



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO

JFRJ
Fls 677

PROCESSO Nº 0160742-34.2017.4.02.5101 (2017.51.01.160742-5)
AUTOR: ASSOCIAÇÃO DOS PROFISSIONAIS EM SANEAMENTO (APS)
REU: BNDES - BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONOMICO SOCIAL

CONCLUSÃO

Nesta data, faço os presentes autos conclusos ao MM. Juiz Federal da 8ª Vara Federal, RENATO CESAR PESSANHA DE SOUZA.

Rio de Janeiro, 09/08/2017 15:40.

ADALBERTO WILSON SPIER
Diretor da Secretaria da 8ª Vara Federal

Decisão

A ASSOCIAÇÃO DOS PROFISSIONAIS EM SANEAMENTO (APS) ajuíza ação ordinária, com pedido de medida liminar, em caráter de urgência, em face do BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - BNDES - objetivando a suspensão da licitação "PREGÃO ELETRÔNICO AARH Nº 49/2017 – BNDES", com data designada para o dia 14/08/2017, às 10:30 hs.

Narra a autora que é uma associação de direito privado, constituída por tempo indeterminado e sem fins lucrativos e que tem por finalidade prestar apoio e orientação à defesa institucional do setor de saneamento enquanto atividade pública e dos profissionais que atuam neste setor, e, sendo assim, demonstra sua aptidão para ajuizar a presente ação contra o projeto de desestatização da Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE.

Relata que o Edital do PREGÃO ELETRÔNICO AARH Nº 49/2017 – BNDES visa à contratação de serviços técnicos especializados necessários à estruturação de projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto prestados pela CEDAE, no Estado do Rio de Janeiro, conforme se observa do Edital constante do Anexo I, e, para participar do mencionado Pregão, havia uma fase de Pré-Qualificação, divulgada através do Edital nº 01/2016 de Pré-Qualificação, na qual os consórcios deveriam se classificar tecnicamente para participação em licitações futuras destinadas a contratações de serviços técnicos especializados para processos de desestatização no setor de saneamento básico, tais como concessões, subconcessões e Parcerias Público-Privadas.

Prossegue, explicitando que na referida Pré-Qualificação foram aprovados apenas 3 Consórcios para participar do Pregão Eletrônico: Consórcio PLANOS/GEOHIDRO/KLA; Consórcio SENER-ENEJOTA-DEMAREST e Consórcio FIPE ALBINO GERENTEC GO; ou seja, haverá apenas esses três participantes para a disputa do pregão que tem orçamento estimado em R\$ 27.273.583,75 (vinte sete milhões, duzentos e setenta e três mil, quinhentos e oitenta e três reais e setenta e cinco centavos), tendo em vista que o item 4.1 estipula que somente os Pré-Qualificados participam do Pregão Eletrônico.

Menciona que, da análise do quantitativo de atividades a serem realizadas pelo Consórcio que sagrar-se vencedor no Pregão Eletrônico, percebe-se que os temas são completamente diversos entre si, sendo necessária a contratação de pessoal com diferentes tipos de especialidades para atender a todos os objetos solicitados pelo Termo de Referência.

Argumenta que o Termo de Referência possui inúmeras irregularidades e omissões técnicas e jurídicas que impossibilitam que o Pregão ocorra sem uma profunda reformulação e complementação de inúmeros aspectos que se encontram em total divergência com as melhores técnicas ligadas à área de saneamento.

Aduz que uma das ilegalidades é o assessoramento jurídico para a apresentação de projetos de lei, decretos e outros atos normativos e administrativos por parte da futura contratada, conforme item 3.15.1. k, por afrontar o princípio democrático, bem como o da separação dos Poderes, consagrado no art. 2º da CRFB/88.

Alega que a cláusula 3.17.1, b, dispõe que a contratada deverá mapear os potenciais licitantes, executando todas as atividades necessárias, tais como análise de sensibilidade entre (i) o escopo e dimensão do projeto e (ii) as características técnicas e financeiras identificadas dos potenciais licitantes, e, nesse diapasão, não será o interesse público de universalização do acesso ao saneamento básico que irá nortear o tamanho e a forma do projeto de desestatização, conforme determina o artigo 2º, I, da Lei nº 11.445/2007, mas sim os interesses individuais.

Sustenta que a falta de clareza, objetividade e concisão do Termo de Referência são elementos que inquinam de ilegalidade a licitação, já que inviabilizarão que ela se desenvolva de maneira transparente e de modo a respeitar os princípios da legalidade, moralidade e probidade administrativa constantes no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, bem como no artigo 31 da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais).

Salienta que o item 3.17.1.1 assenta sobre a realização de *Roadshows* no Brasil, os quais se mostram desnecessários em um projeto de desestatização, tratando-se, a toda evidência, de um encarecimento do custo do objeto de licitação em momento em que o déficit público se encontra em níveis alarmantes, tanto a nível federal quanto a nível estadual.

Ressalta que o item 3.8 do TR, relativo ao Estudo da Demanda, projeta um prazo de 35 (trinta e cinco) anos, além do período de 30 (trinta) anos, determinado pelo art. 10 da Portaria nº 557/16 do Ministério das Cidades, o qual é fundamental para determinar os investimentos necessários ao longo do período de concessão, já que ele irá prever o crescimento populacional que os investimentos deverão acompanhar durante o período de contrato.

Questiona o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias concedido para a execução desse estudo, que seria por demais exíguo, tendo em vista a quantidade de municípios atendidos, bem como, por ser um trabalho demasiadamente longo e complexo, e, finalmente, porque o Estudo de Demanda só pode ser realizado após o relatório completo dos planos municipais de saneamento e não concomitantemente, sob pena de se realizar um estudo de demanda sem a adequada consideração de todas as variáveis.

Aponta, da mesma forma, a inviabilidade do prazo consignado pelo BNDES, de 70 (setenta) dias, no que diz respeito ao Diagnóstico da Infraestrutura existente, constante no

item 3.10.2.1 da TR, cuja análise compreende levantar todo o sistema de infraestrutura da CEDAE, sendo necessário, no mínimo, de 12 a 18 meses para tal mister, posto que, consoante o item 3.10.2.1.1, todos os 64 municípios terão que ser, obrigatoriamente, visitados.

Consigna que já foi realizado Estudo de Regionalização no ano de 2012, pela Secretaria Estadual de Ambiente (SEA), por meio do Contrato nº 024/2012, o qual deveria ter sido avaliado BNDES para verificar se precisaria tão somente de uma atualização, de modo a determinar o custo do serviço em cima do que efetivamente será realizado, sob pena de enriquecimento sem causa por parte do futuro Contratado.

Pondera o fato de que a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (Agenersa) não está acompanhando a realização dos estudos de desestatização da Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE), empresa que é por ela regulada.

Expõe grande preocupação quanto ao Termo de Referência, que trata do possível Plano de Atuação constante no item 3.16, o qual pode ou não ser elaborado pela futura Contratada, caso a desestatização da CEDAE não envolva a alienação do controle acionário.

E, finalmente, aponta a impossibilidade técnica e jurídica de utilização do pregão, uma vez que o BNDES, apesar de optar por essa via, na realidade estabelece um pré-requisito de natureza técnica, sendo que esse pré-requisito técnico não avalia a qualificação total do futuro licitante, já que o Edital do Pregão permite a comprovação técnica por meio de subcontratação, conforme item 10.3, e, dessa forma, significa que a Pré-Qualificação de nada valeu, já que posteriormente pode ser comprovada a experiência técnica por meio de subcontratadas, as quais deveriam ter sido verificadas na fase de Pré-Qualificação.

É o relatório. Fundamento e Decido.

A parte autora é Associação de direito privado, legalmente constituída, que tem por finalidade prestar apoio e orientação à defesa institucional do setor de saneamento enquanto atividade pública e dos profissionais que atuam neste setor, em todos os níveis de atuação, principalmente: a) fomentando o conhecimento técnico institucional do setor de saneamento; b) atuando na busca incessante da universalização dos serviços de saneamento; c) defendendo o interesse de seus associados e do setor de saneamento, institucionalmente; d) auxiliando as companhias públicas de saneamento, através de seus associados, em todas as atividades necessárias ao desenvolvimento do setor.

Dúvida não há, portanto, de que a Associação autora tem interesse na propositura da presente demanda.

É certo que a sua constituição se deu há menos de um ano. Contudo, vale registrar que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXI, estabelece que *“as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”*, não fazendo referência ao requisito da pré-constituição que há em algumas leis específicas.

Demais disso, é cediço que esse requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz quando há manifesto interesse social evidenciado pela relevância do bem jurídico a ser

protegido. Precedentes: Acórdãos nos RESP 106888 e RESP 140097 e decisões monocráticas nos RESP 1457017 e RESP 1455415.

Na hipótese em exame reputo manifesto o interesse social, haja vista que a contratação possui um valor máximo de R\$ 27.273.583,75 (vinte e sete milhões, duzentos e setenta e três mil, quinhentos e oitenta e três reais e setenta e cinco centavos) e versa sobre apresentação de projeto de desestatização dos serviços de água e esgoto no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Por conseguinte, acolho a legitimidade da parte autora.

Nada obstante, vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento no sentido de que as associações devem apresentar autorizações expressas e específicas de seus associados (RE 573.232 e ARE 926573), razão pela qual a parte autora deverá proceder à emenda à inicial no prazo de 15 (quinze) dias.

Passo, contudo, a apreciar o pedido de tutela de urgência, tendo em vista a relevância do objeto.

A modalidade de licitação denominada pregão está disciplinada na Lei nº 10.520/2002, cujo artigo 1º assim dispõe:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

De plano, cumpre observar que não é o valor do bem ou serviço a ser adquirido pela administração que baliza a aplicabilidade dessa modalidade de licitação. Da mesma forma, também não seria a complexidade do serviço, via de regra, um elemento impeditivo da sua utilização. Todavia, não há, seja na doutrina, seja na jurisprudência, uma conceituação segura e totalmente delineada de quais seriam os bens e serviços passíveis de serem enquadrados como comuns, na dicção do parágrafo único acima transcrito.

Ocorre que, a despeito da insegurança jurídica patrocinada pela opção do legislador por um conceito indeterminado, é possível identificar algumas premissas que militam em favor de algumas das alegações da parte autora.

Trata-se de modalidade que adota o critério de menor preço para a classificação das propostas, o qual, embora indicado para os chamados serviços efetivamente comuns, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser previamente definidos, por meio de especificações usuais no mercado, não é o mais indicado para a contratação de serviços de natureza técnica especializada, nos quais a qualificação dos profissionais envolvidos mostra-se preponderante na análise da melhor proposta.

Não foi por outra razão que o Tribunal de Contas da União, na TC 044.818/2012-2, estabeleceu a seguinte conclusão: A modalidade licitatória do pregão não deve ser empregada pela Administração Pública quando não se tratar de bens e serviços comuns. O serviço de

instrução especializada de cursos práticos relativos às técnicas de confecção de itens esportivos (bolas, redes e camisetas) e à orientação sobre utilização de máquinas e equipamentos é de natureza singular, não havendo definição objetiva, no edital regulador do certame, de padrões de desempenho e qualidade, não cabendo, portanto, a utilização do pregão. Também nessa mesma linha, confira-se extrato de decisão monocrática proferida em 14/03/2017, no RESP 1462827, Rel. Ministro Benedito Gonçalves:

2. O tipo licitatório "pregão eletrônico" é utilizado para realizar contratos administrativos de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado. Lei nº 10.520/2002.

3. Incabível o processo licitatório, na modalidade "pregão eletrônico", do tipo menor preço, quando se trata do fornecimento de bens ou serviços que necessitem de aferição técnica, já que na modalidade em questão somente será considerado o valor da menor proposta.

4. Para a contratação de serviços de advocacia pela Administração Pública, por tratar-se de serviço técnico de natureza nitidamente intelectual, deve-se aferir o "conhecimento teórico" do contratado e sua "habilidade pessoal", que, por sua vez, está relacionada com "potenciais personalíssimos", o que se mostra inviável em uma licitação do tipo menor preço, sob pena de violação aos princípios do interesse público e da moralidade administrativa.

A dimensão do objeto licitado afasta qualquer dúvida acerca da inadequação da modalidade escolhida.

Nesse ponto, vale lembrar, apenas a título exemplificativo, alguns dos itens relacionados na exordial:

- ROADSHOW: é a apresentação de negócios para potenciais investidores;
- preparação de apresentações, relatórios, pareceres e opinativos jurídicos de temas afetos ao PROJETO, que se mostrem necessários ao longo da preparação do PROJETO ou que venham a ser solicitados pelo BNDES, descrevendo os riscos identificados a partir da análise da legislação e jurisprudência pertinentes, propondo interpretações e alterações legislativas que mitiguem os riscos identificados;
- elaboração de minutas de projetos de lei, decretos e outros atos normativos, administrativos ou contratuais (ex. contratos de programa ou concessão) que se revelem, no curso da execução dos SERVIÇOS TÉCNICOS, necessários para viabilizar a licitação do PROJETO, conforme o MODELO DE NEGÓCIOS definido;

Tais serviços, por óbvio, não podem ser enquadrados como comuns e, por essa razão, compatíveis com a sistemática do pregão, vinculada apenas ao menor preço.

Como dito na exordial, o escopo da licitação é extenso, altamente variado, e, portanto, nesse momento de cognição sumária, mostra-se incompatível com a modalidade de licitação adotada.

JFRJ
Fls 682

Nesse sentido, colha-se o julgado:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. SERVIÇOS DE INFORMÁTICA. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO SERVIÇO COMUM. SENTENÇA MANTIDA. LEI 10.520/02.

1. Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, a teor do que dispõe o parágrafo único do art. 1º da Lei 10.520/02.

2. Os serviços comuns devem gozar de certa fungibilidade, de maneira que aqueles que envolvam uma prestação sob medida para a Administração, atendendo-se a especificidades próprias daquela contratação, não devem ser licitados por pregão.

3. Na hipótese, não se busca contratar prestação de serviço já conhecida e desenvolvida no mercado, ao passo que constitui objeto do certame a criação de software original, com a manutenção e desenvolvimento de novas funcionalidades no Sistema Integrado de Gestão Arquivística e de Documentos, mesmo que os processos de implantação daquele estejam previamente estabelecidos.

4. Em situações em que sejam necessárias medidas mais cautelosas para a segurança do contrato, em razão, por exemplo, da incerteza sobre a caracterização do objeto, deve o gestor preferir o pregão em favor de outras modalidades licitatórias cercadas de maior rigor formal.

5. Apelação a que se nega provimento.

(TRF1 - Apelação 00395240920094013400, Rel. Des. Fed. Kassio Nunes Marques, Sexta Turma, e-DJF1: 09/06/2015)

Do exposto, DEFIRO A TUTELA DE URGÊNCIA requerida para determinar a suspensão da licitação - PREGÃO ELETRÔNICO AARH Nº 49/2017 – BNDES - com data designada para o dia 14/07/2017, às 10:30

Intime-se, com urgência.

Emende a autora a inicial, em 15 (quinze) dias para apresentar autorizações expressas e específicas de seus associados, na forma da fundamentação supra, bem como para incluir no polo passivo da presente o ESTADO DO RIO DE JANEIRO e a Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE).

Após, cite-se.

Rio de Janeiro, 09 de agosto de 2017.

RENATO CESAR PESSANHA DE SOUZA
Juiz Federal

/pdb