

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA ITAIPU BINACIONAL

Pregão Eletrônico Nacional NF 1313-24

XX, inscrita no CNPJ/MF sob o nº XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, com endereço na Av. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, XXX, **(Doc. 01)**, vem, tempestivamente, por seu representante adiante assinado, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO**, à vista de ilegalidades nele encontradas, fazendo-o com fundamento no **item 2.23.1 do Edital**, com base nas seguintes razões fáticas e jurídicas.

1. TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, destaca-se a tempestividade da presente impugnação, haja vista que, de acordo com o item 2.23 do edital, poderá ser apresentada impugnação ao instrumento convocatório, em até 02 (dois) dias úteis anteriores à data fixada para recebimento das propostas.

Assim, considerando que o recebimento das propostas ocorrerá no dia 16/10/2024 (quarta-feira), resta inquestionável a tempestividade da presente impugnação.

2. DOS PONTOS DE IMPUGNAÇÃO

A Itaipu Binacional lançou o presente Edital de Pregão Eletrônico, objetivando "*a contratação dos serviços de limpeza e manejo de resíduos sólidos das áreas e construções de propriedade da ITAIPU, com fornecimento de mão de obra, materiais e equipamentos necessários à sua execução, e destinação final dos resíduos resultantes dos serviços*".

Da análise dos termos editalícios, verifica-se que há necessidade de esclarecimentos e correções, que devem conduzir à adequação do Edital, sob pena de restrição indevida à competitividade. É o que se espera venha a acontecer, conforme restará esmiuçadamente demonstrado a seguir.

2.1. Item 2.13. Impedimento de licitar. Indevida vedação à participação de empresas em recuperação judicial. Violação ao princípio da competitividade.

Ao tratar das exigências atinentes às condições de participação, o edital previu que as empresas em recuperação judicial ou extrajudicial, a rigor, não podem participar do certame.

A citada previsão editalícia se encontra assim disposta:

2.13 RESTRIÇÕES

Não poderão participar das licitações, nem contratar com a ITAIPU:

a) pessoas físicas ou jurídicas sob regime de quebra ou de insolvência civil, ou em recuperação judicial ou extrajudicial;

Sucedee, entretanto, que tal vedação desvirtua do fim precípua do instituto da recuperação judicial, que é conferir à empresa recuperanda a oportunidade de se reerguer financeiramente.

A previsão impugnada mais se revela como uma forma de impedir que empresas em recuperação judicial possam participar do procedimento licitatório do que selecionar a proposta mais vantajosa para a Contratante, na medida em que inexistente justificativa para tanto.

O fato da empresa se encontrar em recuperação judicial não impede que assuma obrigações e celebre contratos para a prestação de serviços, podendo comprovar a capacidade financeira por outros meios, inclusive mediante prestação de garantia, se for necessário.

A proibição pura e simples da participação tem o condão de excluir diversos interessados especializados, atuantes neste segmento, inclusive com experiência técnica, que, estejam em recuperação judicial, como é justamente o caso da empresa impugnante.

A previsão editalícia viola princípio basilar previsto no art. 2º Norma Geral de Licitação - NGL, a qual está subordinada a Contratante, qual seja, o princípio da competitividade, *in verbis*:

Art. 2º - Os princípios básicos que regem os processos e procedimentos disciplinados nesta Norma são os da igualdade ou isonomia, da legalidade, da moralidade, da probidade, da impessoalidade, da razoabilidade e proporcionalidade, da economicidade, **da competitividade**, da celeridade, da publicidade, da ampla defesa e do contraditório, da eficiência administrativa, bem como aqueles princípios que lhes são correlatos e, para as licitações, prevalecerão, ademais, os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Parágrafo único. Todas as obras, serviços, compras, locações e alienações, contratados pela ITAIPU, salvo nos casos excepcionais previstos nesta Norma, serão precedidos de Licitação, destinada a selecionar a proposta mais vantajosa para a

Entidade e a promoção do desenvolvimento sustentável, respeitados os princípios básicos enunciados no caput deste artigo.

Nesse sentido, o caráter competitivo é essencial para o regular procedimento licitatório, visando a ampla participação das empresas capazes de prestar serviço adequado e eficaz, ampliando o cenário para a apresentação de propostas que detenham o melhor custo-benefício para a contratante.

Nesse sentido leciona Fábio Ulhoa Coelho¹:

No contexto do Direito Empresarial, a competitividade refere-se à capacidade das empresas de inovar, reduzir custos e melhorar a qualidade de seus produtos ou serviços para ganhar e manter participação de mercado. A competitividade também envolve a conformidade com as leis de concorrência, que buscam prevenir práticas desleais e proteger a dinâmica do mercado.

É dizer: o Edital de Licitação não pode restringir a participação de empresas em recuperação judicial, sob pena de violar o princípio da competitividade, textualmente previsto no Norma Geral de Licitação, bem como o fim precípua do instituto da recuperação judicial.

De fato, admitir a restrição de empresas apenas por estarem em recuperação judicial desrespeitaria o próprio escopo do instituto jurídico, qual seja: oportunizar a superação de crise econômico-financeira do devedor, em prol da preservação da empresa e de sua função social.

Essa limitação, portanto, se apresenta como exigência desnecessária, impedindo a participação de empresas comprovadamente capazes de prestar os serviços de maneira eficaz, resultando em limitação que acaba por alijar muitos competidores do certame ou, propositalmente, direcioná-lo a um grupo específico de empresas.

Ante o exposto, requer a impugnante que a disposição que proíbe a participação de empresas em recuperação judicial seja escoimada do edital, permitindo-se que a capacidade financeira dos licitantes nesta condição seja comprovada por outros meios, a exemplo de comprovação de bons índices de balanço patrimonial, patrimônio líquido e etc.

2.2. Item 1.4.1. Vedação à participação de Empresas em Consórcio sem a devida justificação.

Da análise das condições de participação do certame, verifica-se que o item 1.4.1 veda a participação de consórcio de empresas:

1.4 PRINCIPAIS REQUISITOS PARA PARTICIPAÇÃO E HABILITAÇÃO

1.4.1 Poderá participar deste pregão somente empresa isolada, legalmente estabelecida no Brasil (ver item 2.13 deste CBC), que:

(...)

Contudo, no ato convocatório ora impugnado, não constam os motivos que levaram à Contratante a restringir a participação na Licitação às empresas, sendo certo que tal restrição não possui qualquer justificativa, sobretudo quando considerada a complexidade da contratação almejada pela Itaipu, que envolve a execução de serviços distintos, de modo que a união de esforços por empresas em consórcio auxiliaria na competitividade do certame.

A Norma Geral de Licitação - NGL, expressamente prevê a possibilidade de participação de empresas consorciadas, em seu art. 16º, incisos I, II e III, independentemente do tipo de licitação:

Art. 16 - As licitações são classificadas em:

I – nacional: quando for permitida somente a participação de pessoas físicas ou jurídicas brasileiras ou paraguaias, isoladas ou consorciadas;

II – binacional: quando for permitida somente a participação de pessoas físicas ou jurídicas brasileiras e paraguaias, isoladas ou consorciadas; e

III – internacional: quando for permitida a participação de pessoas físicas ou jurídicas brasileiras, paraguaias e/ou estrangeiras, isoladas ou consorciadas.

Assim, a vedação injustificada à participação de empresas reunidas em consórcio somente tem o condão de restringir imotivadamente a concorrência, podendo até mesmo indicar eventual dirigismo da competição. Permitir a participação de consórcios de empresas na licitação, em verdade, seria benéfica à Itaipu e ampliaria a competitividade do certame, aumentando as chances de viabilizar a melhor proposta.

Isso porque as empresas poderão somar expertises, trazendo inovações e diferentes tecnologias para a execução dos serviços de limpeza e manejo de resíduos sólidos das áreas e construções de propriedade da Itaipu, e o fornecimento de mão de obra, materiais e equipamentos necessários à sua execução, potencializando as chances de elevar o patamar de execução do serviço contratado.

Desta forma, considerando que a restrição imposta no item 1.4.1 do Edital à participação de empresas em consórcio não possui justificativa técnica e contraria o próprio espírito das licitações, que é permitir a mais ampla participação, deve ser integralmente eliminada do edital convocatório.

Nesse sentido, o item deverá ser retificado, a fim de que permitir a participação de empresas em consórcio ou, se for o caso, que seja apresentada a devida motivação da deliberação da Itaipu acerca da vedação à participação de empresas em consórcios, sob pena estipular exigência em dissonância ao previsto na Norma Geral de Licitação - NGL.

2.3. Cláusula 6ª da Minuta do Contrato. Da ausência de indicação de prazo para aprovação da medição. Necessidade de previsão contratual de possibilidade de aceite tácito de medições.

A Cláusula 6ª prevista na minuta do Contrato (anexo IV) prevê que o pagamento pelos serviços prestados apenas ocorrerá após a aprovação da medição pela Contratante, vejamos:

CLÁUSULA 6ª Mensalmente, após a realização dos serviços, observados os critérios de medição estabelecidos nas Especificações Técnicas, Anexo I deste CONTRATO, a CONTRATADA deverá realizar a medição no PPIB e solicitar a aprovação da ITAIPU. Somente após a aprovação da medição pela ITAIPU, a CONTRATADA poderá solicitar o pagamento.

Contudo, em nenhum dos itens do edital ou nas cláusulas do referido anexo, consta a indicação de prazo para aprovação da medição por parte da Empresa Contratante, sendo esta informação indispensável à segurança jurídica do instrumento contratual que será firmado.

Isso porque a tal fixação evita que seja formalizado contrato com omissões acerca das fases de verificação da execução do serviço e pagamento dos valores devidos a empresa futuramente contratada.

Prazos claramente estipulados ajudam a evitar, por exemplo, atrasos nos pagamentos e corrobora a regular tramitação dos atos do processo interno. Nesse sentido, o instrumento convocatório merece reparo e complementação, a fim de que haja expressa indicação de prazo para aprovação da medição e consequente possibilidade de solicitação de pagamento pela Contratada.

Outrossim, é importante destacar que o Edital também não indica o que deve ser feito em caso de a empresa Contratante deixar de validar os valores das medições, ultrapassando o prazo previsto para pagamento, o que malfeire a segurança jurídica na execução do contrato.

Além de ser necessária a inclusão do prazo para efetiva liquidação dos valores decorrentes das medições, é fundamental que o contrato preveja expressamente o que ocorrerá em caso de retardo na validação das medições, pois tal circunstância não pode prejudicar a parte que prestou os serviços regularmente e detém o direito de ser remunerada por isso.

Nesse sentido, resta possível a inclusão de cláusula expressa que preveja a possibilidade de aceite tácito, pela Itaipu Binacional, das notas fiscais enviadas pela Contratada, o que será configurado a partir do silêncio da parte Contratante, em prazo a ser fixado no próprio instrumento contratual.

2.4. Ausência de previsão de incidência de correção monetária em caso de inadimplemento da Contratante.

A análise do Edital de Licitação e seus anexos revela também a existência de omissão quanto à incidência de correção monetária e juros de mora, nos casos de inadimplemento por parte do ente contratante, durante a vigência do contrato.

Ao tratar sobre o pagamento pelos serviços prestados, o Edital apenas prevê que o pagamento será realizado mensalmente, no prazo de 30 (vinte) dias após o recebimento das notas fiscais, que devem ser emitidas após a autorização e aceite das medições pela Itaipu, nada constando sobre a incidência dos encargos moratórios legais.

Embora se espere que ambas os contratantes cumpram as suas obrigações de forma integral e pontual, é possível que situações adversas ocorram ao longo da execução do contrato, impedindo o adimplemento das obrigações, quer seja pela Contratada ou pelo Contratante.

Além disso, a ausência de previsão acerca da incidência de juros moratórios viola o princípio do enriquecimento ilícito, pois, a longo prazo, esse desequilíbrio pode tornar a prestação de serviço inviável, em completo desacordo com o previsto no art. 884 do Código Civil.

Desse modo, é de mister importância que a irregularidade, ora apontada, seja sanada, com a conseguinte previsão de incidência de correção monetária no caso de atraso do pagamento, prevendo índice para tanto, além da incidência de juros de mora, acaso verificado descumprimento contratual pela Contratante, em atenção ao art. 389 do Código Civil.

2.5. Cláusula 11ª e 12ª. Da necessidade de adequação da fórmula de reajuste para fórmula paramétrica.

O Pregão Eletrônico NF 1313-24 foi lançado pela Itaipu com o objetivo de contratar empresa para a prestação dos serviços de limpeza e manejo de resíduos sólidos, com fornecimento de mão de obra, materiais e equipamentos necessários à sua execução, e destinação final dos resíduos resultantes dos serviços.

A partir da descrição pormenorizada do serviço licitado, verifica-se que inclui o fornecimento de mão de obra, materiais e equipamentos, além da destinação final de resíduos.

Ocorre que para a efetiva e adequada prestação de tais serviços, estão intrinsecamente relacionados altos custos com mão-de-obra e fornecimento de materiais e equipamentos, cujo impacto financeiro contratual não é integralmente contemplado a partir da simples aplicação do índice inflacionário, como prevê a cláusula 11ª do Edital de Licitação.

Isso porque os custos com mão-de-obra especificamente dependem dos acordos e convenções coletivas, não estando necessariamente vinculados aos índices de inflação.

De fato, a variação do custo de vida das famílias medido pelo Índice de Preços ao Consumidor e eleito como índice de preço para atualizar os preços a serem contratados pela Itaipu não reflete a variação do custo dos insumos necessários para a execução dos serviços que são marcados pelo elevado gasto em mão-de-obra e equipamentos.

Para que haja a efetiva manutenção das condições da proposta torna-se imprescindível prever a aplicação de reajuste anual que seja aderente com o serviço licitado, o que se faz a partir de fórmulas paramétricas.

De acordo com Luiz Guilherme Schymura, a adoção de fórmulas paramétricas oferece maior precisão na correção dos efeitos da inflação, impedindo assim o desequilíbrio da equação econômica no curso do contrato. Confira-se:

Há um instrumento que pode trazer forte melhora da situação, como explicam Braz e Barbosa: as fórmulas paramétricas aderentes à natureza de cada setor, que servem como régua para detectar e medir eventuais desequilíbrios econômico-financeiros em contratos. (...)

As fórmulas paramétricas consideram os insumos que impactam cada atividade produtiva ponderados por sua importância, que é estimada a partir dos custos desses produtos intermediários frente à despesa total. A fórmula mede quanto em média os insumos utilizados na estrutura produtiva variaram de preço, permitindo transferir essa informação aos contratos, para reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro.

Alguns contratos têm índices de preços (IGP, IPCA, INCC, entre outros) como indexadores, mas dificilmente um indicador geral de preços cumprirá bem esse papel, dada a variedade de segmentos e estruturas produtivas na economia, cada uma afetada pelo comportamento dos preços de conjuntos de insumos específicos.

Dada a especificidade de cada setor econômico, as fórmulas paramétricas oferecem maior precisão na hora de corrigir os preços pelos efeitos da inflação. Diante da atual onda inflacionária, levar as fórmulas paramétricas a uma proporção maior dos contratos é a melhor solução para dar continuidade com equilíbrio a obras e serviços, evitando interrupções e ajudando a manter a economia em movimento, neste momento particularmente difícil da conjuntura nacional.

Assim, em atenção ao princípio do equilíbrio econômico financeiro, a irregularidade apontada deve ser sanada, devendo as Cláusulas 11ª e 12ª e correlatas serem revistas, passando a constar fórmula de reajuste financeiro paramétrica que contemple de forma adequada os índices de variação dos custos relacionados à execução do contrato, a exemplo dos da mão-de-obra e fornecimento dos materiais.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, na salvaguarda dos seus interesses, a Impugnante pede e espera seja a presente Impugnação recebida, conhecida e julgada totalmente procedente, afastando-se do texto do Edital e seus anexos as ilegalidades ora apontadas.

Outrossim, considerando que os pontos impugnados afetam diretamente a formulação das propostas, requer que o edital modificado seja divulgado da mesma forma que se deu o ora impugnado, alterando-se o prazo previsto para recebimento das propostas.

Por fim, pugna que a presente impugnação seja recebida no efeito suspensivo, sobrestando-se a continuidade do certame, inclusive da assentada designada para recebimento das propostas.

Nesses termos,
Pede deferimento

Foz do Iguaçu, 11 de outubro de 2024.