Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5005145-36.2019.4.04.0000/RS

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
AGRAVANTE: CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DO RIO GRANDE DO SUL - CAU/RS
AGRAVADO: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
MPF: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

Este agravo de instrumento ataca decisão proferida pela juíza federal Dulce Helena Dias Brasil que indeferiu liminar em ação civil pública, requerida para (a) anular os atos realizados atinentes ao Pregão Eletrônico nº 20/2018; (b) adequar o tipo de critério de julgamento e da modalidade de licitação em função do objeto do certame; (c) adequar os critérios de qualificação técnica, exigindo o registro ou a inscrição da empresa licitante no CAU e que esta contenha ao menos um arquiteto experiente em restauração de prédios tombados pelo patrimônio histórico (municipal, estadual ou federal); (d) na hipótese de não deferimento dos pedidos anteriores, suspender o processo licitatório ou a celebração do contrato administrativo; (e) fixar multa diária de R$ 10.000,00 para eventual descumprimento da medida liminar. Postula, ainda, tutela de caráter inibitório para que a Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil da 10ª Região Fiscal se abstenha, em licitações futuras – que envolvam atribuição privativa da profissão de arquitetura e urbanismo –, de permitir que outros profissionais possam participar do certame e de possibilitar que essas atividades privativas sejam realizadas por profissionais que não possuam competência legal e formação adequada, com a fixação de multa diária por eventual descumprimento.

Esse é o teor da decisão agravada, na parte que aqui interessa (evento 14 do processo originário):

> ***1. Retificação da autuação.*** *Tendo em vista que o Ministério da Fazenda é órgão da estrutura administrativa, sem personalidade jurídica, sendo representado judicialmente pela União, retifique-se a autuação, excluindo-o da condição de réu.*
>
> ***2. Pedido.*** *Trata-se de ação civil pública proposta pelo Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Rio Grande do Sul - CAU/RS, objetivando, em sede de tutela de urgência, provimento jurisdicional para: (a) anular os atos realizados atinentes ao Pregão Eletrônico nº 20/2018; (b) adequação do tipo de critério de julgamento e da modalidade de licitação em função do objeto do certame; (c) adequação aos critérios de qualificação técnica, exigindo o registro ou a inscrição da empresa licitante no CAU e que esta contenha ao menos um arquiteto experiente em restauração de prédios tombados pelo patrimônio histórico (municipal, estadual ou federal); (d) na hipótese de não deferimento dos pedidos anteriores, a suspensão do processo licitatório ou da celebração do contrato administrativo; (e) fixação de multa diária no valor de R$ 10.000,00 para eventual descumprimento da medida liminar. Postula, ainda, tutela de caráter inibitório para que a Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil da 10ª Região Fiscal se abstenha, em licitações futuras – que envolvam atribuição privativa da*

profissão de arquitetura e urbanismo –, de permitir que outros profissionais possam participar do certame e de possibilitar que essas atividades privativas sejam realizadas por profissionais que não possuam competência legal e formação adequada, com a fixação de multa diária por eventual descumprimento.

Afirma que, conforme previsão da Lei nº 12.378/2010, tem como função orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão de arquitetura e urbanismo, zelar pela fiel observância dos princípios de ética e disciplina da classe, bem como pugnar pelo aperfeiçoamento do exercício da arquitetura e urbanismo. Guarda especial interesse pelas contratações públicas e pelos procedimentos licitatórios instaurados.

Diz que atentou para publicação do edital de Pregão Presencial nº 20/2018, da Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil da 10ª Região Fiscal, o qual traz como objeto "... a contratação de pessoa jurídica para execução de reparos e adaptações no Prédio da Alfândega da Receita Federal do Brasil em Porto Alegre/RS, com área construída de 2.886 m², localizado na Avenida Sepúlveda, 53, esquina Rua Siqueira Campos, Centro Histórico, Porto Alegre/RS, CEP 90.010-130, com elaboração concomitante do projeto executivo, conforme condições, quantidades, exigências e especificações discriminadas no Termo de Referência e demais documentos anexos a este Edital". Constatou que o objeto do referido pregão engloba atividade (projeto executivo) com manifesta natureza de serviço técnico intelectual e especializado, o que indica a impropriedade de sua contratação por meio de pregão, devendo ser realizado através de licitação, pelo critério de julgamento tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço". A impugnação ao pregão foi realizada por meio do Ofício FIS-CAU nº 211/2018, encaminhado em 28.11.2018 à Seção de Licitações da Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil da 10ª Região Fiscal, que foi indeferida na via administrativa em 29.11.2018.

Sustenta que o pregão não se aplica à contratações de obras e serviços de engenharia. E que, no caso em exame, o serviço licitado não se inclui no conceito de serviço comum, na medida em que o objeto diz respeito à elaboração de projeto executivo (item nº 8.1.1, do Termo de Referência), relativo à restauração de patrimônio histórico e cultural, o qual jamais poderia ser caracterizado como "serviço comum".

Pretende a adequação dos critérios de qualificação técnica do edital, uma vez que o ordenamento jurídico já pacificou (mediante parecer da Advocacia Geral da União e de atos legais e infra legais) que as atividades afeitas à restauração de patrimônio histórico e cultural são privativas de arquiteto e urbanista.

Intimada para se manifestar sobre o pedido de tutela, a Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil da 10ª Região Fiscal informa que, no âmbito da administração pública federal, a modalidade de pregão não só pode, como deve ser utilizada nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns, conforme disciplina o art. 4º do Decreto nº 5.450/05, não havendo vedação na Lei nº 10.520/02 de utilização da modalidade de pregão para licitação de serviços de engenharia. Ressalta a Súmula nº 257 do Tribunal de Contas da União, esclarecendo sobre a possibilidade de utilização de pregão para serviços comuns de engenharia. Salienta que a execução dos reparos e adaptações, bem como a elaboração do projeto executivo, conforme consta no instrumento convocatório, são serviços comuns para empresas do ramo, sendo que a execução do item serviço de pintura, do tipo comum, corresponde a 40,56% do valor total estimado da contratação. Refere que o projeto básico, elaborado pelo arquiteto Marcus Branco - contendo plantas, especificações detalhadas, orçamento, com aprovação formal junto ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do

Estado -, especificou exaustivamente, quantificou e orçou todos os serviços necessários para serem executados na reparação do imóvel, não deixando margem para outras soluções que não as propostas. Noticia que resolveu suspender a celebração do contrato até primeira manifestação judicial, relativa aos pedidos liminares/tutela de urgência da parte autora (CAU/RS).

Já, a União, no evento 11, aduz que, tanto a Lei nº 10.520/2002, quanto o Decreto nº 5.450/2005, que regulamentou o pregão na forma eletrônica, consideram essa modalidade de licitação prioritária para a aquisição de bens e serviços comuns. Refere que a prestação dos serviços em questão pode ser considerada comum, em razão da possibilidade de se definir objetivamente seu padrão de desempenho no edital. Sustenta que o pregão se destina à contratação de qualquer serviço, mesmo que tenha alto nível de exigência técnica ou intelectual, desde que os padrões de desempenho possam ser objetivamente definidos. Quanto às alegações de que seria necessária a inscrição junto ao CAU/RS, aduz que, de acordo com a lei, em caso de se optar pela modalidade pregão, pode o administrador considerar no edital a previsão de capacitação e a experiência do proponente, como a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução, por meio de atestados, fases essas que também compõem a modalidade de concorrência.

***3. Tutela de Urgência**. Consoante o art. 19, da Lei nº 7.347/85, aplica-se à ação civil pública o Código de Processo Civil, naquilo que não contrarie as disposições da referida lei especial.*

Ainda, conforme prevê o art. 2º da Lei nº 8.437/92, na ação civil pública a liminar será concedida, quando cabível, somente após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, o que foi observado nos autos.

Para a concessão da tutela de urgência o legislador exige a concorrência de dois pressupostos: (i) a probabilidade do direito; (ii) o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. A ausência de um destes pressupostos tem o condão de prejudicar, por inteiro, a concessão da tutela de urgência (art. 300 do Novo CPC).

Como visto, a parte autora pleiteia, em sede de tutela de urgência, provimento jurisdicional para: (a) anular os atos realizados atinentes ao Pregão Eletrônico nº 20/2018; (b) adequação do tipo de critério de julgamento e da modalidade de licitação em função do objeto do certame; (c) adequação aos critérios de qualificação técnica, exigindo o registro ou a inscrição da empresa licitante no CAU e que esta contenha ao menos um arquiteto experiente em restauração de prédios tombados pelo patrimônio histórico (municipal, estadual ou federal); (d) na hipótese de não deferimento dos pedidos anteriores, a suspensão do processo licitatório ou da celebração do contrato administrativo; (e) fixação de multa diária no valor de R$ 10.000,00 para eventual descumprimento da medida liminar.

Em síntese, a inconformidade da parte autora reside na contratação de prestadora de serviços pela modalidade pregão e no critério editalício de qualificação técnica, baseada em registro da empresa licitante no CREA ou no CAU. Para a demandante, a 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. Entende o CAU que os critérios de qualificação técnica exigidos no certame devem ser adequados ao tipo de serviço a ser prestado, que, no presente caso, não podem ser considerados de natureza

comum (elaboração de projeto executivo, relativo a restauração de patrimônio histórico e cultural). Ademais, manifesta a demandante que a atividade de restauro é privativa de arquitetos e urbanistas, os quais possuem não só competência legal privativa, nos termos da Resolução CAU/BR nº 051/2013, mas também formação específica nesta importante atividade profissional, conforme Portaria MEC nº 1.770/1994 e Resolução CNE/CES nº 002/2010, configurando em grave erro o fato de a parte ré ter estipulado como critério de qualificação técnica o registro da empresa licitante no CREA ou no CAU. Aduz que tal atividade exige formação específica que inclui conhecimentos de história da arte e da arquitetura, teoria da arquitetura, técnicas e materiais tradicionais, estética, planejamento urbano e regional, ciências sociais e técnicas retrospectivas, que são partes dos campos de saber que caracterizam a identidade profissional do arquiteto e urbanista.

A Lei nº 10.520/2002, que regula a licitação na modalidade pregão, dispõe, em seu art. 1º:

> *"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." (grifei)*

O Decreto n° 3.555/2000, art. 5º (que regula o pregão presencial) e o Decreto 5.450/2006, art. 6° (que regula o pregão na forma eletrônica), dispõem que a licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, que serão regulados em outros normativos.

Acerca do tema, o Tribunal de Contas da União editou a Súmula 257:

> ***O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002.***

Passe-se, então, a analisar o objeto do pregão, descrito no item 1 do Edital de Pregão Presencial nº 20/2018 (ev. 1, EDITAL26, p. 1), nos seguintes termos:

> *"1.1. O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de pessoa jurídica para **execução de reparos e adaptações no Prédio da Alfândega da Receita Federal do Brasil em Porto Alegre/RS**, com área construída de 2.886 m2, localizado na Avenida Sepúlveda, 53, esquina Rua Siqueira Campos, Centro Histórico, Porto Alegre/RS, CEP 90.010-130, com elaboração concomitante do projeto executivo, conforme condições, quantidades, exigências e especificações discriminadas no Termo de Referência e demais documentos anexos a este Edital. (grifei)"*

Por sua vez, o ANEXO I ao Edital em comento, que é o Termo de Referência (ev. 1, OUT27), no que importa ao feito, traz:

> *(...) 1.2 Os reparos e adaptações contemplam a execução, dentre outros, dos seguintes serviços:*
> *• Recomposição (envolvendo demolição, remoção, instalação, reaproveitamento e/ou fornecimento de materiais) de piso e contrapiso de concreto, piso de bloco de concreto, piso cerâmico, piso de taco de madeira, piso de tábua corrida, piso elevado industrial, revestimento de parede e de azulejo, forro de PVC, telhas cimenticias,*

impermeabilização, pintura interna e externa de paredes;
• Fornecimento e instalação de divisórias e remoção de módulos existentes;
• Adaptação (envolvendo fornecimento de materiais e instalação) das instalações elétricas, hidráulicas e sanitárias;
• Instalação, com fornecimento de materiais, de novo sistema de climatização, do tipo expansão direta, condensação a ar, tecnologia Inverter, utilizando uma unidade do tipo split-system, modelo de instalação em piso-teto;
• Adaptação de escada metálica e instalação de dois conjuntos de escadas de marinheiro;
• Instalação de linhas de vida e elevação de linhas de vida existentes;
• Lavagem e limpeza de paredes, laje de cobertura, forro, chão, caixas com grelha de piso, calha;
• Desinsetização e desratização acima da laje de todo o prédio; (...)(...) 1.10 DO ENQUADRAMENTO DO OBJETO COMO SERVIÇO DE ENGENHARIA
1.10.1. Em atendimento à Orientação Normativa AGU nº 54, de 25/04/2014, registra-se que objeto deste Termo de Referência constitui-se como um serviço de engenharia, tendo em vista que:
1.10.1.1. Trata-se de reparos e adaptações em imóvel, atividades essas compreendidas na definição de serviço disposta no art. 6º, II, da Lei nº 8.666/93.
Lei nº 8.666/93 Art. 6° Para os fins desta Lei, considera-se:
[...]
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; (GRIFADO)
1.10.1.2. Em sentido contrário, evidentemente, as atividades necessárias para a realização do objeto deste Termo de Referência "reparação e adaptação" não se encontram previstas na definição de obra disposta no art. 6º, I, da Lei nº 8.666/93.
Art. 6° Para os fins desta Lei, considera-se:
[...]
I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;
1.10.1.3. Em relação aos conceitos de reparação (pela Lei nº 8.666/93 - serviço) e de reforma (pela Lei nº 8.666/93 - obra), atividades em que poderia haver uma certa dificuldade de diferenciação, o "reparo" necessário constante do objeto deste Termo de Referência se enquadra ao conceito definido pelo IBRAOP – Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas, em sua Orientação Técnica OT-IBR-002/2009-IBRAOP, conforme segue:
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.
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.
1.10.1.4. Os reparos e adaptações a serem realizados possuem natureza acessória em relação ao imóvel, isto é, não promovem, nas palavras de Marçal Justen Filho, modificações significativas, autônomas e permanentes no ambiente natural. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 8.666/93, 17ª edição, pág. 187). (...)
(...)
8.1.2. Elaboração, concomitantemente à execução dos reparos e adaptações, do projeto executivo de engenharia.

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Verifica-se que o objeto do pregão, em síntese, é a execução de reparos e adaptações no Prédio da Alfândega da Receita Federal do Brasil em Porto Alegre, com elaboração concomitante do projeto executivo.

O cerne da controvérsia reside na qualidade de patrimônio histórico do imóvel, que, segundo o autor, tornaria necessária a execução do projeto contemplando a sua preservação com as características originais, o que configuraria a especialidade do serviço e justificaria a prestação de serviços por arquiteto.

A fim de afastar a contratação pela modalidade de pregão, a parte autora argumenta que, tanto a fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços, quanto a restauração de bens de valor histórico são considerados serviços técnicos profissionais especializados (art. 13, Lei n° 8.666/93). A propósito, transcreve-se parte do parecer técnico do CAU (ev. 1, EDITAL11):

> *2.6 Quanto à execução das diversas obras previstas, o edital novamente está equivocado, agora podendo levar a consequências de muita gravidade, pelos seguintes motivos:*
>
> *- O imóvel em questão - Prédio da Alfândega da Receita Federal do Brasil - é um bem de grande importância histórica, tombado como Patrimônio Histórico pelo Estado do Rio Grande do Sul, no qual qualquer intervenção deve ser feita por profissionais competentes, com formação adequada e experiência comprovada, para evitar danos irreparáveis.*
>
> *- A única formação universitária, no Brasil, que prepara profissionais com todo o conjunto de conhecimentos necessários para realizar projetos e obras em edificações cujo valor histórico exige a preservação de suas características, é a Arquitetura e Urbanismo. Apenas os arquitetos e urbanistas recebem nos bancos universitários uma sólida base técnica que lhes confere os conhecimentos necessários para conceber projetos de arquitetura, urbanismo e paisagismo e para realizar construções, ao mesmo tempo em que aprofundam os estudos de história das artes e da estética, teoria e história da arquitetura, do urbanismo e do paisagismo e dos aspectos antropológicos, sociológicos e econômicos relevantes e de todo o espectro de necessidades, aspirações e expectativas individuais e coletivas quanto ao ambiente construído.*

Em relação à qualificação técnica (item 8.6.4 do Edital) e atividade de restauro privativa de profissional da arquitetura e urbanismo, cumpre destacar o que preconiza a Lei nº 12.378/2010 (Regulamenta o exercício da Arquitetura e Urbanismo):

> *Art. 3º Os campos da atuação profissional para o exercício da arquitetura e urbanismo são definidos a partir das diretrizes curriculares nacionais que dispõem sobre a formação do profissional arquiteto e urbanista nas quais os núcleos de conhecimentos de fundamentação e de conhecimentos profissionais caracterizam a unidade de atuação profissional.*
>
> *§ 1° O Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil - CAU/BR especificará, atentando para o disposto no caput, as áreas de atuação privativas dos arquitetos e urbanistas e as áreas de atuação compartilhadas com outras profissões regulamentadas.*

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Tal especificação adveio com a Resolução n° 51, de 12 de julho de 2013, do CAU/BR, que traz no art. 2º as atividades privativas dos arquitetos e urbanistas, dentre as quais as relacionadas ao patrimônio histórico, cultural e artístico:

> *Art. 2° No âmbito dos campos de atuação relacionados nos incisos deste artigo, em conformidade com o que dispõe o art. 3° da Lei n° 12.378, de 2010, ficam especificadas como privativas dos arquitetos e urbanistas as seguintes áreas de atuação: (grifei)*
>
> *(...) IV - DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO CULTURAL E ARTÍSTICO:*
>
> *a) projeto e execução de intervenção no patrimônio histórico cultural e artístico, arquitetônico, urbanístico, paisagístico, monumentos, práticas de projeto e soluções tecnológicas para reutilização, reabilitação, reconstrução, preservação, conservação, restauro e valorização de edificações, conjuntos e cidades;*
>
> *b) coordenação da compatibilização de projeto de preservação do patrimônio histórico cultural e artístico com projetos complementares;*
>
> *c) direção, condução, gerenciamento, supervisão e fiscalização de obra ou serviço técnico referente à preservação do patrimônio histórico cultural e artístico;*
>
> *d) inventário, vistoria, perícia, avaliação, monitoramento, laudo e parecer técnico, auditoria e arbitragem em obra ou serviço técnico referente à preservação do patrimônio histórico cultural e artístico; (...)*

Portanto, conforme a legislação supracitada, compete privativamente aos arquitetos e urbanistas o projeto e a execução de intervenção no patrimônio histórico, cultural e artístico.

No caso, tem-se que a Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil da 10ª Região Fiscal cuidou de cumprir a legislação, na medida em que, previamente ao pregão, contratou a elaboração de projeto básico, pelo arquiteto Marcus Branco - contendo plantas, especificações detalhadas, orçamento, com aprovação formal junto ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado -, no qual encontram-se exaustivamente especificados, quantificados e orçados todos os serviços necessários para serem executados na reparação do imóvel, não deixando margem para outras soluções que não as propostas. Dessa forma, é inegável que o serviço a ser contratado na modalidade pregão é de natureza executiva (simplificado) e obedece a detalhamento feito em projeto técnico elaborado anteriormente por arquiteto habilitado e devidamente registrado perante o Conselho Profissional, o que leva à presunção de que a elaboração do projeto de reforma do prédio qualificado como patrimônio histórico e cultural, efetivamente, obedeceu ao critério de qualificação técnica preconizado pelo autor.

Cabe destacar que o réu não adentra no mérito do projeto básico que embasa a contratação hotilizada, a fim de apontar algum defeito que coloque em dúvida a qualificação do profissional que o elaborou e assina, ou que indicie risco ao patrimônio histórico; a par de a prévia aprovação junto ao IPHAE tornar insubsistente o argumento do autor, quanto à necessidade de contratação de ao menos um arquiteto experiente em restauração de prédios tombados pelo patrimônio histórico (municipal, estadual ou federal). A propósito, a administração contrapõe-se à qualificação dada pelo autor, por "não se tratar o objeto de uma 'restauração', serviço complexo, e sim de um 'reparo', serviço comum, onde o item pintura tem o objetivo principal de estender a vida útil do edifício, e não de resgatar as suas características primitivas". Não há, portanto, razoabilidade em onerar a prestação de serviço,

com a exigência de contratação de outro arquiteto.

Quanto à contraposição à modalidade de contratação escolhida (pregão), tem-se que, em que pese abranger a elaboração de projeto executivo (item 8.1.2 do Termo de Referência, ev. 1, OUT27), não há uma obrigatoriedade (consta: "preferencialmente") de que os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados adotem a disciplina do art. 13 (inc. I e § 1°) da Lei n° 8.666/93 e sejam celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração (tanto é que o autor não preconiza essa modalidade). No caso, conforme informou a contratante, o projeto executivo já estaria contemplado no "projeto básico completo", elaborado por arquiteto, o qual contém todas as informações para a completa execução dos serviços, quase se igualando ao projeto executivo, com a finalidade de minimizar os aditivos; de modo que o Pregão Eletrônico nº 20/2018 tem por objeto a elaboração de projeto executivo simples e meramente complementar àquele.

Com efeito, reputa-se viável a opção da administração pela modalidade de pregão, diante das circunstâncias, seja porque não há vedação na Lei nº 10.520/02 de utilização da modalidade de pregão (presencial, não eletrônico) para licitação de serviços de engenharia; seja porque é razoável enquadrar-se o objeto licitado como serviço comum de engenharia, por se tratar de mera execução dos serviços projetados e detalhados por arquiteto.

Por sua vez, a administração justifica que a licitação na modalidade de pregão está em conformidade com a Lei nº 10.520/2002 (a qual regula a licitação na modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado") e com a orientação do Tribunal de Contas da União, ao editar a Súmula 257 (acima transcrita), mormente porque o pregão tornou-se modalidade de licitação obrigatória no âmbito da administração pública federal, sendo vedado o seu emprego apenas em algumas hipóteses específicas, a teor do art. 4° do Decreto nº 5.450/05:

> *Art. 4° Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.*

De fato, conforme alega a União, o pregão se destina à contratação de qualquer serviço, mesmo que tenha alto nível de exigência técnica ou intelectual, desde que os padrões de desempenho possam ser objetivamente definidos, o que foi feito pela contratante, mediante a contratação de arquiteto para a elaboração de projeto técnico prévio e detalhado dos serviços a contratar.

Assim, não estando evidenciada ilegalidade da não opção pelos tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" (art. 46 da Lei nº 8.666/93), a atuação do Poder Judiciário em prol da tese autoral configuraria indevida interferência na esfera de discricionariedade administrativa, que deliberou por licitar o objeto "execução de reparos e adaptações no Prédio da ALF/POA" tendo como único critério de julgamento possível, consoante disposto no inciso X do art. 4º da Lei nº 10.520/02, o menor preço (ev. 10, OUT2).

Obviamente, não se está suprimindo a atividade fiscalizatória do autor e do IPHAE, que poderá ser exercidas no curso da execução do contrato, a fim de verificar se há efetivo risco de dano ao patrimônio. A par disso, há a responsabilidade funcional do administrador, que deve zelar pelo patrimônio público.

Em suma, da análise dos pedidos antecipatórios e suas causas de pedir, em sede de cognição

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

sumária, não restou demonstrada a probabilidade do direito invocado, nos termos acima expostos. Quanto ao perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, tampouco se faz presente; e ainda que dele se cogitasse, pelo fato de o objeto da licitação já ter sido adjudicado, conforme documento anexado no evento 1, OUT20, haveria necessidade de concomitância dos pressupostos do art. 300 do CPC, de modo que, isoladamente, um ou outro não autoriza o acolhimento do pedido antecipatório.

4. Decisão. *Ante o exposto,* ***indefiro o pedido de tutela de urgência.***

(...)

A parte agravante pede a reforma da decisão, alegando que: **(a)** a modalidade pregão não deve ser utilizada para contratações de serviços de natureza incomum (técnica e intelectual), como é o caso da elaboração de projeto de restauração de patrimônio histórico e cultural; **(b)** as normas que regulamentam a matéria não autorizam a utilização de pregão para serviços que dependam de avaliação técnica; **(c)** o objeto licitado guarda conformidade com os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" (art. 46 da Lei nº 8.666/93); **(d)** o TCU autoriza a utilização do pregão apenas para serviços de engenharia que se enquadre em serviços comuns (Súmula 257/2010); **(e)** há precedentes do TRF4 e do STJ no sentido de afastar o pregão para contratação de serviços de arquitetura e urbanismo; **(f)** as atividades que envolvem execução de reparos e adaptações (conservação, reabilitação, reconstrução e restauração) no prédio da Alfandega da Receita Federal do Brasil em Porto Alegre/RS, que pertence ao patrimônio histórico e cultural do Estado, somente podem ser realizadas por arquitetos e urbanistas, os quais possuem não só competência legal privativa, nos termos da Resolução CAU/BR nº 051/2013, mas também formação específica nesta importante atividade profissional, conforme Portaria MEC nº 1.770/1994 e Resolução CNE/CES nº 002/2010; **(g)** este é o posicionamento exarado pela Procuradora Federal do IPHAN no Parecer nº 00261/2015/PROT/PFIPHAN/PGF/AGU (em anexo nos autos principais); **(h)** nos termos do parecer técnico n° 024/2018, da Gerência Técnica do Conselho, o edital apresenta vícios quanto à execução das diversas obras previstas, podendo levar a consequências graves; **(i)** conforme novo Parecer Técnico nº 01/2019 da Gerência Técnica do Conselho, feito em complementação ao parecer anterior: *"O prédio da antiga Alfândega de Porto Alegre é edificação tombada pelo poder público como patrimônio histórico da sociedade, portanto qualquer intervenção que venha a ser feita no mesmo deve ser objeto de projeto elaborado por arquiteto e urbanista"*; *"o argumento de que, tendo sido o projeto básico elaborado por arquiteto e urbanista, o projeto executivo seria "simples e meramente complementar àquele" não se sustenta quando associamos o escopo do projeto licitado – escada metálica, escada de marinheiro, impermeabilizações, instalação de ar-condicionado, linha de vida, andaimes e tapume – às rigorosas orientações do IPHAN para intervenções em prédios tombados"; "Tome-se como exemplo a limpeza das fachadas do prédio com hidro-jato, aparentemente simples, porém cuja descrição no Caderno de Encargos da obra demonstra que, se o serviço não for executado com cuidados especiais, poderá provocar danos aos elementos ornamentais existentes sobre as vergas das janelas – arcos com face, brasão, pilastras, bem como os umbrais, peitoris, frisos, cimalhas, colunas com base, fuste e capite"*; **(j)** no que se refere ao Registro de Responsabilidade Técnica nº 5242623, emitido pelo arquiteto e

urbanista autor do projeto básico, o Conselho orientou sua retificação pelo arquiteto e urbanista, para substituir a atividade de "projeto arquitetônico de reforma" por atividade incluída no campo 1.11. PATRIMÔNIO ARQUITETÔNICO, URBANÍSTICO E PAISAGÍSTICO; 1.11.1. Preservação de edificações de interesse histórico-cultural, o que foi feito (evento 2 do processo originário - petição 1); **(k)** a empresa vencedora do certame está registrada apenas no CREA para exercer atividades que não contemplam o restauro e não tem profissional arquiteto e urbanista como seu responsável técnico; **(l)** deve ser suspenso o pregão para evitar contratação de profissionais não qualificados para o trabalho.

Pede, assim, a antecipação da tutela recursal e, ao final, o provimento do agravo de instrumento para (1) suspender o pregão até que a Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil da 10ª Região Fiscal adeque a modalidade licitatória e os critérios de qualificação técnica ou até julgamento desta ação.

No evento 2, a parte agravante junta email em que o autor do projeto básico afirmou que *"as intervenções foram projetadas com o objetivo de reparar danos, estender a vida útil do prédio, não descaracterizar o legado histórico, dar condições de manutenção, inclusive com anuência do IPHAE pelo prédio ser tombado pelo mesmo"*, afirmando o Conselho que isso evidencia que não se trata de serviço comum.

O pedido de antecipação de tutela recursal foi deferido em parte a fim de suspender o pregão até ulterior decisão no processo (evento 3).

Houve contrarrazões.

A parte agravada peticionou no sentido de expor que a decisão que deferiu em parte o pedido de antecipação da tutela recursal foi cumprida (evento 9).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do agravo de instrumento (evento 14).

O processo foi incluído em pauta.

Após a inclusão em pauta, a parte agravada apresentou memoriais (evento 17).

É o relatório.

VOTO

A decisão inicial que deferiu em parte o pedido de antecipação de tutela recursal está assim fundamentada:

> *O deferimento total ou parcial da pretensão recursal, em antecipação da tutela, por decisão monocrática do relator, é cabível quando estiverem evidenciados, de um lado, a* ***probabilidade***

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

do direito *(que, no caso, consiste na probabilidade de provimento do recurso), e, de outro, o* ***perigo de dano*** *ou o* ***risco ao resultado útil do processo*** *(CPC, art. 1.019-I, c/c art. 300).*

No caso, julgo estarem configurados os dois requisitos.

Com efeito, quanto à probabilidade do direito e, por isso, de provimento do recurso, verifico a presença do requisito pelas seguintes razões.

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:

> *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.*

A administração pública federal está proibida, pelo Decreto n° 3.555/2000, art. 5º e pelo Decreto 5.450/2006, art. 6°, de realizar pregão para contratar serviços de engenharia e arquitetura.

Neste sentido cito jurisprudência do STJ e deste Tribunal:

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO. LEI 10.520/2002. AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS E BENS COMUNS. REVISÃO DA PREMISSA FÁTICA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF. 1. Nos termos do art. 1º da Lei 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 7/STJ. 4. Inviável a apreciação, em Recurso Especial, de matéria cuja análise dependa de interpretação de Direito local. Súmula 280/STF. 5. Recurso Especial não conhecido. (STJ, REsp 1190272, Rel. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 27/09/2010).*
>
> *ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO. SERVIÇOS DE NATUREZA PREDOMINANTEMENTE INTELECTUAL. 1. Extrai-se do edital que não se trata de serviço comum de engenharia, consistente em projetos padronizados e destituídos de qualquer complexidade, mas de serviço especializado, de forma que não se amolda ao pressuposto da modalidade de pregão. 2. Manutenção da sentença. (TRF4 5043048-19.2017.4.04.7100, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 18/04/2018)*

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. NULIDADE DE PREGÃO ELETRÔNICO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE TAL MODALIDADE LICITATÓRIA PARA CONTRATAR SERVIÇOS DE ENGENHARIA CONSULTIVA. Agravo improvido. (TRF4 5018475-78.2012.4.04.7200, TERCEIRA TURMA, Relator CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, juntado aos autos em 16/05/2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. PREGÃO. OBRA E SERVIÇOS DE ENGENHARIA.Na hipótese, em princípio, há ilegalidade na utilização da licitação na modalidade pregão para a realização de serviços destinados à edificação de um abatedouro de frangos (0322.745-03/2010) e à ampliação do Centro de Convivência do Idoso do Município de Salvador das Missões (348.896-89/2010). Tais serviços não são comuns, porque há complexidade na edificação dos mesmos. (TRF4, AG 5010028-70.2012.404.0000, QUARTA TURMA, Relator CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, juntado aos autos em 06/09/2012)

No presente caso, o termo de referência contempla atividades que, ao que parece, não poderiam ser enquadradas como de serviços comuns porque referentes a "reparos e adaptações no prédio da Alfândega da Receita Federal do Brasil em Porto Alegre/RS", assim descritos (evento 1 do processo originário - outros 27 - p.1):

- Recomposição (envolvendo demolição, remoção, instalação, reaproveitamento e/ou fornecimento de materiais) de piso e contrapiso de concreto, piso de bloco de concreto, piso cerâmico, piso de taco de madeira, piso de tábua corrida, piso elevado industrial, revestimento de parede e de azulejo, forro de PVC, telhas cimenticias, impermeabilização, pintura interna e externa de paredes;
- Fornecimento e instalação de divisórias e remoção de módulos existentes;
- Adaptação (envolvendo fornecimento de materiais e instalação) das instalações elétricas, hidráulicas e sanitárias;
- Instalação, com fornecimento de materiais, de novo sistema de climatização, do tipo expansão direta, condensação a ar, tecnologia Inverter, utilizando uma unidade do tipo split-system, modelo de instalação em piso-teto;
- Adaptação de escada metálica e instalação de dois conjuntos de escadas de marinheiro;
- Instalação de linhas de vida e elevação de linhas de vida existentes;
- Lavagem e limpeza de paredes, laje de cobertura, forro, chão, caixas com grelha de piso, calha;
- Desinsetização e desratização acima da laje de todo o prédio;

Assim, ainda que se tenha um projeto básico de arquiteto e urbanista, não parece que a execução das obras objeto do pregão, em razão de sua relevância por se tratar de patrimônio tombado, pudesse ser realizada sem o acompanhamento de profissional qualificado, como defende o Conselho autor. Por isso, entendo cabível o deferimento da antecipação de tutela recursal tão somente para suspender o pregão e evitar que sejam praticados atos de contratação e de início dos trabalhos, até ulterior decisão no processo.

*Ante o exposto, **defiro em parte a antecipação da tutela recursal**, com base no art. 1.019-I do CPC, para o fim de suspender o pregão até ulterior decisão no processo.*

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Não vislumbro razões para conclusão diversa da decisão inicial proferida neste agravo de instrumento.

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 n° 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 (EDITAL6 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 climatizaçào, 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 legitimido 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.

Também entendo presente o perigo de dano, considerando a possibilidade de prática de atos de contratação e de início dos trabalhos.

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Nesse sentido também opinou o Ministério Público Federal (evento 14):

(...)

No que se refere ao requisito da probabilidade do direito, constata-se que o pregão que se caracteriza pela apresentação de propostas e lances em sessão pública, é cabível apenas para aquisição de bens e serviços comuns, sendo totalmente proibida a realização de pregões para contratação de serviços de engenharia e arquitetura, assim mesmo que se tenha um projeto básico elaborado por arquiteto e urbanista, o projeto não poderia ser realizado sem o acompanhamento de profissional qualificado, por se tratar de patrimônio tombado.

Em relação ao requisito de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, afere-se que, a elaboração de projeto executivo, relativo à restauração de patrimônio histórico-cultural tombado, sem o acompanhamento de profissional qualificado, pode vir a acarretar dano de difícil reparação, assim como pode vir a gerar grande prejuízo econômico ao poder público.

Aliás, acerca do perigo de dano, a lição de Teori Albino Zavascki, é esclarecedora, vejamos:

> *"O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou prejudicar o direito afirmado pela parte)."*

Quanto ao perigo de irreversibilidade dos efeitos da antecipação de tutela, entende-se que plenamente reversíveis os efeitos da antecipação de tutela, posto que tais efeitos são apenas suspensivos, podendo, caso o juízo entenda pela improcedência da ação, posteriormente o pregão seguir normalmente. Assim, não se vislumbram motivos para que não se antecipem os efeitos da tutela de urgência postulada.

Nessa perspectiva, merece prosperar a alegação da parte agravante, tendo em vista que os requisitos necessários à concessão da tutela de urgência restaram suficientemente demonstrados. Dessa maneira, impõe-se a reforma da decisão agravada.

(...)

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.

Documento eletrônico assinado por **CÂNDIDO ALFREDO S. LEAL JR., Desembargador Federal Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php, mediante o preenchimento do código verificador **40001036877v6** e do código CRC **c6489575**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): CÂNDIDO ALFREDO S. LEAL JR.

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Data e Hora: 23/5/2019, às 16:34:23

5005145-36.2019.4.04.0000 **40001036877 .V6**