

SOLICITANTE: CPL
INTERESSADA: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO
SUSTENTÁVEL DA AMAZÔNIA - ABRADESA
ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO AO EDITAL. PREGÃO ELETRÔNICO Nº 024/2022

PARECER

I – RELATO DOS ANTECEDENTES DE FATOS.

Tratam estes autos de Pregão Eletrônico tombado sob o nº 024/2022, cujo objeto é a contratação de empresa para execução de Projeto Técnico Social, na área de Habitação de Interesse Social no Residencial Murinin, neste Município de Benevides, consoante especificações contidas no Edital Convocatório e documentos que o instruíram.

Após a publicação do instrumento convocatório, a Interessada ABRADESA o impugnou alegando, em apertadíssima síntese, que não é adequada a modalidade escolhida pela Administração para contratação do precitado objeto, porquanto a execução deste demandara *“conhecimento intelectual atrelado experiência técnica”*, atraindo a contratação por meio da Tomada de Preços.

A bem elaborada impugnação trouxe em seu bojo textos normativos, questionamentos e decisões que a Interessada entendeu favoráveis à tese de que é ilegal a contratação de execução Projeto Técnico Social - PMCMV-FAR, por meio do usual pregão eletrônico.

Este o relatório do relevante, passando-se, doravante, para

II – ANÁLISE DO DIREITO.

Neste tópico, entende-se de bom arbítrio manifestar inicialmente que merece conhecimento a impugnação, conquanto cabível na espécie, tempestiva e assinadas por representante legal da pessoa jurídica interessada.

Analisando a questão posta na impugnação, *prima facie* cumpre observar que a Interessada não apontou nas razões da impugnação qual o item ou exigências editalícias são ilegais ou incompatíveis com a modalidade de licitação – *Pregão Eletrônico* - eleita por esta Administração, limitando-se a trazer questionamentos quanto a monetarização dos serviços intelectuais e técnico que serão prestados na execução do objeto contratual.

A partir da leitura do edital e, sobretudo do objeto, observa-se com meridiana clareza que a Impugnante pretende se imiscuir no mérito administrativo ou no que restou de poder discricionário para a Administração Pública decidir o que e como pretende adquirir ou contratar mediante o devido processo licitatório, situação que não encontra amparo legal, doutrinário ou jurisprudencial, uma vez que esse poder-dever decorre da própria independência entre os poderes, nos moldes do art. 2º, erigido como cláusula pétrea no artigo 60, § 4º, III, ambos da Constituição da República de 1988.

Muito a propósito, colaciona-se abaixo lição do jurista José dos Santos Carvalho Filho:

*“O termo mérito, no Direito Administrativo, tem sido empregado, algumas vezes, em sentido um pouco diverso do sentido clássico. Quando se faz referência ao controle de mérito, no entanto, a intenção é considerar aqueles aspectos da conduta administrativa sujeitos à valoração dos próprios agentes administrativos. **Significa, pois, aquilo que é melhor, mais conveniente, mais oportuno, mais adequado, mais justo, tudo, enfim, para propiciar que a Administração alcance seus fins.***

O ponto que mais merece atenção nesse tipo de controle reside na competência para exercê-lo. Com efeito, o controle de mérito é privativo da Administração Pública e, logicamente, não se submete à sindicabilidade no Poder Judiciário. A razão é simples. Se esse controle tem por objeto a avaliação de condutas administrativas, há de traduzir certa discricionariedade atribuída aos órgãos administrativos. Somente a estes incumbe proceder a essa valoração, até porque esta é inteiramente administrativa. Ao Judiciário somente é cabível o controle de legalidade, vez que constitui sua função decidir sobre os confrontos entre as condutas administrativas e as normas jurídicas, como vimos acima.” (Manual de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 792).

Assim, pode-se asseverar que a impugnação do edital, prevista no art. 41, §1º, da Lei de Licitações, não se presta para questionamento da margem de liberdade conferida pela lei ao gestor público, para decidir segundo critérios de conveniência e oportunidade, o objeto que pretende contratar e a modalidade de licitação pública, mormente quando não apontada nenhuma exigência restritiva ou ilegal no edital convocatório deste pregão presencial.

Portanto, sob a ótica estritamente jurídica, pode-se dizer que a modalidade inicialmente adotada era adequada e encontrava o permissivo no art. 1º, parágrafo único, do Decreto Federal nº 10.520/2002, pois define serviços comuns como *“aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital”*.

Contudo, em reunião com a equipe técnica da Secretaria Municipal de Habitação, percebeu-se a necessidade de se exigir maior capacidade técnico-profissional para execução dos serviços objeto deste certame licitatório, nos termos do art. 31, II, §1º, I, da Lei nº 8.666/93, com alteração do Termo de Referência.

Inobstante o certame permanecer com o mesmo objeto, a exigência de maior capacidade técnico-profissional demonstra que o serviço de fato pode não ser usualmente comum, o que o colocaria em zona cinzenta para definição da modalidade de licitação, pois como adverte **Marçal Justen Filho**, *a definição trazida pela Lei é insuficiente, uma vez que tanto bens/serviços comuns quanto incomuns obrigatoriamente serão descritos objetivamente pelo edital*.

O precitado Autor melhor explica que a expressão “bem ou serviço comum” é um conceito jurídico indeterminado, onde se encontra três situações distintas: a zona de certeza positiva (onde, inquestionavelmente, o bem ou serviço será comum, o que ocorre na com a maior parte dos bens que se enquadram no âmbito de ‘material de consumo’), a zona de certeza negativa (na qual inexistem dúvidas de que o bem ou serviço não é comum, como, por exemplo, um equipamento único a ser construído sob medida, para fins determinados e específicos) e a **zona cinzenta de incerteza, adotando a premissa, para esta última situação, de em caso de dúvida, reputar-se como não comum o bem ou serviço.**

No caso em tela, a dúvida quanto a modalidade de licitação – pregão eletrônico ou tomada de preços -, surgiu em boa medida com a impugnação e se concretizou na reunião com a SEMHA, onde restou evidenciando como “não comum” o objeto desta licitação, mormente com as alterações que serão efetuadas no termo de referência e nas exigências de qualificação técnico-profissional. Logo, a modalidade pregão não se configura instrumento hábil (Acórdão TCU 1168/2009-Plenário e Acórdão TCU 555/2008-Plenário).

No mesmo sentido:

- Acórdão 6349/2009 Segunda Câmara (Sumário) – TCU: De acordo com a Lei nº 10.520/2002, bens ou serviços comuns são aqueles cujos padrões de desempenho e de qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, que não açambarca a contratação de cursos e palestras.

- Acórdão 6349/2009 Segunda Câmara (Proposta de Deliberação do Ministro Relator
- TCU: O pregão ora em exame trata da contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de planejamento, organização, execução e acompanhamento de eventos e, conforme observei anteriormente, esses eventos podem abranger uma diversidade de temas.

Dessa forma, havendo dúvida se o objeto deste certame é usualmente comum ou não, como restou no caso vertente, é imperioso reconhecer que a modalidade de licitação que se mostra mais adequada é a Tomada de Preços.

III – CONCLUSÃO.

Ante o brevemente esposado ao norte, esta Assessoria se manifesta, conclusivamente, no sentido de que deve ser acolhida a impugnação oposta pela **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA AMAZÔNIA - ABRADESA** ao Edital Convocatório, em razão do que se recomenda a revogação desta licitação instaurada sob a modalidade pregão eletrônico, como autoriza a conhecida Súmula 473 – STF, para que outra seja realizada sob a modalidade Tomada de Preços, nos termos da legislação de regência.

São os termos do parecer que submeto à superior apreciação.

Benevides (PA), 25 de julho de 2022.

ORLANDO BARATA MILÉO JUNIOR
ASSESSOR JURÍDICO – OAB/PA Nº 7039