

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 40/2020 - BNDES

O **OBSERVATÓRIO NACIONAL DO DIREITO À ÁGUA E AO SANEAMENTO – ONDAS**, associação civil de direito privado sem fins econômicos, inscrita sob o CNPJ nº 33.293.692/0001-62, com sede à SEPN 506 Bloco D – Ed. Sagitários - Sala 124, Brasília – DF CEP: 70740-504, nesse ato representado pelo seu Coordenador Geral, Marcos Helano Fernandes Montenegro, divorciado, brasileiro, engenheiro, portador do CPF nº 660.872.368-72 e carteira de identidade nº 10.602.542/SSP-SP, residente e domiciliado na Super Quadra Sul – SQS 108, Bloco E, apartamento 604, Asa Sul – Brasília, CEP:70347-050. A **FEDERAÇÃO NACIONAL DOS URBANITÁRIO – FNU**, entidade sindical de segundo grau, inscrita no CNPJ sob nº 33.973.363/0001-62, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, RJ, à Rua Visconde de Inhauma, 134 - Centro, Rio de Janeiro - RJ, 20091-901, nesse ato representado pelo seu presidente, Pedro Tabajara Blois Rosário, brasileiro, casado, portador da carteira de identidade nº1615916 SSP-PA, inscrito no CPF sob nº 120.989.732-68, residente e domiciliado na Travessa Mauriti, 632, Pedreira, Belém-PA, CEP: 66.080-650. A **FEDERAÇÃO INTERESTADUAL DE SINDICATOS DE ENGENHEIROS – FISENGE**, entidade sindical de segundo grau, inscrita no CNPJ sob nº 86.717.717/0001-74, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, RJ, à Av. Rio Branco, 277 - 17º andar, Centro, CEP 20040 -004, nesse ato representado pelo seu presidente, Roberto Luiz de Carvalho Freire, brasileiro, casado, portador da carteira de identidade nº1.089.378 SSP-PE, inscrito no CPF sob o nº 141.650.664-00, engenheiro electricista, CREA 11381 D/PE e PIS 120.826.770-89, residente e domiciliado na Rua Alfredo Ozório, 123, apto 1101, Tamarineira, Recife – PE, CEP: 52.050-370, vem, mui respeitosamente, perante V. Sa, apresentar a presente **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** referente ao PREGÃO ELETRÔNICO 40/2020 – BNDES, pelo que expõe para ao final requerer o seguinte:

DOS FATOS E FUNDAMENTOS

É cediço que o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES – publicou edital de **PREGÃO ELETRÔNICO – 04/2020** - BNDES, visando **Contratação de serviços técnicos necessários à estruturação e implementação da desestatização da Companhia de Saneamento de Minas Gerais – COPASA**, e cuja abertura da sessão pública se encontra definida naquele documento para as **11:00 horas do dia 19 de outubro deste ano de 2020**. Após a leitura do instrumento convocatório, o impugnante identificou algumas irregularidades, os quais passa a identificar:

1. DA TEMPESTIVIDADE

A abertura da sessão pública se encontra definida no **EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO 40/2020 – BNDES** para as **11:00 horas do dia 19 de outubro deste ano de 2020** e, considerando que a presente Impugnação está sendo formulada na conformidade do prazo estabelecido no **ITEM 8.1** do Edital em comento, a seguir transcrito:

[...]

8.1 Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do presente Edital até 3 (três) dias úteis anteriores à data de abertura da sessão pública.

Tendo sido protocolado na data do envio do email, tem-se que a presente Impugnação se encontra plenamente **tempestiva** devendo ser regularmente processada e, ao final, acolhido seu pedido.

2. DA MODALIDADE E TIPO DA LICITAÇÃO

A Licitação em comento é da modalidade **PREGÃO ELETRÔNICO**, por **MENOR PREÇO GLOBAL** e modo de disputa **ABERTO E FECHADO**, conforme especifica seu EDITAL 40/2020 - BNDES.

3. DOS ANTECEDENTES

A modalidade de licitação por pregão tem origem no direito brasileiro por força da **Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT)**. A LGT criou para a Agência Nacional de Telecomunicações um regime próprio de contratações, a ser utilizado exclusivamente *na aquisição de bens e serviços comuns* mediante disputa feita por meio de lances em sessão pública.

Posteriormente, a experiência da Anatel mostrou-se decisiva para que o modelo fosse estendido para toda a Administração Pública. Sobreveio, então, a **Medida Provisória nº 2.026/2000**, que autorizou outros órgãos da Administração Pública Federal a adotar essa nova modalidade licitatória¹.

Passados dois anos, a MP 2.026/2000 foi convertida na **Lei 10.520/2002**, hoje sendo amplamente utilizado como método de aquisição governamental em todas as esferas da Federação.

É clara a relevância do pregão enquanto *modalidade mais simples de licitação*, motivo pelo qual bem salienta a doutrina que:

O pregão foi recepcionado em nosso direito como uma excelente e magnífica invenção do legislador, anseio antigo dos operadores de licitações, das mais variadas autoridades, dos fornecedores sérios e de todos quanto com propósito honesto cultivam a arte da licitação.

*Serve extraordinariamente ao poder público, porém, para comprar batatinhas, parafusos, tijolos, uniformes de trabalho, pneus, papel sulfite, pera roxa, mandioca brava, pesticida agrícola e infinitos itens mais para atender os estoques dos mais diversos setores da Administração e do serviço que presta ao público e a si mesmo.*²

O pregão possui âmbito próprio de aplicação, delimitado na **Lei 10.520/02**: a contratação de **BENS E SERVIÇOS COMUNS**, de qualquer valor.

Em face do exposto, o primeiro ponto de destaque é que o valor da contratação, diferentemente do que ocorre na Lei 8.666/93 ("Lei de Licitações e Contratos Administrativos"), não é critério para definição do pregão. Da mesma forma, não há qualquer relação entre o procedimento do pregão e o *valor da contratação*³.

Requer-se, entretanto, que o objeto se enquadre no conceito de **BEM OU SERVIÇO COMUM**, conforme definição dada pela própria Lei do Pregão, *in verbis*:

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" (artigo 1º, parágrafo único).

Ora, o próprio EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO nº 40/2020 – BNDES aponta o reconhecimento de que os serviços objeto da contratação não se classificam como comuns, como expresso no texto do seu ITEM 1. e subitem subsequente, a seguir transcritos:

[...]

1. OBJETO:

1.1 O presente Pregão visa à contratação de serviços técnicos necessários à ESTRUTURAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DA DESESTATIZAÇÃO DA COMPANHIA DE SANEAMENTO DE MINAS GERAIS –

¹ MONTEIRO, Vera. LICITAÇÃO NA MODALIDADE DE PREGÃO: LEI 10.520, DE 17 DE JUNHO DE 2002. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. pp.19 e ss.

² RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Serviço intelectual se licita por pregão?* Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP. Belo Horizonte, ano 12, n.744, p.34-40, dez.2013

³ MONTEIRO, Vera. Op. Cit. pp.82 e ss.

COPASA, por menor preço global e modo de disputa aberto e fechado, conforme as especificações deste Edital e de seus Anexos, observados os seguintes ITENS:

ITEM 1 SERVIÇO A (avaliação econômico-financeira); e

ITEM 2 - SERVIÇO B (avaliação econômico-financeira e serviços jurídicos, contábeis, técnico-operacionais e outros serviços profissionais especializados).

[...]

Nem todos os bens e serviços, evidentemente, são comuns. Para os fins do pregão, serão comuns quando tiverem especificação usual no mercado: "**o fornecimento e o método de produção e execução exigidos no edital relativamente ao objeto ofertado devem envolver uma técnica comum, já conhecida pelo específico mercado de ofertantes do objeto licitado**"⁴.

Nesse sentido, Jessé Torres PEREIRA JR. define bens e serviços comuns orientando-se por três características que estes devem necessariamente possuir: (a) *aquisição habitual e corriqueira no dia-a-dia administrativo*; (b) *características que encontram no mercado padrões usuais de especificação*; (c) *possibilidade de ser julgados por critérios rigorosamente objetivos, centrados no menor preço*⁵.

Na dicção de Marçal JUSTEN FILHO: "*bem ou serviço comum é aquele integrante de um gênero uniforme ou cujas características técnicas são irrelevantes para a satisfação das necessidades da Administração Pública*"⁶.

Então vejamos, temos no país apenas um caso concreto de desestatização de uma sociedade de economia mista com a administração pública na área de saneamento, que é a da empresa SANEATINS, então concessionária de âmbito regional e que tinha como sócio controlador o Estado do Tocantins, ocorrida em 2002.

Recentemente, em 30 de setembro próximo passado, o Estado de Alagoas, por meio de pregão eletrônico também conduzido pelo BNDES, procedeu ao leilão da concessão da operação dos sistemas de água e de esgotamento sanitário em 13 municípios da Região Metropolitana de Maceió, porém **NÃO CONFIGURANDO EM ABSOLUTO A DESESTATIZAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA ESTADUAL** daquele ente federativo, e que continuará a prestar seus serviços em outros 66 (sessenta e seis) municípios do estado de Alagoas.

Logo, serviços técnicos de **ESTRUTURAÇÃO DA DESESTATIZAÇÃO** de uma sociedade de economia mista com a administração pública na área de saneamento, consideradas as peculiaridades dos serviços de abastecimento de água, de esgotamento sanitário, e de tratamento e disposição final de resíduos sólidos não podem, sob quaisquer perspectivas, serem considerados **SERVIÇOS COMUNS**, e nem possuem histórico de *aquisição habitual e corriqueira no dia a dia administrativo*.

4. DA PREDOMINÂNCIA DO SERVIÇO INTELECTUAL – SERVIÇOS JURÍDICOS DE ADVOCACIA E TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE ENGENHARIA

Como dito, a utilização do pregão está diretamente vinculada às características do objeto a ser licitado, que deve ser comum. Em atenção à vagueza ofertada pela definição legal, foram retomados entendimentos doutrinários que consideram comum o objeto de aquisição corriqueira, que possui padrões usuais de especificação, e que comporte julgamento estritamente objetivo. Não é o que se verifica no caso de serviços técnicos especializados, reputados possuidores de natureza singular pela melhor doutrina, senão vejamos:

⁴ MONTEIRO Vera. Op. Cit. pp.82 e ss.

⁵ PEREIRA JR., Jessé Torres. *Licitações de informática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. pp. 366-377

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2013. pp.34

Segundo Eros Roberto GRAU:

*Serviços singulares são os executados segundo características próprias do executor. Correta, portanto, a observação de que os singulares são os serviços porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa. Por isso mesmo é que a singularidade dos serviços está contida no bojo da notória especialização (g.n.)*⁷.

Outrossim, os ensinamentos de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO:

Em suma, a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou argúcia de quem o executa, atributos estes que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa.

*Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade científica, técnica ou artística, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais, e tais fatores individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público. Bem por isso não é indiferente que seja prestado pelo sujeito A" ou pelos sujeitos B" ou C", ainda que todos esses fossem pessoas de excelente reputação (g.n.)*⁸.

É exatamente este o caso da advocacia, por exemplo, um dos serviços a ser contratado conforme especifica o edital em tela⁹. Como bem pontua Floriano de Azevedo MARQUES NETO, os serviços de advocacia são dotados de uma singularidade subjetiva. Isto é, a contratação só faz em atenção às características subjetivas do executor:

*O parecer do jurista, a sustentação oral do grande tribuno, o patrocínio do advogado afamado são objetos que se caracterizam especificamente pelos atributos do seu executor. Uma sustentação oral é atividade para a qual está habilitado qualquer advogado inscrito na OAB. Porém, ninguém diria ser irrelevante a pessoa de quem sobe à tribuna para sustentar. Opinar sobre um assunto jurídico tampouco é objetivamente fazer inacessível, Mas o jurista notório produz um objeto (parecer) inigualável (ainda que vários o façam)*¹⁰.

A advocacia não se exerce, pois, a despeito da pessoa do advogado, mas dela depende e por suas características pessoais é imbuída. Trata-se de serviço verdadeiramente intelectual, que, de acordo com a

⁷ GRAU, Eros Roberto. *Inexigibilidade de licitação: serviços técnico-profissionais especializados: notória especialização*. RDP 99/70

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 12ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. pp. 478.

⁹ Importante referir-se que os mesmos argumentos e raciocínio dispensados aos serviços jurídicos também se aplicam aos demais profissionais indicados no ITEM 2- "SERVIÇO B" (avaliação econômico-financeira e serviços jurídicos, contábeis, técnico-operacionais e outros serviços profissionais especializados).

¹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A contratação direta de advogados pelo poder público: a singularidade intrínseca aos serviços advocatícios*. Fórum de Contratações e Gestão Pública - FCGP. Belo Horizonte, ano 8, n..94, out. 2009.

pertinente lição de Ivan Barbosa RIGOLIN, demanda, para sua execução, requisitos especializados do prestador, que o apontem dotado de uma capacidade reconhecida e incontestada¹¹.

Esse mesmo caso pode ser transposto aos serviços de avaliação econômico-financeira e serviços contábeis, técnico-operacionais e outros serviços profissionais especializados.

Isso, por si só, retira do serviço advocatício e de demais serviços que trazem em seu bojo características técnicas e intelectual, qualquer chance de enquadramento como "comum". Não é só por tal razão, entretanto, que não pode ser licitado por pregão.

Como dito, o pregão requer que os critérios de julgamento sejam estritamente objetivos. Ora, se a advocacia e os demais serviços retratam as singularidades daquele que a presta, fica INVIABILIZADA UMA COMPARAÇÃO DE MODO OBJETIVO.

Ainda sobre a (im)possibilidade de contratação de serviços advocatícios por meio de pregão eletrônico, insta retomar a brilhante metáfora de RIGOLIN:

Se o trabalho é inquestionavelmente intelectual, então licitá-lo por preço significa o mesmo que comparar uma tela de Van Gogh com uma escultura de Michelangelo, ou com um filme de Jean Renoir, ou ainda com um projeto arquitetônico de Vitruvius ou, mais perto de nós, de Brunelleschi¹².

Por este motivo, a doutrina e a jurisprudência convergem para defesa não da impossibilidade de contratação de serviços técnicos especializados por pregão, mas da impossibilidade de contratação, até mesmo por licitação.

Nessa toada MARQUES NETO afirma que "[n]a contratação de advogado, a licitação será inexigível porque a advocacia não se exerce dissociada da pessoa do advogado, da relação de confiança que se estabelece entre constituinte e constituído"¹³.

Some-se a isso o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, bem ilustrado pelo voto proferido pelo Ministro Carlos Veloso no âmbito do RHC nº 72.830/RO:

Acrescente-se que a contratação de advogado dispensa licitação. Dado que a matéria exige, inclusive, especialização. certo de que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser aferido em termos de preço mais baixo. Nessa linha, o trabalho de um médico operador. Imagine-se a abertura de licitação para a contratação de um médico cirurgião para realizar delicada cirurgia num servido. Esse absurdo somente seria admissível numa sociedade que não sabe conceituar valores. O mesmo pode ser dito em relação ao advogado, que tem por missão defender interesses do Estado, que tem por missão a defesa da res pública. (g.n.)

(Supremo Tribunal Federal. RHC na 72.8301RO.2a Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. DJU 16.02.96)

Se nem licitável é, há que se rechaçar necessariamente a realização de pregão. A esse respeito, a orientação do Tribunal de Contas da União é expressa e imperativa:

10. Fato é que, ante os inúmeros processos submetidos à sua apreciação, este Tribunal vem estabelecendo alguns parâmetros para o aplicador da norma, definindo alguns requisitos básicos para os objetos comuns, enfim, consagrando

¹¹ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Op. Cit.

¹² RIGOLIN, Ivan Barbosa. Op. Cit.

¹³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Op. Cit.

entendimentos úteis ao deslinde dessas questões, e que ora são merecedores de registro.

11. A modalidade licitatória pregão, que tem como critério de julgamento o menor preço, não deverá ser utilizada para serviços de natureza "-predominantemente intelectual. os quais requerem individualização ou inovação tecnológica. podendo apresentar diferentes metodologias, tecnologias e níveis de desempenho e qualidade. sendo, portanto, necessário avaliar as vantagens e desvantagens de cada solução. Conforme restou consignado no voto condutos do Acórdão nº 2.471/2008 - Plenário, não se trata de 'tarefas que possam ser executadas mecanicamente ou segundo protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos', quanto aí sim se justificaria a escolha do pregão.

12. No pregão, não pode ser complicado passar ao licitante as especificações dos serviços a serem prestados. É importante fazê-lo compreender com boa precisão o que a Administração deseja, sem induzi-lo a erro nem leva-lo a se comprometer com uma proposta de preço que não conseguirá honrar. Como restou consignado no voto condutos do Acórdão nº 2.079/2007 - Plenário, serviços comuns constituem 'serviços de fácil caracterização, que não comportam variações de execução relevantes e que são prestados por uma gama muito grande de empresas'. Nesse caso/ como são serviços de execução frequente e pouco diversificada, de empresa para empresa, não haverá problema em conformá-los no edital segundo padrões objetivos e usuais no mercado.

13. Como bem sintetizou a unidade técnica na instrução que deu ensejo ao provimento cautelar, '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 (TCU. Acórdão nº 601/2011, Plenário. Rel. Min. José Jorge)

Agora, tratando-se de contratação de serviços de engenharia, o CONFEA em sua Decisão Plenária 2467/2012, de 03/12/2012, decidiu que ***"serviços que exigem habilitação legal para a sua elaboração ou execução, com a obrigatoriedade de emissão da devida ART perante o CREA, tais como **projetos, consultoria, fiscalização, supervisão e perícias, jamais poderão ser classificados como comuns, dada a sua natureza intelectual, científica e técnica, fatores que resultam em ampla complexidade executiva, exigindo, portanto, profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições, conforme também detalha o artigo 13 da Lei 8.666, de 1993, não se admitindo a sua contratação pela modalidade pregão"***** (Destacamos)

Chamamos a atenção para o parágrafo 13 integrante do Acórdão nº 601/2011 anteriormente transcrito. Observa-se que no ITEM 3.1.6.1 do ANEXO I do EDITAL em comento há omissão dos documentos editalícios em OFERTAR A MESMA BASE DE INSUMOS a todos os licitantes, o que deixa de assegurar a adoção por eles das *"mesmas informações"*, impedindo, portanto, de caracterizar os serviços como 'comuns', como reza o Acórdão nº 601/2011:

[...]

3.1.6.1 A CONTRATADA B deverá elaborar uma AVALIAÇÃO SOCIOAMBIENTAL consolidada da COMPANHIA, incluindo as informações referentes à COPANOR, utilizando como insumo, necessariamente, porém não exclusivamente, o preenchimento do PAINEL DE REGULARIDADE SOCIOAMBIENTAL, anexo ao Edital, inclusive com a realização de levantamentos de campo, quando se mostrarem necessários, nos termos do item 3.1.6.4.

[...]

Ressalta-se que a adoção do tipo “MENOR PREÇO GLOBAL” renuncia à avaliação de quaisquer propostas de insumos excedentes àqueles associados ao PAINEL DE REGULARIDADE AMBIENTAL e que pudessem ter emprego na realização dos serviços, impossibilitando a identificação de similaridade entre as propostas.

Verifica-se, na mesma linha, que também na CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS TÉCNICOS DE ENGENHARIA destinados à elaboração do PROJETO CONCEITUAL DE ENGENHARIA e do PROJETO SIMPLIFICADO DE ENGENHARIA a ser elaborado para cada município listado nos Anexos XII e XIII do EDITAL 40/2020 - BNDES, há a previsão editalícia de PROPOSIÇÃO DE PREMISSAS METODOLÓGICAS, em prejuízo de sua DEFINIÇÃO PELO EDITAL:

[...]

3.1.9.3 A CONTRATADA B deverá apresentar, em até 30 dias contados da data de assinatura do CONTRATO, as premissas metodológicas e operacionais a serem adotadas na confecção do PROJETO CONCEITUAL DE ENGENHARIA e do PROJETO SIMPLIFICADO DE ENGENHARIA (item 3.1.10)

[...]

A par de toda forma da doutrina e dos julgados acima, a questão foi finalizada recentemente com a Lei n. 14.039, de 17 de agosto de 2020, com disposição normativa expressa quanto à natureza técnica e singular dos serviços profissionais de advogado e de contabilidade alterando o Estatuto da OAB e o Decreto-Lei n. 9295/46, que define as atribuições do contador.

Fica, desde então, configurado a singularidade, *ex lege*, dos serviços de advogado e contato como aqueles que não podem ser definidos, comparados e julgados por critérios objetivos capazes de possibilidade negociação competitiva por meio de pregão eletrônico.

Ora, não sendo estabelecidas previamente as **PREMISSAS METODOLÓGICAS E OPERACIONAIS** que fundamentarão a elaboração dos projetos, elas resultarão da experiência, da criatividade, da pessoalidade de cada profissional das empresas licitantes, sendo, portanto, impossível assegurar a similaridade dos produtos a serem entregues. Com isso, em obediência à perspectiva da análise do Acórdão nº 601/2011 do TCU anteriormente mencionado, **TAIS SERVIÇOS PRECISAM SER CLASSIFICADOS COMO INCOMUNS.**

5. DA CONFIGURAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Para mais do aludido acima, insta-nos perquirir acerca da configuração de ato de improbidade administrativa cometido pelo BNDES quando da utilização de pregão eletrônico para a contratação de serviços técnicos especializados de consultoria jurídica, de engenharia de avaliação econômico-financeira, contábeis, técnico-operacionais e outros serviços profissionais especializados.

A esse propósito, imperioso enfrentar as razões de ser, de um lado, da Lei de Licitação e Contratos Administrativos; de outro, da Lei 8.429/1996 ("Lei de Improbidade Administrativa - LIA").

Como se sabe, a exigência de que a Administração Pública adote o procedimento de licitação para efetivar suas contratações deriva da própria Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 37, XXI, prescreve:

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:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos

os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Trata-se de instrumento pensado pelo constituinte e imposto à Administração a fim de que esta contrate com aquele que melhor se adequa às conveniências do Poder Público.

Assim, pretendendo celebrar negócio jurídico com agentes do mercado a Administração Pública deverá valer-se do procedimento de licitação. As únicas exceções são as hipóteses de dispensa e inexigibilidade, todas previstas pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos em seus artigos 24 e 25, respectivamente.

As imposições da Lei de Licitações e Contratos Administrativos não são, pois, meros caprichos, mas sim a concretização de valores constitucionais, que devem ser implementados e efetivados, mormente por aqueles que realizarão o procedimento licitatório.

Múltiplos são os objetivos almejados pela licitação:

Destarte, atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais - ao se procurar a oferta mais satisfatória: respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5º e 37, caput) - pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa. imposta pelos arts. 37, caput, e 85, V, da Carta Magna brasileira¹⁴.

Reputa-se, ademais, a licitação como manifestação do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público:

*Ela [licitação] é uma decorrência do princípio **da indisponibilidade do interesse público** e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público¹⁵ (grifos no original)*

Em suma: o procedimento licitatório é mandamento constitucional imposto à Administração Pública para contratações que não se enquadrem nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade.

Referido mandamento constitucional é veiculado pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que disciplina, pormenorizadamente, como, de qual forma o Poder Público licitará e quando poderá de fazê-lo.

Afirma-se, portanto, que os dispositivos da Lei de Licitações e Contratos Administrativos estão postos, da mesma forma como o está a Constituição Federal, para melhor atender o interesse público.

Quando aludida lei estabelece distintas modalidades de licitação (concorrência tomada de preços, convite, leilão, concurso, pregão) e tipos licitatórios (menor preço, maior lance ou oferta, melhor técnica, técnica e preço), vinculando cada modalidade e tipo à contratação de determinado objeto segundo seu valor ou natureza, ela o faz porque entende que assim melhor se satisfaz o interesse público.

Nesse contexto, dúvidas não há de que deve o agente público vincular-se à modalidade licitatória e ao tipo licitatório impostos pela lei para a contratação de determinado objeto.

Jamais poderá nesse sentido, aproveitar-se do pregão para contratação de bens e serviços que não sejam comuns.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 538-539

¹⁵ DI PIETRO Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p.374

Se o fizer, cometerá, como adiante demonstraremos, lesão ao erário, notório ato de improbidade administrativa.

Expusemos, acima, que o procedimento licitatório deriva do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público. Mister, nesse diapasão, esclarecer que também a vedação a que se cometam atos de improbidade administrativa deriva de aludido Princípio.

A LIA estabelece, em seu artigo 10, os "atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário", *in verbis*:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (...)

Conforme explicação oferecida por BERTONCINI, "[o]bjetiva a norma evitar e coibir qualquer lesão ao erário, produzida dolosa ou culposamente contra o patrimônio público, independentemente de eventual benefício obtido por agente público ou particular."¹⁶

Ainda conforme BERTONCINI, a previsão do artigo 10 da LIA "tem por substrato o princípio do interesse público - em especial no plano patrimonial - princípio que, ao lago da legalidade, forma a base do regime jurídico brasileiro".¹⁷

Importante assinalar, ainda, que quando fala "em perda patrimonial", a LIA refere-se a qualquer diminuição do patrimônio público havida por força de ato ilícito¹⁸. Não só, o artigo 21, I, da mesma lei proclama que a aplicação das sanções a atos de improbidade administrativa independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento¹⁹.

Em síntese, incorrerá em ato de improbidade administrativa o agente público que, dolosa ou culposamente, por ação ou omissão, praticar ato contrário à lei que dilapide o patrimônio público. Deve-se ter em mente ainda que, segundo a sistemática legal, é dispensável para o sancionamento deste agente a ocorrência efetiva de danos ao erário.

Do exposto, a lógica exige inferir que cometerá ato de improbidade administrativa o agente público que der prosseguimento a procedimento ofendendo as previsões legais, sem se ater às regras de prudências fixadas pela própria lei, que estipula exigências para contratos administrativos para que determinados objetos, essenciais ao bom atendimento ao serviço público, não sejam contratados apenas pelo menor preço. **Ou seja: há flagrante improbidade ao se utilizar o pregão eletrônico para contratação de BENS E SERVIÇOS QUE NÃO SEJAM COMUNS.**

Com efeito, a lei vai além, e prevê em específico como ato de improbidade *a fraude ao certame licitatório*, sobre o que passamos a discorrer adiante.

O artigo 10 da LIA institui modalidade genérica dos atos de improbidade que causam lesão ao erário. Sucede que, ademais dessa modalidade genérica, o referido artigo estabelece, em seus incisos, modalidades

¹⁶ BERTONCINI, Mateus. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.205

¹⁷ Ibid. p.205

¹⁸ "É importante frisar que a noção de dano não se encontra adstrita à necessidade de demonstração da diminuição patrimonial, sendo inúmeras as hipóteses de lesividade presumida previstas na legislação. Como consequência da infração às normas vigentes, ter-se-á a nulidade do ato, o qual será insuscetível de produzir efeitos jurídicos válidos. Tem-se, assim, que qualquer diminuição do patrimônio público advinda de ato inválido será ilícita, *pois'quos nullum est, nullum producit effectum*", culminando em caracterizar o dano e o dever de ressarcir" GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 381

¹⁹ Lei na 8.429, de 2 de Junho de 1992. Art.21.. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento.

específicas dentre as quais se encontra a de "*frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente*" (art. 10, VIII).

Importa-nos, para os fins do presente instrumento, analisar os casos **de frustração da licitude do processo licitatório**, o que passamos a fazer.

Como dito, o procedimento licitatório é mandamento constitucional, veiculado pela lei, imposto ao Poder Público a fim de que ele selecione a proposta que lhe for mais vantajosa atendendo, assim, ao interesse público.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos, nessa toada, prevê modalidades de procedimentos licitatórios, adstringindo-os à contratação de determinados objetos segundo seu valor ou natureza.

São estabelecidos utilizando como critério *o valor*: a concorrência, para contratações de valor mais elevado (art. 22, §1º); a tomada de preços, para contratações de valor médio (art.22, S2n); e o convite que envolve contratações de mais baixo valor (art.22, §2º). De outro lado, ligam-se à natureza do objeto: o concurso, para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico (art. 22, §4º); o leilão para venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis obtidos por procedimento judicial ou dação em pagamento (art. 22, §5º); e o pregão, para aquisição de **bens e serviços comuns** (Lei do Pregão. art. 1º).

Além disso, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos impõe tipos licitatórios a serem observados pela Administração Pública: menor preço; melhor técnica; maior lance ou oferta e técnica e preço.

Em se tratando de serviços técnicos especializados de natureza intelectual, como é o caso dos serviços predominantes do EDITAL 40/2020 – BNDES, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, quando não for caso de contratação direta por inexigibilidade, exige que o procedimento licitatório seja feito na modalidade concurso sob o tipo "*melhor técnica*" ou "*técnica e preço*" (art. 46).

Não foi como agiu o BNDES, que promove a contratação dos serviços constantes do EDITAL 40/2020 - BNDES mediante pregão eletrônico, obrigatoriamente do tipo menor preço.

A prática do Banco é nociva e atentatória à probidade administrativa. A Lei de Licitações e Contratos Administrativos ordena a contratação de serviços intelectuais por licitação modalidade concurso do tipo "*melhor técnica*" ou "*técnica e preço*" não por vaidade, mas porque entende que, para a contratação desses serviços, é indispensável que se leve em consideração a qualificação técnica dos licitantes. É dizer que **o interesse público nesses casos não se satisfaz meramente por licitação do tipo menor preço**.

Assim o **EDITAL 40/2020 – BNDES** descreve a DESESTATIZAÇÃO da Companhia no âmbito da execução dos serviços técnicos pretendidos de contratação:

[...]

1.3 No âmbito da execução dos **SERVIÇOS TÉCNICOS**, considera-se que a desestatização da COMPANHIA será realizada por meio da: (i) alienação direta de ações de emissão da COMPANHIA ou de sociedade resultante de REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA de titularidade do ESTADO ou (ii) alienação direta ou indireta, pela COMPANHIA, de ações de emissão de SUBSIDIÁRIAS ou (iii) alienação ou cessão de contratos de prestação de serviços de saneamento detidos direta ou indiretamente pela COMPANHIA.

[...]

Importante, ainda, ressaltar que a COPASA está presente em **641 dos 853 municípios do estado de Minas Gerais**, atuando nos serviços de abastecimento de água, na coleta e tratamento de esgotos, e no tratamento e disposição final de resíduos sólidos, atendendo a mais de **11,4 milhões de habitantes**. A

Companhia apresentou no último exercício (ano de 2019), um lucro líquido de **R\$754,4 milhões**, e um patrimônio de **R\$6,7 bilhões**²⁰.

Sendo assim, dados o porte da Companhia e o objetivo dos serviços contratados – a sua desestatização, considerando a alienação de suas ações e/ou de suas concessionárias, a sua eventual reorganização societária, ou ainda a alienação ou a cessão de seus contratos –, fica evidente a magnitude dos valores financeiros que a ação de desestatização da Companhia envolve, tornando-se **INCONCEBÍVEL A ADOÇÃO DO TIPO MENOR PREÇO GLOBAL** para esta Licitação, **SEM QUE HAJA A PREVISÃO EDITALÍCIA DE QUALQUER AVALIAÇÃO DOS ASPECTOS METODOLÓGICOS QUE FUNDAMENTAM OS RESULTADOS DOS SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS QUE ESTRUTURARÃO O MODELO FINAL A SER ADOTADO, CONFIGURANDO RISCO AO ERÁRIO E À POPULAÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS.**

Quando o Poder Público age como agiu o BNDES, "[o] resultado prático costuma ser que a Administração se torna refém da proposta de menor valor, muitas vezes insuficiente e destituída de qualidades necessárias. Constrangida a contratar com o licitante mais ousado, a Administração enfrenta problemas de toda a ordem durante a execução do contrato."²¹

Aí residem: a frustração à licitude do procedimento licitatório, pela escolha de modalidade e tipo licitatórios incoerentes com o objeto licitado; e, conseqüentemente, a improbidade administrativa, pela dilapidação do patrimônio público em ato flagrantemente ilícito.

Ressalte-se, segundo o ensinamento de Pedro Roberto DECOMAIN, **que a frustração ocorreria somente em razão da escolha de procedimento licitatório inadequado**²².

No caso, a conduta da Administração foi substancialmente mais grave, posto que o BNDES criou nova modalidade licitatória, enfrentando disposição expressa da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Em síntese, ao desprezar as diretrizes legais, o Banco colocou o interesse público em risco, especialmente porque os serviços em questão, licitados segundo o tipo menor preço, **podem deixar de ser executados. ou executados com qualidade inferior à que poderiam ser executados.** Viola-se, com isso o interesse público, constituindo conduta ilegal que pode provocar danos ao erário, o que caracteriza ato de improbidade administrativa.

6. DOS VÍCIOS EDITALÍCIOS

Não fossem as já elencadas razões suficientes para a **IMPUGNAÇÃO do EDITAL**, observa-se, ainda, vícios diversos nele contidos e que configuram riscos à contratação dos serviços pela Administração Pública.

Reza o ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA acostado ao EDITAL 40/2020 – BNDES que o objeto da contratação é dividido em dois itens, denominados, respectivamente, SERVIÇOS A e SERVIÇOS B, cada qual ensejando a contratação de uma empresa ou de um consórcio de empresas diferente.

Além disso, a cronologia executiva dos trabalhos foi dividida em FASES e ETAPAS, sendo que os serviços da FASE 3 são dependentes: (a) das aprovações legislativas pertinentes; e (b) da solicitação de sua execução pelo BNDES, caso contratado pelo Estado de Minas Gerais para tal.

Ora, é inaceitável que uma licitação do tipo ‘MENOR PREÇO GLOBAL’ contemple itens cuja previsão de execução não pode ser sequer assegurada no momento de realização do certame.

Imaginemos uma hipotética situação onde dois licitantes ofertem o mesmo desconto de 10% no preço máximo global indicado no EDITAL 40/2020 – BNDES, sendo que um deles distribuiu linearmente esse desconto entre todos os itens mensuráveis, e o outro concentrou o valor equivalente ao desconto apenas

²⁰ COPASA, 2020. Relação com Investidores – Informações Financeiras. Disponível em <http://ri.copasa.com.br/informacoes-financeiras/planilha-interativa/>

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit. (2013), p.14

²² DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade Administrativa. São Paulo: Dialética, 2014. p.143.

nos itens não assegurados de realização (FASE 3). Ora, no caso de tais serviços efetivamente não se realizarem, a contratação deste segundo licitante configuraria uma agressão ao princípio da licitação em assegurar a oferta mais vantajosa à Administração Pública, visto que o preço por ele ofertado para as parcelas previamente definidas como realizáveis foi nulo, portanto com preço referente a esses serviços superior àquele licitante que ofertou desconto linear distribuído em TODOS OS ITENS.

Tal fato, observada a possibilidade de ocorrência dessa situação hipotética, fere os princípios de defesa da Administração Pública, configurando vício NECESSÁRIO DE SER SANADO para prevenir danos ao erário.

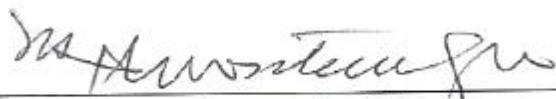
DO PEDIDO

Diante do exposto, a requerente roga à V. Sa. que conheça da presente impugnação ao edital, modificando o instrumento convocatório do **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 40/2020** do BNDES, em face das irregularidades e ilegalidades apontadas nesta peça.

Nestes termos.

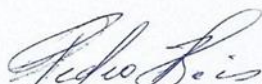
Pede deferimento.

Brasília, 13 de outubro de 2020.



Marcos Helano Fernandes Montenegro

Coordenador Geral do ONDAS



Pedro Tabajara Blóis Rosário
Diretor Presidente

Federação Nacional dos Urbanitários - FNU

Roberto Luiz de Carvalho Freire



Presidente - FEDERAÇÃO INTERESTADUAL DE SINDICATOS DE ENGENHEIROS – FISENGE