

À COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE/RN

1

PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO DO EDITAL DE CONVOCAÇÃO DA LICITAÇÃO PÚBLICA INTERNACIONAL (LPI) Nº 001/2022 PARA FORNECIMENTO DE MATERIAIS E MÃO DE OBRA PARA A REQUALIFICAÇÃO E/OU IMPLANTAÇÃO DE VIAS COM APLICAÇÃO DE PAVIMENTO ASFÁLTICO EM CBUQ - LOTES III, E IV DO PAES - Contrato BRA-25/2020 - FONPLATA, NO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE/RN, FEITO PELA EMPRESA RS SERVIÇOS LTDA.

A empresa, com sede na Avenida Nobrega machado, 703 - Centro - Poço Branco/RN, inscrita no CNPJ/MF nº 26.705.213/0001-02, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 26.705.213/0001-02, estabelecida na Avenida Nobrega machado, 703 - Centro - Poço Branco/RN, neste ato por seu representante legal, ao final subscrito, na forma do seu contrato social e aditivos, vem tempestivamente e muito respeitosamente perante Vossa Senhoria, apresentar IMPUGNAÇÃO DO EDITAL DE CONVOCAÇÃO da referida LPI pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

A presente análise teve por base a Política para Aquisição de Bens, Obras e Serviços em Operações Financiadas pelo FONPLATA (RESOLUÇÃO RD Nº 1394 - 2017) e nos princípios gravados na Constituição Federal pátria e na Lei nº 8.666/93 (federal) que regulamenta as licitações e contratações nacionais.

Pelo nosso entendimento, há diversas restrições de participação no presente certame, tanto em desacordo com as Leis nacionais mencionadas, assim como o que consta no documento denominado **Política para Aquisição de Bens, Obras e Serviços em operações Financiadas pela FONPLATA (RESOLUÇÃO RD Nº 1394/2017)**.

Vejamos alguns aspectos importantes neste documento da FONPLATA:

I. INTRODUÇÃO

- 1.1 Este documento descreve os passos a serem seguidos pelos processos de aquisição¹ de bens e obras e de contratação de serviços financiados pelo FONPLATA. O objetivo da política é garantir que as contratações realizadas no âmbito destas operações sejam usadas unicamente para os fins para os quais foi concedido o financiamento, garantindo que os procedimentos realizados permitam a aquisição de bens² e a contratação de serviços que satisfaçam as necessidades que as originaram.
- 1.2 Para tanto, abaixo são estabelecidos os objetivos desta política, bem como os princípios que regem todos os processos de contratação a serem financiados pelo Fundo, i.e., relação custo-benefício, economia, eficiência, transparência e livre concorrência entre os potenciais licitantes. Todos os processos de aquisições financiados pelo FONPLATA deverão se reger por esta política e, complementarmente, pelas normas e procedimentos estabelecidos nos sistemas nacionais de compras do governo.

Vejam que no item 1.2 resta evidente que as contratações via recursos FONPLATA serão balizados por **RELAÇÃO CUSTO-BENEFÍCIO, ECONOMIA, EFICIÊNCIA, TRANSPARÊNCIA E LIVRE CONCORRÊNCIA**.

E consta também neste item 1.2 que: **TODOS OS PROCESSOS E AQUISIÇÕES FINANCIADOS PELO FONPLATA DEVERÃO SE REGER POR ESTA POLÍTICA E, COMPLEMENTARMENTE, PELAS NORMAS E PROCEDIMENTOS ESTABELECIDOS NOS SISTEMAS NACIONAIS DE COMPRAS DO GOVERNO.**

Só nesta primeira abordagem já fica explícita as linhas gerais a serem seguidas por ocasião das aquisições. Resta bem evidente que, caso não haja nada em contrário ao que está prescrito nesta Política, há que prevalecer as normas e procedimentos estabelecidos nos sistemas nacionais de compras do governo.

Portanto, não há espaço para que as imposições do Edital de Convocação não estejam claramente definidas na Política e/ou na Lei 8.666/93, a Lei de Licitações e Contratos.

B. PRINCÍPIOS

2.2 A aquisição de bens e serviços financiados pelo FONPLATA baseia-se nos seguintes princípios:

- (i) **"Relação custo-benefício"** faz referência ao *"uso eficiente, eficaz e econômico dos recursos, envolvendo a avaliação dos custos e benefícios relevantes, bem como dos riscos associados e dos demais atributos diferentes do preço e/ou dos custos do ciclo de vida, quando couber"*⁴. Este princípio inclui os objetivos de economia, eficiência e eficácia nas contratações.
- (ii) **Transparência** para garantir a publicidade dos processos seletivos e o livre acesso às informações pertinentes.
- (iii) **Livre concorrência** com vistas a assegurar a participação do maior número de licitantes qualificados, garantindo que os processos financiados pelo Fundo tenham a maior quantidade possível de participantes, de forma a obter as melhores condições do mercado.
- (iv) **Igualdade** para garantir um processo seletivo objetivo, evitando todo tipo de preferência ou discriminação que venha a favorecer ou prejudicar a uns em detrimento de outros.

No item II, letra B da Política de Aquisições da FONPLATA, os subitens iii) LIVRE CONCORRÊNCIA e iv) IGUALDADE, tratam de garantir que o MAIOR NÚMERO DE PARTICIPANTES venha a participar do certame sem favorecimento, ou seja, em condições de igualdade.

D. SISTEMA NACIONAL DE AQUISIÇÕES

2.5 Sistemas fiduciários nacionais são o conjunto das cláusulas, normas e procedimentos de administração financeira e contábil, controle interno e externo, planejamento operacional e, especialmente no âmbito desta política, a execução de aquisições, estabelecidos nas leis nacionais para a administração financeira, contábil e de contratações do estado, que tenham sido aprovados pelas autoridades competentes conforme o ordenamento jurídico do respectivo país-membro.

2.6 Esta política rege todas as aquisições financiadas pelo FONPLATA, sem prejuízo da aplicação das leis e normas locais correspondentes. Sempre que as disposições desta política sejam mais restritivas que as leis e normas locais, o Mutuário/Beneficiário deverá cumprir as disposições desta política. Se houver conflito entre esta política e as normas locais, o Mutuário/Beneficiário deverá informar ao FONPLATA antes da assinatura do contrato para acordar as medidas correspondentes.

No item II, letra D da Política de Aquisições da FONPLATA, no subitem 2.6 resta evidente que não haverá prejuízo da aplicação das leis locais, embora as aquisições serem regidas por essa Política.

Vejamos agora o previsto no art. 42, §5º da Lei nº 8.666/93 (federal) e da necessidade do cumprimento do Acórdão TCU/Plenário nº 1.718/2009, que determina que no lançamento de processos licitatórios financiados total ou parcialmente com empréstimos internacionais, sejam observados os parâmetros estabelecidos nas normas sobre licitações e contratações vigentes no País, caso não haja conflito com as normas da instituição financeira internacional. Vejamos o que prescreve o Artigo 42 e o referido Acórdão:

Art. 42, caput, e seus §§ 1º a 6º, verbis:

“Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes. (grifo nosso)

(...)

§ 5º. Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado

do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior. (grifo nosso)

ACÓRDÃO Nº 1718/2009 – TCU – Plenário

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.2. alterar os subitens 9.1.1.1 e 9.2 do Acórdão nº 1.312/2009-Plenário, que passam a apresentar as seguintes redações:

(...)

9.2. determinar à Secretaria de Assuntos Internacionais do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que oriente os mutuários de empréstimos com organismos financeiros multilaterais de que o Brasil faça parte, a exemplo do Banco Mundial, quanto à necessidade de observância das disposições do subitem 8.3 da Decisão nº 411/2002-Plenário (à exceção da alínea “d”, relativa à cláusula de ‘confidencialidade’, que prevê o sigilo do procedimento desde a abertura das propostas até a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor, por não haver afronta a princípios constitucionais) e daquelas mencionadas no subitem 9.1.1 deste acórdão. (grifo nosso)

Plenário: Vejamos o que prescreve o subitem 8.3 da Decisão nº 411/2002-

“8.3. Recomendar à Secretaria de Assuntos Internacionais do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que oriente o mutuário de empréstimo com organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte no sentido de:

a) observar o disposto no art. 42, § 5º, da Lei nº 8.666/93 e a Decisão nº 245/92-Plenário TCU, na adoção das normas da instituição financeira internacional, caso haja conflito entre elas e a legislação brasileira;

b) adotar os parâmetros estabelecidos na norma vigente no País, caso não haja conflito entre as normas da instituição financeira internacional e a legislação brasileira;

c) inserir, no Edital, cláusula prevendo a interposição de recursos pelos licitantes ao julgamento da comissão, nos termos do art. 109, inciso I, da Lei nº 8.666/93;

d) não incluir, no Edital, cláusulas que restrinjam o acesso dos licitantes a toda a documentação do processo, em observância aos arts. 3º, § 3º, e 63 da Lei nº 8.666/93 e ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa assegurados pela Constituição Federal no art. 5º, inciso LV.”

Destarte, foram constatadas no edital de convocação da Licitação Pública Internacional - LPI Nº 001/2022 as irregularidades que serão relatadas a partir de agora.

6

4.5 (b)	VOLUME MÉDIO ANUAL DE OBRAS Volume médio anual de Obras realizadas nos últimos 5 (cinco) anos : R\$ 41.000.000,00 (quarenta e um milhões de reais).
4.5 (c)	EXPERIÊNCIA COMO CONTRATADO/EXECUTOR PRINCIPAL Experiência como contratado/executor principal na construção de, pelo menos, 1 (uma) obra de natureza e complexidade equivalente às Obras objeto desta licitação nos últimos 10 (dez) anos de, pelo menos R\$ 31.000.000,00 (trinta e um milhões de reais),

Da leitura atenta do instrumento convocatório, infere-se que o conjunto de exigências de qualificação e habilitação da LPI Nº 001/2022 se mostra desproporcional, desarrazoado, além de conter condições não previstas na legislação nacional que tange aos itens 4.5(b) e 4.5(c) da SEÇÃO 2 - DADOS DA LICITAÇÃO (DDL).

Note-se que foi exigido no mínimo, 1 (uma) obra de natureza e complexidade equivalente à obra licitada, realizada nos últimos 10 anos no valor de R\$ 31.000.000, montante médio anual compatível com o valor da obra contratada (R\$ 41.000.000,00), índice de liquidez (≥ 1).

Note-se que além de comprovar a realização de no mínimo 1 (uma) obra de natureza e complexidade equivalente à obra da licitação, realizadas nos últimos 10 (dez) anos, ter índice de liquidez exigidos e um volume anual de obras de no mínimo R\$ 41 milhões (nos últimos cinco anos), a licitante precisava comprovar ter executado serviços com características, quantidades, prazos e valores de contrato compatíveis com o objeto da licitação.

Destarte, a respeito dos requisitos de qualificação importa relembrar, conforme exhaustivamente exposto na análise preliminar, que ao administrador público é permitido exigir dos licitantes a comprovação de condições rigorosas para realizar o objeto licitado.

Porém, o estabelecimento de tais exigências deve atentar para o previsto na Constituição Federal e na Lei nº 8.666/93, ou seja, só podem ser exigidos requisitos indispensáveis para assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

Tal limitação, ao poder discricionário do Administrador, tende a coibir exigências infundadas e sem qualquer justificativa no processo licitatório, dirigidas exclusivamente a privilegiar alguns e afastar outros licitantes, prejudicando a busca pela melhor contratação.

No caso em pauta não restou demonstrado que o conjunto de requisitos de qualificação técnica e financeira exigidos para comprovar a experiência da empresa era, de fato, indispensável para assegurar a execução contratual, excluindo do certame, apenas, aquelas empresas sem condições de cumprir com as obrigações contratuais.

Nesta senda, leciona Justen Filho que a competência discricionária do Administrador não pode ser utilizada para frustrar a vontade constitucional de garantir o mais amplo acesso de licitantes. Qualquer disposição que vá além do indispensável à consecução do objeto cria para a Administração o ônus da prova de que outra solução não lhe socorreu, sob o risco de dispor contra o interesse público.

A Lei nº 8.666/93 (federal) que regulamenta as licitações públicas em solo pátrio estabeleceu os limites para as exigências de habilitação dos licitantes, no que tange a qualificação técnica, in verbis:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

(...)

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3 Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º [...]

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação (Grifo nosso).

Percebe-se, na primeira parte do inc. II do art. 30, que é permitido ao administrador público exigir dos licitantes a comprovação de condições adequadas para realizar o objeto licitado.

Porém, o estabelecimento das exigências mínimas relativas à comprovação de aptidão para desempenho de atividade compatível com o objeto deve ser feito de acordo com o previsto na Constituição Federal, ou seja, só podem ser feitas aos licitantes as exigências indispensáveis para assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

O § 1º do art. 3º da lei de licitações nacional, de sua parte, visando coibir exigências infundadas, dirigidas exclusivamente a privilegiar alguns e afastar outros licitantes, sem qualquer justificativa, estabeleceu um rol de vedações na elaboração do edital de licitação, abrangendo qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Justen Filho, ao comentar o citado dispositivo legal, leciona que não está vedada a imposição de exigências rigorosas ou de condições que só possam ser atendidas por licitantes específicos.

Defende o doutrinador que o artigo veda, apenas, cláusulas desnecessárias ou inadequadas, que não atendam às disposições constitucionais previstas no inc. XXI do art. 37, muitas vezes impostas com a finalidade de beneficiar determinados particulares.

Corroborando Silva que a Constituição Federal, art. 37, instituiu princípios destinados à orientação do Administrador, na prática dos atos administrativos, de modo a garantir a boa administração, consubstanciada no manejo adequado dos recursos públicos e no interesse coletivo, e também assegurar aos administrados o seu direito a práticas administrativas honestas e probas.

Nos processos financiados por organismos internacionais, considerando-se que a competência discricionária, decorrente do disposto no art. 42, § 5º da Lei nº 8.666/93 (federal), infere-se que a Administração não pode se furtar de identificar quais requisitos são necessários e indispensáveis para assegurar a execução contratual, em cada processo licitatório, sob pena de violar o princípio da impessoalidade, frustrar o caráter competitivo da licitação e impossibilitar a escolha da melhor proposta.

Para Di Pietro: A doutrina e a jurisprudência admitem amplamente que, nas licitações internacionais, normas decorrentes de acordos internacionais prevaleçam sobre preceitos da Lei de Licitações, desde que observados princípios maiores do ordenamento jurídico brasileiro, dentre eles o princípio da isonomia.

Note-se que a isonomia, além de prevista no art. 5º, caput, da Constituição como direito fundamental de todas as pessoas, constitui um dos objetivos inerentes ao procedimento da licitação, tal como expresso no art. 3º da Lei 8.666, de 21.6.93.

Uma vez identificadas tais exigências, elas obrigatoriamente devem ser justificadas no processo licitatório e arroladas no edital da licitação. Atente-se para o fato de que, uma vez estabelecidos os critérios, a Administração não pode dispensar, na avaliação das propostas, o seu cumprimento, sob pena de pôr em risco o bem público, patrimônio indisponível, além de violar os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da transparência, da economicidade e da isonomia entre os licitantes.

Os pressupostos indispensáveis à não-aplicação da Lei nº 8.666/93, em sede de licitação internacional, são os seguintes:

- 1) a contratação futura será bancada com recursos oriundos do estrangeiro, desembolsados por agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que Brasil faça parte, e deverá consistir em uma situação de vantagem para o País;
- 2) que a não-incidência da Lei nº 8.666/93 seja uma condição essencial imposta pela agência de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral.

No que concerne ao primeiro pressuposto, esclareça-se que a vantagem a ser obtida pelo Brasil consiste na transferência gratuita ou onerosa de recursos estrangeiros, que custearão empreendimentos em nosso País.

Um exemplo de transferência gratuita de recursos financeiros é a doação efetuada por uma agência oficial de cooperação estrangeira. Já um empréstimo que o Brasil obtenha junto ao Banco Mundial para a conclusão da Ferrovia Norte-Sul constitui outro exemplo de transferência de recursos, desta feita de transferência onerosa.

A respeito do segundo pressuposto, frise-se que o afastamento da Lei nº 8.666/93 dar-se-á em razão da incompatibilidade entre os preceitos desta normal legal com normas próprias e distintas pertencentes aos organismos que transferem os recursos financeiros necessários à contratação que se objetiva. Poderá, ainda, haver incompatibilidade entre a Lei nº 8.666/93 e as disposições constantes de acordos, protocolos, convenções e tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional.

Em síntese: toda vez que for objetivada uma futura contratação para realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens, e desde que esta futura contratação seja bancada com recursos estrangeiros, desembolsados por agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte; e, ainda, esteja presente uma situação de incompatibilidade entre os preceitos da Lei nº 8.666/93 e as disposições constantes de acordos, protocolos, convenções e tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como de normas e procedimentos das supracitadas entidades que transferirão os recursos financeiros, estarão presentes os pressupostos indispensáveis ao afastamento da Lei nº 8.666/93 à licitação internacional.

Advirta-se, também, que a existência dos aludidos pressupostos deverá ser comprovada. A última parte do § 5º do art. 42 da Lei nº 8.666/93 exige que o *órgão executor do contrato* emita despacho fundamentado que conclua pelo afastamento da Lei nº 8.666/93, despacho este que será ratificado pela autoridade imediatamente superior.

Não basta a mera afirmação nesse sentido por meio de despacho, ainda que ratificado. Por isso, dito despacho deverá estar amparado em prova documental conclusiva. Aliás, no tocante a esta particularidade, Marçal Justen Filho emite judicioso comentário, que merece integral reprodução.

Ei-lo: “Por outro lado, não bastará à Administração Pública afirmar que a contratação se fará com recursos oriundos do estrangeiro. É imperioso demonstrar a presença dos dois pressupostos acima indicados.

No tocante ao segundo, é inafastável a comprovação documental de que a operação de transferência de recursos para o Brasil foi condicionada à observância de regras incompatíveis com a Lei nº 8.666.

Se não existir manifestação formal da entidade nesse sentido, terá de comprovar-se a obrigatoriedade da adoção de procedimentos ou regras incompatíveis com a Lei Brasileira. Insista-se em afirmar a insuficiência da mera afirmação de que o recurso provém do estrangeiro. Isso não é suficiente para afastar a aplicação da Lei nº 8.666.”

Diante de tamanho arcabouço jurídico fundamentando esse Pedido de Impugnação, e como não há previsão legal para exigências tão desarrazoadas como as supramencionadas nos itens 4.5 (b) e 4.5 (c) do DDL, nem na POLÍTICA DE AQUISIÇÃO DE BENS, OBRAS E SERVIÇOS EM OPERAÇÕES FINANCIADAS PELO FONPLATA, nem na CONSTITUIÇÃO FEDERAL e na LEI 8.666/93, impende-se que a Comissão Especial de Licitação (CEL), restrinja-se à exigir apenas o que for suficiente para garantir a execução do objeto, retirando do instrumento convocatório os itens supramencionados, sob pena de ferir de morte direito líquido e certo previsto na legislação vigente.

Natal, 19 de maio de 2022.

RAMECA DO NASCIMENTO SILVA
CPF nº 064.655.854-48
Sócia Administradora