



PROTOCOLO SID n.º 14.759.142-0

INTERESSADO 1: GABINETE DO PROCURADOR DO ESTADO DO PARANÁ

INTERESSADO 2: INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO EDUCACIONAL DO PARANÁ - FUNDEPAR

ASSUNTO: Análise da viabilidade de licitação e contratação de sistema modular pelo Serviços Social Paranaeducação, entre outros.

**PARECER N.º 43/2017 -PGE
- PROCURADORIA GERAL DO ESTADO - PGE -**

EMENTA: SISTEMAS CONSTRUTIVOS MODULARES. PRÉ-FABRICAÇÃO. OBRAS DE ENGENHARIA. LICITAÇÃO PELA MODALIDADE PREGÃO. IMPOSSIBILIDADE. LICITAÇÃO DE OBRAS PELO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. POSSIBILIDADE, DESDE QUE PREENCHIDOS DETERMINADOS REQUISITOS. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FISCALIZAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA POR TERCEIROS ALHEIOS À ADMINISTRAÇÃO. EMPREGADOS DO SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO PARANAEDUCAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADE EXCLUSIVA DE SERVIDORES E EMPREGADOS PÚBLICOS. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS PELO SERVIÇOS SOCIAL AUTÔNOMO PARANAEDUCAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONTRATAÇÃO DE PARECER DE ADVOCACIA PRIVADA POR DISPENSA DE LICITAÇÃO. ILEGALIDADE.

1. DO RELATÓRIO

Trata-se de questionamento do Senhor Procurador Geral do Estado do Paraná acerca da viabilidade de licitação e contratação de sistema modular pelo Serviços Social Paranaeducação, a caracterização do objeto, a escolha da modalidade licitatória, e a viabilidade da utilização do Sistema de Registro de Preços.

Denota-se dos autos que o Diretor Administrativo financeiro do FUNDEPAR requisitou ao Serviço Social Paranaeducação *estudos e prospecção junto ao mercado, de modelo e sistemas construtivos contemporâneos de rápida execução e entrega, com a mesma segurança e higidez das construções aprovadas pelos órgãos regulatórios e fiscalizadores, bem como com padrões de sustentabilidade, luminosidade, acústica e*



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fis.

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer nº ____/2016-PGE

térmica de alta qualidade, para suprir a demanda emergencial de salas de aulas novas unidades escolares para o sistema estadual de educação.

Requeru ainda solicitou, em que pese aquela autarquia ter à disposição para consultas a Procuradoria Geral do Estado do Paraná, *estudo e diagnóstico que diretamente ou através de profissionais especializados, oriente a melhor modalidade licitatória dentro da estrita legalidade e probidade, permitindo que com a maior celeridade possível possa haver a contratação dessas unidades.*

O Senhor Superintendente Juez Dietrich, em despacho à Procuradoria Jurídica do Serviço Social Paranaeducação, solicitou a opinião própria, mas também e principalmente prospecção no mercado os meios legais menos gravosos do ponto de vista financeiro e de operacionalização rápida e transparente, consultando, na medida da disponibilidade econômica e da possibilidade de contratar, um parecer *independente*, exarado por jurista com autoridade em Direito Administrativo. Sugeriu o Senhor Superintendente consultar pelo menos dois profissionais ou consultorias, *escolhendo um.*

A Senhora Procuradora Jurídica do Serviço Social Paranaeducação, em sucinto despacho concordou com a necessidade de prospecção no mercado de contratação de Parecer de Administrativistas conceituados acerca do tema em questão.

Foram anexadas exemplos de unidades de ensino modulares, extraídos da internet, inclusive homologado pelo FNDE como sistema construtivo modular. Foi anexado também, equivocadamente, portfólio para fins comerciais da empresa Tecverde – Construções Eficientes, empresa esta que não executa sistema construtivo modular, mas sim utiliza o sistema woodframe e não se valendo de projetos de construções modulares, mas de projetos personalizados; apresenta ainda portfólio da empresa Polibox – Construção Modular, especialista em construção modular para a área de educação, com a intenção de unir a engenharia civil e arquitetura às engenharias industriais; apresentam ainda o sistema construtivo



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE
Fls. 347

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ____/2016-PGE

Fischer, com exemplos de construções modulares de casas populares e de unidades de ensino.

Em seguida foi anexado aos autos cópia da internet da capa do livro "Inexigibilidade de Licitação" de autoria dos Drs. Renato Geraldo Mendes e Egon Bockmann Moreira, bem como o cartão de visitas do segundo, e outro livro, "O Processo de Contratação Pública" - Fases Etapas e Atos, do primeiro. Anexam ainda uma impressão da internet do Escritório Xavier Vianna Bockmann Moreira. Por meio de e-mail do Dr. Egon Bockmann Moreira enviou proposta de honorários para o parecer de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), proposta esta, respondida por e-mail, não aceita, segundo a Dra. Fernanda Bernardis, porque estaria fora das possibilidades financeiras do Paranaeducação, sobretudo pelo desconforto perante o Tribunal de Contas do Estado de eventualidade realizar contratações por inexigibilidade de licitação.

Anexam aos autos portfólio da empresa JML Consultoria e Eventos e proposta de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais) para a elaboração do parecer.

O Superintendente da Paranaeducação, Sr. Juarez Dietrich, exarou despacho (fls. 119) em que dizia que estava de acordo com a Procuradoria do Paranaeducação, e opinou pela contratação da consultoria JML, no valor de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais), tudo incluído, em conformidade com a propostas e com a explicação dada em reunião pela professora Julieta Mendes Lopes Vareschini, consultora responsável. Dispensado qualquer tipo de certame em virtude, segundo aquele Superintendente, de que o valor permite.

Não se denota dos presentes autos, o que será discutido posteriormente, as formalidades exigidas pela Lei estadual n.º 15.608, de 2007, especialmente o artigo 35, que trata das Disposições Gerais sobre Dispensa e Inexigibilidade.

De toda forma, foi contratada a empresa Mendes e Lopes Pesquisa, Treinamento e Eventos Ltda e foi anexado um parecer firmado pelas r. advogadas



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls.

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer nº ____/2016-PGE

Dra. Julieta Mnedes Lopes Vareschini e Dra. Nyura Disconzi da Silva, com 49 páginas (fls. 121/169).

A Procuradora Jurídica do Serviço Social Paranaeducação, em despacho (fls. 170-174), em conclusão, exarou o que segue:

Diante de todo exposto, esta Procuradoria **endossa integralmente** o parecer de folhas 121 a 169, recomendando que sejam realizados os procedimentos necessários para a aquisição do Sistema Modular **Construtivo** (grifamos) para unidades escolares **através da modalidade licitatória Pregão com registro de preços**, sem que eventuais serviços de engenharia que venham a ser demandados estejam incluídos no objeto do contrato. Serviços de engenharia que se revelem necessários, neste caso, devem ser contratados à parte. Por exemplo, pelo Município (sistema de contrapartida) ou pela própria escola, com recursos provenientes do Fundo rotativo ou outra fonte.

Ainda, de acordo com o Parecer contratado, o modelo de aquisição deverá compreender os módulos e seus respectivos projetos, pois tratam-se de unidades escolares preexistentes ou pré-fabricadas sobre uma plataforma que compõe o produto a ser entregue através de montagem no local desejado pelo contratante. Assim, o contratante não estará contratando a construção de uma unidade, mas comprando-a pronta.

Por esta razão, o Termo de Referência irá balizar a aquisição do *kit* modular no enquadramento legal da modalidade licitatória Pregão. Desta forma, encaminhe-se o presente protocolo ao departamento de Projetos do Paranaeducação para que seja elaborado o Termo de Referência – imprescindível para o início dos procedimentos licitatórios, o qual deverá ser elaborado de forma que propicie a obtenção de proposta mais vantajosa e a ampla participação de empresas interessadas.

Por fim, ressalta-se que a aquisição dos módulos poderá ser realizada tanto pelo FUNDEPAR (com suporte e aval da Procuradoria Geral do Estado) ou pelo Paranaeducação (com suporte e aval desta Procuradoria Jurídica).

É o relatório.



2. DA ANÁLISE

As questões levantadas nos autos e que devem ser alvo de discussão neste parecer são, em apertada síntese, as que seguem:

1. *Os sistemas construtivos modulares devem ser caracterizados como bens, obras ou serviço de engenharia?*
2. *Os sistemas construtivos modulares pode ser licitados por meio da modalidade "Pregão"?*
3. *É possível que os sistemas construtivos modulares sejam licitados por meio do procedimento do Sistema de Registro de Preços?*
4. *Os(as) engenheiros(as) e arquitetos(as) empregados do Serviço Social Paranaeducação podem ser fiscais das obras contratadas pelo do FUNDEPAR ou pela SEED?*
5. *O Serviços Social Autônomo Paranaeducação pode licitar e contratar o objeto obras e serviços de engenharia para a rede pública estadual de ensino?*
6. *Está coberta de legalidade a contratação de advocacia privada pelo Serviço Social Paranaeducação da forma realizada nesses autos?*

Nessa linha, este consultivo da Procuradoria Geral do Estado foi instado a se manifestar juridicamente. O questionamento tem supedâneo de influenciar as licitações/contratos de obras e serviços referentes à rede pública estadual de ensino do Estado do Paraná.



2.1 PRELIMINAR

2.1.1 PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL ESTADUAL

Antes de entrar no mérito do questionamento, os presentes autos levantam questionamento em que a resposta poderá repercutir e influenciar diversos órgãos e entidades que licitam e contratam obras e serviços de engenharia do Paraná, uma vez que a Administração Pública estadual possui diversos serviços sociais autônomos e, com base na mesma argumentação, podem trazer as mesmas indagações aqui elencadas.

Logo, como forma de uniformizar a jurisprudência administrativa, indispensável à feição deste Parecer, devido à extensão dos seus efeitos em todas as licitações e contratos com o mesmo objeto, a saber, serviços e obras de engenharia.

2.1.2 PRELIMINAR DE JURIDICIDADE

Preliminarmente, é importante ressaltar que a este Jurídico cabe, a análise sobre o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar à conveniência e à oportunidade dos atos praticados, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa. Logo, conforme art. 124, I, da Constituição Estadual do Paraná, cabe à Procuradoria-Geral do Estado a consultoria jurídica do Poder Executivo. A presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam no presente protocolado até o momento.



3. DO MÉRITO

3.1. DA CARACTERIZAÇÃO DOS SISTEMAS CONSTRUTIVOS MODULARES COMO BENS, OBRAS OU SERVIÇOS DE ENGENHARIA

A Lei federal n 8.666, de 1993 define "obra" como "toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta", e "serviço" como "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".

Em que pese a lei ter elencado o que considera obra e o que considera serviço, não definiu cada um deles, o que levou a dúvidas na diferenciação entre ambos.

Não obstante, a Procuradoria Geral do Estado do Paraná, por meio da Orientação Administrativa n.º 01/2016 – PGE, com base em trabalho do Instituto Brasileiro de Obras Públicas - IBRAOP que, dentre os excelentes trabalhos que tem realizado e tornado públicos através de Orientações Técnicas, verdadeiras balizas de decisões de diversos Tribunais de Contas, inclusive da União, bem como de inumeráveis órgãos e entidades da Administração Pública brasileira, na sua Orientação Técnica OT - IBR 002/2009 procurou uniformizar o entendimento quanto à definição de obra e de serviço de engenharia, para efeito de contratação pela administração pública. E o fez com a eficiência técnica que caracteriza o Instituto. Colacionamos tais definições abaixo:

3. DEFINIÇÃO DE OBRA

Obra de engenharia é a ação de construir, reformar, fabricar, recuperar ou ampliar um bem, na qual seja necessária a utilização de conhecimentos técnicos específicos envolvendo a participação



Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ____/2016-PGE

de profissionais habilitados conforme o disposto na Lei Federal nº 5.194/66.

Para efeito desta Orientação Técnica, conceitua-se:

3.1 - **Ampliar**: produzir aumento na área construída de uma edificação ou de quaisquer dimensões de uma obra que já exista.

3.2 - **Construir**: consiste no ato de executar ou edificar uma obra nova.

3.3 - **Fabricar**: produzir ou transformar bens de consumo ou de produção através de processos industriais ou de manufatura.

3.4.- **Recuperar**: tem o sentido de restaurar, de fazer com que a obra retome suas características anteriores abrangendo um conjunto de serviços.

3.5 - **Reformar**: consiste em alterar as características de partes de uma obra ou de seu todo, desde que mantendo as características de volume ou área sem acréscimos e a função de sua utilização atual.

4. DEFINIÇÃO DE SERVIÇO DE ENGENHARIA

Serviço de Engenharia é toda a atividade que necessite da participação e acompanhamento de profissional habilitado conforme o disposto na Lei Federal nº 5.194/66, tais como: consertar, instalar, montar, operar, conservar, reparar, adaptar, manter, transportar, ou ainda, demolir. Incluem-se nesta definição as atividades profissionais referentes aos serviços técnicos profissionais especializados de projetos e planejamentos, estudos técnicos, pareceres, perícias, avaliações, assessorias, consultorias, auditorias, fiscalização, supervisão ou gerenciamento.

Para efeito desta Orientação Técnica, conceitua-se:

4.1 - **Adaptar**: transformar instalação, equipamento ou dispositivo para uso diferente daquele originalmente proposto. Quando se tratar de alterar visando adaptar obras, este conceito será designado de reforma.

4.2. - **Consertar**: colocar em bom estado de uso ou funcionamento o objeto danificado; corrigir defeito ou falha.

4.3 - **Conservar**: conjunto de operações visando preservar ou manter em bom estado, fazer durar, guardar adequadamente, permanecer ou continuar nas condições de conforto e segurança previsto no projeto.

4.4 - **Demolir**: ato de por abaixo, desmanchar, destruir ou desfazer obra ou suas partes.

4.5 - **Instalar**: atividade de colocar ou dispor convenientemente peças, equipamentos, acessórios ou sistemas, em determinada obra ou serviço.

4.6. - **Manter**: preservar aparelhos, máquinas, equipamentos e obras



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls. 350

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ___/2016-PGE

em bom estado de operação, assegurando sua plena funcionalidade.

4.7- **Montar:** arranjar ou dispor ordenadamente peças ou mecanismos, de modo a compor um todo a funcionar. Se a montagem for do todo, deve ser considerada fabricação.

4.8 - **Operar:** fazer funcionar obras, equipamentos ou mecanismos para produzir certos efeitos ou produtos.

4.9 - **Reparar:** fazer que a peça, ou parte dela, retome suas características anteriores. Nas edificações define-se como um serviço em partes da mesma, diferenciando-se de recuperar.

4.10- **Transportar:** conduzir de um ponto a outro cargas cujas condições de manuseio ou segurança obriguem a adoção de técnicas ou conhecimentos de engenharia.

As definições colacionadas fornecem elementos que auxiliam o administrador público na compreensão e extração da norma descrita na lei regente. Como se vê, nada inovou, mas tratou de, por meio de diretrizes técnicas, esclarecer e trazer à luz o significado de cada expressão constante na lei.

Diz o IBRAOP, na mesma Orientação Técnica, que "a obra é um conjunto orgânico de serviços que, agregados, se complementam e formam um todo com função definida e completa. O enquadramento como obra ou serviço de engenharia deve ser feito em função do objeto a ser executado, e da ação ou atividade definida nos itens 3 e 4, sendo independente de quantidade, porte ou custo".

As obras são formadas por diversos serviços que interligados formam um sistema que dá funcionalidade ao todo. Os serviços por si só não caracterizam uma obra, mas somente se formarem, a partir desta interconecção, um sistema coerente. Em um mesmo local, portanto, é possível haver diversos serviços, juntos, porém por não haver esta ligação formadora de um sistema coerente, não caracterizam uma obra. Observemos que não é a quantidade de serviços, ou mesmo o custo dos mesmos, que estabelecerá se se está ou não diante de uma obra, mas a relação harmônica entre aqueles serviços formadores do todo, que se chama obra. Esse todo pode ser: ampliação, construção, fabricação, recuperação, ou reforma.



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fis.

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer nº ____/2016-PGE

Aquele Instituto dá exemplos de obras de engenharia, tais quais construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de edificações, vias públicas, rodovias, ferrovias, aeroportos, portos, hidrovias, canais, usinas hidrelétricas, termoelétricas, eólicas e nucleares, barragens, açudes, gasodutos e oleodutos, pontes e viadutos, túneis, galerias, adutoras, estações de tratamento e redes de distribuição de água, obras de saneamento, drenagem e irrigação, linhas de transmissão, redes de distribuição e subestações de energia elétrica, muros de arrimo e obras de contenção, refinarias, plataformas de prospecção e exploração de petróleo, recuperação ou ampliação, por meio de dragagem, de canal de aproximação em Portos, sistemas de tratamento de resíduos sólidos, incluindo aterros sanitários e usinas de compostagem. Também dá uma lista exemplificativa de serviços de engenharia: conservação, reparação ou manutenção de edificações, vias públicas, rodovias, ferrovias, aeroportos, portos, hidrovias, canais, usinas hidrelétricas, termoelétricas, eólicas e nucleares, barragens, açudes, gasodutos e oleodutos, pontes e viadutos, túneis, galerias, adutoras, estações de tratamento e redes de distribuição de água, redes e sistemas de tratamento de esgoto, redes de drenagem e irrigação, linhas de transmissão, redes de distribuição e subestações de energia elétrica, muros de arrimo e obras de contenção, refinarias, plataformas de prospecção e exploração de petróleo.

A lista trazida pelo IBRAOP inclui também conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparo, adaptação, manutenção nas atividades desenvolvidas em sistemas de alarmes em edificações, sistemas de combate à incêndio, sistemas de ventilação e exaustão, sistemas de climatização e ar condicionado, elevadores e escadas rolantes, sistemas de telefonia e comunicação de dados, sistemas de supervisão e automação predial, instalações elétricas, de iluminação, hidrossanitárias, de águas pluviais, de sonorização, ambiente, de comunicação e dados, sistemas de controle de acesso ou circuito fechado de televisão, sistemas de proteção contra descargas atmosféricas, demolições e implosões, sinalização horizontal e vertical de vias públicas, rodovias, ferrovias e aeroportos, paisagismo, sistemas de tratamento de



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls. 365

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer nº ___/2016-PGE

resíduos sólidos, incluindo aterros sanitários e usinas de compostagem.

Ainda, de acordo com a OT – IBR 002/2009, as atividades relacionadas a seguir também se enquadram como serviços de engenharia: estudos de viabilidade técnica e econômica, elaboração de anteprojeto, projeto básico, projeto executivo, estudos técnicos; pareceres, perícias e avaliações, assessorias ou consultorias técnicas, auditorias de obras e serviços de engenharia, fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços, estudos de impacto ambiental, ensaios tecnológicos, levantamentos topográficos, batimétricos e geodésicos, levantamentos aerofotogramétricos, sondagens ou outros procedimentos de investigação geotécnica,

Silvio Colin explica com clareza que ao se fazer arquitetura se idealiza a obra visando a resolver, com intenção plástica, o problema proposto, de acordo com a época, os materiais e as possibilidades técnicas: analisando e considerando os fatores externos que nela influem; respeitando imposições e hábitos do meio: detalhando e articulando todos os elementos componentes e buscando sempre a verdade, quanto à finalidade e função, tanto na forma como no uso dos materiais.¹

Para o arquiteto Peter Zumthor, *Architecture is not about form, it is about many other things. The light and the use, and the structure, and the shadow, the smell and so on. I think form is the easiest to control, it can be done at the end.*²

Por mais simples que pareça a definição do arquiteto Louis Kahn é extremamente conclusiva. Não há método que retire o caráter de obra de uma arquitetura. A essência dela é o que garante o posto: *Architecture is the art and science of designing and building structures such as houses, museums, and office buildings*³.

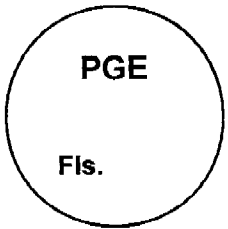
¹ COLIN, Silvio. *Uma definição de arquitetura*. in <http://www.archdaily.com.br/br/01-108918/uma-definicao-de-arquitetura-slash-silvio-colin>. Acesso em 11 de setembro de 2017.

² ZUMTHOR, Peter. In <https://www.dezeen.com/2013/02/06/peter-zumthor-at-the-royal-gold-medal-lecture-2013/> *Arquitetura não é sobre forma, é sobre muitas outras coisas. A luz, o uso, a estrutura, a sombra, o cheiro e assim vai*. Tradução livre

³ KAHN, Louis. *Architecture-art and science of designing*. In <http://www.collegetermpapers.com/viewpaper/1303772475.html> *Arquitetura é a arte e ciência de pro-*



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA



Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer nº ____/2016-PGE

Dos comentários acima colacionados dos conceituados arquitetos se deduz que o método e o sistema construtivos não tem o escopo de tirar o caráter de obra do objeto que se pretende contratar. E isto acontece com a obra em comento.

Os sistemas construtivos modulares tratam-se, como também atribui as diversas descrições constante nos autos, de **pré-fabricação**. E, como é cediço, a pré-fabricação de determinado elemento ou de um todo de um projeto não interfere na sua essência, isto é, não é o que caracteriza um objeto como obra ou não. A vedação física a ser elaborada pelo empilhar de tijolos e argamassa não difere, nesse sentido, do parafusar de chapas de um operário fabril. Os esforços dos traços, dos levantamentos de blocos, da colocação da chapa, tudo o que envolve a finalização do fim da arquitetura e da engenharia, sim. Isto dá o caráter *obra*.

Os legisladores, tanto estadual como federal, foram felizes ao elencar entre os elementos que se conceituam como obra a **fabricação**, e como evidente consequência a **pré-fabricação**.

Pré-fabricação nada mais é a prática em construção civil de fabricar (produzir ou transformar) as partes da estrutura produção, por meio de processos industriais ou de manufatura, em local distinto da obra, normalmente a própria fábrica da contratada e implantar em outro lugar, via de regra em área designada pela contratante.

Portanto, **os sistemas construtivos modulares, uma vez caracterizados como pré-fabricação tratam-se de obras** e não de serviços de engenharia, com base legal no inciso XXI do art. 4º da Lei Estadual nº 15.608, de 2007 e inciso I do art. 6º da Lei nº 8.666, de 1993.

jetar e construir edifícios como casa, museus e edifícios comerciais. Tradução livre.



3.2 DA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DOS SISTEMAS CONSTRUTIVOS MODULARES SEREM LICITADOS POR MEIO DA MODALIDADE “PREGÃO”

O simples fato dos sistemas construtivos serem caracterizados como *obras* já permite concluir que não são passíveis de contratação por meio de pregão, uma vez que é pacífica a jurisprudência do Tribunal de Contas da União no sentido de que *não encontra respaldo legal a contratação de obras pela modalidade licitatória “Pregão”*, postura esta assumida pela Procuradoria Geral do Estado do Paraná por meio da Orientação Administrativa nº 001/2016 – PGE.

Para não permanecer quaisquer dúvidas, passamos a tratar do tema com mais detalhes.

3.2.1. SERVIÇOS COMUNS

Para a Lei nº 10.520/2002, no parágrafo único do seu primeiro artigo, como já citamos, *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.*

Joel de Menezes Niebuhr, mesmo sem pretender retirar a indeterminação que é imanente ao conceito de *serviço comum*, propõe o seguinte conceito:

Bem e serviço comum são aqueles que possam ser definidos no edital por meio de especificações objetivas, que se prestam a estabelecer o padrão de qualidade desejado pela Administração Pública, de acordo com as características usuais no mercado, sem que variações de ordem técnica eventualmente existentes entre os bens e serviços ofertados por diversos fornecedores que atendam a tais especificações objetivas sejam importantes ou decisivas para a determinação de qual proposta melhor satisfaz o interesse público e



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fis.

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer nº ____/2016-PGE

desde que a estrutura procedimental da modalidade pregão, menos formalista e mais célere, não afete a análise da qualidade do objeto licitado ou importe prejuízos ao interesse público.⁴

Têm-se visto afirmações de que comum é o que não é complexo. Para estes, o que é complexo não é comum. O que é um equívoco, pois comum é o que não é raro, é o que está á disposição com certa facilidade no mercado do ramo.

Para Vera Scarpinella:

“(…) o objeto comum para fins de cabimento da licitação por pregão não é mero sinônimo de simples, padronizado e de aquisição rotineira. Bens e serviços com tais características estão incluídos na categoria de comuns da Lei 10.520/2002, mas não só. Bens e serviços com complexidade técnica, seja na sua definição ou na sua execução, também são passíveis de ser contratados por meio de pregão. O que se exige é que a técnica neles envolvida seja conhecida no mercado do objeto ofertado, possibilitando, por isso, sua descrição de forma objetiva no edital.⁵

O Dicionário de Antônimos *on line*, fornece alguns antônimos de comum:

- invulgar, inacreditável, inusitado, inabitual, irregular, estranho, diferente, desnatural, anômalo, insueto, anormal, atípico, inaudito, incomum, inusual, insólito.
- isolado, inédito, escasso, infrequente, raro.
- privado, privativo, individual, particular, pessoal.
- excepcional, aparatoso, fantástico, incomparável, especial, grandioso, notável, superior, incrível.

Comum é aquilo que é mais frequente, corrente, costumeiro, ordinário, o que se apresenta em maior número, etc.

⁴NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 3 ed. Revisada e ampliada. Belo Horizonte Fórum, 2013. p. 204.

⁵SCARPINELLA, Vera. *Licitação na Modalidade de Pregão*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 81.



Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ___/2016-PGE

Para Jessé Torres PEREIRA JUNIOR,

... em aproximação inicial do tema, pareceu que “comum” também sugeria simplicidade. Percebe-se, a seguir, que não. O objeto pode portar complexidade técnica e ainda assim ser “comum”, no sentido de que essa técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado.⁶

Portanto, ao se tratar de serviços comuns, está a se falar de serviços que podem ser definidos de forma objetiva por meio de especificações que o mercado utiliza usualmente, independentemente de sua complexidade.

A questão que resta resolver é se é possível caracterizar alguns serviços de engenharia como *comuns*, isto é, possuidores de padrões de desempenho e qualidade definíveis no edital, por meio de especificações usuais no mercado. É o que se verá abaixo.

3.2.2. SERVIÇOS DE ENGENHARIA COMUNS

Para que os serviços de engenharia sejam caracterizados como comuns é requisito essencial que seus padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, porém, como *comum* é aquilo que *não é raro*, faz-se necessário também que o mercado oferte de forma corriqueira, habitual, o serviço com esses padrões, de forma que suas utilizações sejam normalmente reconhecidas e aceitas como cotidianas pelos profissionais da área de engenharia.

O Tribunal de Contas da União já expediu a Súmula n.º 257/2010 que espanca qualquer dúvida a respeito de sua posição sobre a possibilidade de licitar serviços de

⁶PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 6. ed. p. 1006.



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls.

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ___/2016-PGE

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

Não há dúvidas que determinados (e muitos) serviços de engenharia não podem ser caracterizados como *comuns*, pois não correspondem à definição que transcrevemos acima e que a lei traz, isto é, não possuem padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, de forma que sejam normalmente reconhecidos e aceitos como cotidianos pelos profissionais da área de engenharia. Dentre esses serviços, via de regra, se amoldam a maioria dos projetos de engenharia e arquitetura, os quais, a depender do profissional que desenvolver cada um desses objetos, serão obtidos resultados totalmente diversos, quando não se poderá definir um padrão de desempenho e qualidade, por mais bem elaborados que forem os termos de referência que estarão à disposição dos profissionais e empresas licitantes.

O TCU tem constantemente censurado licitações realizadas na modalidade pregão os serviços de engenharia que não podem ser caracterizados como comuns, a exemplo da licitação para a contratação de Estudo de Impacto Ambiental e relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA:

USO DO PREGÃO PARA CONTRATAÇÃO DO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL (EIA) DE OBRA, ACOMPANHADO DO RESPECTIVO RELATÓRIO (RIMA)

O relator comunicou ao Plenário que em sede de medida cautelar, determinou a suspensão do Pregão Presencial n.º 034/2009, promovido pela Companhia Docas do Rio de Janeiro, tendo por objeto a elaboração do estudo de impacto ambiental (EIA), acompanhado do respectivo relatório (Rima), das obras de implantação do terminal de granéis sólidos no Porto de Itaguaí. O *fumus boni iuris* restou caracterizado pela utilização da modalidade de licitação denominada pregão visando à contratação de serviço cujas características, em juízo cautelar, não se enquadram na categoria "comum", contrariando, assim, o disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 10.520/2002. Quanto ao *periculum in mora*, haveria o risco de que fosse assinado contrato sem a garantia de que o serviço pretendido atenderia, de fato, às necessidades da Administração Pública. Ato contínuo, foi determinada a oitiva da Companhia Docas do Rio de Janeiro, por intermédio de seu presidente, e da pregoeira que atuou no certame, a fim



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls. 354

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º /2016-PGE

de se manifestarem sobre os critérios adotados para a caracterização do serviço objeto do Pregão Presencial n.º 034/2009 como sendo de natureza "comum", nos termos da Lei n.º 10.520/2002. O Plenário, por unanimidade, referendou a cautelar. (Decisão monocrática no TC-029.031/2009-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 20.01.2010). *Grifamos*

O TCU também censurou a adoção do pregão para contratação de serviços técnicos especializados de gerenciamento ambiental de obras, no sentido de orientar que licitação como esta haveria de ser processada, necessariamente, por meio da modalidade concorrência (Acórdão n.º 1815/2010-Plenário, TC-012.761/2010-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 28.07.2010).

Da mesma forma quando do pregão para prestação de serviços técnicos de gerenciamento, supervisão, apoio à fiscalização e acompanhamento de obras portuárias, uma vez que se tratam de serviços de engenharia, os quais não se enquadrariam no conceito de serviço comum, não podendo valer-se unicamente do critério de menor preço para escolha da proposta mais vantajosa, regente daquela modalidade, em que pese, afirma o TCU, que existem serviços de fiscalização que podem ser enquadrados como serviços de engenharia comum, citando o exemplo da fiscalização de obras de edificações de forma geral (Decisão monocrática no TC-013.796/2010-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 15.09.2010).

Em outro momento, em função das características do objeto a Corte de Contas viu a possibilidade da contratação de serviços de fiscalização e controle de qualidade de obras poder ser efetuada por meio de pregão, desde que o exame das especificidades do objeto da avença respalde a conclusão de que se trata de serviços comuns, cujos padrões de qualidade e desempenho possam ser objetivamente estabelecidos no edital. (Acórdão n.º 1407/2012-Plenário, TC 011.769/2010-6, rel. Min. André Luís de Carvalho, 6.6.2012). Nesse julgado foi destacado que ***a análise do caso concreto é que pode lançar luzes sobre a adequação, ou não, da modalidade a ser empregada na contratação de serviços dessa espécie.***

Tais censuras se repetem com frequência nas decisões do TCU, decidindo pela



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fis.

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer nº ____/2016-PGE

impossibilidade do uso do pregão para serviços de engenharia não caracterizados como comuns, como é o caso de objeto que consistiu na elaboração de estudos e projetos de engenharia para: (I) construção de nova portaria; (II) centro administrativo; (III) urbanização das vias; (IV) rampa rodofluvial; (V) terminal de múltiplo uso 2 (TMU 2); e (VI) serviços de inspeção, análise e projeto executivo de recuperação/reforço/ampliação estrutural do Píer 100 (TMU 1). Neste caso o TCU assim pronunciou:

... dependeriam consideravelmente da experiência e capacidade técnica dos licitantes, permitindo a obtenção de produtos distintos para um mesmo problema, o que, ainda para a unidade técnica, possibilitaria ao contratado, "a livre definição de soluções técnicas, como, por exemplo, de qual material a ser utilizado numa estrutura, quantos pilares e vigas terão um edifício, qual o tipo de laje, qual o sistema de combate ao incêndio, etc., devem ser licitados conforme o disposto no art. 46 da Lei 8.666/1993". Em resumo, "se o projeto ou estudo a ser obtido pela realização do serviço por uma empresa ou profissional for similar ao projeto desenvolvido por outra empresa, dotada com as mesmas informações da primeira, esse objeto, no caso 'estudos e projetos' podem ser caracterizados como 'comuns'. Caso contrário, se a similaridade dos produtos a serem entregues não puder ser assegurada, o objeto é incomum". E, no caso da contratação pretendida pela CDP, "**não se trata de serviços padronizáveis ou de 'prateleira', mas sim sujeitos a intensa atividade intelectual com razoável grau de subjetivismo, os quais precisam atender demandas específicas CDP, afastando-se do conceito de especificações usuais do mercado.** (Decisão monocrática no TC-033.958/2010-6, rel. Min. Raimundo Carrero, 19.01.2011).

Os trabalhos intelectivos e complexos geralmente não podem ser licitados por pregão pois, como regra, não possuem padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado, como foi, por exemplo, a elaboração de projeto executivo para empreendimento da complexidade de um hospital com mais de 200 leitos. (Acórdão n.º 2760/2012-Plenário, TC-014.017/2012-1, rel. Min. Ana Arraes, 10.10.2012). Devemos verificar que o que impossibilita a utilização do pregão é a sua não caracterização como serviço comum, não em função de sua complexidade, mas pela impossibilidade de estabelecer padrões de desempenho e qualidade possam ser



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls. 355

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ___/2016-PGE

objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Se, como foi citado acima, determinados serviços não podem ser licitados pela modalidade pregão pelos motivos expostos, deve-se convir que muitos outros serviços, mesmo sendo de engenharia, podem ser caracterizados como "comuns".

Exemplo elucidativo é o de que a contratação de serviços comuns de engenharia que possam ser objetivamente definidos em edital, aí incluídos os relativos à conservação de rodovia, deve se dar por meio de pregão, de modo que o TCU já considerou indevida a licitação de serviços de conservação rodoviária por meio de concorrência pública e determinou a utilização da modalidade pregão em certames para contratação do referido objeto, pois os serviços de conservação devem ser classificados como comuns. Mas, e este também foi o pensamento da relatora em julgado com este objeto, não se pode de antemão se determinado serviço é comum, sem que se esteja diante do caso concreto, uma vez que *o escopo das intervenções é que definirá como comuns ou específicos os serviços e, por isso, penso que **cabe ao gestor público avaliar, em cada caso, se os serviços a serem licitados são comuns.*** Então, quando da contratação de serviços comuns, aí incluídos os relativos à conservação rodoviária possam ser objetivamente definidos em edital, a utilização do pregão é obrigatória. (Acórdão n.º 3144/2012)

Um outro exemplo importante, e muito comum, é o da licitação pela modalidade pregão tendo com objeto a contratação de empresa de engenharia para prestar, sob demanda, serviços de manutenção predial corretiva com fornecimento de peças, equipamentos, materiais e mão de obra, nas edificações dos órgãos e entidades da Administração Pública. Neste caso a prática tem demonstrado que a melhor forma é o edital fornecer planilhas de serviços e insumos diversos descritos no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos de Índices de Construção Civil – SINAPI, ou em tabela própria ou outra adotada pelo órgão ou entidade contratante, conforme Termo de Referência anexado ao instrumento convocatório.

Esses exemplos, acredita-se, são suficientes para demonstrar a posição do TCU



Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer nº ____/2016-PGE

e a prática dos órgãos e entidades públicas no sentido de admitir a utilização do pregão para licitação de serviços de engenharia caracterizados como *comuns*. Anote-se: *comuns* devem ser os serviços de engenharia e não as obras. Estas não podem, ser licitadas por pregão, como veremos.

Ao que se verifica na descrição do objeto que se pretende licitar, sequer se enquadra como *serviço de engenharia*, pois se caracterizam como *obras*. Ainda que fossem *serviços de engenharia*, e, em especial, na descrição sintética dos serviços, deveriz ainda ser verificado se estão dentre aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado e se os resultados a serem obtidos dependerão da execução e resultado final de cada um desses objetos, no sentido de se verificar a possibilidade de se definir um padrão de desempenho e qualidade, mesmo que com termos de referências completos.

No caso em comento, independente da caracterização como serviço comum vemos a impossibilidade de realizar a licitação pela modalidade pregão, uma vez que se tratam de *obras*.

3.2.3. OBRAS DE ENGENHARIA

A Lei federal nº 10520/2002 não traz previsão para a licitação de obras de engenharia por meio da modalidade pregão, já que condicionou a utilização desta modalidade somente para os bens e serviços comuns, incluindo-se nestes, conforme já explanado acima, os de engenharia. Bem se sabe que, de acordo com a lei nº 8.666, de 1993, como já foi visto acima, obras e serviços não se confundem em seus conceitos, são explicitamente diferenciados, de modo que o conceito de *obra* não está inserido dentro do conceito de *serviços*.

Assim, *obras*, sejam de engenharia ou não, sejam comuns ou não, não é



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls. 356

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ____/2016-PGE

possível que sejam licitadas pela modalidade pregão, tendo em vista a não previsão no ordenamento jurídico.

O Tribunal de Contas da União já se pronunciou no mesmo sentido afirmando que a utilização de pregão para a contratação de obras de engenharia afronta o disposto no art. 1º e em seu parágrafo único da Lei 10.520/2002, quando tratou de ação de construir uma quadra esportiva com estrutura de concreto armado e cobertura em estrutura metálica (Acórdão n.º 2312/2012-Plenário, TC-007.643/2012-8, rel. Min. José Jorge, 29.8.2012).

As obras de engenharia, como sabemos, são executadas a partir de projetos básicos e/ou executivos, enquanto que os serviços, de engenharia a partir de termos de referência. Não se pode confundi-los.

Para a licitação na modalidade pregão é indevida a *denominação projeto básico* em substituição a *termo de referência*, o qual é o exigido na fase preparatória do pregão, no artigo 9º do Decreto n.º 5.450, de 2005, a elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização.

O TCU já decidiu pela incompatibilidade entre pregão e projeto básico, no sentido que deve ser utilizado o termo de referência nesta modalidade de licitação:

Pregão: uso indevido da denominação "projeto básico" em substituição a "termo de referência".

Por meio do Acórdão n.º 1.063/2010-1ª Câmara, prolatado em processo de representação contra possíveis irregularidades no âmbito do Pregão Eletrônico n.º 460/2009, o Tribunal recomendou à Amazonas Distribuidora de Energia S.A. que, na fase preparatória da licitação na modalidade pregão eletrônico, elabore termo de referência, conforme previsto no art. 9º, inciso I, do Decreto n.º 5.450/2005. Tal recomendação decorreu da constatação da ocorrência de impropriedade formal, caracterizada pelo uso indevido da denominação 'projeto básico' em substituição a 'termo de referência', sendo esta a nomenclatura empregada pelo decreto regulamentador do pregão. Alegando haver obscuridade e omissão no referido decisum, a entidade opôs embargos de declaração. Em seu voto, o



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls.

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer nº ____/2016-PGE

relator do recurso observou que, embora constasse do projeto básico anexado ao edital do Pregão Eletrônico n.º 460/2009 os elementos que deveriam integrar o termo de referência, merecia, sim, prosperar a recomendação sugerida pela unidade técnica na instrução da representação em foco, uma vez que a Administração deve utilizar os "termos peculiares à modalidade de licitação que estiver processando". Acolhendo o voto do relator, a Primeira Câmara decidiu negar provimento aos embargos, mantendo, em seus exatos termos, o acórdão recorrido. (Acórdão n.º 5865/2010-1ª Câmara, TC-003.406/2010-5, rel. Min. José Múcio Monteiro, 14.09.2010).

Assim, o edital de licitação de obras públicas deve ter como elemento técnico instrutor o projeto básico e/ou executivo, enquanto que nos serviços de engenharia o termo de referência.

A não inclusão das obras como objeto passível de licitação pela modalidade pregão foi uma opção legislativa, porém, acreditamos, não há uma impossibilidade técnica de licitar este objeto por meio do pregão, porém, para isso, dependeria uma alteração na lei regente.

Não vemos dificuldade alguma de visualizar obras que sejam caracterizadas como *comuns*, isso é, que possuam padrões de desempenho e qualidade que podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Se existem serviços de engenharia que juntos e somados podem ser caracterizados como comuns, como é o caso dos serviços de manutenção predial, também há serviços de engenharia que juntos e interligados, formando um sistema interconectado, também o possam ser. Isto é muito fácil de visualizar em qualquer tipo de obra elencada pela lei, seja ampliação, construção, fabricação, recuperação, ou reforma.

Assim, mais uma vez se conclui, diante do constante nas leis regentes, não é possível licitar *obras* pela modalidade *pregão*.



Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ____/2016-PGE

3.2 DA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DOS SISTEMAS CONSTRUTIVOS MODULARES SEREM LICITADOS POR MEIO DO PROCEDIMENTO "SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS"

Já tivemos possibilidade de externar nosso posicionamento pela possibilidade de contratação de obras pelo sistema de registro de preços,⁷ e o repetimos abaixo.

O Decreto Federal n.º3931, de 19 de setembro de 2001, define Sistema de Registro de Preços - SRP – como *"o conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras"*.

O artigo 2º, do referido Decreto, diz que será adotado, preferencialmente, o SRP quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações freqüentes; quando mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou a contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições; quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; e quando pela natureza do objeto não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

A Constituição Federal, em seu art. 22, XXVII e a Lei Federal n.º8.666/93, no seu art. 118 impõem às Unidades Federativas o dever legal de adaptarem suas normas de licitações e contratos ao disposto em lei.

Talvez a característica mais diferenciadora do Sistema de Registro de Preços da sistemática tradicional de licitação seja a de que o SRP faz uma prévia seleção de um fornecedor para uma necessidade que ainda não é presente, mas que tem possibilidade de vir a acontecer e, ocorrendo no futuro, a Administração chamará a

⁷ BONATTO. Hamilton. *Licitações e Contratos de Obras e Serviços de Engenharia*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls.

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer nº ____/2016-PGE

empresa com o preço registrado para suprir a necessidade. Se a Administração não vir a precisar dos serviços ou produto, não se obriga a contratar com aquele que registrou o preço. A recíproca não é verdadeira, pois aquele que registrou o preço deverá firmar o contrato, sob pena de sofrer as sanções legais, se a Administração necessitar do produto ou serviço.

Existem ainda outras características que informam o Sistema de Registro de Preços. Resumem-se basicamente em:

- a. este Sistema é um procedimento licitatório que pode ser realizado através das modalidades concorrência ou pregão;
- b. o licitante vencedor, assume o compromisso de fornecer os serviços, o produto ou executar a obra, através da assinatura de uma Ata de Registro de Preços, sendo que só haverá a contratação quando e se surgir a necessidade;
- c. a Administração não é obrigada a contratar a totalidade dos bens/serviços/obras licitados;
- d. o prazo de vigência da Ata de Registro de Preços limitada a um ano;
- e. há a possibilidade de adesão, de órgãos que não participaram do pleito e queiram utilizar o Registro de Preços, durante a sua vigência, o chamado *carona*.

O Sistema de Registro de Preços é substancialmente vantajoso à Administração Pública, pois só há necessidade de disponibilização de orçamento apenas quando do empenho da aquisição/contratação; há uma sensível redução do número de licitações, levando a Administração a economizar em procedimentos e não sobrecarregar os servidores com serviços repetitivos; é evidente que a possibilidade de efetuar diversos serviços/obras ou fornecer produtos possibilita a diminuição do valor das propostas dos licitantes, gerando economia de escala.



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls. 358

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ___/2016-PGE

Não faz sentido pensar que o Sistema de Registro de Preços se aplica apenas a compras, uma vez que, no caso de obras, é possível a adoção de tal sistema, evidentemente se houver subsunção à legislação. Deve-se verificar, a um, se as obras a serem realizadas são repetitivas, os mesmos serviços, com as mesmas técnicas, os mesmos materiais, a mesma mão-de-obra. A dois, verifica-se se a necessidade é futura, que haverá precisão, porém não se tem a quantificação dessa necessidade, mas tão somente uma estimativa. Finalmente, tem que se verificar se o objeto é divisível e fracionando-o, não se perca a qualidade, ao contrário, traga benefícios qualitativos e econômicos para a Administração.

Abduch Santos defende com muita propriedade a utilização do Sistema de Registro de Preços para obras públicas:

O fundamental é que o objeto da licitação para registro de preços comporte definição precisa e clara, que possibilite a formulação de proposta passível de contratação apenas futura e eventual.

Nessa linha, não há sentido afastar da hipótese de registro de preços as obras ou os serviços. Desde que se trate de obra ou serviços rotineiros, com demanda futura e imprevisível, é possível o registro de preços em relação a eles...

Reunidas estas condições ou requisitos, quais sejam, a demanda que se repete ao longo do exercício, a imprevisibilidade do consumo e da quantidade demandada, e o caráter divisível do objeto, o sistema de registro de preços poderá, e mesmo deverá, ser utilizado.⁸

Ao concluir, diz o conceituado Procurador que:

“O sistema de Registro de Preços foi concebido com caráter instrumental à consecução dos princípios da eficiência e da economicidade, com vistas à excelência da administração da coisa pública”, e se assim é, deve ser admitido para obras, no sentido de “buscar a concretude de princípios constitucionais absolutamente caros e indispensáveis à obtenção da excelência da administração dos recursos públicos”⁹.

⁸ SANTOS, José Anacleto Abduch. *O Sistema de Registro de Preços para Contratação de Serviços e Obras*. Revista Zênite. Ano XV / n. 169. Março 2008.



Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer nº ___/2016-PGE

Evidentemente, não se quer dizer que em qualquer caso pode ser utilizado o Sistema de Registro de Preços para obras, mas tão somente quando ficarem estabelecidos claramente os requisitos acima apontados. Joel de Meneses Niebuhr pensa da mesma forma:

Enfim, não há razão para excluir de antemão obras e serviços de engenharia da incidência de registro de preços. Não se propõe que obras e serviços de engenharia sejam contratados, sempre ou em regra, através do registro de preços, haja vista que, em muitos casos, se revestem de complexidade e singularidade. Todavia, como é sabido, há obras e serviços de engenharia em larga medida uniformes, com características absolutamente padronizadas, pelo que nada obsta o uso do registro de preços em relação a elas.¹⁰

A adoção do Sistema de Registro de Preços, para alguns tipos de obras públicas, tem sido realizada em diversos órgãos contratantes, a exemplo do próprio Estado do Paraná, que já utilizou com sucesso esse Sistema para obras como quadras poliesportivas e bibliotecas, além de serviços de engenharia como reparos em escolas públicas.

Não vemos óbice da licitação pelo procedimento especial do Sistema de Registro de Preços para obras e serviços de engenharia, desde que preenchidos os requisitos acima descritos.

3.3. DA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DOS ENGENHEIROS(AS) E ARQUITETOS(AS) EMPREGADOS DO SERVIÇO SOCIAL PARANAEDUCAÇÃO SEREM FISCAIS DE OBRAS CONTRATADAS PELO FUNDEPAR OU PELA SEED E DA ANÁLISE SOBRE A LEGALIDADE DO SERVIÇOS SOCIAL AUTÔNOMO PARANAEDUCAÇÃO LICITAR E

⁹ Idem

¹⁰ GUIMARÃES, Edgar. NIEBUHR. Joel de Meneses. *Registro de Preços – aspectos práticos e jurídicos*. Prefácio Diógenes Gasparini. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 45.



CONTRATAR O OBJETO "OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA" PARA A REDE PÚBLICA ESTADUAL DE ENSINO

Tal questão vem sendo constantemente levantada e requeitada pela Secretaria de Estado da Educação, pelo FUNDEPAR e pelo Serviço Social Paranaeducação. A Procuradoria Geral do Estado já se posicionou sobre o tema e concluiu pela impossibilidade de obras e serviços de engenharia, no âmbito da Administração Direta e Autárquica do Estado do Paraná, serem fiscalizadas por engenheiros e arquitetos não pertencentes ao quadro efetivo, isto é, que não sejam servidores efetivos pertencentes ao quadro permanente do órgão da Administração responsável pela contratação.

Pretende-se que as obras já contratadas pela a Secretaria de Estado da Educação e pelo FUNDEPAR sejam fiscalizadas por profissionais do Serviço Social Autônomo Paraná Educação, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, de interesse coletivo, com a finalidade de auxiliar na Gestão do Sistema Estadual de Educação, por meio da assistência institucional, técnico-científica, administrativa, de infraestrutura em educação, pedagógica, da aplicação de recursos orçamentários destinados pelo Governo do Estado, bem como da captação e gerenciamento de recursos de entes públicos e particulares nacionais e internacionais.

Por intermédio do Primeiro Termo Aditivo ao Contrato de Gestão celebrado entre o Estado do Paraná e o Serviço Social Autônomo Paranaeducação ficaram disciplinadas as relações de cooperação entre os signatários:

j) Manter, em regime de residência, engenheiro(s) civil(is) e/ou arquiteto(s) de seu quadro de empregados em cada um dos 32 (trinta e dois) Núcleos Regionais de Educação para a execução e descentralização das atividades de apoio e auxílio do PARANAEDUCAÇÃO, conforme definido na Cláusula anterior e seus parágrafos, principalmente, no que se refere ao diagnóstico, elaboração de planilhas e projetos, bem como, a supervisão e **fiscalização das obras e serviços de engenharia**, de acordo com o Plano de Ação Estratégica Anual e os preceitos da alínea "d", inciso XXXI do art.



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fis.

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ____/2016-PGE

4º, inciso IV do art. 21 e art. 118 da Lei Estadual n.º 15.608/2007 e art. 67 e seus parágrafos da Lei Federal n.º 8666, de 21 de junho de 1993. (*grifamos*)

Como se verifica, o contrato de gestão visa, dentre outros aspectos, a possibilidade de fiscalização das obras e serviços de engenharia da Secretaria de Estado da Educação ser realizada pelo Serviço Social Paranaeducação, por seus empregados, engenheiros e arquitetos.

Este, por sua vez, efetivou a contratação de profissionais por meio de Processo Seletivo Simplificado para fazer frente as necessidades geradas pelo aditivo ao Contrato de Gestão, inclusive a fiscalização de obras.

A atividade de fiscalização de obras e serviços de engenharia está entre as atividades-fim do Estado. Os entes federativos têm suas competências materiais estabelecidas na Constituição da República, as quais, infraconstitucionalmente, são cometidas a órgãos, entes e cargos que compõem a Administração Pública, podendo, assim, ser entendidas como finalidades institucionais dos entes que as detêm, denominadas, portanto, atividades-fim, atos jurídicos ou de império, que consubstanciam manifestação do poder estatal, sob inafastável regime jurídico-administrativo.

A regra é que, para atividades permanentes, seja criado, por lei, um cargo público e provido por um servidor selecionado por concurso público. Só que, em tempos de modernização e diminuição da máquina do Estado, os cargos públicos só devem ser providos ou criados se envolverem atividades típicas do Poder Público, notadamente Mas que exigem manifestação de poder de império (política, **fiscalização**, controle, justiça).¹¹ (*grifamos*)

Compreenda-se que atividades-fim são aquelas constitucionalmente atribuídas aos poderes constituídos e legalmente distribuídas e cometidas a cargos existentes na estrutura de seus entes, impassíveis, portanto, de atribuição a

¹¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo das concessões. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 331.



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls. 360

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer nº /2016-PGE

particulares (salvo aquelas delegáveis, nos termos das Leis n. 8.666/93 e 8.987/95); e atividades-meio são aquelas instrumentais, acessórias, concebidas e perpetradas única e exclusivamente para concretizar as finalidades institucionais do ente.

Parte-se, então, da premissa de que algumas atividades são absolutamente inerentes ao Estado e indelegáveis, sob pena de desfiguração de seu "núcleo fundante da identidade constitucional".¹²

Vale lembrar que existem cargos, da natureza dos desejados, no Quadro Próprio do Poder Executivo, uma vez que tais atividades não são apenas de necessidade temporária, ao contrário, vinculam-se às atividades-fim do Estado.

O r. Procurador do Estado Miguel Ramos Campos já se manifestou sobre a questão:

Assim, quando se cuida de contratar recursos humanos para o desempenho de tarefas que nem são de necessidade temporária, mas permanente e que estão intimamente vinculadas as atividades-fim do Estado ou que se revelem atividades-meio vinculadas e vinculantes daquelas(auxiliares administrativos, bibliotecárias etc.) a terceirização é proibida.

A eventual contratação com esse objetivo será considerada ilegal e inconstitucional, pois correspondem a uma falsa terceirização.

De longa data tem se entendido que a execução indireta de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos da Administração não poderão ocorrer por força de preceito constitucional.¹³

Mesmo no âmbito do Direito do Trabalho, a jurisprudência, há muito, consolidou-se no sentido de que as tarefas principais de uma entidade, de uma empresa, não podem ser objeto de terceirização, apenas as atividades auxiliares, acessórias podem ser objeto de terceirização. Isso, pois, notoriamente, a terceirização

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O sistema da parceria entre os setores públicos e privado - execução de serviços através de concessões, permissões, terceirizações e outros regimes - aplicação adequada desses institutos, BDA nº 02/97, p. 77.

¹³ CAMPOS, Miguel Ramos. Parecer nº 27/2004 – PGE. Protocolo 5.807.668-6. 23/01/2004.



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls.

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer nº ____/2016-PGE

tem um histórico de ser indiscriminadamente utilizada por alguns empregadores como subterfúgio para driblar a legislação trabalhista.

No caso em comento, de forma análoga, pode ser interpretado que a contratação da forma já efetuada implica uma burla ao concurso público, exigência trazida no artigo 37 da Constituição da República.

O mesmo raciocínio se transporta para o Direito Administrativo, pois, no âmbito do serviço público, a terceirização, além de não poder ensejar a delegação de atividades típicas, e, por isso, exclusivas do Estado, não pode servir de instrumento à violação do princípio do concurso público (CR/88, art. 37, II).

Conforme nos ensina Luciano Ferraz:

As atividades materiais podem ser realizadas por intermédio da contratação de pessoal por interposta pessoa; já as atividades jurídicas e os atos que possuem carga de autoridade não podem ser objeto dessa execução indireta, porque aqueles atos devem ser praticados por servidores públicos (...) Quando a atividade a ser desempenhada por terceirizado for atividade-fim, a terceirização está vedada; quando houver correspondência entre a atividade desempenhada pelo terceirizado e os cargos existentes na estrutura do órgão ou entidade, a terceirização também está vedada.¹⁴

O desenvolvimento de atividades-fim, caracterizadas como aquelas inerentes às categorias funcionais integrantes do plano de carreira dos órgãos ou entidades públicos, constitui-se terceirização ilícita, e vai de encontro à norma insculpida no art. 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

Neste mesmo sentido consta decisão do egrégio Tribunal de Contas da União, cujo emblemático excerto dispõe:

Efetivamente, a contratação indireta de pessoal, por meio de empresa particular, para o desempenho de atividades inerentes à

¹⁴ FERRAZ, Luciano. Terceirização, contratação de serviços de terceiros pela Administração Pública. Boletim de Direito Municipal, v. 1, 2007, p. 1-8.



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls. 363

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ____/2016-PGE

Categoria Funcional (...), abrangida pelo Plano de Classificação e Retribuição de Cargos do Serviço Civil da União, configura procedimento atentatório a preceito constitucional que impõe a aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público.¹⁵

Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes,

A Administração Pública está sujeita ao controle externo para parte dos Tribunais de Contas e o presente estudo estaria incompleto se não se procedesse ao exame das possibilidades de terceirização sob a perspectiva do controle.

Em reiteradas **decisões o Tribunal de Contas da União vem julgando irregular a contratação de empresas para prestação de serviços quando as tarefas a serem desenvolvidas integram o elenco das atribuições dos cargos permanentes.**

Nesse sentido, cumpre destacar o julgamento dos processos TC - 225.096/93-5, TC - 475.054/95-4, TC - 000.384/90-9, entre outros inúmeros, entendendo aquela Corte que em razão dos Decretos 71.236/72, 74.448/74 e Leis 5.645/70 e 5.845/72, não é possível terceirizar atividades típicas de cargos permanentes. (*grifamos*)

De acordo com decisão do Supremo Tribunal Federal, o Serviço Social Paranaeducação é ente de cooperação do Poder Público:

No julgamento da ADI n.º 1864-9-PR, em acórdão de 08.08.07, sendo Relator designado o Min. JOAQUIM BARBOSA, o STF, em 8.08.07, reconheceu o PARANAEDUCAÇÃO como serviço social autônomo, na condição de ente de cooperação do Poder Público, entidade paraestatal, instituída pelo Estado do Paraná, decidindo que "é compatível com a ordem constitucional a prestação de serviço educacional do Estado, com a cooperação de entes de natureza jurídica de direito privado, como os serviços sociais autônomos, não havendo violação da Constituição ou desvio do Poder Legislativo."¹⁶

¹⁵ Processo TC-475.054/95-4, Ministro Relator José Antônio B. de Macedo, publicado no Diário Oficial da União. seção i, p. 11.053- 11.054, dia 24/07/95.

¹⁶ (FERREIRA, Sergio D'Andrea, "As fundações estatais e as fundações com participação estatal". In PAULO MODESTO (org) "Nova Organização Administrativa Brasileira", Belo Horizonte, Editora Forum, 2009 :68-111, pg 99). [http://www.direitodoestado.com/revista/rede-26-abril-2011-alice-gonzalez-bor-](http://www.direitodoestado.com/revista/rede-26-abril-2011-alice-gonzalez-bor)



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls.

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ____/2016-PGE

Ao ser firmado o contrato de gestão com o Serviço Social Autônomo Paranaeducação¹⁷, o qual é mero auxiliar na execução da função pública, não implica a possibilidade de transferir atribuições exclusivas de servidores e empregados públicos aos empregados daquele serviço social autônomo. O fato de ser ente de cooperação com o Estado, por outro lado, não atrai a competência de exercer atividades-fim de Estado.

Além da questão de que o Estado é um ator fundamental na prestação direta de serviços sociais, segundo nossa Constituição de 1988, outro ponto que deve ficar claro é que qualquer repasse de atuações do Estado para o “terceiro setor” apenas pode ocorrer com relação às atividades-meio das entidades estatais. Seria a chamada terceirização lícita já tratada.

Quando a Administração Pública firma um acordo de vontade com terceiros para que estes exerçam alguma atividade para o Poder Público, seja por meio de contratos administrativos, convênios, contratos de gestão, termos de parceria, ou qualquer outra denominação, isso será denominado terceirização.

Entendemos que qualquer terceirização a ser realizada pela Administração Pública, independentemente do instrumento a ser utilizado, apenas será lícita se o objeto for a execução de alguma atividade-meio do órgão ou entidade estatal.¹⁸

Ressaltamos que aqui não se está discutindo a possibilidade de ser firmado contrato de gestão entre o Estado do Paraná e a Paranaeducação, e sim, somente a questão a respeito de ser exercida fiscalização de obras e serviços de engenharia em ges.pdf.

¹⁷ De acordo como art. 1º da Lei Estadual nº 11.970, de 19 de dezembro de 1997, a PARANAEDUCAÇÃO é pessoa jurídica de direito privado, sob a modalidade de serviço social autônomo, sem fins lucrativos, de interesse coletivo, com a finalidade de auxiliar na Gestão do Sistema Estadual de Educação, por meio da assistência institucional, técnico-científica, administrativa, de infraestrutura em educação, pedagógica, da aplicação de recursos orçamentários destinados pelo Governo do Estado, bem como da captação e gerenciamento de recursos de entes públicos e particulares nacionais e internacionais.

¹⁸ VIOLIN, Tarso Cabral. *Estado, Ordem Social e Privatização - as terceirizações lícitas da administração pública por meio das organizações sociais, oscips e demais entidades do “terceiro setor”*. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/terceirizacao_privatizaco_terceiro_setor_oscip.pdf. Acesso em 16/08/2016.



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls. 362

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer nº ____/2016-PGE

órgão da Administração Direta por interposta pessoa, nas quais os seus engenheiros e arquitetos não são servidores ou empregados públicos.

Não restam dúvidas que fiscalização realizada pelos engenheiros e arquitetos são atividades-fim do Estado, portanto devem obedecer as regras ditadas pela Constituição da República no que diz respeito à contratação dos agentes que exercerão tais atividades, sob pena de nulidade do ato e punição da autoridade responsável, conforme se denota do artigo 37, §2º da CRB. O caminho ditado pela Carta Maior é a realização de concurso público. É isso que está explícito em seu artigo 37, II:

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:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Assim, está claro que, via de regra, a Constituição da República exige que a contratação de pessoal se dê por concurso público.

É plenamente justificável que as obras e serviços de engenharia sejam atividades exclusivas de servidores e empregados públicos, de forma que privilegia uma atuação impessoal do Estado, por meio de servidores e/ou empregados isentos e imparciais, não sujeitos às decisões, muitas vezes, incompatíveis com o interesse público de determinados governantes.

Está a se falar em atividade fiscalizatória e, ao fiscalizar determinada atuação de particular contratado pela Administração Pública Direta, atuando, inclusive, em processos administrativos, deve estar seguro de que não serão tomadas decisões



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fis.

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ___/2016-PGE

arbitrárias contra ele, em face de sua estabilidade. Na mesma esteira, nada impede, evidentemente, que, em se tratando de empresas estatais, a fiscalização seja feita por empregado público, em função do regime ser o celetista.

Note-se que os engenheiros e arquitetos do Serviços Social Autônomo Paranaeducação não são empregados públicos.

Isso não quer dizer que esses profissionais do Serviço Social Autônomo Paranaeducação não possam assistir e subsidiar os fiscais servidores ou empregados públicos, isto é, exercer a função de apoio ao fiscal. Porém, não se confundam as duas atividades, uma é de fiscalização, exercida exclusivamente por servidor ou empregado público nos moldes acima descritos, a outra de apoio, a qual pode ser exercida por outro que não seja servidor ou empregado público. Não é mais do que diz o artigo 67 da Lei n.º 8.666, de 1993: *A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros **para assisti-lo e subsidiá-lo de informações** pertinentes a essa atribuição.*

A fiscalização é prerrogativa da Administração. O inciso III do artigo 97 da Lei Estadual n.º 15.608, de 2007 diz *que os contratos administrativos caracterizam-se pela preponderância do interesse público que confere prerrogativas à Administração, exercidas nos limites e termos desta Lei, para fiscalizar-lhes a execução.*

Assim, cabe ao Estado do Paraná, uma vez atribuída competência à Secretaria de Estado da Educação para realizar o planejamento, projeto, coordenação e execução das próprias obras e serviços de engenharia, nomear profissionais para tal fim por intermédio de Concurso Público.

Por outro lado, tendo em vista que há obras e serviços de engenharia contratados pelo Estado, por meio da Secretaria de Estado da Educação, bem como obras contratadas pelo FUNDEPAR, evidentemente há necessidade de engenheiros e arquitetos para a fiscalização de tais atividades, nada impede que ambos, Estado, por meio da SEED e FUNDEPAR firmem Termo de Cooperação Técnica com outro órgão



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls. 363

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ___/2016-PGE

ou entidade da própria Administração Pública Direta ou Indireta, de tal forma que as fiscalizações aqui descritas possam ser exercidas por servidores ou empregados públicos, aliás como já foi feito com a Paraná Educação e com a COHAPAR.

Da análise acima, é fácil concluir que se os profissionais da Paranaeducação não podem fiscalizar obras e serviços de engenharia para o Estado do Paraná, muito menos aquele Serviço Social Autônomo poderia licitar e contratar para o Estado do Paraná e para o FUNDEPAR.

O dever de licitar estampado no inciso XXI, do Art. 37¹⁹ da Constituição Federal é atividade típica de Estado, e, portanto, não pode ser delegado às entidades de direito privado.

A obrigatoriedade de licitar é decorrência direta do princípio da indisponibilidade do interesse público e do Princípio da Isonomia. Se de um lado a Administração não tem a livre disposição da coisa pública, e necessita encontrar a melhor forma de dispêndio dos recursos coletivos. Por outro lado, permite a todos aqueles que desejarem a oportunidade de participar das contratações com o poder público.

Destarte, ainda, que a licitação confere transparência as contratações dos entes públicos, possibilitando, portanto, o controle tanto pelos órgãos constitucionalmente incumbidos desta função, como pelo próprio povo, titular da coisa pública.

Ou seja, o Processo licitatório está vinculado a observância dos interesses coletivos, a proteção da "res pública", a procedimentalização dos atos públicos, e a

¹⁹A Constituição Federal/88, em seu art. 37, inciso XXI, estabelece que ressalvados os casos especificados na lei, a necessidade de instaurar processo de licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, sendo assegurada aos concorrentes igualdade de condições. A necessidade da adoção do procedimento licitatório também é observado nos arts. 173, §1º, inciso III e 175 da CF/88.



Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ____/2016-PGE

concretização do princípio da isonomia, se vinculando a própria ideia do Estado Democrático de Direito²⁰ e ao Princípio Republicano²¹.

Deste modo, fica claro que a obrigação de licitar não se trata de faculdade da Administração Pública, e muito menos possibilita-se a sua delegação a entes privados, tendo em vista ser um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

No mesmo sentido a ADIN 1.717- DF, relatado pelo Ministro SYDNEY SANCHES, onde o STF decidiu-se pela indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado.

Não há dúvidas que o Serviço Social Paranaeducação pode, por meio de sua Secretaria Executiva, estabelecer processo de compra de materiais e serviços mediante procedimentos licitatórios, adotando os preceitos da Lei Estadual n.º 15.608, de 2007, porém para si, para as suas finalidades, e não para o Estado do Paraná ou para o FUNDEPAR como aqui se pretende.

De acordo com a Lei Estadual n.º 17.431, de 2012, cabe à Paraná Edificações a licitação e contratação de obras de edificações para os órgãos e entidades da Administração Pública direta e autárquica do Estado do Paraná. A mesmo Diploma Legal (art. 13) autoriza o Senhor Governador do Estado a excepcionalizar, por ato próprio, **os órgãos da administração direta e autárquica interessados em realizar o planejamento, projeto, coordenação e execução das próprias obras e serviços de engenharia**, sem a participação da PARANÁ EDIFICAÇÕES, a partir de diretrizes dadas pela Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística. E o Senhor

²⁰O Estado Democrático de Direito refere-se a a submissão dos governantes ao Direito e a Constituição, ligando-se a idéia de potencialização dos Direitos Fundamentais. Desta forma, permite-se a real participação dos cidadãos pela ampla procedimentalização no processo decisório estatal.

²¹O princípio republicano estabelece a relação entre governantes e governado. Rompe-se com o paradigma absolutismo, fixando que a res publica (a coisa do povo) , e portanto o povo é detentor do poder soberano,



Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ____/2016-PGE

Governador autorizou²² o FUNDEPAR por meio do decreto Estadual n.º 6.972, de 2017 (regulamento do FUNDEPAR).

Note-se que a Secretaria de Estado da Educação sequer tem competência para licitar obras e serviços de engenharia, uma vez que essas atividades são, conforme exposto anteriormente, do FUNDEPAR. Por outro lado, ainda assim o Serviço Social Autônomo Paranaeducação possui Contrato de Gestão com o Estado do Paraná e não com o FUNDEPAR. Este é apenas mais um empecilho que, por si só, movendo-o não resolveria a questão, uma vez que em, hipótese alguma um Serviço Social autônomo poderia licitar e contratar para um ente público, fazendo as vezes deste.

Caso se pretenda argumentar e concluir, tal qual se denota dos autos, que a razão da existência do Serviço Social Paranaeducação seja o de licitar obras e serviços de engenharia para o Estado do Paraná ou outro ente público, sugere-se a rescisão do citado Contrato de Gestão ou até a extinção do próprio Serviço Social Autônomo. Para tais atividades, típicas de Estado, a lei já criou as autarquias Paraná Edificações e delegou a mesma função para o FUNDEPAR.

3.6. DA ILICITUDE DA CONTRATAÇÃO DO PARECER

Tendo em vista os elementos contidos nos autos é possível constatar que a PARANEDUCAÇÃO contratou parecer de Advogada Particular por dispensa baseada no valor, sem motivação da necessidade da contratação, tendo em vista a existência de corpo jurídico próprio competente.

Além disso ao se analisar os documentos contidos neste protocolizado é

²² Art. 3º, parágrafo único do dec. Est. 6.972, de 2017. O FUNDEPAR fica autorizado, conforme dispõe o artigo 13 da Lei Estadual n.º 17.431, de 21 de dezembro de 2012, a realizar o planejamento, projeto, coordenação e execução das obras e serviços de engenharia próprias e da Secretaria de Estado da Educação a partir de diretrizes ditadas pela Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística.



Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer nº ____/2016-PGE

possível perceber que não foram observados várias requisitos legais para realização da dispensa, **como o valor para dispensa de licitação, a justificativa de preço, e ainda a ausência de: caracterização da circunstância de fato que autorizou a providência; a justificativa para escolha do executante; pareceres jurídicos sobre a dispensa.**

Desta forma há indícios de que tal contratação foi desnecessária e irregular e que configurou ato de improbidade administrativa, o que permite concluir pela necessidade de devolução ao erário dos valores gastos, além da possibilidade de aplicação das sanções do Art.12 da Lei 8.429, de junho de 1992.

3.6.1. NECESSIDADE DE ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENTIDADE PRIVADA QUE RECEBE RECURSOS PÚBLICOS

A PARANAEDUCAÇÃO é pessoa jurídica de direito privado, sob a modalidade de serviço social autônomo, e desta forma não é parte integrante da Administração Pública, fazendo parte do que se costuma denominar de "terceiro Setor"²³.

Contudo, mesmo não se configurando como pessoa integrante da administração formal, deve se orientar pelos princípios que regem a Administração Pública, principalmente no que diz respeito a dispêndio de valores repassados pelo Poder Público.

A constituição da República, no seu Art. 37 determina que a Administração

²³ A denominação Terceiro Setor refere-se a entidades privadas que exercem atividade de interesse público mas não exclusivas de Estado, agindo em colaboração com Estado- Lucas Rocha Furtado define como Terceiro Setor o "conjunto de entidades privadas sem fins lucrativos ou econômicos que exploram atividades de interesse coletivo". FURTADO, Lucas Rocha. Entidades do Terceiro Setor e o dever de licitar. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 6, n. 65, p.9-11, maio 2007



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls. 365

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer nº ___/2016-PGE

Pública de qualquer dos poderes obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além dos princípios implícitos enumerados amplamente pela doutrina, como o princípio da indisponibilidade do interesse público.

A Aplicação dos princípios da Administração Pública às entidades privadas que utilizam recursos públicos é questão pacífica e é consubstanciada pela Lei 8.429, de 1992, que trata dos atos de improbidade administrativa.

Destaca-se o Art. 1, parágrafo único da supracitada lei:

Parágrafo único. **Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público** bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

No mesmo diapasão, o art. 3º da lei 8.429, de 1992, afirma expressamente que os dispositivos desta lei são aplicáveis àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. Desta forma as disposições da lei de improbidade são extensivas àqueles que utilizam recursos públicos em entidades de cunho privado.

Destarte que, conforme o Art. 17 da lei 11.970, de dezembro de 1997, do Estado do Paraná, a principal fonte de receita da PARANAEDUCAÇÃO são recursos oriundos do Orçamento do Estado. Veja o dispositivo citado:

Art. 17. Constituem receitas do PARANAEDUCAÇÃO:

I - dotações orçamentárias que lhe destinar o Poder Público Estadual ou outras modalidades governamentais, na forma do Contrato de Gestão;

II - empréstimos, doações, legados, auxílios, contribuições e outras



Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ___/2016-PGE

- subvenções de entidades públicas ou particulares e de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais, estrangeiras ou internacionais;
- III - recursos provenientes da venda de seus produtos e da prestação de serviços;
- IV - recursos provenientes de fundos especiais;
- V - rendimentos de aplicações de seus ativos financeiros e outros pertinentes ao patrimônio sob sua administração;
- VI - recursos provenientes de acordos, convênios, ajustes ou contratos, celebrados com entidades públicas ou privadas;
- VII - receitas provenientes de alienação de bens móveis e imóveis; e
- VIII - outros recursos que lhe venham ser destinados.

Sendo assim, fica claro que os Agentes que atuam na direção de tal entidade, que possui como sua principal fonte de receita o repasse de verbas pública, estão obrigados a observar estritamente os princípios da administração pública, como determina o art. 4º da Lei de Improbidade.²⁴

Desta forma a contratação de advogada particular para confecção de parecer, ignorando-se a existência de assessoria jurídica própria, sem se atentar para qualquer justificativa necessária para a contratação direta, é violação flagrante aos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, e configura prejuízo ao erário.

3.6.2. ILICITUDE DA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARTICULAR EM ENTIDADE COM CORPO JURÍDICO PRÓPRIO

Primeiramente, é fundamental esclarecer que não se ignora a possibilidade de contratação por inexigibilidade de licitação, para participar em demanda ímpar, que foge a rotina do corpo jurídico próprio, de advogado particular cuja notória especialização profissional permita inferir que o seu trabalho é essencial e

²⁴ Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls. 366

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ___/2016-PGE

indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato, dada a singularidade do objeto, tudo conforme o Art. 25 da lei 8666, de 1993.

Desta forma é possível a contratação precedida de inexigibilidade de licitação, com base no artigo 25, II, atendidos os requisitos da lei. Contudo, para se realizar tal contratação é necessário suprir alguns requisitos como a justificativa demonstrando a singularidade dos serviços almejados, bem como motivação acerca das qualificações diferenciadas do advogado contratado.

Além disso, caso exista corpo jurídico próprio, é fundamental a demonstração que tendo em vista a natureza do objeto, a contratação de advogado particular é essencial e indiscutivelmente mais adequado do que a utilização dos advogados disponíveis pela entidade.

Da mesma forma a doutrina de Marçal Justen Filho²⁵:

(...) A natureza singular caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por qualquer profissional "especializado". Envolve os casos em que demandam mais do que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado).

(...) A identificação de um "caso anômalo" depende da conjugação da natureza própria do objeto a ser executado com as habilidades titularizadas por um profissional-padrão que atua no mercado. Ou seja, não basta reconhecer que o objeto é diverso daquele usualmente executado pela própria Administração. É necessário examinar se um profissional qualquer de qualificação média enfrenta e resolve problemas dessa ordem, na atividade profissional comum. (...)

Veja Julgado do Supremo Tribunal Federal neste Sentido:

²⁵ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª edição, revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls.

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ____/2016-PGE

IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGÊNCIA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA. A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: **a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. Incontroversa a especialidade do escritório de advocacia, deve ser considerado singular o serviço** de retomada de concessão de saneamento básico do Município de Joinville, diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta. Denúncia rejeitada por falta de justa causa". (Inq 3074-SC, julgado pela Primeira Turma em 26/08/14).

Da mesma forma, o STJ tem entendido que

A contratação de profissionais da advocacia pela Administração Pública, mediante procedimento de inexigibilidade de licitação, **deve ser devidamente justificada, como exige o art. 26** da Lei n. 8.666/1993, com a demonstração de que os serviços possuem natureza singular, bem como com a indicação dos motivos pelos quais se entende que o profissional detém notória especialização (AgRg no REsp 1273907/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 01/07/2014).

Perceba-se que nos autos em análise não existe nenhuma justificativa da singularidade do objeto, ou da notória especialização da advogada que a torne essencial e indiscutivelmente a mais adequada a elaboração do parecer, muito menos demonstração da inadequação do corpo jurídico próprio.

Destarte, sobretudo, que a contratação direta aqui discutida não ocorreu por inexigibilidade e sim por dispensa de licitação (fls. 119) baseado no valor da licitação, e, desta forma não existe nenhuma justificativa razoável para contratação de advogado particular, eximindo-se dos serviços da assessoria jurídica própria.

O que se deve atentar é que em regra, não devem ser objeto de execução



Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ___/2016-PGE

indireta as atividades inerentes às categorias funcionais que fazem parte do plano de cargos do órgão ou entidade. E desta forma as demandas jurídicas que se depararem a entidade deve ser de competência do seu corpo jurídico próprio.

Essa regra comporta exceção se o serviço for de natureza de singular, o que não ocorre no caso em tela, uma vez que no protocolizado em análise foi feita uma **dispensa de licitação** em razão do valor, e não se verifica justificativa de qualquer singularidade do objeto, bem como da especialização da advogada, ou da inadequação do corpo jurídico próprio.

Por todo exposto, a contratação da advogada por dispensa de licitação feriu os princípios da administração pública (a legalidade, e a indisponibilidade do interesse público), bem como gerou danos ao erário.

3.6.3. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO PARA DISPENSA/INEXIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Como já foi esclarecido a PARANAEDUCAÇÃO é um serviço social autônomo, entidade privada criada por lei com a finalidade de auxiliar na Gestão do Sistema Estadual de Educação. Embora derivem da vontade estatal, tal entidade não integra a Administração Pública, razão pela qual não se sujeitam à lei n.º. 8.666/93.

Todavia, cumpre notar que os serviços sociais autônomos são mantidos por meio de recursos públicos, e portanto tal entidade não estão eximidas de respeitar os princípios da Administração Pública. Assim, mesmo que se utilizasse de procedimentos distintos da Lei de Licitações por meio de regulamento próprio, tal regramento deveria garantir o respeito aos princípios do Art. 3 da Lei 8666, e ainda os princípios expressos e implícitos que regem o Direito Administrativo.

Veja, por exemplo, o trecho de Acórdão do TCU:



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls.

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ____/2016-PGE

(...) o TCU, em remansosa jurisprudência, tem afirmado que os serviços sociais autônomos, por não integrarem, em sentido estrito, a Administração Pública, não se sujeitam aos ditames da Lei n.º 8.666/93, **mas sim aos princípios gerais que regem a matéria, devendo contemplá-los em seus regulamentos próprios.** (...) Acórdão n.º 1192/2010, Plenário, rel. Min. José Múcio Monteiro

Da mesma forma dispõe a Lei 11.970, de 1991, que criou a PARANAEDUCAÇÃO:

Art15 (...)

III. permitir à Diretoria Executiva estabelecer processo de compra de materiais e serviços mediante procedimentos licitatórios simplificados, observados os princípios inscritos nas Constituições e na legislação atinente em vigor, em especial a Lei Federal 8.666/93, ou a que lhe vier suceder, publicando as normas em Diário Oficial do Estado;

O que se observa, tendo em vista única e exclusivamente os elementos contidos neste protocolo, é que a dispensa de licitação em análise foi realizada sem observância de nenhum procedimento.

Perceba-se que às fls. 119 consta apenas que **a licitação foi dispensada tendo em vista o valor de R\$ 16.000** (dezesseis mil reais).

Contudo, é conhecimento pacífico que o valor para dispensa de licitação são de R\$ 8.000 (oito mil reais) para compras e serviços comuns, e R\$ 15.000 (quinze mil reais) para os serviços e obras de engenharia, tudo de acordo com inciso I, do Art. 34, da Lei 15608, de agosto de 2007 (do mesmo modo o inciso I, do Art. 24 da Lei federal n.º 8666, de 1993).

Perceba-se, ainda, que para compras, obras e serviços contratados por sociedade de economia mista e empresa pública, bem assim por autarquia e fundação qualificadas na forma da lei, como Agências Executivas, os valores mencionados acima são considerados em dobro, conforme o parágrafo único, do Art.



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls. 368

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ____/2016-PGE

34, da Lei 15608, de Agosto de 2007.

Desta forma, tendo em vista que não se trata de serviço ou obra de engenharia, e a contratante não é sociedade de economia mista e empresa pública, e também não é qualificado como Agência Executiva, o valor limite para a dispensa de valor é de R\$ 8.000 reais (oito mil reais), e não R\$ 16.000 reais (dezesseis mil reais).

Além disso, tendo em vista os documentos contidos neste protocolizado, é possível inferir que não se atentou a critérios mínimos para se realizar uma dispensa de licitação como caracterização da circunstância de fato que autorizou a providência; autorização do ordenador de despesa; indicação do dispositivo legal aplicável; indicação dos recursos orçamentários próprios para a despesa; justificativa do preço, inclusive com apresentação de orçamentos ou da consulta aos preços de mercado; a justificativa para escolha do executante; pareceres jurídicos e, conforme o caso, técnicos, emitidos sobre a dispensa ou inexigibilidade, conforme o exigido no Art. 35 da lei 15.608, de 1991.

O que se percebe dos autos é que não foi observado nenhum critério ou requisito para o procedimento de dispensa de licitação, e, desta forma há violação direta ao dever de licitar expresso no inciso do XXI, do Art. 37, da Constituição Federal, e, portanto configura ato de improbidade administrativa.

No mesmo sentido Decisão do Superior Tribunal de Justiça:

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1220011 PR 2010/0187151-7 (STJ)

Data de publicação: 06/12/2011

Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. CONTRATAÇÃO DIRETA.** LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO AOS AGENTES POLÍTICOS. ESFERAS PENAL E CÍVEL. INDEPENDÊNCIA. ATO DE IMPROBIDADE. CONFIGURAÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DAS PENAS. REEXAME. SÚMULA Nº 7 /STJ. **DISPENSA DE LICITAÇÃO. NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.** I - Ação Civil Pública, por improbidade administrativa, em que se condenou Prefeito nas penas do art. 12, III, da Lei nº 8.429 /92, tendo em vista a contratação de escritório de advocacia, sem que fosse precedida do



Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ____/2016-PGE

regular procedimento licitatório. (...) VI - A contratação de prestação de serviço sem exigência de licitação é permitida pela Lei 8.666 /93, devendo-se observar, para tanto, o disposto no art. 25 , II , conjugado com o art. 26 , os quais exigem seja a contratação precedida do processo de dispensa instruído, no que couber, com: I) a caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; II) a razão da escolha do fornecedor ou executante; III) justificativa do preço; e IV) documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados (REsp n.º 842.461/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 11/04/2007).

Ainda, decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Paraná²⁶

(...)Contratação direta de escritório de advocacia para patrocinar causas públicas. Ausência de procedimento administrativo de justificção prévia da dispensa da licitação. Verificação de que o escritório já prestara serviços particulares ao ex-prefeito. Quebra evidente dos princípios da motivação dos atos administrativos, impessoalidade, supremacia do interesse público, e, sobretudo, da legalidade. Conduta de "deixar de praticar ato de ofício", concernente na justificção da contratação direta. Leis 8666/93 e 8429/92. Subsunção à espécie. Reconhecimento de ato de improbidade. Sentença correta.(...)

Diante do exposto fica evidente que a dispensa de licitação foi executada sem observação de nenhum critério mínimo, como justificativa, pesquisa de preço e os próprios valores limites para dispensa foram ignorados, gerando dano ao erário, e configurando indícios de Improbidade Administrativa

3.6.4. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como já foi esclarecido, apesar da PARANÁEDUCAÇÃO não pertencer formalmente a Administração Pública, tal entidade foi criada por Lei Estadual e recebe recursos públicos, e por isso está submetida aos princípios e algumas regras as quais está vinculada a Administração Pública.

²⁶ TJ-PR - Apelação Cível : AC 4571804 PR 0457180-4



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls. 369

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ___/2016-PGE

Exatamente por isso o art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa determina que *Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público.*

Da mesma forma o art. 3º da lei 8429 afirma expressamente que mesmo àqueles que não sejam agente público, contudo induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta, cometem ato de improbidade e podem ser punidos pelas sanções previstas no Art. 12 da supracitada lei.

Deste modo, fica evidente que aqueles que são responsáveis por atos que gerem prejuízo ao erário ou aos princípios da Administração Pública, tendo em vista dispensa de licitação irregular feita pela PARANAEDUCAÇÃO, respondem por Improbidade Administrativa.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça²⁷, de forma reiterada, vem decidindo que a contratação direta de serviços jurídicos, afronta a lei de licitações, cuja consequência é a configuração do ato do administrador público em improbidade administrativa.

Neste sentido:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA SEM LICITAÇÃO. ATO ÍMPROBO POR ATENTADO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, QUE REGE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SANÇÕES DO ART. 12 DA LEI DE IMPROBIDADE. CUMULAÇÃO DE PENAS. DESNECESSIDADE. DOSIMETRIA DAS PENAS.

1. O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa contra o ex-presidente da Câmara Municipal de Raposos/MG e advogado, que firmaram contrato para a prestação de serviços técnicos de assessoramento ao ente municipal sem realizar procedimento licitatório, nem formalizar o competente processo para justificar a inexigibilidade da licitação.

2. A inexigibilidade de licitação é procedimento administrativo formal que

²⁷(STJ – RESP n.º 1.505.356-MG – 2ª Turma – 10 de novembro de 2016 (data do julgamento) DJe: 30/11/2016– rel. Min. Herman Benjamin



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls.

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer nº ____/2016-PGE

deve ser precedido de processo com estrita observância aos princípios básicos que norteiam a Administração Pública.

(...)

3. A contratação embasada na inexigibilidade de licitação por notória especialização (art. 25, II, da Lei de Licitação) requer: formalização de processo para demonstrar a singularidade do serviço técnico a ser executado; e, ainda, que o trabalho do contratado seja essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

(...)

8. Consoante a jurisprudência do STJ, as penas do art. 12 da Lei 8.429/92 não são aplicadas necessariamente de forma cumulativa. Indispensável, portanto, fundamentar o porquê da escolha das penas adotadas, bem como da sua cumulação.

Perceba-se de entendimento consolidado no STJ:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SERVIÇO DE ADVOCACIA. CONTRATAÇÃO COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO À LEI DE LICITAÇÕES (LEI 8.666/93, ARTS. 3º, 13 E 25) E À LEI DE IMPROBIDADE (LEI 8.429/92, ART. 11). EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL EM PATAMAR MÍNIMO Segunda Turma ao julgar o REsp 488842/SP (Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, julgado em 17.4.2008, DJe 5.12.2008)

Destarte que o caso em tela não se trata apenas de contratação sem observação dos ditames legais, mas a própria contratação por dispensa, tendo em vista a existência de corpo jurídico próprio e ausência de quaisquer justificativas para contratação, se encontra irregular.

Neste sentido, não foram apenas os princípios da Administração Pública que foram violados, mas também constata o indício de existência de ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, uma vez que ocorreu perda patrimonial ao se contratar serviço que não era necessário pelo Serviço Social Autônomo.

Veja o teor do Art. 11, da Lei 8429

Seção II

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda



Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer n.º ___/2016-PGE

patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014)
(Vigência)

Diante do exposto fica claro que há fortes indícios de que esteja configurado ato de improbidade administrativa tendo em visto o desrespeito aos princípios da legalidade, da motivação, da indisponibilidade do interesse público, pelo desrespeito ao dever de licitar, e, ainda, pela dilapidação do patrimônio Público quando da contratação de advocacia privada para exarar o Parecer constante às fls. 121 a 174 do caderno em análise.

4. DA CONCLUSÃO

Face ao exposto, e respondendo à solicitação do Senhor Procurador Geral do Estado do Paraná, concluímos:

1. Os sistemas construtivos modulares são pré-fabricações e, como tal, devem ser caracterizados como **obras de engenharia**, com base na Lei Estadual nº 15.608, de 2007, na Lei nº 8.666, de 1993 e na Orientação Administrativa nº 001/2016 da Procuradoria Geral do Estado;

2. Tendo em vista a caracterização como **obras de engenharia** os sistemas construtivos modulares não podem ser licitados por meio da modalidade *pregão*;



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGE

Fls.

Protocolo SID n.º 14.349.197-8

Parecer nº ___/2016-PGE

3. Não vemos óbice da licitação pelo procedimento especial do Sistema de Registro de Preços para obras como os sistemas construtivos modulares, desde que preenchidos os requisitos descritos neste Parecer;

4. A fiscalização de obras e serviços de engenharia devem ser realizadas por profissionais da engenharia e arquitetura que sejam servidores ou empregados públicos, conforme parecer já exarado pela Procuradoria Geral do Estado do Paraná;

5. O Serviços Social Autônomo Paranaeducação, em hipótese alguma, pode licitar e contratar para um ente público, fazendo as vezes deste;

6. Fica claro que há fortes indícios de estar configurado ato de improbidade administrativa na contratação de advocacia privada pela Paranaeducação para exarar Parecer Jurídico constante nos autos, tendo em visto o desrespeito aos princípios da legalidade, da motivação, da indisponibilidade do interesse público, pelo desrespeito ao dever de licitar, e, ainda, pela dilapidação do patrimônio Público.

É o Parecer que, em função da importância e repercussão do tema em relação aos contratos de obras e serviços de engenharia firmados, especialmente pela Administração Direta e Autárquica do Estado do Paraná, encaminhamos ao Gabinete da Procuradoria Geral do Estado para análise e providências no sentido de deliberar sobre a aprovação deste Parecer e demais providências.

Curitiba, 11 de setembro de 2017.

Rafael Costa
RAFAEL COSTA DOS SANTOS
Procurador do Estado do Paraná

Hamilton Bonatto
HAMILTON BONATTO
Procurador do Estado do Paraná



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Gabinete do Procurador-Geral

Protocolo nº 14.759.142-0
Despacho nº 566/2017 - PGE

- I. Aprovo o Parecer da lavra dos Procuradores do Estado, Rafael Costa dos Santos e Hamilton Bonatto, em 50 (cinquenta) laudas, por mim chanceladas;
- II. Extraiam-se cópias das peças para instauração de Medida Administrativa Preparatória, Resolução nº 318/2017-PGE.

Curitiba, 04 de outubro de 2017.



Paulo Sérgio Rosso
Procurador-Geral do Estado