

PARECER PHD nº 148/2024

DENÚNCIA. SUPOSTA OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADES NO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS - CCPAR Nº 90079/2024. INDEFERIMENTO DO PEDIDO ANTECIPATÓRIO. CONHECIMENTO. ESCOLHA DA MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO. SERVIÇOS COMUNS DE ENGENHARIA. PREVISÃO DE REMUNERAÇÃO DE ITEM DE PROJETO BÁSICO. ALOCAÇÃO DOS RISCOS RELATIVOS ÀS ALTERAÇÕES DE CARGA TRIBUTÁRIA AO CONTRATADO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

Ingressa nesta Procuradoria o presente processo que trata da análise de Representação apresentada, em conjunto, pela Associação das Empresas de Engenharia do Rio de Janeiro (AEERJ) e pela Câmara Brasileira da Indústria da Construção - CBIC, na qual são apontadas supostas irregularidades ocorridas no Pregão Eletrônico nº 90079/2024 realizado pela Companhia Carioca de Parcerias de Investimentos - CCPAR.

As denunciantes alegam, em síntese (P002), irregularidades no âmbito do edital e do termo de referência do procedimento licitatório quanto aos seguintes pontos abaixo listados:

- O objeto da licitação, apesar de classificado como recuperação ou reforma no edital, seria, na visão das denunciantes, uma obra de grande

complexidade, motivo que impossibilitaria a escolha do pregão para o certame;

- Não seria possível a previsão de remuneração de item de projeto básico de arquitetura, pois a existência de projeto básico é requisito estabelecido pela Lei 14.133/2021 para se licitar obras e serviços de engenharia;
- Haveria supostas irregularidades na matriz de risco, por violação ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, bem como a regras específicas da Lei 14.133/2021, conforme elencado nos itens 2, 4 e 51 do Anexo XI do Edital; e
- A disposição editalícia quanto ao direito de preferência das microempresas e empresas de pequeno porte deveria ser suprimida, já que não seria compatível com o valor previsto para o objeto licitado.

Diante do exposto em sua peça inaugural, requer o deferimento de medida cautelar para a suspensão do PE CCPAR nº 90079/2024 e, quanto ao mérito, a correção das supostas irregularidades citadas.

Frisa o Corpo Técnico que as denunciantes apresentaram impugnação ao edital por via administrativa, sem lograr êxito. Após análise, os autos foram encaminhados à SGCE para manifestação, sem que houvesse decisão expressa quanto ao pedido de tutela provisória. Em consulta ao D.O Rio de 20/03/2024, ainda, relata-se que foi publicada a adjudicação e homologação do resultado da licitação, bem como autorização para despesa em favor da empresa vencedora do certame.

Após exame de admissibilidade, em que foram verificados todos os requisitos prescritos nos artigos 198 e 199, caput, do RITCMRio, a SGCE passa à análise de mérito.

Quanto à alegação da suposta impossibilidade da escolha da modalidade de pregão, entende a SGCE que tais argumentos não merecem prosperar. A simples alegação de complexidade dos serviços de engenharia não é o bastante para afastar a adequação da referida modalidade de licitação. Entende que, para tal, o denunciante deveria demonstrar

por meio de orientações técnicas e normativas as razões pelas quais os serviços não estariam enquadrados como comuns.

Ademais, frisa-se que, com o advento da Lei nº 14.133/2021, a concorrência e o pregão seguem rito procedimental comum, devendo-se adotar o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser definidos objetivamente por edital. Uma vez que o denunciante não refuta tais fatos, não haveria que se falar em inadequação da utilização do pregão.

No que se refere à previsão de remuneração de item de projeto básico de arquitetura, a SGCE esclarece que, segundo a legislação que versa sobre a matéria, as licitações para serviços de engenharia devem ser precedidas de elaboração de projeto básico, não devendo o mesmo constar como item a ser remunerado pelo vencedor do certame. Ocorre que, conforme dita o art. 21 da LINDB, entende ser necessário ponderar acerca da invalidação de ato administrativo em face de suas consequências jurídicas e administrativas.

No presente caso, o cumprimento da norma que implicasse anulação do certame poderia causar maiores prejuízos aos interesses gerais, uma vez que os custos envolvidos para reinício do procedimento licitatório seriam superiores aos supostos benefícios a serem alcançados. Portanto, entende a SGCE ser suficiente a emissão de ciência à jurisdicionada quanto à irregularidade apontada, a fim de prevenir sua ocorrência em certames vindouros.

Quanto às possíveis irregularidades na matriz de riscos em relação à alocação das alterações tributárias como de responsabilidade exclusiva da contratada, a SGCE se manifesta de acordo com a denunciante, com a sugestão de emissão de ciência da irregularidade a fim de prevenir a ocorrência em certames futuros.

Por fim, em relação à previsão de direito de preferência das microempresas e empresas de pequeno porte, previsto na Lei Complementar nº 123/2006, a SGCE manifesta-se de acordo com o denunciante, na medida em que, em razão do valor do

certame, não haveria aplicação do referido regime preferencial. Porém, em que pese tal impropriedade, na prática, não foram observados prejuízos ao certame.

Após análise, sugere o conhecimento da presente Denúncia, ultrapassados os pressupostos de admissibilidade, para, no mérito, sugerir seja dada PROCEDÊNCIA PARCIAL em relação às alegações quanto à previsão de remuneração de item de projeto básico de arquitetura considerado pré-requisito para licitação e à alocação dos riscos referentes às alterações da carga tributária ao contratado e a sua IMPROCEDÊNCIA em relação a todas as demais irregularidades alegadas.

Ainda, no tocante aos itens procedentes, por entender que as irregularidades detectadas não maculam o caráter competitivo do certame, considera-se suficiente a emissão de ciências à jurisdicionada para reorientar a atuação administrativa e evitar a sua repetição em certames vindouros.

É, no essencial, o relatório.

Quanto aos requisitos de admissibilidade da Denúncia, esta Procuradoria concorda com seu preenchimento por parte das denunciantes, tendo em vista as razões apresentadas pelo Corpo Instrutivo.

No mérito, primeiramente, quanto à possibilidade de utilização do Pregão eletrônico para a licitação de serviços comuns de engenharia, cumpre inicialmente destacar, como bem fundamentado pela SGCE em sua instrução, as vantagens do referido procedimento licitatório para ambas as partes, em especial para a Administração Pública. Não por outro motivo, entende o E. Tribunal de Contas da União pela sua obrigatoriedade nos casos em que cabível.

Nesse passo, segundo a Lei nº 10.520/2002, em seu art. 1º, *caput* e parágrafo único, o pregão é modalidade licitatória que se destina à aquisição de bens e serviços comuns, considerando comuns aqueles bens e serviços "cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo Edital, por meio de especificações usuais no mercado."

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União tem jurisprudência pacífica, sedimentada em sua Súmula nº 257, no sentido de que o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002.

O art. 3º do Decreto nº 10.024/2019, que regulamenta o pregão eletrônico, definiu serviço comum de engenharia como *"atividade ou conjunto de atividades que necessitam de participação e do acompanhamento de profissional engenheiro habilitado, nos termos do disposto na Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, e cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pela administração pública, mediante especificações usuais de mercado."*

No intuito de definir se o objeto da presente denúncia se encaixa ou não na qualificação de serviço comum de engenharia, o corpo técnico analisa de maneira correta os questionamentos trazidos pelas denunciantes. Como bem destaca, a simples alegação de complexidade dos serviços, por si só, não descaracteriza a natureza de serviço comum. Sobre o ponto, o Manual de Pregão Eletrônico do Tribunal de Contas da União esclarece que *"a caracterização de um bem ou serviço como comum ou incomum não se confunde com a complexidade do objeto"*.

Ainda de acordo com o referido Manual, para se verificar o enquadramento de um serviço como comum ou não, deve-se atentar à possibilidade de os seus padrões de desempenho e qualidade serem definidos objetivamente em especificações usualmente adotadas no mercado.

Ademais, por se revestir de caráter eminentemente técnico, compete ao setor técnico definir a natureza do objeto, enquadrando-o como obra ou serviço de engenharia. Conforme bem explicou a SGCE, o caráter comum ou especial do serviço está ligado à presença, ou não, de padronização no mercado e não reside, necessariamente, no grau de complexidade executiva do serviço ou na imposição legal de que a atividade seja exercida por profissionais habilitados.

Em segundo lugar, quanto às possíveis irregularidades elencadas na matriz de riscos, concorda-se com o Corpo Instrutivo que a genérica alegação de que ela tornaria desproporcional a distribuição de riscos do contrato não merece prosperar.

Nesse particular, destaque-se o trecho em que as denunciantes afirmam que a *“matriz de riscos deve respeitar a equivalência das obrigações previamente ajustadas entre as partes, sob pena de se violar, em última instância, o próprio princípio constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato”*.

Nas palavras da professora Odete Medauar, *“o equilíbrio econômico-financeiro significa a proporção entre os encargos do contratado e a sua remuneração, proporção esta fixada no momento da celebração do contrato”*¹. Em sentido semelhante, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, *“equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá”*².

Diante de seu conceito, é possível aferir que a matriz de risco apenas integra o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato a partir da definição do preço que será pago pelo contratado e da efetiva celebração do ajuste. Não faz sentido, desse modo, afirmar que uma determinada matriz de risco prevista em um edital, sem que sequer o preço do contrato tenha sido definido, violaria o princípio do equilíbrio econômico financeiro.

O que a Lei nº 14.133/21 exige em seu artigo 20, §1º, é que a matriz aloque de maneira eficiente os riscos atribuídos às partes. Não há, porém, qualquer exigência de que haja uma exata proporcionalidade entre os riscos distribuídos, o que parecem sugerir as denunciantes em sua peça.

Há, no entanto, três possíveis impropriedades no edital analisado e que foram identificadas pelo Corpo Técnico.

¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 219.

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 660.

A *primeira* diz respeito à previsão de preferência de contratações de ME's e EPP's em caso de empate. Neste ponto, a Procuradoria está de acordo com a análise do Corpo Instrutivo no sentido de que tal previsão não deveria constar do edital. Isso porque o artigo 4º, §1º, II, da Lei nº 14.133/21 dispensa a aplicação das normas que beneficiam tais tipos de organização quando o valor estimado do contrato for superior à receita bruta máxima admitida para o enquadramento de uma sociedade como EPP.

No caso em questão, no entanto, o Corpo Técnico bem aponta que a possível impropriedade na previsão editalícia não causou qualquer prejuízo à competitividade do certame. É que o pregoeiro se atentou ao fato de que o valor do objeto estava acima do limite que permitiria a utilização do direito de preferência e aplicou ao caso a norma prevista no artigo 4º da Lei nº 14.133/21.

A *segunda* relaciona-se à previsão pelo edital de remuneração do projeto básico. Aqui, concorda-se também com o argumento de que, por ser parte essencial de um edital para contratação de obras e serviços (artigo 43, §1º, da Lei nº 14.133/21), o projeto básico não poderia constar (ao menos como regra) como um dos itens a serem objeto de remuneração.

A *terceira* e última impropriedade se refere à alocação do risco de alteração dos tributos que possam acarretar o aumento do custo de operação. A matriz de risco do contrato em questão, presente em seu anexo X, prevê em seu item 5 o seguinte:

TABELA 01- RISCOS ECONOMICO-FINANCEIROS				
	Definição do risco	Descrição	Alocação	Ações
5.	Alteração da Carga Tributária	Risco de criação de novos tributos acarretando aumento dos custos da operação	Contratada	A Contratada deverá absorver alterações na carga tributária, inclusive relativamente a tributos do município do Rio de Janeiro.

No ponto, concorda-se com a análise do Corpo Técnico de que o edital não poderia ter alocado ao particular certos riscos relacionados à alteração de tributos relacionados ao contrato. Isso porque é possível extrair do artigo 103, §5º, inciso II, da Lei

nº 14.133/21 uma proibição a que o particular renuncie, na matriz de alocação de riscos, ao reequilíbrio econômico-financeiro nos casos de aumento ou redução “*dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato*”³, *in verbis*:

“§ 5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere: (...)

II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.”

No entanto, discorda-se do Corpo Técnico no sentido de que nenhum risco relacionado a alterações tributárias poderia ser assumido pelo contratado. Com efeito, como visto, o dispositivo acima transcrito retira da responsabilidade do contratado apenas os riscos relacionados à alteração “*dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato*”.

Há tributos que não são diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato – em outros termos, que são apenas indiretamente relacionados ao contrato –, cujos riscos decorrentes de sua alteração podem ser legitimamente assumidos pelo particular. É o caso, por exemplo, de tributos pessoais, que incidam sobre as riquezas auferidas pelo particular, e não propriamente sobre os insumos que custeiam o contrato. Nesse sentido é lição de Marçal Justen Filho:

“É necessário, porém, um vínculo entre a incidência tributária e a prestação auferida pelo particular contratado. Mais precisamente, é indispensável que

³ Segundo a doutrina, ao se referir ao referido artigo, “[e]ste dispositivo não pode ser ignorado na confecção da matriz de risco. Trata-se de uma alocação legislativa prévia e essencial de risco do contrato”. OLIVEIRA, Luiz Henrique Bezerra de. Alocações de risco na nova lei de licitações. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (coord.). Novo direito das licitações e contratos administrativos. Curitiba: Juruá Editora, 2021, p. 235. Em sentido semelhante, JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1448/1449.

a incidência tributária não seja orientada a apanhar a riqueza pessoal do particular contratado (...).

Por isso, a lei que aumentar a alíquota do imposto de renda não justificará alteração do valor contratual. O imposto de renda incide sobre o resultado das atividades empresariais, consideradas globalmente (lucro tributável). O valor percebido pelo particular será sujeito, juntamente com o resultado de outras atividades, à incidência tributária. Se a alíquota for elevada, o lucro final poderá ser inferior. Mas não haverá relação direta de causalidade entre que caracterize rompimento do equilíbrio econômico-financeiro”⁴.

O edital, portanto, não deveria ter sido tão amplo a ponto de incluir entre os riscos assumidos pelo particular toda e qualquer alteração da carga tributária. Como visto, por expressa previsão legal, não podem ser atribuídos ao contratado riscos relacionados à alteração “*dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato*”.

Apesar das três impropriedades identificadas, esta Procuradoria concorda com o Corpo Técnico de que elas não prejudicaram de maneira séria a competitividade do certame e, por isso, não são capazes de determinar a anulação do contrato celebrado. Nesse caso, em análise determinada pelo artigo 21 da LINDB, ressalte-se que a anulação do contrato em questão, com a suspensão da obra e necessidade de realização de nova licitação, parece trazer maiores prejuízos do que benefício ao interesse público.

Portanto, acompanha-se o Corpo Técnico quanto à sua proposta de Ciência, para que jurisdicionada proceda a reorientação da atuação administrativa com a finalidade de evitar a repetição das irregularidades detectadas em certames vindouros.

No entanto, diante do que foi acima exposto, entende esta Procuradoria que a segunda Ciência proposta pelo Corpo Instrutivo deve ser alterada para que se deixe claro que apenas a alocação ao particular de riscos relacionados à alteração “*dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato*” está em desacordo com a legislação.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1445.

Assim, acompanho parcialmente a manifestação do Corpo Técnico e **OPINO PELA PROCEDÊNCIA PARCIAL** da presente Denúncia, com a devida **CIÊNCIA** à jurisdicionada dos seguintes achados, na forma do artigo 219, inciso V, do RITCMRio, sem prejuízo do posterior **ARQUIVAMENTO** dos presentes autos:

C.1 - A previsão de remuneração de item de projeto básico de arquitetura, quando este deveria ser considerado pré-requisito para licitação.

C.2. O item 5 do Anexo XI do Edital (matriz de risco econômico-financeiro) prevê a alocação dos riscos referentes às alterações da carga tributária ao contratado, o que não pode incluir, à luz do artigo 103, § 5º, inciso II, da Lei nº 14.133/21, o aumento ou a redução, por legislação superveniente, “dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato”.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 11 de abril de 2024.

PEDRO DE HOLLANDA DIONISIO

Procurador