

EXMO. SR. SENHOR PREGOEIRO ENCARREGADO DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 035/2021 DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ÁGUAS DE LINDÓIA – ESTADO DO SÃO PAULO.

**PREGÃO PRESENCIAL Nº 035/2021
PROCESSO N.º 087/2021
EDITAL N.º 066/2021**

ABERTURA DAS PROPOSTAS: 02 DE AGOSTO DE 2021, ÀS 09H30MIN

e-mail: editais.aguas@hotmail.com

A **ABRELPE - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE LIMPEZA PÚBLICA E RESÍDUOS ESPECIAIS**, associação civil sem fins lucrativos constituída desde 23 de setembro de 1976, com sede na Avenida Paulista nº 807, conjuntos 207/212, São Paulo/SP, CEP.: 01311-915, inscrita na CPF/MF 48.116.263/0001-97 por seu advogado ao final nomeado e assinado, também na qualidade de cidadão, tendo tomado conhecimento do Edital acima em destaque, vem a presença de Vossa Senhoria, apresentar sua

IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA

, pelos motivos de fato e de direito alinhados, requerendo a **SUSPENSÃO** do certame.

I - DA ABRELPE

A **ABRELPE** é uma associação classista de âmbito nacional, que congrega empresas prestadoras de serviços de limpeza pública urbana e de resíduos especiais, os mesmos que formam objeto da presente licitação.

Como órgão classista, a atuação desta entidade tem-se pautado não só pela defesa dos interesses coletivos desse específico setor de atividade como, fundamentalmente, no controle intransigente da qualidade dos serviços prestados pelas suas associadas.

Ademais, dentre suas finalidades, emerge como de maior importância a defesa da categoria contra fatores que possam impedir e/ou dificultar o regular desenvolvimento da atividade, sendo um dos meios mais eficazes de controlar a qualidade desses serviços, o monitoramento dos procedimentos licitatórios que dizem respeito ao setor representado, ombreando-se, nesse passo, com a própria Administração Pública.

Este, na verdade, é o foro adequado para o surgimento das eventuais irregularidades verificadas no ato convocatório, sem que tal represente, no entanto, qualquer discordância do direcionamento adotado pelo poder licitante aos seus procedimentos concorrenciais.

II – DOS VÍCIOS

O Edital, como é sabido, constitui, por assim dizer, o fundamento de validade de todo o certame, razão pela qual não pode conter vícios ou ilegalidades que restrinjam seu caráter competitivo e sua estrita subsunção ao princípio da legalidade, que deve pautar todos os atos da Administração Pública. A manutenção de vícios no Edital não pode, portanto, persistir, sob pena de grave afronta ao instituto da licitação e ao princípio da legalidade, ao qual a Administração Pública encontra-se jungida.¹

Conforme ressalta o renomado jurista Marçal Justen Filho:

“o descumprimento de qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública. Nem mesmo o vício do edital justifica pretensão de ignorar a disciplina por ele veiculada. Se a Administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las ou alterá-las. **Verificando a nulidade ou a inconveniência dos termos do edital, a Administração poderá valer-se de suas faculdades para desfazimento dos atos**

¹ A vinculação da Administração Pública princípio da legalidade é uma das principais características do Estado de Direito. A esse respeito ver Favoreu, Louis – *Le Conseil Constitutionnel*. Paris: PUF, 1991, bem como “Legalité et Constitutionnalité”, in Cahiers du Conseil Constitutionnel, n.º 3, pp. 5-6.

administrativos. Porém, isso acarretará necessariamente o refazimento do edital, com invalidação do procedimento licitatório já desenvolvido. Deverá ser reiniciado o procedimento licitatório (inclusive com novas publicações pela imprensa).”² (Grifos Nossos)

Desse modo, a presente impugnação ao Edital, ao indicar vícios constantes no referido instrumento, tem o escopo de elidir a ocorrência de prejuízo ao regular desenvolvimento da licitação, com a decorrente anulação de todo o processado.

Após a análise do Instrumento Convocatório, a ora Impugnante se deparou com **vícios insanáveis**, que requer a sua reforma, eis que afrontam de morte a legislação aplicável à espécie, consoante se passa a demonstrar.

A) IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA URBANA POR “PREGÃO”

Consta do edital publicado que a Prefeitura Municipal de Águas de Lindóia está a realizar por meio de **Pregão Presencial sob nº 035/2021**, uma licitação visando contratação de empresa *especializada em coleta manual e/ou mecânica, transporte e destinação de resíduos sólidos domiciliares, de feiras livres e de varrição do município de Águas de Lindóia/SP, conforme especificações contidas no Anexo I do Edital.*

Porém o referido procedimento licitatório (Pregão), disciplinado pela Lei Federal 10.520/2002, Decreto Federal 3.555/2000, Decreto Federal 10.024/2019 e, subsidiariamente, pela Lei Federal nº 8.666/93, **não é compatível com o objeto que se pretende contratar**, qual seja, em síntese, prestação de serviços de engenharia, conforme consta dos próprios Editais.

Assim, a autoridade municipal está realizando procedimento de Pregão para prestação de serviços para os quais não se pode utilizar desta modalidade de licitação.

Com efeito, é exatamente esse o entendimento pacífico e consolidado **DO CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA - CONFEA**, órgão federal responsável pela organização, regulamentação e fiscalização das atividades e

² Justen Filho, Marçal – *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 417.

serviços caracterizados como de engenharia, conforme **DECISÃO PLENÁRIA Nº 074/2007**:

O Plenário do Confea, reunido em Brasília de 28 de fevereiro a 2 de março de 2007, apreciando a Decisão do Conselho Diretor nº CD-028/2007, que aprova a proposta de posicionamento do Confea quanto à contratação de obras e serviços de Engenharia, de Arquitetura e de Agronomia pelo setor público por meio da modalidade de licitação denominada pregão, **DECIDIU, por unanimidade, aprovar a Nota Técnica Informativa, anexa, contrária à contratação pelo setor público de obras e serviços de Engenharia, de Arquitetura e de Agronomia por pregão como modalidade de licitação.**

Presidiu a Sessão o Engenheiro Civil MARCOS TÚLIO DE MELO.
(...)³
(Grifos Nossos)

Pois é de notório conhecimento que o Pregão, instituído pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, destina-se, nos termos de referido diploma legal, apenas à contratação de serviços comuns:

Art. 1º Para aquisição de bens e **SERVIÇOS COMUNS**, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. (Grifos Nossos)

Segundo o Nobre Jurista Marçal Justen Filho "...o bem ou serviço é comum quando a Administração Pública não formula exigências específicas para uma contratação determinada, mas se vale dos bens ou serviços tal como disponíveis no mercado..."⁴. Aduz ainda o doutrinador: "...bem ou serviço comum é aquele que se apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível a qualquer tempo, num mercado próprio. Bem por isso, a regra é que obras e serviços de engenharia não se enquadrem no âmbito de "bens e serviços comuns"..."⁵.

Diante disto fica claro que os serviços que são o escopo deste certame não são comuns, vez que as atividades relacionadas ao setor de resíduos sólidos são peculiares para cada localidade e trazem impactados diretos para o meio ambiente e a

³ Ref. SESSÃO : Plenária Ordinária nº 1.339; DECISÃO Nº : PL-0074/2007; PROCESSO Nº : CF-2602/2006; INTERESSADO : Confea

⁴ Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico - 4a ed., São Paulo: Renovar, 2005, p. 26

⁵ Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico - 4a ed., São Paulo: Renovar, 2005, p. 30

saúde pública, desta forma estas atividades precisam ter a prestação de serviço de engenharia especializada e individualizada.

EXPRESSA VEDAÇÃO DO USO DE PREGÃO PELA LEI FEDERAL N. 14.026/2020 - NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO

Adicionalmente ao quanto já colocado acima, donde conclui-se pela impossibilidade de contratação dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos por meio de Pregão, tal qual pretende essa Municipalidade, a Lei Federal nº 14.026, de 15 de julho de 2020, conhecida como **NOVO MARCO DO SANEAMENTO**, alterou a Lei Federal nº 11.445/2007 (Política Nacional de Saneamento Básico) e, por meio de novas disposições, reafirmou de forma expressa que os serviços ali abrangidos constituem-se como serviços públicos especializados, tal como expressamente disposto no art. 3º-C:

"Art. 3º-C Consideram-se **SERVIÇOS PÚBLICOS ESPECIALIZADOS** de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos as atividades operacionais de coleta, transbordo, transporte, triagem para fins de reutilização ou reciclagem, tratamento, inclusive por compostagem, e destinação final dos:

I - resíduos domésticos;

II - resíduos originários de atividades comerciais, industriais e de serviços, em quantidade e qualidade similares às dos resíduos domésticos, que, por decisão do titular, sejam considerados resíduos sólidos urbanos, desde que tais resíduos não sejam de responsabilidade de seu gerador nos termos da norma legal ou administrava, de decisão judicial ou de termo de ajustamento de conduta; e

III - resíduos originários dos serviços públicos de limpeza urbana, tais como:

a) serviços de varrição, capina, roçada, poda e atividades correlatas em vias e logradouros públicos;

b) asseio de túneis, escadarias, monumentos, abrigos e sanitários públicos;

c) raspagem e remoção de terra, areia e quaisquer materiais depositados pelas águas pluviais em logradouros públicos;

d) desobstrução e limpeza de bueiros, bocas de lobo e correlatos;

e) limpeza de logradouros públicos onde se realizem feiras públicas e outros eventos de acesso aberto ao público; e

f) outros eventuais serviços de limpeza urbana."

Conforme depreende-se da leitura expressa de referido dispositivo, **os serviços ali relacionados são especializados** e, portanto, estão em direta contraposição ao conceito de serviços comuns, os únicos passíveis de contratação por meio de Pregão.

Referida disposição legal confirma de maneira taxativa a natureza especializada (não comum) dos serviços que ora se pretende contratar e afasta qualquer possibilidade de utilização de procedimentos simplificados, visto que os serviços se compõem de requisitos técnicos e de elevada qualificação, conforme argumentação apresentada na sequência.

Cabe ressaltar que esse é o entendimento no âmbito do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO de que se a característica do objeto a ser contratado suscitar dúvidas (comum ou não), a administração contratante não deve utilizar o pregão. Tal posição pode ser claramente observada no ACÓRDÃO 296/2007⁶, a seguir:

EMENTA:

REPRESENTAÇÃO. UTILIZAÇÃO PELA ENTIDADE DE LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA, INFRINGINDO O ART. 5º DO DECRETO 3.555/2000. LICITAÇÃO ANULADA PELA PRÓPRIA ENTIDADE. AUDIÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVAS. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. DETERMINAÇÃO À ELETROACRE.

...

Ao apreciar a questão, naquela oportunidade, deixei assente que, para precisar o conceito de serviço comum colimado pela Lei n.º 10.520/02, dever-se-ia analisar a estrutura e finalidade do pregão vis-à-vis aos preceitos da licitação na forma definida pela Lei nº 8.666/93. Reforcei também o entendimento de que **em situações que fossem necessárias medidas mais cautelosas para segurança do contrato, em razão dos riscos decorrentes de inadimplência da contratada ou da incerteza sobre a caracterização do objeto, deve o gestor preferir o pregão em favor de outras modalidades licitatórias cercadas de maior rigor formal.**

Em suma, conforme já me manifestei em outras ocasiões, minha preocupação reside no fato de que no pregão são mitigados os requisitos de participação, vez que a aferição da qualificação do licitante só é procedida no final do certame e apenas em relação à proposta vencedora. O pressuposto é de que os serviços são menos especializados, razão pela qual a fase de habilitação é

⁶ Processo 005.128/2006-9, Relator Min. Benjamin Zymler. D.O.U. 09-03/2007.

relativamente simples. De outra forma, a Administração poderia se ver forçada a, frequentemente, desclassificar a proposta de menor preço, se não confirmada a capacidade técnica do fornecedor. Nesse contexto, a lei resguardou a aplicação do pregão aos bens e serviços comuns.

(...)

A despeito de manifestar-me de acordo com entendimento esposado nas mencionadas decisões, observo que, na prática, **é fato notório que os serviços de engenharia, mormente quando desenvolvidos por engenheiros, pressupõe certa complexidade, motivo pelo qual são fiscalizados e disciplinados pelo Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CONFEA), e, ainda, necessitam de registro da ART (Anotação de Responsabilidade Técnica) nos respectivos Conselhos Regionais de Engenharia (CREA's).** Dessa forma, reputo necessária a máxima cautela do administrador público, ao incluir tais serviços em objeto de licitação na modalidade pregão, de forma a promover maior segurança na execução contratual, conforme já discorri no início deste Voto. (...)” (Grifos Nossos)

Neste mesmo diapasão, o Plenário do **CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA - CONFEA** aprovou a **DECISÃO PL-2467/2012**, por meio da qual definiu a **impossibilidade da utilização da modalidade pregão para serviços no qual para a habilitação seja exigido ART – Anotação de Responsabilidade Técnica perante o CREA:**

*...os **serviços de engenharia que exijam habilitação legal para sua elaboração ou execução, com a obrigatoriedade de participação de um engenheiro e emissão da devida ART - Anotação de Responsabilidade Técnica perante o CREA, não podem ser classificados como comuns e, portanto, não podem ser licitados por pregão,** ou seja, os serviços de engenharia que demandam a execução ou supervisão por profissional legalmente habilitado, não podem ser enquadrados no gênero "comum" porque são de natureza intelectual, científica e técnica, fatores que resultam em ampla complexidade executiva... (Grifos Nosso)*

Inclusive em **RECENTE RESOLUÇÃO** o mesmo **CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA - CONFEA**, reafirmou tal entendimento, vejamos:

RESOLUÇÃO Nº 1.116, DE 26 DE ABRIL DE 2019

Estabelece que as obras e os serviços no âmbito da Engenharia e da Agronomia são classificados como serviços técnicos especializados.

O CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA - CONFEA, no uso das atribuições que lhe confere a alínea "f", do art. 27 da Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, e

...

Considerando que os padrões de desempenho e qualidade dos serviços e obras de Engenharia e de Agronomia, por serem objeto de soluções específicas e tecnicamente complexas, não podem ser definidos a partir de especificações usuais de mercado, carecendo de capacidade técnica intrínseca apenas aos profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições.

....

Art. 1º Estabelecer que as obras e os serviços de Engenharia e de Agronomia, que exigem habilitação legal para sua elaboração ou execução, com a emissão da Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, são serviços técnicos especializados.

§ 1º Os serviços são assim caracterizados por envolverem o desenvolvimento de soluções específicas de natureza intelectual, científica e técnica, por abarcarem risco à sociedade, ao seu patrimônio e ao meio ambiente, e por sua complexidade, exigindo, portanto, profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições.

§ 2º As obras são assim caracterizadas em função da complexidade e da multiprofissionalidade dos conhecimentos técnicos exigidos para o desenvolvimento do empreendimento, sua qualidade e segurança, por envolver risco à sociedade, ao seu patrimônio e ao meio ambiente, e por demandar uma interação de concepção físico-financeira que determinará a otimização de custos e prazos, exigindo, portanto, profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições.

... (Grifos Nossos)

Ou seja, de forma categórica e expressa, declarou-se que as obras e serviços de engenharia são, necessariamente, "serviços técnicos especializados", logo não são serviços comuns e não podem ser licitados por meio da modalidade pregão.

Inclusive este também é o entendimento do **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, vejamos:

...

Em uma análise perfunctória, O SERVIÇO A SER CONTRATADO PELA MUNICIPALIDADE NÃO SE ENCAIXA NO CONCEITO DE

“SERVIÇO COMUM”, CONFORME É DETERMINADO PELA LEI Nº 10.520/2002.

Nos termos do art.1º, da Lei do Pregão, consideram-se bens e serviços comuns, independentemente de valor, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado.

O SERVIÇO DE LIMPEZA E COLETA URBANA NÃO PARECE SER UM SERVIÇO PADRONIZADO, PODENDO SER UTILIZADO ESPECIFICAÇÕES USUAIS DE MERCADO, ATÉ PORQUE A PRÓPRIA GEOGRAFIA DO MUNICÍPIO DEMANDA ANÁLISE DE TRABALHO ESPECIALIZADA. Ademais, o município abrangeu no edital o serviço de limpeza de praias.

O periculum in mora é inconteste, eis que o pregão está marcado e a celeridade própria da modalidade poderá ocasionar prejuízos que fazem necessário o deferimento do pedido liminar. ... (GRIFO NOSSO)

MS nº 1002192-10.2019.8.26.0587 - TJSP - fls. 148/151

Da mesma forma, recente decisão oriunda do **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA**, que analisou a utilização da modalidade Pregão para a licitação de Limpeza Urbana da Capital, João Pessoa, confirmou a vedação da utilização do Pregão para este tipo de serviço, vejamos:

...Registro que a doutrina e a jurisprudência vem ampliando, cada vez mais o objeto desta modalidade licitatória (pregão), inclusive, com a possibilidade de utilização para contratação de serviços comuns de engenharia. Aliás, acerca do tema, o Tribunal de Contas da União editou a Súmula nº 257, “o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na lei nº 10.520/2002”.

Ocorre, **ENTRETANTO, QUE CONTRARIAMENTE AO ENTENDIMENTO RECENTEMENTE ADOTADO PELA AUTARQUIA, OPTANDO PELO PREGÃO, OS SERVIÇOS DE LIMPEZA URBANA E O MANEJO DE RESÍDUOS SÃO EQUIPARADOS AOS SERVIÇOS COMPLEXOS DE ENGENHARIA ESPECIAL.**

Com efeito, são serviços que, pela sua própria natureza, apresentam atividades diferenciadas e grau de complexidade considerável, não havendo, portanto, possibilidade de licitação na modalidade pregão.

...

Assim, DIANTE DA NOTA DA COMISSÃO TÉCNICA DA EMLUR E DO DESPACHO PROFERIDO PELO PRÓPRIO SUPERINTENDENTE

DA EMLUR, EVIDENCIA-SE O ENTENDIMENTO DE QUE OS SERVIÇOS DE LIMPEZA URBANA E O MANEJO DE RESÍDUOS SÃO DE ALTA COMPLEXIDADE TÉCNICA, NÃO SE ENQUADRANDO, PORTANTO, NA DEFINIÇÃO DE SERVIÇO COMUM DE ENGENHARIA, EXIGINDO A REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA.

Registre-se ainda que, nas últimas contratações realizadas pela EMLUR, a gestão o fez através da modalidade licitatória de concorrência.

Trata-se de modalidade adequada para a contratação que se pretende, inclusive diante das especificidades técnicas explicitadas no próprio edital. As exigências próprias do objeto e constantes do edital não se coadunam com a modalidade do pregão, conforme salientou os próprios Órgãos de controle interno do Município de João Pessoa e da EMLUR.

MS: 0837073-29.2019.8.15.2001 - 4ª Vara de Fazenda Pública da Capital/PB. (Grifo Nosso)

Por sua vez, o **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO** tem reiteradamente afastado a adoção do pregão:

*ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICITAÇÃO. PREGÃO. SERVIÇOS DE ENGENHARIA E ARQUITETURA. 1. **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. Dessa forma, a administração pública federal está proibida, pelo Decreto nº 3.555/2000, art. 5º e pelo Decreto 5.450/2006, art. 6º, de realizar pregão para contratar serviços de engenharia e arquitetura. Precedentes do STJ e deste TRF4. 2. Agravo de instrumento parcialmente provido. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5005145- 36.2019.4.04.0000/RS – TRF4).***

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO. LEI 10.520/2002. AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS E BENS COMUNS. SERVIÇOS DE ENGENHARIA. 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. **Há manifesta ilegalidade na utilização da licitação na modalidade pregão para contratação de supervisão de obras do Programa CREMA e demais Obras de Manutenção Rodoviária, eis que exigem serviços de engenharia.***

(TRF4, APELREEX 5059812-56.2012.4.04.7100, QUARTA TURMA, Relator CAIO ROBERTO SOUTO DE MOURA, juntado aos autos em 18/07/2013).

*“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO. LEI 10.520/2002. AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS E BENS COMUNS. RECAPEAMENTO ASFÁLTICO DE VIAS PÚBLICAS. INADEQUAÇÃO DA MODALIDADE. 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. **Há manifesta ilegalidade na utilização da licitação na modalidade pregão para a realização dos serviços de execução de pavimentação asfáltica e recapeamento asfáltico em vias urbanas, eis que exigem serviços de engenharia.***

(TRF4, AC 5004807- 37.2012.4.04.7104, QUARTA TURMA, Relator CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, juntado aos autos em 26/06/2013).

*“MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PERANTE O JUÍZO ESTADUAL. COMPETÊNCIA PARA APRECIÇÃO DA CAUSA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. MODALIDADE LICITATÓRIA INADEQUADA AO OBJETO DO CERTAME. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. COMPETÊNCIA PARA APRECIAR O REEXAME NECESSÁRIO. O Mandado de Segurança que impugnou licitação promovida por sociedade de economia, nos termos da legislação vigente à época da impetração (art. 2º da Lei nº 1.533/51), era da competência Justiça Estadual. Sentença concessiva da segurança para anular o certame, vista a **evidente inadequação da modalidade utilizada - Pregão Eletrônico - para licitar obras e serviços de engenharia (art. 5º do Decreto 3.555/00)**, mantida pelos próprios fundamentos. Vigente legislação nova no curso do processo (art. 2º da Lei nº 12.016/09) é de ser aplicada à causa, restando competente para apreciar a remessa oficial este Tribunal Regional Federal. Remessa Oficial improvida.”*

(TRF4, REOAC 0011803-84.2012.4.04.9999, QUARTA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, D.E. 11/01/2013).

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).

Os **TRIBUNAIS DE CONTAS** já estão se posicionando contra a utilização de Pregão para a contratação de serviços de Limpeza Urbana, conforme decisão do Tribunal de Contas do Estado de Rio de Janeiro:

.... O primeiro aspecto diz respeito à modalidade licitatória eleita pelo Jurisdicionado, o que é inclusive objeto de impugnação nas demais Representações apensadas ao presente. A CEE concluiu que o objeto licitado se enquadra como serviço de engenharia de natureza complexa, motivo pelo qual a modalidade Pregão não seria adequada sob o ponto de vista técnico, mediante as seguintes ponderações: Deste modo, em primeira análise observamos que o objeto do presente caso não se trata de obra. **Já quanto à caracterização como serviço de engenharia, a Resolução CONFEA nº 218/73, combinada com a Resolução CONFEA nº 310/86, afirma que compete ao engenheiro sanitário o desempenho das atividades técnicas referentes a coleta, transporte e tratamento de resíduos sólidos (lixo). Assim, entendemos que o serviço de coleta e transporte de RSU trata-se fundamentalmente de serviço de engenharia.** No que se refere à caracterização do objeto da licitação em tela como serviço de engenharia comum, **este corpo técnico entende que o serviço de coleta é complexo, inexistindo a necessária padronização, uma vez que possui fatores específicos referentes a geografia, clima, sazonalidade, legalidade, questões ambientais, densidade populacional, evocando a necessidade de estudos técnicos para a geração de proposta, compreendendo especificações e discriminação dos serviços a realizar. São inúmeras variáveis que têm que ser previstas, calculadas e mitigadas** como, por exemplo, a análise da melhor rota, considerando o percurso, o tempo de deslocamento, o consumo de combustível, a frequência da coleta e o dimensionamento da frota de veículos coletores e da equipe. Estas variáveis impactam diretamente na produtividade e,

consequentemente, no custo operacional. Portanto, há a necessidade de um Projeto Básico detalhado para sua perfeita definição, afastando-se, assim, de um serviço comum. Ademais, o serviço de operação de estação de transbordo requer conhecimentos técnicos, principalmente, no que tange a decisão quanto à armazenagem de lixo (com ou sem fossa de acumulação) e ao tratamento prévio do lixo (simples transferência ou sistema de redução de volume – compactador, enfardador, moinho ou reciclagem). Este serviço envolve, também, a transferência de resíduos que devido à putrefação geram chorume, um líquido altamente poluente ao meio ambiente. Portanto, cabe a empresa contratada a responsabilidade pelo adequado transporte dos resíduos, zelando para que não haja vazamento do chorume que pode contaminar rios, atingindo-os por meio do sistema de drenagem de águas pluviais. O grande risco é a população utilizar desta água contaminada por chorume, levando-a a sofrer de sérias doenças decorrentes desta contaminação. Corroborando este entendimento pela complexidade do objeto o fato de a Administração Pública exigir dos licitantes metodologia de execução, a qual é restrita a obras, serviços e compras de grande vulto e alta complexidade (art. 30, §8º, da Lei nº 8.666/93). Por conseguinte, julgamos, preliminarmente, que o serviço de coleta de resíduos sólidos domiciliares, remoção de caixas brooks com poliguindaste, operação de estação de transbordo e transporte ao aterro sanitário **NÃO SE TRATA DE SERVIÇO COMUM, NÃO CABENDO A LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO**. Da mesma forma, o Corpo Técnico concluiu que a previsão de metodologia de execução – também questionada nas Representações em apenso – é inadequada à hipótese porquanto “existe uma clara contradição entre a opção pelo pregão sob a alegação de tratar-se de serviço comum, e a exigência de metodologia de execução, cabível apenas para serviços de alta complexidade técnica, conforme indica o §8º do art. 30 da lei 8.666/93”. ... TCE-RJ 229.106-2/18 (Grifo Nosso).

Outro órgão especializado que tem manifestação contra a utilização de Pregão para serviços relacionados aos serviços de limpeza urbana, é o MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DA BAHIA, vejamos:

“...Trata-se de termo de ocorrência lavrado pela 1ª Inspeção Regional de Controle Externo no qual se aponta como irregular o uso da modalidade Pregão para contratação de empresa especializada para a execução de “Serviços de Monitoramento Ambiental e Operacional, com apoio técnico em ações de

educação ambiental e implantação da coleta seletiva, Coleta e Transporte dos resíduos sólidos urbanos

*... Dessa forma, **ante a complexidade técnico-operacional que envolve a execução dos serviços indicados no Edital, entende-se que o Pregão não é a modalidade adequada para a realização desse certame licitatório, visto que os serviços descritos não configuram "serviços comuns"**.*

...

*Resta concluir pela **inadequação do pregão face o objeto licitado, uma vez que tal modalidade licitatória prescinde de uma avaliação minuciosa, e, no caso em tela, o objeto licitado demanda uma avaliação planejada, pensada a longo prazo e minuciosa, até mesmo por que tal objeto possui certo nível de complexidade técnico-operacional. ...***

MANIFESTAÇÃO MPC Nº 752/2015

PROCESSO Nº 26931-15 (Grifos Nossos)

Ou seja, existe vasta jurisprudência reafirmando a vedação da utilização da modalidade Pregão para a contratação de serviços como o do edital ora questionado, inclusive com posicionamento do **STJ**:

“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 fáticoprobatórios 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.”

(REsp 1190272/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 27/09/2010) (Grifos Nossos)

Diante disto, não há como classificar os serviços de limpeza urbana na condição de serviços de engenharia comuns, e por consequência resta inviabilizada a sua contratação por meio do procedimento licitatório da modalidade Pregão.

Cumprido ressaltar ainda que tal utilização indiscriminada da modalidade Pregão é tão equivocada, que o **CONGRESSO NACIONAL**, recentemente aprovou o Projeto de Lei nº 4.253, de 2020 (Nova Lei de Licitações) e deixou expressa a **VEDAÇÃO PARA UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE PREGÃO PARA SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS COMO OS DE SANEAMENTO BÁSICO:**

Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

Parágrafo único. O **pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados** de natureza predominantemente intelectual **e de obras e serviços de engenharia**, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do *caput* do art. 6º desta Lei.
(*Grifo Nosso*)

Além dos aspectos técnicos-legais que distanciam os serviços de limpeza urbana dos serviços comuns, há também os aspectos econômicos, uma vez que a contratação por meio da modalidade incorreta certamente acarretará prejuízos para a Administração Pública, pois inviabilizará a apresentação da melhor proposta, já que prestadores qualificados não atenderão ao chamamento por conta da insegurança jurídica que ronda o processo ou, levará a uma contratação deficiente e, certamente a uma execução ineficiente, contrariando os princípios que fundamentam a atividade administrativa.

INCOMPATIBILIDADE DO PREGÃO COM O MODELO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA URBANA DO NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO

Além de dispor que os serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos são serviços técnicos especializados, afastando portanto a utilização de Pregão para a contratação dos mesmos, a Lei nº 14.026/2020 também determinou que os serviços abrangidos no escopo da lei, limpeza urbana e manejo de resíduos dentre eles, devem ser objeto de concessão pelos titulares:

“Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto:

(...)

II - **prestar diretamente os serviços, ou conceder a prestação deles**, e definir, em ambos os casos, a entidade responsável pela regulação e fiscalização da prestação dos serviços públicos de saneamento básico;”

O conceito é reforçado mais adiante, com a nova redação atribuída ao art. 10, da Lei 11.445/2007, que reitera a determinação no sentido de que **os serviços de saneamento básico só podem ser contratados por meio de concessão**, vejamos:

“Art. 10. A **prestação dos serviços públicos de saneamento básico** por entidade que não integre a administração do titular **depende da celebração de CONTRATO DE CONCESSÃO**, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.” *(Grifos Nossos)*

Este dispositivo tem como consequência prática, a obrigação de adoção do modelo de concessão para transferência dos serviços e, como de notório conhecimento, a Lei de Concessões determina que **os contratos de concessão de serviços públicos devem ser licitados por meio da modalidade CONCORRÊNCIA**:

LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995

Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

...

II - **concessão de serviço público**: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, **mediante licitação, na MODALIDADE DE CONCORRÊNCIA**, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; *(Grifos Nossos)*

Desta forma, fica claro a **obrigatoriedade da utilização DE CONTRATO DE CONCESSÃO**, para o objeto ora licitado, seja por meio de uma concessão comum, com base na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, ou pela **utilização da PARCERIA PÚBLICO PRIVADA - PPP**, instituída pela Lei federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que são as modelagens admitidas na nova legislação, com a finalidade de universalizar os serviços, desenvolver a infraestrutura e superar o déficit observado no

setor de saneamento básico, incluindo os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, objeto do presente edital.

Diante de todo o exposto, fica clara a vedação legal da utilização da modalidade Pregão para a contratação de serviços especializados de engenharia, em especial para a contratação de Serviços de Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos, devendo assim, a municipalidade suspender, anular e refazer a presente licitação utilizando a modalidade licitatória adequada (Concorrência Pública) para tais serviços, cuja contratação deve ser direcionada para assinatura do competente Contrato de Concessão.

III – CONCLUSÃO E PEDIDO

Diante de todo o acima exposto, há a necessidade de adequação do Edital do **Pregão Presencial nº 035/2021 da Águas de Lindóia/SP** à legislação vigente, sob pena de tornar-se viciado e, por consequência, nulo de pleno direito, o que poderá ser declarado pela própria Administração Pública, pelo Tribunal de Contas ou ainda pelo Poder Judiciário.

Por derradeiro, solicita que a resposta a este pleito seja encaminhada para o endereço eletrônico da Impugnante qual seja: abrelpe@abrelpe.org.br com cópia para gabriel@abrelpe.org.br.

Termos em que,
p. deferimento.

São Paulo, 26 de julho de 2021

Gabriel Gil Brás Maria
OAB/306.263