidade verificada.

1.4 Dar conhecimento desta Decisão aos Conselheiros e Auditores substitutos de Conselheiros deste Tribunal.

1.5 Dar ciência imediata desta Decisão e do Relatório DLC nº 643/2020 ao senhor Edenilson Montini da Costa, bem como ao Controle Interno da Prefeitura Municipal de Jaguaruna.

1.6 Submeta-se a medida cautelar ao Plenário na próxima Sessão, nos termos do § 1º do Artigo 114-A do Regimento Interno desta Corte de Contas.

1.7. Remetam-se os autos à DLC para análise pormenorizada do Edital de Pregão Presencial nº 27/2020 da Prefeitura Municipal de Jaguaruna

Florianópolis, em 7 de agosto de 2020.

LUIZ ROBERTO HERBST
CONSELHEIRO RELATOR

ENC: Sustação do Processo Licitatório - Pregão Presencial nº 27/2020

Renata Ulysséa <renataulyssea@outlook.com>

Qua, 12/08/2020 15:28

Para: Departamento de Licitação PMJ <licitacao.pmj@hotmail.com> 1 anexos (112 KB)

TCE-SC_Diário Oficial.pdf;

Favor sustar o processo na fase em que se encontra.

De: controleinterno@jaguaruna.sc.gov.br <controleinterno@jaguaruna.sc.gov.br>**Enviada em:** quarta-feira, 12 de agosto de 2020 09:08**Para:** administracao@jaguaruna.sc.gov.br; gabineteprefeito@jaguaruna.sc.gov.br; Renata Ulysséa <renataulyssea@outlook.com>**Assunto:** Sustação do Processo Licitatório - Pregão Presencial nº 27/2020

Bom dia, Prezados(as).

Tendo em vista o e-mail abaixo, que trata de comunicação do TCE-SC a respeito de decisão do processo @LCC 20/00440368, que determina a sustação cautelar do Processo Licitatório do Pregão Presencial nº 27/2020, na fase em que se encontrar, até manifestação ulterior do TCE-SC que revogue a medida ex officio, ou até a deliberação pelo Egrégio Tribunal Pleno, em face da utilização indevida de pregão para contratação de obras e serviços de engenharia, em desacordo com o art. 1º, parágrafo único, da Lei Federal nº 10.520/2002, c/c o art. 6º, I, II da Lei Federal nº 8.666/1993, o art. 5º do Decreto Federal nº 3.555/2000, bem como o prejudgado nº 2149 do TCE/SC;

Tendo em vista a necessidade de a medida ser comprovada em até 5 (cinco) dias, conforme informações constantes no Diário Oficial do TCE-SC publicado no dia de hoje (12/08/2020), vide anexo.

Recomenda-se que sejam adotadas as medidas administrativas necessárias para que seja dado cumprimento à decisão do TCE-SC.

Ressalta-se o ponto do edital crucial para a possível sustação preliminar do certame foi o curto espaço de tempo até a abertura prevista do pregão (11/8/2020), tendo em vista utilização indevida de pregão para realização de obras e serviços de engenharia.

O Tribunal pontuou que as obras de engenharia não encontram amparo legal para serem licitadas via pregão e que obras desse valor devem ser licitadas na modalidade concorrência, o que disponibiliza um prazo mínimo de 30 dias para as licitantes tomarem conhecimento do edital e elaborarem a proposta.

Por gentileza, confirmar recebimento da presente mensagem.

Atenciosamente,

Kadani Zibetti

Analista de Controle Interno

Depto. de Controle Interno e Ouvidoria

Município de Jaguaruna/SC
+55 (48) 3624-8407 / 3624-8405
[Portal da Ouvidoria Municipal](#)
[Portal de Acesso à Informação](#)

De: Secretario de Governo [<mailto:gabineteprefeito@jaguaruna.sc.gov.br>]

Enviada em: terça-feira, 11 de agosto de 2020 08:27

Para: controleinterno

Assunto: Fwd: Comunicação de Decisão no processo @LCC 20/00440368, referente determinação de sustação cautelar de procedimento licitatório ou de ato

Secretaria de Governo
48-3624-8412

----- Mensagem original -----

Assunto: Comunicação de Decisão no processo @LCC 20/00440368, referente determinação de sustação cautelar de procedimento licitatório ou de ato

Data: 10-08-2020 16:50

De: sistemas@tcsc.tc.br

Para: gabineteprefeito@jaguaruna.sc.gov.br

Comunicação de Decisão no processo @LCC 20/00440368, referente determinação de sustação cautelar de procedimento licitatório ou de ato

Senhor(a) Prefeito Municipal,

Comunico decisão no processo n. @LCC 20/00440368 que determina a sustação cautelar referente CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA, COM FORNECIMENTO DE MATERIAIS E MÃO DE OBRA, PARA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA, INCLUINDO TERRAPLANAGEM,

DRENAGEM PLUVIAL, OAC E SINALIZAÇÃO VIÁRIA, DA RODOVIA MUNICIPAL
EMÍDIO RICARDO, TRECHO OLHO D'ÁGUA

A cópia dos autos pode ser acessada no endereço via
internet:<http://virtual.tce.sc.gov.br/web/#/visualizador/publico/processo>, digitando a
seguinte chave: Chave de Acesso: 81C329C4-7, Processo: 2000440368

SEG/DICM - Divisão de Comunicações

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Rua Bulcão Viana, 90, Centro
Caixa Postal 733 - CEP 88.020-160
Florianópolis / SC

UNIDADE TÉCNICA: Divisão 2 - DAP/CAPE I/DIV2

DECISÃO SINGULAR: GAC/CFF - 899/2020

Trata-se do ato aposentatório de SILVANEIA AYRES NOGUEIRA SACHUK, submetido à apreciação do Tribunal de Contas nos termos em que dispõem os arts. 59, III, da Constituição Estadual, 1º, IV, da Lei Complementar nº 202/2000, 1º, IV, do Regimento Interno do Tribunal de Contas - Resolução nº TC 06/2001, e a Resolução nº TC- 35, de 17 de dezembro de 2008.

A Diretoria de Controle de Atos de Pessoal, por meio do Relatório DAP 4036/2020, sugeriu ordenar o registro do ato de aposentadoria em questão, dada a regularidade do mesmo.

Instado a se manifestar, o Ministério Público de Contas, mediante o Parecer n. MPC/CF/1598/2020, acompanhou o posicionamento emitido pela DAP.

Em seguida veio o processo, na forma regimental, para decisão.

Considerando-se o Relatório Técnico emitido pela Diretoria de Controle de Atos de Pessoal e o Parecer do Ministério Público de Contas, acima mencionados, decide-se:

1. Ordenar o registro, nos termos do artigo 34, inciso II, combinado com o artigo 36, § 2º, letra 'b', da Lei Complementar nº 202/2000, do ato de aposentadoria de Silvaneia Ayres Nogueira Sachuk, servidora da Prefeitura Municipal de Itajaí, ocupante do cargo de PROFESSOR, nível 3-III-A10, matrícula nº 495703, CPF nº 384.779.126-53, consubstanciado no Ato nº 275/18, de 07/11/2018, considerado legal conforme análise realizada.

2. Dar ciência da Decisão ao Instituto de Previdência de Itajaí - IPI.

Florianópolis, em 31 de julho de 2020.

CESAR FILOMENO FONTES

Conselheiro Relator

PROCESSO Nº: @APE 19/00002369

UNIDADE GESTORA: Instituto de Previdência de Itajaí - IPI

RESPONSÁVEL: Maria Elisabeth Bittencourt

INTERESSADOS: Prefeitura Municipal de Itajaí

ASSUNTO: Registro de Ato de Aposentadoria de Jacinta Uller

RELATOR: Cesar Filomeno Fontes

UNIDADE TÉCNICA: Divisão 2 - DAP/CAPE I/DIV2

DECISÃO SINGULAR: GAC/CFF - 898/2020

Trata-se do ato aposentatório de JACINTA ULLER, submetido à apreciação do Tribunal de Contas, - nos termos em que dispõem os arts. 59, III, da Constituição Estadual, 1º, IV, da Lei Complementar nº 202/2000, 1º, IV, do Regimento Interno do Tribunal de Contas - Resolução nº TC 06/2001, e a Resolução nº TC- 35, de 17 de dezembro de 2008.

A Diretoria de Controle de Atos de Pessoal, por meio do Relatório DAP 4037/2020, sugeriu ordenar o registro do ato de aposentadoria em questão, dada a regularidade do mesmo.

Instado a se manifestar, o Ministério Público de Contas, mediante o Parecer n. MPC/CF/1594/2020, acompanhou o posicionamento emitido pela DAP.

Em seguida veio o processo, na forma regimental, para decisão.

Considerando-se o Relatório Técnico emitido pela Diretoria de Controle de Atos de Pessoal e o Parecer do Ministério Público de Contas, acima mencionados, decide-se:

1. Ordenar o registro, nos termos do artigo 34, inciso II, combinado com o artigo 36, § 2º, letra 'b', da Lei Complementar nº 202/2000, do ato de aposentadoria de Jacinta Uller, servidora da Prefeitura Municipal de Itajaí, ocupante do cargo de Professor, nível 3-IV-C3, matrícula nº 4179001, CPF nº 597.265.989-15, consubstanciado no Ato nº 272/18, de 31/10/2018, considerado legal conforme análise realizada.

2. Dar ciência da Decisão ao Instituto de Previdência de Itajaí - IPI.

Florianópolis, em 31 de julho de 2020.

CESAR FILOMENO FONTES

Conselheiro Relator

Jaguaruna

PROCESSO Nº: @LCC 20/00440368

UNIDADE GESTORA: Prefeitura Municipal de Jaguaruna

RESPONSÁVEL: Edenilson Montini da Costa

ASSUNTO: Contratação de pessoa jurídica, com fornecimento de materiais e mão de obra, para execução de serviços de pavimentação asfáltica, incluindo terraplanagem, drenagem pluvial, OAC e sinalização viária, da Rodovia Municipal Emídio Ricardo, trecho Olho D'Água.

RELATOR: Luiz Roberto Herbst

DECISÃO SINGULAR: GAC/LRH - 860/2020

Tratam os autos de análise do Edital de Pregão Presencial nº 27/2020 (fls. 2-52), lançado pelo Município de Jaguaruna, cujo objeto é a "contratação de pessoa jurídica, com fornecimento de materiais e mão de obra, para execução de serviços de pavimentação asfáltica, incluindo terraplanagem, drenagem pluvial, OAC e sinalização viária, da rodovia municipal Emídio Ricardo, trecho Olho D'Água – Poços, com extensão de 9.005,37 m² (...)", encaminhado a este Tribunal para exame preliminar, em cumprimento a Instrução Normativa nº TC 21/2015.

O Edital da modalidade Pregão Presencial, do tipo Menor Preço Global, com orçamento máximo estimado de R\$ 11.056.074,14, possui a abertura da sessão prevista para o dia 11/8/2020, às 9h (fl. 3).

Este Tribunal recebeu informação do Observatório Social do Brasil, por meio do Ofício 004/2020 da Força Tarefa Cidadã (fl. 231), quanto à possível irregularidade no certame. Segundo consta do Relatório do Observatório Social do Brasil, a licitação inicialmente foi lançada como Concorrência Pública nº 01/2020, porém, após impugnação daquele Observatório Social quanto a irregularidades no orçamento básico, a Prefeitura de Jaguaruna anulou o certame, corrigiu as impropriedades e relançou o edital na modalidade Pregão (fls. 232-235).

A Diretoria de Licitações e Contratações (DLC), em análise preliminar do novo edital (Pregão Presencial nº 27/2020), elaborou o Relatório nº 643/2020 (fls. 236-243), oportunidade em que abordou apenas o ponto do edital que julgou crucial para a possível sustação preliminar do certame, considerando o curto espaço de tempo até a abertura prevista do pregão (11/8/2020). No caso é o que versa sobre a utilização indevida de pregão para realização de obras e serviços de engenharia.

Concluída a análise preliminar, a DLC pede a concessão de cautelar para sustar o andamento do certame até que a análise integral do Edital seja realizada.

Os autos seguiram para manifestação deste Relator.

É o relatório.

Passo a apreciar a sugestão de encaminhamento trazida pela Diretoria de Licitações e Contratações.

Sobre o ponto analisado, a Instrução inicialmente discorreu sobre a legislação que trata da modalidade de pregão e sobre a impossibilidade de adoção dessa modalidade para realização de obras de engenharia, destacando o que segue:

Com o advento da Lei (federal) n. 10.520/2002, foi instituída no ordenamento jurídico nacional uma nova modalidade de licitação, qual seja pregão, destina-se à aquisição de bens e serviços comuns pelo menor preço oferecido, qualquer que seja o valor da contratação, caracteriza-se pela disputa dos licitantes mediante apresentação de lances, e pode ser realizado de forma presencial ou eletrônica.

O pregão e sistema de registro de preços, ambos, são destinados para compras e contratação de bens e serviços comuns. A partir dessas informações pode-se inferir, de início, que obras de engenharia não encontram amparo legal para serem licitadas via pregão, a Lei (federal) 10.520/2002 não previu tal possibilidade. Nessa esteira o Decreto (federal) 5.450/2005, que regulamentou o pregão na forma eletrônica, menciona em seu art. 6º tal vedação para esta modalidade:

Art. 6º A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.

De mesmo modo, o Decreto (federal) 3.555/2000, que regulamenta o pregão na forma presencial, em seu art. 5º, pontifica:

Art. 5º A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração.

O eminente jurista Marçal Justen Filho, em seu livro Curso de Direito Administrativo, traz importante comentário sobre os pressupostos de cabimento do pregão:

O pregão somente é cabível quando a contratação versar sobre um objeto comum, cuja definição legal é insuficiente: "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" (art. 1º, parágrafo único, Lei nº 10.520). Essa definição é pouco útil porque todos os bens e serviços licitados podem e devem ser objetivamente definidos no edital e sempre mediante especificações usuais no mercado.

A DLC prossigue trazendo a distinção entre obra e serviço de engenharia disposta no art. 6º da Lei Federal nº 8.666/1993:

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;

Também cita a orientação técnica OT – IBR nº 2/2009, do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP:

3. DEFINIÇÃO DE OBRA

Obra de engenharia é 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.**

Para efeito desta Orientação Técnica, conceitua-se:

3.1 - Ampliar: produzir aumento na área construída de uma edificação ou de quaisquer dimensões de uma obra que já exista.

3.2 - Construir: consiste no ato de executar ou edificar uma obra nova.

3.3 - Fabricar: produzir ou transformar bens de consumo ou de produção através de processos industriais ou de manufatura.

3.4.- Recuperar: tem o sentido de restaurar, de fazer com que a obra retome suas características anteriores abrangendo um conjunto de serviços.

3.5 - Reformar: consiste em alterar as características de partes de uma obra ou de seu todo, desde que mantendo as características de volume ou área sem acréscimos e a função de sua utilização atual.

4. DEFINIÇÃO DE SERVIÇO DE ENGENHARIA

Serviço de Engenharia é toda a atividade que **necessite da participação e acompanhamento de profissional habilitado conforme o disposto na Lei federal nº 5.194/66**, tais como: consertar, instalar, montar, operar, conservar, reparar, adaptar, manter, transportar, ou ainda, demolir. Incluem-se nesta definição as atividades profissionais referentes aos serviços técnicos profissionais especializados de projetos e planejamentos, estudos técnicos, pareceres, perícias, avaliações, assessorias, consultorias, auditorias, fiscalização, supervisão ou gerenciamento.

Para efeito desta Orientação Técnica, conceitua-se:

4.1 - Adaptar: transformar instalação, equipamento ou dispositivo para uso diferente daquele originalmente proposto. Quando se tratar de alterar visando adaptar obras, este conceito será designado de reforma.

4.2. - Consertar: colocar em bom estado de uso ou funcionamento o objeto danificado; corrigir defeito ou falha.

4.3 - Conservar: conjunto de operações visando preservar ou manter em bom estado, fazer durar, guardar adequadamente, permanecer ou continuar nas condições de conforto e segurança previsto no projeto.

4.4 - Demolir: ato de pôr abaixo, desmanchar, destruir ou desfazer obra ou suas partes.

4.5 - Instalar: atividade de colocar ou dispor convenientemente peças, equipamentos, acessórios ou sistemas, em determinada obra ou serviço.

4.6. - Manter: preservar aparelhos, máquinas, equipamentos e obras em bom estado de operação, assegurando sua plena funcionalidade.

4.7- Montar: arranjar ou dispor ordenadamente peças ou mecanismos, de modo a compor um todo a funcionar. Se a montagem for do todo, deve ser considerada fabricação.

4.8 - Operar: fazer funcionar obras, equipamentos ou mecanismos para produzir certos efeitos ou produtos.

4.9 - Reparar: fazer que a peça, ou parte dela, retome suas características anteriores. Nas edificações define-se como um serviço em partes da mesma, diferenciando-se de recuperar.

4.10- Transportar: conduzir de um ponto a outro, cargas cujas condições de manuseio ou segurança obriguem a adoção de técnicas ou conhecimentos de engenharia. (Grifou-se)

Nesse sentido, ressaltou que este Tribunal de Contas já se manifestou e orientou em casos análogos, conforme prejulgado 2149:

1. É possível a utilização da modalidade Pregão para a contratação de serviços comuns de engenharia, desde que não necessitem de aferição técnica mais apurada, sejam considerados usuais e rotineiros e a Administração tenha como defini-los nos atos convocatórios das licitações de forma satisfatória;

2. O serviço de engenharia pode ser considerado comum quando as características, quantidades e qualidade forem passíveis de especificações usuais no mercado.

A DLC também cita os seguintes processos em que foram determinadas cautelarmente as sustações de editais para obras, na modalidade Pregão, através do sistema de registro de preços: LCC 17/00525910, LCC 17/00591972, LCC17/00734757, LCC 18/00556745, LCC 18/00656960, LCC 18/00942890 e LCC 18/00988530.

A diretoria técnica conclui que a utilização da modalidade pregão para contratar obra e serviço de engenharia caracteriza infração ao art. 1º da Lei Federal nº 10.520/2002, pois o objeto do edital em análise refere-se à contratação de obras e serviços de engenharia que visam à pavimentação asfáltica de rodovia do Município de Jaguaruna. Ou seja, o objeto trata claramente de uma obra de engenharia.

Assim estabelece o art. 1º da Lei Federal nº 10.520/2002:

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.

Ao final, a diretoria técnica conclui que a contratação efetuada pelo edital em tela não poderia ser realizada por pregão, apontando que a irregularidade é passível de deferimento de medida cautelar, ressaltando que:

Assim, os itens relativos à obra não possuem o amparo legal para serem contratados por esta modalidade. Isso porque, para contratação de obras, a Lei Federal n. 8.666/1993 traz uma série de diferenças incompatíveis com a modalidade, tanto quanto ao prazo de publicação quanto a impossibilidade de ofertar lances em orçamentos complexos de obras.

Obras desse valor devem ser licitadas na modalidade concorrência, o que disponibiliza um prazo mínimo de 30 dias para as licitantes tomarem conhecimento do edital e elaborarem a proposta. Não é razoável supor que uma empresa consiga preparar uma oferta devidamente avaliada para uma obra de R\$ 11.056.074,14 em um prazo tão exiguo. Observa-se com base nos projetos apresentados que o Edital de Pregão Presencial n. 27/2020 apresenta um escopo bastante amplo, somando 170 páginas de documentos técnicos a serem avaliados, nos quais exigem profissionais com qualificação técnica para uma adequada orçamentação do objeto, não podendo ser classificados como serviços comuns.

Sobre a fase de lances em um pregão, o doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes pontua:

Não é raro que os licitantes na fase de lances, para não perder a expectativa de contrato, acabem por apresentar preço inexecutable, reduzindo o preço aquém da possibilidade de pagamento do mínimo legal.

Marçal Justen Filho também abarca esse tema:

Outro problema sério é o da inexecutable de propostas e lances. O problema agrava-se quanto a estes últimos. **A natureza do processo de oferta de lances pode produzir uma ausência de controle efetivo por parte da Administração acerca de preços inexecutable.** Os interessados, no afã de obter a contratação, acabariam por ultrapassar o limite da executable, reduzindo a montantes inferiores aos plausíveis.

(Grifou-se)

Se o controle dos lances já é dificultoso em aquisições e serviços comuns, quão mais complexo não seria essa verificação em orçamentos de obras?

Neste sentido entende-se a contratação efetuada pelo edital em tela não poderia ser realizada por Pregão, contrariando os arts. 1º, parágrafo único da Lei (federal) n. 10.520/2002, combinado com o art. 6º, I, II da Lei (federal) n. 8.666/1993, bem como o prejudgado n. 2149 TCE/SC e a jurisprudência apresentada.

(...)

Verifica-se que há, nos autos, os pressupostos acima mencionados: o uso indevido de pregão para obras e serviços de engenharia. Frisa-se, ainda, que a abertura do referido certame está prevista para 11/08/2020, sendo necessária a sustação cautelar para evitar a homologação e/ou a contratação do objeto com essas possíveis irregularidades.

Do exposto, inicialmente, pondero que o pedido cautelar toma por fundamento o poder geral de cautela, inerente à atuação dos tribunais de contas no seu dever de zelar pela preservação do erário e do patrimônio público, bem como pela obediência aos princípios que regem a Administração Pública.

O Regimento Interno desta Corte de Contas cumulado com a Instrução Normativa nº TC-0021/2015 possibilita ao Relator por meio de despacho monocrático, inclusive *inaudita altera parte*, a sustação do procedimento licitatório em casos de urgência.

A medida cautelar é concedida quando a demora da decisão pode causar prejuízo (*periculum in mora*) e quando se avalia que o pedido apresentado tem fundamentos jurídicos aceitáveis (*fumus boni iuris*).

Após esses esclarecimentos, passo à análise dos requisitos necessários para concessão de cautelar *inaudita altera parte*, que se trata de providência processual voltada, no caso, a acautelar os efeitos externos ou secundários da providência final.

Os requisitos exigidos para a concessão da tutela cautelar são a fundada ameaça de grave lesão ao erário ou ao direito dos interessados no edital, o *fumus boni iuris*, e o *periculum in mora*, traduzido na situação de perigo da manutenção da questão supostamente ilegal.

À vista do pronunciamento da Instrução (Relatório nº DLC 643/2020), verifico, ao menos neste exame preliminar, que resta demonstrado o *fumus boni iuris*, em razão dos indícios de irregularidades relacionados ao uso indevido de pregão para contratação de obras e serviços de engenharia, de forma a zelar pela preservação do erário e do patrimônio público, considerando o alto valor envolvido na possível contratação.

Quanto ao *periculum in mora* (perigo na demora), analisando o que dos autos consta, deflui pelo fato do certame apresentar-se com a abertura da sessão prevista para o dia 11/8/2020, motivo pelo qual entendo presentes os requisitos dispostos no artigo 114-A do Regimento Interno desta Corte de Contas, bem como no art. 29 da Instrução Normativa nº TC-0021/2015, que autorizam a sustação do Edital, até decisão definitiva ulterior.

Diante do exposto, DECIDO:

1.1 Conhecer do Relatório nº DLC 643/2020, que analisou preliminarmente sob os aspectos técnicos de engenharia, o Edital de Pregão Presencial nº 27/2020, lançado pelo Município de Jaguaruna, cujo objeto é o "contratação de pessoa jurídica, com fornecimento de materiais e mão de obra, para execução de serviços de pavimentação asfáltica, incluindo terraplanagem, drenagem pluvial, OAC e sinalização viária, da rodovia municipal Emídio Ricardo, trecho Olho D'Água – Poços, com extensão de 9.005,37 m² (...)", com base nos ditames legais da Lei Federal nº 8.666/1993.

1.2 Determinar cautelarmente ao senhor Ednilson Montini da Costa, Prefeito Municipal de Jaguaruna e subscritor do Edital, com base no art. 114-A da Resolução nº TC-06/2001 (Regimento Interno) c/c artigo 29 da Instrução Normativa nº TC 021/2015, que promova a **SUSTAÇÃO** do Pregão Presencial nº 27/2020, na fase em que se encontrar, até manifestação ulterior que revogue a medida *ex officio*, ou até a deliberação pelo Egrégio Tribunal Pleno, em face da utilização indevida de pregão para contratação de obras e serviços de engenharia, em desacordo com o art. 1º, parágrafo único, da Lei Federal nº 10.520/2002, c/c o art. 6º, I, II da Lei Federal nº 8.666/1993, o art. 5º do Decreto Federal nº 3.555/2000, bem como o prejudgado nº 2149 do TCE/SC; devendo a medida ser comprovada em **até 5 (cinco) dias**.

1.3 Determino que seja notificado o senhor Ednilson Montini da Costa, para, querendo, no prazo de **5 (cinco) dias** a contar do recebimento da notificação, manifeste-se sobre a irregularidade verificada.

1.4 Dar conhecimento desta Decisão aos Conselheiros e Auditores substitutos de Conselheiros deste Tribunal.

1.5 Dar ciência imediata desta Decisão e do Relatório DLC nº 643/2020 ao senhor Ednilson Montini da Costa, bem como ao Controle Interno da Prefeitura Municipal de Jaguaruna.

1.6 Submeta-se a medida cautelar ao Plenário na próxima Sessão, nos termos do § 1º do Artigo 114-A do Regimento Interno desta Corte de Contas.

1.7. Remetam-se os autos à DLC para análise pormenorizada do Edital de Pregão Presencial nº 27/2020 da Prefeitura Municipal de Jaguaruna

