



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

Rua Otávio Francisco Caruso da Rocha, 600, 6º andar, ala oeste - Bairro: Praia de Belas - CEP: 90010-395 - Fone:
(51)3214-9125 - www.jfrs.jus.br - Email: rsboa02@jfrs.jus.br

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5072667-23.2019.4.04.7100/RS

AUTOR: CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DO RIO GRANDE DO SUL - CAU/RS

RÉU: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

MPF: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública movida pelo Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Rio Grande do Sul - CAU/RS contra o Estado do Rio Grande do Sul, com pedido liminar, postulando que:

a) Seja deferida, nos termos dos artigos do art. 12, da Lei nº 7.347/1985, e dos artigos 300 e 301, do Código de Processo Civil, medida liminar por este Juízo Federal, no sentido de que a ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL anule os atos realizados atinentes ao Pregão Eletrônico nº 056/2019, o qual traz como objeto serviço profissional de arquitetura e urbanismo e engenharia, de natureza técnica e predominantemente intelectual;

b) Seja deferida, nos termos dos artigos do art. 12, da Lei nº 7.347/1985, e dos artigos 300 e 301, do Código de Processo Civil, a fim de que a ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL proceda à adequação do tipo de critério de julgamento e da modalidade de licitação, em função do objeto do certame, enquadrando a modalidade adequada aos valores envolvidos, sob o tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, de acordo com o art. 46, da Lei nº 8.666/1993.

c) Na hipótese de não deferimento das postulações constantes nas alíneas “a” ou “b”, que seja deferida, nos termos do art. 12, da Lei nº 7.347/1985, medida liminar por este Juízo Federal para suspender o certame licitatório ou a celebração do contrato referente ao Pregão Eletrônico nº 056/2019, até posterior decisão, devendo a ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, após o devido contraditório, apresentar todas as informações e os documentos que justificariam a realização da presente modalidade licitatória;

d) Seja a ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL obrigada a divulgar, às suas expensas e nos veículos utilizados inicialmente, a anulação, a suspensão ou a adequação da modalidade licitatória utilizada no Pregão Eletrônico nº 056/2019, bem como a posterior realização de processo licitatório nos moldes determinados pelo art. 46, da Lei nº 8.666/1993, explicando justificadamente os motivos da reabertura;



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

e) Na hipótese de não deferimento das postulações constantes nas alíneas "a", "b" ou "c", que seja deferida, nos termos do art. 3º, § 3º, art. 139, inciso V, e art. 165, todos do Código de Processo Civil, a designação de data para realização de conciliação entre as partes;

f) Seja fixada multa diária cominatória (astreints) no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) para o eventual descumprimento da medida liminar ora requerida, nos termos do art. 11, da Lei nº 7.347/1985, e do art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil;

g) Seja deferida a tutela preventiva, de caráter inibitório, com amparo no art. 497, do Código de Processo Civil, no sentido de que a ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL abstenha-se, em licitações futuras, de realizar licitação por meio da modalidade pregão quando o objeto do certame guardar conformidade com o escopo circunscrito pelo artigo 46, da Lei nº 8.666/1993;

h) Seja fixada multa diária cominatória (astreints) no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) para o eventual descumprimento da medida inibitória ora requerida, nos termos do art. 11, da Lei nº 7.347/1985, c/c art. 497, do Código de Processo Civil.

Narrou o CAU que foi publicado o edital de Pregão Eletrônico nº 56/2019, da Central de Compras e Contratos, do Departamento de Compras, Almoxarifado e Patrimônio da Superintendência Administrativa e Financeira da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, que tem como objeto a *"contratação de pessoa jurídica especializada para elaboração de todo o rol de Projetos especializados visando à Reforma Geral do Teatro Dante Barone, da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre/RS. Área do complexo é de aproximadamente 1.200,00 m²"* (evento 1 dital10).

Alegou o autor que o objeto do edital tem natureza de serviço técnico intelectual e especializado, o que indicaria a impropriedade de sua contratação por meio de pregão. Afirmou que impugnou administrativamente o edital, mas não obteve êxito. Disse que a modalidade pregão, por ser simplificada e necessariamente do tipo menor preço, pode ensejar prejuízo ao poder público, em virtude de que este não poderia aferir e valorar a qualidade técnica das propostas de projeto apresentadas pelos licitantes, podendo ocasionar, além das violações legais já mencionadas supra, também, afronta aos princípios constitucionais da eficiência e da eficácia na administração pública. Juntou documentos (evento 1).

A decisão do ev. 3 deferiu em parte a liminar requerida para determinar a suspensão do pregão eletrônico nº 56/2019 até o julgamento deste feito.

O Ministério Público Federal apresentou manifestação no Evento 11.

O Estado do Rio Grande do Sul contestou (Ev. 14). Preliminarmente, impugnou o valor atribuído à causa, alegando que não há valor econômico a ser atribuído à presente ação e requereu que seja fixado o valor de alçada para a causa. Asseverou, ainda, a perda do objeto da ação por superveniência de ausência de interesse processual, porquanto em razão da



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

impugnação ao edital realizada pela parte autora, houve a revogação do pregão em 13/11/2019. Requeru que seja acolhida a impugnação ao valor da causa e a extinção do processo sem resolução do mérito em razão da perda do objeto ou do interesse processual.

A parte autora apresentou manifestação no Evento 17, argumentando que não há perda de objeto da presente ação, porquanto há pedidos relativos à tutela inibitória e, ainda, que o pedido é de anulação do certame e não de sua revogação, como ocorreu administrativamente. Sustentou que o valor estimado da licitação deve ser observado para fins de fixação do percentual para a condenação em honorários advocatícios. Requeru, ao final, a intimação da parte ré a respeito da possibilidade de compor o litígio através de acordo.

O MPF apresentou manifestação no Evento 21.

O Estado do Rio Grande do Sul não concordou com a proposta de acordo formulada pela parte autora (Ev. 27).

O Ministério Público Federal apresentou parecer no Evento 30, oportunidade em que asseverou a necessidade da correta fixação do valor da causa, para que corresponda ao estimado valor do objeto do certame. Quanto ao mérito, pronunciou-se sobre a procedência dos pedidos formulados.

Os autos vieram conclusos para sentença.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

1. Valor Atribuído à Causa

A parte autora atribuiu como valor da causa a quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) sob o fundamento de que a questão objeto de discussão nos autos não possui valor estimável.

A parte ré impugnou o valor da causa, postulando que seja estipulado o valor de alçada.

Em réplica, ao apresentar manifestação sobre o valor da causa, a parte autora limitou-se a requerer a condenação da parte ré em honorários de advogado no percentual de 20% sobre o valor estimado da licitação.

O Ministério Público Federal, por sua vez, no Parecer apresentado no Evento



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

30, asseverou que o valor da causa deve ser aquele referente ao valor estimado da licitação.

O valor da causa constitui a estimativa do que é pretendido pelo demandante e deve refletir o conteúdo econômico da demanda, ainda que aproximado, nos termos do artigo 292, do CPC.

No caso em tela todavia, o edital do Pregão Eletrônico 056/2019 prevê um valor máximo estimado para a contratação e, em se tratando de modalidade pregão, em que o menor preço é exigido, é certo que eventual contratação não atingiria o valor máximo estimado.

Desse modo, estabelecer como valor da causa o valor máximo estimado da licitação, igualmente, não corresponde ao conteúdo econômico da demanda, pois estaria superestimado.

Quanto ao requerimento do réu, cabe ressaltar que o "valor de alçada" não existe no âmbito da Justiça Federal.

Desta feita, não há razão para alteração do valor dado à demanda, pelo que rejeito a impugnação do valor da causa apresentada pela parte ré.

2. Competência Territorial

A ação civil pública é regulada pela Lei nº 7.347/1985 e no artigo 16 há a seguinte previsão:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

A Lei 9.494/97 é oriunda da Medida Provisória 1.570/97, convertida em Lei. A mencionada Medida Provisória foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADI 1.576-1, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 24/04/1997) que, ao final, não teve decisão de mérito sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma.

Todavia, ao examinar o pedido liminar, o Min.Marco Aurélio, na oportunidade, decidiu¹:

(...)

A alteração do artigo 16 correu à conta da necessidade de explicitar-se a eficácia erga omnes



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

da sentença proferida na ação civil pública. Entendo que o artigo 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, harmônico com o sistema Judiciário pátrio, jungia, mesmo na redação primitiva, a coisa julgada erga omnes da sentença civil à área de atuação do órgão que viesse a prolatá-la. A alusão à eficácia erga omnes sempre esteve ligada à ultrapassagem dos limites subjetivos da ação, tendo em conta até mesmo o interesse em jogo - difuso ou coletivo - não alcançando, portanto, situações concretas, quer sob o ângulo objetivo, quer subjetivo, notadas além das fronteiras fixadoras do juízo. Por isso, tenho a mudança de redação como pedagogia, a revelar o surgimento de efeitos erga omnes na área de atuação do Juízo e, portanto, o respeito à competência geográfica delimitada pelas leis de regência. Isso não implica esvaziamento da ação civil pública nem, tampouco, ingerência indevida do Poder Executivo no Judiciário. Indefiro a liminar.

É o meu voto.

A questão a respeito dos efeitos territoriais da sentença da ação civil pública foi objeto de estudo por doutrinadores diversos.

Mancuso², ao tratar da questão, refere que Teori Albino Zavascki adotou posicionamento intermediário em relação àquele do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.576-1 e menciona que, a rigor, a questão nem mesmo estaria revestida de questão constitucional:

Em posição intermédia coloca-se Teori Albino Zavascki, que visualiza o art. 16 da Lei 7.347/85 sob o duplo enfoque dos interesses: (i) essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e (ii) episodicamente coletivos (individuais homogêneos). No primeiro caso, entende que “não há como cindir territorialmente a qualidade da sentença ou da relação jurídica nela certificada. Observe-se que, tratando-se de direitos transindividuais, a relação jurídica litigiosa, embora com pluralidade indeterminada de sujeitos no seu polo ativo, é única e incidível (indivisível). Como tal, a limitação territorial da coisa julgada é, na prática, ineficaz em relação a ela. Não se pode circunscrever territorialmente (circunstância do mundo físico) o juízo de certeza sobre a existência ou a inexistência ou o modo de ser de relação jurídica (que é fenômeno do mundo dos pensamentos)”. No segundo caso, prossegue, em se entendendo que o citado dispositivo se vocaciona a “limitar a eficácia subjetiva da sentença (e não da coisa julgada), o que implica, necessariamente, limitação do rol dos substituídos no processo (que se restringirá aos domiciliados no território da competência do juiz), (...) a norma do art. 16 da Lei 7.347/85 produz algum sentido. É que, nesse caso, o objeto do litígio são direitos individuais e divisíveis, formados por uma pluralidade de relações jurídicas autônomas, que comportam tratamento separado, sem comprometimento de sua essência. Aqui sim é possível cindir a tutela jurisdicional por critério territorial, já que as relações jurídicas em causa admitem divisão segundo o domicílio dos respectivos titulares, que são perfeitamente individualizados. Compreendida a limitação territorial da eficácia da sentença nos termos expostos, é possível conceber idêntica limitação à eficácia da respectiva coisa julgada. Nesse pressuposto, em interpretação sistemática e construtiva, pode-se afirmar, portanto, que a eficácia territorial da coisa julgada a que se refere o art. 16 da Lei 7.347/85 diz respeito apenas às sentenças proferidas em ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 2.º-A da Lei 9.494, de 1997, e não propriamente às sentenças que tratem de típicos direitos transindividuais”.¹⁹



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

A rigor, a questão jurídica que aí se coloca nem configuraria, propriamente, uma querela constitucional, visto não estar em discussão o instituto da coisa julgada em si, que a Constituição Federal relaciona (mas não define o conteúdo) dentre os direitos e garantias individuais – art. 5.º, XXXVI –, e sim a problemática de seus limites objetivos e subjetivos, temas concernentes ao direito processual, sobre o qual provê, privativamente, a União, em lei ordinária federal (CF, art. 22, I). O que então resta palpável é a análise da citada alteração legislativa, sob o ponto de vista da opção técnica empregada e, paralelamente, saber de sua aptidão para alcançar os efeitos pretendidos.

Deixando de lado a questão a respeito da existência, ou não, de querela constitucional e centrando-se no debate a respeito da territorialidade da sentença da ação civil pública, Mancuso aponta que a maioria dos autores têm posição distinta daquela pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal na oportunidade do julgamento da ADI 1.576-1 e que é preciso que o comando judicial atue de modo uniforme e unitário por toda a extensão e compreensão do interesse metaindividual objetivado na ação, a fim de que seja eficaz.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.243.887/PR, representativo de controvérsia, ao examinar a questão do foro competente e o alcance subjetivo dos efeitos da sentença coletiva, decidiu que "os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo" (Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgamento ocorrido em 19/10/2011³).

Mais recentemente, a discussão a respeito da constitucionalidade do artigo 16, da Lei nº 7.347/1985 foi retomada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 1.101.937, submetido ao regime de repercussão geral (decisão em 14/02/2020):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 16 DA LEI 7.347/1985, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.494/1997. CONSTITUCIONALIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão acerca da constitucionalidade do art. 16 da Lei 7.347/1985, com a redação dada pela Lei 9.494/1997, segundo o qual a sentença na ação civil pública fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator. 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC.

O Min. Alexandre de Moraes, no julgamento de recurso de embargos de declaração, decidiu:

"A respeito dos pontos agitados pelo embargante, convém esclarecer: serão suspensos os processos nos quais esteja pendente de deliberação a aplicação do art. 16 da Lei 7.347/1985.

A diretriz vale para processos em qualquer grau de jurisdição; seja qual for a fase em que



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

estejam (conhecimento, cumprimento de sentença, ou execução); independentemente da matéria em discussão; individuais ou coletivos.

Agora, uma observação se faz necessária: os processos em que tal questão não tenha sido invocada, ou sobre a qual já exista decisão preclusa, evidentemente não devem ser paralisados.

Reitere-se: a ordem de suspensão também alcança processos em fase de cumprimento de sentença, ou de execução, além de ações rescisórias – DESDE QUE, NESSES ESPECÍFICOS PROCEDIMENTOS, TENHA SIDO SUSCITADA A APLICAÇÃO DO ART. 16 DA LEI 7.347/1985, E QUE ESTA QUESTÃO AINDA NÃO ESTEJA DEFINITIVAMENTE RESOLVIDA.

Finalmente, é permitido aos órgãos julgadores decidir a incidência do art. 16 da Lei 7.347/1985, desde que a fundamentação seja alheia aos argumentos colocados em jogo neste leading case. Exemplificativamente: a alegação é intempestiva, ou preclusa.

Excetuadas estas motivações, absolutamente estranhas ao que se discute neste RE com repercussão geral, cabe enfatizar, pela última vez: não deve prosseguir qualquer processo em que tenha sido aventada a aplicabilidade, ou não, do art. 16 da Lei 7.347/1985, se tal ponto estiver na expectativa de solução definitiva.

Por todo o exposto, ACOLHO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, SEM EFEITOS INFRINGENTES, APENAS PARA PRESTARESCLARECIMENTOS."

No caso dos autos, a discussão a respeito da eficácia da sentença a ser proferida não foi invocada oportunamente pelas partes, de tal sorte que não é cabível a suspensão processual determinada.

3. Ausência de Interesse Processual

A parte ré alegou a superveniente ausência de interesse processual da parte autora em razão de que o pregão objeto da demanda foi revogado pela autoridade administrativa.

A parte autora, em réplica, asseverou que o pedido formulado na presente ação não é de revogação da licitação, mas que pretende que seja anulado todo o processo licitatório por não observar as regras legais, além de haver pedido explícito no que diz respeito à tutela inibitória com relação a certames futuros.

Analisando os documentos dos autos, percebe-se que após o ajuizamento da ação e do deferimento parcial da medida de urgência requerida pela parte autora, a parte ré procedeu à revogação do certame licitatório, consoante fez constar em sua defesa.

Deve-se observar que o interesse processual, como condição da ação, deve ser



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

examinado sob a ótica processual.

E no caso em tela, no momento da propositura da ação estavam configuradas as condições da ação, porquanto estava em andamento o certame licitatório na modalidade pregão, ao passo que a parte autora buscava obstar tal procedimento em razão da inadequação da modalidade licitatória.

Ademais, nos termos do artigo 49 combinado com o artigo 43 da Lei de Licitações, há diferença conceitual entre anular a licitação ou revogá-la.

Por fim, a demandante fez constar entre seus pedidos:

d) Seja a ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL obrigada a divulgar, às suas expensas e nos veículos utilizados inicialmente, a anulação, a suspensão ou a adequação da modalidade licitatória utilizada no Pregão Eletrônico nº 056/2019, bem como a posterior realização de processo licitatório nos moldes determinados pelo art. 46, da Lei nº 8.666/1993, explicando justificadamente os motivos da reabertura;

Ainda que o certame tenha sido revogado por iniciativa da parte ré, restam pendentes de exame de mérito os demais pedidos formulados.

Rejeito, portanto, a alegação de ausência de interesse processual superveniente.

4. Mérito

Consoante constou no relatório, a parte autora ingressou com a presente ação requerendo:

a) Seja deferida, nos termos dos artigos do art. 12, da Lei nº 7.347/1985, e dos artigos 300 e 301, do Código de Processo Civil, medida liminar por este Juízo Federal, no sentido de que a ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL anule os atos realizados atinentes ao Pregão Eletrônico nº 056/2019, o qual traz como objeto serviço profissional de arquitetura e urbanismo e engenharia, de natureza técnica e predominantemente intelectual;

b) Seja deferida, nos termos dos artigos do art. 12, da Lei nº 7.347/1985, e dos artigos 300 e 301, do Código de Processo Civil, a fim de que a ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL proceda à adequação do tipo de critério de julgamento e da modalidade de licitação, em função do objeto do certame, enquadrando a modalidade adequada aos valores envolvidos, sob o tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, de acordo com o art. 46, da Lei nº 8.666/1993.

c) Na hipótese de não deferimento das postulações constantes nas alíneas “a” ou “b”, que seja deferida, nos termos do art. 12, da Lei nº 7.347/1985, medida liminar por este Juízo Federal para suspender o certame licitatório ou a celebração do contrato referente ao Pregão



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

Eletrônico nº 056/2019, até posterior decisão, devendo a ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, após o devido contraditório, apresentar todas as informações e os documentos que justificariam a realização da presente modalidade licitatória;

d) Seja a ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL obrigada a divulgar, às suas expensas e nos veículos utilizados inicialmente, a anulação, a suspensão ou a adequação da modalidade licitatória utilizada no Pregão Eletrônico nº 056/2019, bem como a posterior realização de processo licitatório nos moldes determinados pelo art. 46, da Lei nº 8.666/1993, explicando justificadamente os motivos da reabertura;

e) Na hipótese de não deferimento das postulações constantes nas alíneas “a”, “b” ou “c”, que seja deferida, nos termos do art. 3º, § 3º, art. 139, inciso V, e art. 165, todos do Código de Processo Civil, a designação de data para realização de conciliação entre as partes;

f) Seja fixada multa diária cominatória (astreints) no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) para o eventual descumprimento da medida liminar ora requerida, nos termos do art. 11, da Lei nº 7.347/1985, e do art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil;

g) Seja deferida a tutela preventiva, de caráter inibitório, com amparo no art. 497, do Código de Processo Civil, no sentido de que a ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL abstenha-se, em licitações futuras, de realizar licitação por meio da modalidade pregão quando o objeto do certame guardar conformidade com o escopo circunscrito pelo artigo 46, da Lei nº 8.666/1993;

h) Seja fixada multa diária cominatória (astreints) no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) para o eventual descumprimento da medida inibitória ora requerida, nos termos do art. 11, da Lei nº 7.347/1985, c/c art. 497, do Código de Processo Civil.

Os pedidos de tutela de urgência foram parcialmente deferidos para o fim de suspender a realização do certame (Ev. 3) e posteriormente a parte ré revogou o processo licitatório.

Estão pendentes de análise, portanto, os pedidos (d), (g) e (h).

4.1. Anulação, Suspensão ou Adequação da modalidade licitatória utilizada no Pregão Eletrônico nº 056/2019 - art. 46, da Lei nº 8.666/1993

A Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 37, estabelece:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) :

(...)



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento)

A Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública – LLC) regulamenta o art. 37, XXI, da CRFB, institui normas para licitações e contrato da Administração Pública.

Os artigos 2º e 6º da Lei nº 8.666/93 estabelecem:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

(...)

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;

III - Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente;

IV - Alienação - toda transferência de domínio de bens a terceiros;

V - Obras, serviços e compras de grande vulto - aquelas cujo valor estimado seja superior a 25 (vinte e cinco) vezes o limite estabelecido na alínea "c" do inciso I do art. 23 desta Lei;

VI - Seguro-Garantia - o seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas por empresas em licitações e contratos;

VII - Execução direta - a que é feita pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

meios;

VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

c) (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

d) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;

e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;

b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;

c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

X - Projeto Executivo - o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT;

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

*XIII - Imprensa Oficial - veículo oficial de divulgação da Administração Pública, sendo para a União o Diário Oficial da União, e, para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o que for definido nas respectivas leis; **(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)***

XIV - Contratante - é o órgão ou entidade signatária do instrumento contratual;

XV - Contratado - a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública;

XVI - Comissão - comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

*XVII - produtos manufaturados nacionais - produtos manufaturados, produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal; **(Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)***

*XVIII - serviços nacionais - serviços prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo federal; **(Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)***

*XIX - sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos - bens e serviços de tecnologia da informação e comunicação cuja descontinuidade provoque dano significativo à administração pública e que envolvam pelo menos um dos seguintes requisitos relacionados às informações críticas: disponibilidade, confiabilidade, segurança e confidencialidade. **(Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)***

*XX - produtos para pesquisa e desenvolvimento - bens, insumos, serviços e obras necessários para atividade de pesquisa científica e tecnológica, desenvolvimento de tecnologia ou inovação tecnológica, discriminados em projeto de pesquisa aprovado pela instituição contratante. **(Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)***

E as modalidades de licitação estão descritas nos artigos 22 e 23, da Lei nº



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

8.666/93:

Art. 22. São modalidades de licitação:

I - concorrência;

II - tomada de preços;

III - convite;

IV - concurso;

V - leilão.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

*§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. **(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)***

*§ 6º Na hipótese do § 3º deste artigo, existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações. **(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)***

§ 7º Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite.

§ 8º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.

*§ 9º Na hipótese do parágrafo 2º deste artigo, a administração somente poderá exigir do licitante não cadastrado os documentos previstos nos arts. 27 a 31, que comprovem habilitação compatível com o objeto da licitação, nos termos do edital. **(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)***

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

*I - para obras e serviços de engenharia: **(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)** **(Vide Decreto nº 9.412, de 2018)** **(Vigência)***

*a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); **(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)** **(Vide Decreto nº 9.412, de 2018)** **(Vigência)***

*b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); **(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)** **(Vide Decreto nº 9.412, de 2018)** **(Vigência)***

*c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); **(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)** **(Vide Decreto nº 9.412, de 2018)** **(Vigência)***

*II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior: **(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)** **(Vide Decreto nº 9.412, de 2018)** **(Vigência)***

*a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); **(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)** **(Vide Decreto nº 9.412, de 2018)** **(Vigência)***

*b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); **(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)** **(Vide Decreto nº 9.412, de 2018)** **(Vigência)***

*c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). **(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)** **(Vide Decreto nº 9.412, de 2018)** **(Vigência)***

*§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala. **(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)***



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

§ 2º *Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.* **(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)**

§ 3º *A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País.* **(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)**

§ 4º *Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.*

§ 5º *É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.* **(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)**

§ 6º *As organizações industriais da Administração Federal direta, em face de suas peculiaridades, obedecerão aos limites estabelecidos no inciso I deste artigo também para suas compras e serviços em geral, desde que para a aquisição de materiais aplicados exclusivamente na manutenção, reparo ou fabricação de meios operacionais bélicos pertencentes à União.* **(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)**

§ 7º *Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas a ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala.* **(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)**

§ 8º *No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no caput deste artigo quando formado por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número.* **(Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)**

Além das modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666/93, a legislação superveniente previu a modalidade pregão, nos termos da Lei nº 10.520/2002.

Dispõe o artigo 1º, da Lei 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.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

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 forma eletrônica do pregoão passou a ser obrigatória, de acordo com o art. 1º, §1º, do Decreto nº 10.024/2019.

Até o advento do Decreto nº 10.024/2019, aplicavam-se as disposições do Decreto nº 3.555/2000 e Decreto nº 5.420/2005, que não previam a opção de pregoão eletrônico para obras e serviços comuns de engenharia.

Não há rol taxativo do que venham a ser bens e serviços comuns, de tal sorte que, em cada caso, cabe à Administração, como gestora pública, realizar uma análise da situação e considerar os fatores determinados em lei para justificar a escolha de uma ou outra forma de contratação, estando sujeita à auditoria do Tribunal de Contas, da União ou do Estado, conforme se trata da administração federal, estadual ou municipal e da origem das verbas orçamentárias utilizadas, sem contar o exame da legalidade dos atos administrativos a que está sujeita.

Uma das características do pregoão é o fato de que o julgamento das propostas deve levar em conta o tipo de licitação de menor preço (art. 4º, X, da Lei nº 10.520/2002), de tal sorte que não se admitem outros critérios para justificar a escolha da administração por uma ou outra empresa licitante.

Passa-se, assim, ao exame do caso concreto.

O cerne da controvérsia exige o exame do objeto licitatório para fins de constatação de que se configuram, ou não, em bens ou serviços comuns.

O Edital de licitação foi anexado no Evento 1, EDITAL10 e aponta que o Termo de Referência está no Anexo I do mencionado Edital.

O Termo de Referência foi anexado no Evento 1, OUT11, constando:

1. OBJETO:

Contratação de todo o rol de Projetos Especializados visando à Reforma Geral do Teatro Dante Barone, da Assembleia Legislativo do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre/RS. Área do complexo é de aproximadamente 1.200,00 m2.

2. JUSTIFICATIVA:

Atender necessidade de reforma geral do Teatro Dante Barone, sob aspectos de segurança, acessibilidade, conforto, sistemas, utilização multiuso, compartimentação sob a ótica de



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

prevenção de incêndios, dentre outras demandas desta Casa Legislativa, seus administradores, usuários e gestores do referido espaço.

Quanto às especificações técnicas, constou no Termo de Referência a necessidade de levantamento topográfico de apoio ao AS BUILT, realização de levantamento da Construção - AS Built, consultoria teatral, consultoria contemplando projeto de acessibilidade, projeto especializados (projeto cenotécnico, projeto acústico, projeto de iluminação arquitetural), projetos de engenharia (projeto de sistemas elétricos, projeto de sistemas eletrônicos, projeto de instalações hidrossanitárias, projeto de instalações de prevenção e combate a incêndio, projetos de climatização), projeto estrutural.

Ao examinar o pedido de tutela de urgência, asseverou-se (Ev. 3):

"Ficou assentada na Administração Pública a admissibilidade do pregão, desde que para a contratação de serviços comuns de engenharia. Essa previsão, agora, com a edição do Decreto 10024/19, adquiriu força de lei, mantida a natureza e característica comum do objeto do procedimento licitatório (é o que se lê claramente nas disposições dos artigos 1º, 3º, incisos II, III e VIII e parágrafos 1º e 2º, e 4º da novel norma regulamentadora).

O objeto do pregão em análise está assim indicado no Edital:

Contratação de pessoa jurídica especializada para elaboração de todo o rol de Projetos especializados visando à Reforma Geral do Teatro Dante Barone, da Assembleia Legislativo do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre/RS. Área do complexo é de aproximadamente 1.200,00 m², conforme especificações técnicas e condições previstas neste Edital e seus Anexos.

As premissas de projeto e os elementos construtivos existentes afetados trazem exigências complexas constante no Termo de Referência, como projetos especializados, sem as definições claras de cada exigência. Exemplificativamente, no item 4.4.1, Projeto Cenotécnico:

(...) O palco deve contar com os mais diversos mecanismos e panejamentos [sic], levando em consideração a rapidez de operação, praticidade do trabalho e segurança, trazendo vantagens objetivas na montagem dos espetáculos.

(...)

Deverão ser projetadas as instalações e artefatos específicos para os espaços cênicos do palco e demais espaços múltiplos, cabine de comando de luz e som, mesa de comando e dimmers, levando em consideração o tipo de utilização, a tecnologia contemporânea, manutenção, segurança e possibilidades cênicas. Tem de ser contemplada a iluminação para cada tipo de atividade, bem como o uso de itens compatíveis com serviços de manutenção.

Sonorização

Assim como os projetos de Macânica e Iluminação Cênica, este projeto deverá contemplar todos os itens tecnológicos, se segurança, eficiência e manutenção de equipamentos.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

A reforma do Teatro Dante Barone pretende ser ampla, o que comportará a contratação de serviço que contemple pontos como Consultoria Teatral (item 4.2) e Projeto de Acessibilidade (item 4.3).

Para o primeiro ponto, busca-se, entre outros objetivos, modernizar a configuração do espaço de palco e plateia, com geometria da sala e geometria do palco; planejar aspectos funcionais dos palcos, acessos, elementos flexíveis de palco, posições de orquestras, coros, e outros grupos; modernizar estudos de visibilidade; planejar espaço de bastidores e espaços técnicos; definir acessos, rotas de fuga; prever critérios e planejamento das cabines de luz e controle, localização, tamanho, acesso e design; definir potência elétrica para iluminação e outros equipamentos (cf. termo de referência anexo ao edital, evento 1, out11, p. 3).

Para o segundo ponto, busca-se desenvolver projeto de acessibilidade interna do teatro "considerando plateia, foyer, camarins, área administrativa, entre outros, que serão definidos na primeira etapa de execução do contrato"; e ainda, "o projeto deverá ser desenvolvido de forma a proporcionar a acessibilidade universal a todas as dependências do teatro, valorizar as áreas de acesso público e administrativo, proporcionando conforto e segurança dos usuários e funcionários do teatro, seguindo as normativas atuais para classificação internacional de teatros acessíveis e apresentar soluções que permitam maior eficiência e facilidade nos aspectos de manutenção" (item 4.3 do termo de referência).

A leitura dessas especificações já demonstra que não se trata de serviço comum de engenharia, consistente na elaboração de projeto padronizado e pouco complexo. Contrariamente, trata-se de projeto de obra técnica com necessidades significativas e especiais, envolvendo alto grau de extensão, especificações e exigências, a ser executado em teatro que tem mais de cinquenta anos de uso (segundo informação do Eng. Civil Coordenador da Divisão de Projetos e Manutenção da Assembleia Legislativa em resposta técnica dada ao Pregoeiro do certame, evento 1, resposta15), o que descaracteriza a padronização na elaboração e execução de tais serviços e, conseqüentemente, a natureza comum.

Sobre a utilização da modalidade pregão para serviço de engenharia de natureza não comum, já decidiram o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

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).



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO. SERVIÇOS DE NATUREZA PREDOMINANTEMENTE INTELLECTUAL. 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)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÕES. PREGÃO. SERVIÇO DE APOIO TÉCNICO. ENGENHARIA. SERVIÇO COMUM. NÃO CARACTERIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DA MODALIDADE. ILEGALIDADE DO ATO. 1. O mandado de segurança é o remédio cabível para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça, segundo o art. 1º da Lei n. 12.016/2009. 2. A licitação na modalidade de pregão, na forma da Lei 10.520/02, destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, considerando-os como "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital por meio de especificações usuais no mercado". 3. Hipótese em que o termo de referência contempla atividades que se sobrepõem àquelas admitidas para a licitude do procedimento licitatório por pregão, uma vez que demandam evidente qualificação técnica específica, o que acarreta o reconhecimento da ilegalidade do pregão promovido pelo impetrado. (TRF4 5012156-30.2017.4.04.7100, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 24/08/2017)

Considerando a relevância do serviço objeto deste pregão, é cabível o deferimento da antecipação de tutela 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 liminar requerida** para determinar a suspensão do pregão eletrônico nº 56/2019, até o julgamento deste feito."*

Um exame mais apurado da prova dos autos não permite que se destoe da conclusão da decisão que deferiu a medida liminar em parte, qual seja, o objeto da licitação extrapola o que a lei define por serviços comuns de engenharia.

Além disso, na oportunidade em que publicado o edital de licitação, ainda era exigida que o certame ocorresse presencialmente, uma vez que o Decreto nº 10.024/2019 ainda não estava vigente.

Nessa lógica, indevida a modalidade de licitação pregão.

Resta analisar o artigo 46, da Lei nº 8.666/93 que trata dos tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço".

Dispõe o artigo 46, da Lei nº 8.666/93:



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.

(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 1º Nas licitações do tipo "melhor técnica" será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:

I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução;

II - uma vez classificadas as propostas técnicas, proceder-se-á à abertura das propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório e à negociação das condições propostas, com a proponente melhor classificada, com base nos orçamentos detalhados apresentados e respectivos preços unitários e tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a valorização mínima;

III - no caso de impasse na negociação anterior, procedimento idêntico será adotado, sucessivamente, com os demais proponentes, pela ordem de classificação, até a consecução de acordo para a contratação;

IV - as propostas de preços serão devolvidas intactas aos licitantes que não forem preliminarmente habilitados ou que não obtiverem a valorização mínima estabelecida para a proposta técnica.

§ 2º Nas licitações do tipo "técnica e preço" será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório:

I - será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório;

II - a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório.

§ 3º Excepcionalmente, os tipos de licitação previstos neste artigo poderão ser adotados, por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório.

§ 4º (Vetado). **(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)**

Na lição de Justen Filho⁴, as licitações de melhor técnica e de técnica e preço foram reservadas para situações especialíssimas. Devem ser praticadas como exceção, sendo a regra a licitação de menor preço. Assim se passa porque a conjugação dos critérios técnicos e de preço conduz à possibilidade de sagrar-se vencedora a proposta que não apresente o menor preço. Somente se justifica que a Administração desembolse valor superior ao menor preço disponível no mercado quando isso envolver benefícios e vantagens indispensáveis à satisfação mais adequada de suas necessidades.

No caso dos autos, percebe-se que o objeto da licitação é a contratação do rol de projetos especializados visando à reforma geral do Teatro Dante Barone, da Assembléia Legislativa (Ev. 1, OUT11, pág. 1). Portanto, trata-se de trabalho precipuamente intelectual, nos termos do que dispõe a regra do artigo 46 mencionado.

Quanto ao pedido de anulação, suspensão ou adequação da modalidade licitatória utilizada no Pregão Eletrônico nº 056/2019 impõe-se mencionar que a anulação dos atos administrativos decorre da constatação da sua ilegalidade.

A revogação, por sua vez, não reconhece qualquer ilegalidade, mas apenas consiste no desfazimento do ato administrativo porque reputado inconveniente e inadequado à satisfação das funções atribuídas ao Estado.

O Estado do Rio Grande do Sul, como mencionado, após o deferimento parcial da medida liminar, procedeu à revogação do certame.

Ainda que assim tenha procedida a parte ré, não se pode desconsiderar que a prova dos autos denotou que o objeto do Pregão Eletrônico nº 056/2019 não se caracteriza pela aquisição de bens e serviços comuns prevista na Lei nº 10.520/2002. Logo, procede o pedido da parte autora de que seja declarada a nulidade do edital mencionado, em face da ilegalidade constatada.

Nesse diapasão, resta prejudicado o pedido de adequação do Pregão Eletrônico nº 056/2019 pois o que é ilegal não se pode adequar e tampouco convalidar.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

4.2. Tutela Inibitória

A parte autora postula, ainda, a concessão da tutela inibitória para que a parte ré abstenha-se, em licitações futuras, de realizar licitação por meio da modalidade pregão quando o objeto do certame guardar conformidade com o escopo circunscrito pelo artigo 46, da Lei nº 8.666/1993.

A Lei da Ação Civil Pública prevê sobre a tutela inibitória:

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

§ 2º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor; mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

O Código de Processo Civil, no artigo 497, parágrafo único, prevê a concessão tutela inibitória para a remoção de ilícito:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Marinoni⁵ leciona sobre o tema:

Na ação inibitória é necessário verificar não só a probabilidade da prática de ato, mas também se tal ato configura ilícito. Por isto, requer-se o confronto entre a descrição do ato temido e o direito. É possível que o réu não negue que praticará o ato, mas afirme que este não terá a natureza ou a extensão do ato vedado pela regra legal. Neste caso, tratando-se de ação voltada a impedir a repetição ou a continuação do ilícito, basta verificar se o ato anteriormente praticado realmente enquadra-se na proibição legal. Mais difícil será a prova



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

da ilicitude do ato quando ato “igual” não foi ainda praticado. Em tal hipótese deverá ser demonstrado que o ato que se pretende praticar é realmente vedado por norma legal.

Nas situações em que se discute apenas a extensão e a natureza do ato que estaria sendo negado como ilícito, a prova não terá por fim demonstrar um fato que indique a probabilidade da prática de um ato futuro, mas sim evidenciar que o ato que se pretende praticar é ilícito.

Problema diverso é o da prova da afirmação de que o ato (admitido como ilícito) será praticado, repetido ou continuará. Note-se que a questão da prova é mais intrincada na ação inibitória do que na ação de remoção. É que na ação inibitória, além de também não importar o dano, mas só o ato contrário ao direito, leva-se em conta um ilícito futuro e não um ilícito já ocorrido. Quando ato anterior já foi praticado, da sua modalidade e natureza se pode inferir com grande aproximação a probabilidade da sua continuação ou repetição no futuro. I Maior dificuldade existe na produção da prova de que um ato será praticado quando nenhum ilícito anterior foi cometido.

No caso em que se teme a prática de ilícito, e nenhum ilícito já foi praticado, o autor deverá alegar fatos que sejam suficientes para permitir ao juiz formar um juízo acerca da alegação de que provavelmente será praticado um ilícito. Ou seja, quando é considerada apenas a probabilidade da prática do ato (a ilicitude do ato temido não é discutida), devem ser alegados fatos que, uma vez demonstrados, possam levar o juiz a concluir que provavelmente ocorrerá a violação do direito.

*É fundamental, na ação inibitória, manejar de forma adequada os conceitos de fato indiciário, prova indiciária, raciocínio presuntivo, presunção e juízo. Tratando-se de ação inibitória, ou seja, de ação voltada para o futuro, não é possível desconsiderar as virtudes da denominada prova indiciária. Tal modalidade de prova, se pode ser considerada auxiliar importante em face das tradicionais ações repressivas, assume lugar de destaque e importância diante da ação inibitória. **A tutela inibitória depende da prova de fatos que já ocorreram e apontam para a probabilidade de que o fato temido venha a ser praticado.** Trata-se, assim, de provar fatos indiciários que confirmem ao juiz a oportunidade de ver a probabilidade da prática do ato que se deseja inibir. (grifo nosso)*

Tendo em mente as disposições legais mencionadas e a melhor doutrina sobre a tutela inibitória, percebe-se que a situação dos autos evidencia a probabilidade de que o fato considerado ilegal venha a ser novamente praticado.

Desse modo, imprescindível a concessão da tutela inibitória postulada, a fim de determinar à parte ré que se abstenha de realizar certame licitatório para a contratação de todo o rol de Projetos Especializados ou de parcela de projetos especializados visando à Reforma Geral do Teatro Dante Barone, da Assembleia Legislativo do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre/RS na modalidade Pregão Eletrônico, sob pena de pagamento de multa.

4.3. Multa

A multa para o cumprimento da tutela inibitória deferida tem natureza



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

coercitiva, ou seja, pretende coagir o demandado a não fazer algo que lhe fora determinado. Para que cumpra esse papel, o seu valor deve ser tal que garanta a efetividade da prestação jurisdicional concedida.

Todavia, consoante assevera Marinoni, *diante da tutela contra o ilícito, por não ser possível ter em conta qualquer valor, torna-se impossível por razões ainda mais óbvias ter um parâmetro para a limitação do valor da multa.*

Em que pese tal dificuldade, há de se levar em conta a capacidade econômica do demandado e ponderar, ainda, que na hipótese como a dos autos, em que se pretende impedir a repetição de um ilícito, a sua fixação não deve ser aplicada por fração de tempo, mas em valor fixo pela prática do ato ilícito.

Com tais fundamentos e tendo em vista que o valor estimado para o objeto do Pregão Eletrônico nº 056/2019 era de R\$ 591.500,00 (quinhentos e noventa e um mil e quinhentos reais), fixo a multa no valor de R\$ 59.150,00 (cinquenta e nove mil cento e cinquenta reais), ou seja, correspondente a 10% do valor do ato ilícito declarado nulo.

Assevero, contudo, que a multa incidirá somente na hipótese de que seja realizado outro certame licitatório para a contratação de todo o rol de Projetos Especializados ou de parcela de projetos especializados visando à Reforma Geral do Teatro Dante Barone, da Assembleia Legislativo do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre/RS **na modalidade Pregão Eletrônico.**

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto:

- a) rejeito a impugnação ao valor da causa apresentada pela parte ré;
- b) rejeito a alegação da parte ré de ausência de interesse processual superveniente da parte autora;
- c) no mérito, julgo procedentes em parte os pedidos formulados pela parte autora para declarar a nulidade do Pregão Eletrônico nº 056/2019 em razão de seu objeto não corresponder à aquisição de bens e serviços comuns prevista na Lei nº 10.520/2002; e
- d) concedo a tutela inibitória **para o fim de determinar à parte ré que se abstenha de realizar certame licitatório para a contratação de todo o rol de Projetos Especializados, ou de parcela de Projetos Especializados**, visando à Reforma Geral do Teatro Dante Barone, da Assembleia Legislativo do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre/RS **na modalidade Pregão Eletrônico**, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

59.150,00 (cinquenta e nove mil cento e cinquenta reais), a qual incidirá somente na hipótese de que seja realizado outro certame licitatório com o mesmo objeto do Pregão Eletrônico nº 056/20119 e na mesma modalidade declarada ilegal para a hipótese.

Condeno o réu ao pagamento de honorários ao advogado do autor, fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa, corrigidos pelo IPCA-E desde a data desta sentença, considerando o trabalho desenvolvido pelos procuradores, o valor atribuído à causa e o rito facilitado do processo eletrônico, nos termos do art. 85, §§ 2º, 3º e 4º do CPC.

Publique-se e registre-se.

Havendo recurso(s) tempestivo(s), intime(m)-se a(s) parte(s) contrária(s) para apresentação de contrarrazões, no prazo legal. Juntado(s) o(s) recurso(s) e a(s) respectiva(s) resposta(s), apresentada(s) no prazo legal, remeta-se o processo ao Tribunal Regional Federal da Quarta Região.

Tendo em vista que a regra, na ação civil pública, é que os recursos sejam recebidos apenas no efeito devolutivo (art. 14 da L 7.347/1985), as determinações constantes desta sentença devem ser cumpridas no prazo de **sessenta dias**, a contar da intimação das partes desta decisão. A definição de multa diária a ser aplicada dependerá de demonstração de efetivo descumprimento das medidas por parte do réu.

Transitada em julgado esta sentença, e nada sendo requerido, arquivem-se com baixa.

Documento eletrônico assinado por **DANIELA TOCCHETTO CAVALHEIRO, Juíza Federal**, 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 **710010978088v68** e do código CRC **5c2b7f9c**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): DANIELA TOCCHETTO CAVALHEIRO

Data e Hora: 12/6/2020, às 14:55:35

-
1. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347137>, acessado em 02/06/2020, às 17h03min
 2. Temas de direito ambiental econômico [livro eletrônico] / Ana Maria de Oliveira Nusdeo e Terence Trennepohl, coordenadores. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. 6 Mb ; e-PUB complementar / Rodolfo de Camargo Mancuso. -- 3. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. 6 Mb ; ePUB Vários autores. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa.
 3. <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100534155&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.eaacessado em 03/06/2020, às 6h14min>
 4. Justen Filho, Marçal Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos [livro eletrônico]: Lei 8.666/1993 / Marçal Justen Filho. -- 3. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.
 5. Marinoni, Luiz Guilherme Tutela Inibitória e Tutela de Remoção do Ilícito [livro eletrônico] / Luiz Guilherme Marinoni. -- 2. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

5072667-23.2019.4.04.7100

710010978088.V68



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Porto Alegre

5072667-23.2019.4.04.7100

710010978088.V68