

Parecer nº 01/2003-João Luiz Ferraz de Oliveira Lima

REF.: E-10/900.710/2001

ADMINISTRATIVO -- LICITAÇÃO --
PROCEDIMENTO DE PRÉ-QUALIFICAÇÃO -- RECURSOS DO
BIRD -- SUBMISSÃO ÀS NORMAS DE LICITAÇÃO DO BANCO
(ART. 42, §5º, DA LEI Nº 8.666/93) -- EXAME PRÉVIO, PELO
ORGANISMO INTERNACIONAL, DAS DECISÕES DA COMISSÃO
PROCESSANTE -- POSSIBILIDADE DE DETERMINAR
MODIFICAÇÕES NA DECISÃO ACERCA DA PRÉ-QUALIFICAÇÃO
DOS CONCORRENTES, DESDE QUE FUNDADO EM MOTIVOS
RAZOÁVEIS -- LICITUDE -- EXIGÊNCIA QUE SE MOSTROU
DOTADA DE RAZOABILIDADE.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PROCURADOR-GERAL,

1. Cuida-se de analisar ato da Comissão para Recebimento e Julgamento dos Requerimentos de Pré-Qualificação da Concorrência PET nº 55/01/CELIP/CENTRAL, instituída pela Companhia Estadual de Engenharia de Transportes e Logística - CENTRAL, que, revendo ato anterior, decidiu pré-qualificar a empresa MARUBENI CORPORATION no certame (fls. 1.569/1.575).

2. Enumero a seguir as seguintes peças de interesse para o exame da consulta:

- a) fls. 13/43 - primeira versão do edital de pré-qualificação;
fls. 81/115 - segunda versão do edital de pré-qualificação;
- b) fls. 118 - anuência do BIRD à segunda versão de edital de pré-qualificação;
- c) fls. 700/705 - 1ª alteração procedida no edital publicado;
- d) fls. 888/890 - 2ª alteração procedida no edital publicado;
- e) fls. 992/994 - ata da sessão para recebimento dos requerimentos de pré-qualificação;
- f) fls. 1.035/1.037 - ata da sessão de abertura dos envelopes contendo os requerimentos de pré-qualificação;

- g) fls. 1.041 - pedido de esclarecimentos à empresa MARUBENI CORPORATION quanto aos documentos apresentados;
- h) fls. 1.053/1.064 - esclarecimentos prestados pela MARUBENI CORPORATION;
- i) fls. 1.077 - novo pedido de esclarecimentos dirigido à MARUBENI CORPORATION;
- j) fls. 1.080/1.095 - novos esclarecimentos da MARUBENI CORPORATION;
- k) fls. 1.103/1.111 - ata de julgamento das empresas pré-qualificadas (versão português), onde consta a inabilitação da MARUBENI CORPORATION;
- l) fls. 1.131/1.132 - carta dirigida ao BIRD informando o resultado do julgamento da pré-qualificação;
- m) fls. 1.292/1.471 - minuta de edital para oferecimento de propostas de preço;
- n) fls. 1.472/1.473 - carta dirigida ao BIRD para análise e parecer quanto ao edital para oferecimento de propostas de preço;
- o) fls. 1.474 - carta do BIRD, requerendo à CENTRAL a revisão da decisão que inabilitou a empresa MARUBENI CORPORATION;
- p) fls. 1.475/1.477 - carta da CENTRAL ao BIRD solicitando fosse revisto o pedido contido na carta de fls. 1.474;
- q) fls. 1.478/1.479 - carta do BIRD, ratificando o pedido de pré-qualificação da MARUBENI CORPORATION;
- r) fls. 1.480/1.482 - nova carta da CENTRAL ao BIRD, pedindo reconsideração da solicitação formulada por aquele organismo internacional;
- s) fls. 1.483 - correio eletrônico do BIRD, declinando as razões por que pede a pré-qualificação da MARUBENI CORPORATION;
- t) fls. 1.485/1.492 - ofício da CENTRAL à Procuradoria-Geral do Estado solicitando parecer quanto à legalidade da exigência feita pelo BIRD de pré-qualificação da MARUBENI CORPORATION;
- u) fls. 1.498/1.505 - parecer da Procuradoria-Geral do Estado opinando que ao BIRD não caberia exigir a pré-qualificação da empresa MARUBENI CORPORATION;
- v) fls. 1.511/1.512 - carta com esclarecimentos da MARUBENI CORPORATION;

w) fls. 1.516/1.519 – ata (versão português) reabrindo a oportunidade para as empresas inabilitadas prestarem novos esclarecimentos quanto à documentação apresentada;

x) fls. 1.531/1.533 – documento anexado pela Comissão processante esclarecendo que a pré-qualificação, segundo as regras do BIRD, não deve ser utilizada para limitar a competição a um número predeterminado de potenciais empresas proponentes de preço;

y) fls. 1.535/1.536 – carta dirigida à MARUBENI CORPORATION solicitando esclarecimentos quanto aos documentos de pré-qualificação apresentados, conforme havia sido decidido pela Comissão processante na ata de fls. 1.516/1.519;

z) fls. 1.543/1.557 – esclarecimentos prestados pela MARUBENI CORPORATION;

aa) fls. 1.569/1.575 – ata (versão português) que, revendo decisão anterior, decidiu pré-qualificar a empresa MARUBENI CORPORATION;

bb) fls. 1.618 – parecer da Assessoria Jurídica da CENTRAL opinando pela legalidade do ato que, em sede de revisão, pré-qualificou MARUBENI CORPORATION; e

cc) fls. 1.620/1.626 – ofício da Presidência da CENTRAL dirigido à Procuradoria-Geral do Estado pedindo opine este órgão acerca da legalidade do ato que reviu a inabilitação da MARUBENI CORPORATION, conseqüentemente, pré-qualificando-a no certame.

3.Valendo-se do contido no artigo 6º, XXIV, da LC nº 15/80, que autoriza ao Procurador-Geral do Estado atribuir trabalho específico mesmo ao Procurador do Estado que esteja em exercício de funções de cargo de chefia de assessoria jurídica de Secretaria de Estado – atualmente exerce o cargo de Assessor-Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia e Inovação – veio-me o presente em distribuição (fls. 1.627).

4.A fim de instruir o feito com documentos indispensáveis ao exame da consulta, solicitei diligências às fls. 1.627v., as quais foram atendidas às fls. 1.629/1.871.

5.É O RELATÓRIO.

6.Pode-se verificar da documentação juntada aos autos que a FLUMITRENS, hoje sucedida pela CENTRAL, lançou edital de pré-qualificação (fls. 81/115, 700/705 e 888/890), visando habilitar empresas a participarem de futura licitação cujo objeto será a aquisição de

20 (vinte) trens-unidades elétricos – e o fez por força do contrato administrativo que se vê às fls. 1.742/1.752 que lhe outorgou poderes para agir em nome do Estado do Rio de Janeiro perante o Banco Mundial, quanto ao contrato de empréstimo externo nº 4.291-BR.

7.Com efeito, firmou o Estado do Rio de Janeiro contrato de empréstimo com o Banco Mundial (BIRD), em 1º de junho de 1.999, no montante equivalente a US\$186.000.000,00 (cento e oitenta e seis milhões de dólares norte-americanos), conforme se verifica do documento de fls. 1.630/1.658 (Article II, Section 2.01).

8.Há que se notar que, inicialmente, o contrato de empréstimo não previa o financiamento da aquisição dos 20 (vinte) trens-unidades elétricos (v. Schedule 2 – Description of the Project). A bem dizer, contemplava o mútuo apenas os serviços descritos na Parte A e B do projeto discriminado às fls. 1.646/1.647. Não previa o projeto, assim, a aquisição de bens, os quais vieram a ser incluídos apenas após o aditamento feito ao contrato original (fls. 1.706/1.741).

9.Pois bem, alterando-se o Esquema 2 (Schedule 2) do contrato original, especialmente sua Parte B, passou-se a contemplar, no seu item 7 (fls. 1.708), a aquisição dos 20 (vinte) trens-unidades elétricos

10.Eis que, a partir dessa alteração, foi possível à CENTRAL, valendo-se do empréstimo do BIRD, proceder à pré-qualificação das empresas interessadas na venda desses 20 (vinte) trens-unidades elétricos.

11.Ora, na medida em que os recursos dessa aquisição são oriundos do BIRD (Banco Mundial), um organismo internacional de fomento do desenvolvimento econômico – então, aplica-se à espécie o disposto no §5º, do artigo 42, da Lei de Licitações que prevê:

“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.

§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."

12. Na espécie, não resta dúvida de que a observância às normas e procedimentos do BIRD era exigência *sine qua non* para a obtenção do financiamento. Tanto isso é verdade que o contrato de financiamento previa, expressamente, em seu Esquema 4 (Schedule 4), Parte A, na sua versão original (fls. 1.651), que a contratação de serviços deveriam estar de acordo com o estabelecido nas *Guidelines* editadas pelo Banco.

13. Posteriormente, com o aditamento feito ao pacto original, conforme foi referido anteriormente, foi essa regra ratificada, como se pode ver da nova redação dada ao Esquema 4 (Schedule 4), Parte A, do contrato de financiamento (fls. 1.708 – “*Goods and works shall be procured in accordance with the provisions of Section I of the Guidelines and the following provisions of this Section, as applicable.*” – tradução livre: “*Bens e serviços devem ser adquiridos em conformidade com o disposto na Seção I das Guidelines e com as disposições contidas a seguir nesta Seção, no que for aplicável.*”).

14. Submetida, portanto, que está a CENTRAL às regras ditadas pelo contrato de financiamento firmado com o Banco Mundial e às *Guidelines*, importante verificar, então, o que dispõem essas acerca do procedimento de pré-qualificação levado a efeito pelo tomador do empréstimo.

15. Antes, porém, cabe destacar que o contrato de financiamento e as Guidelines funcionam como verdadeiras leis entre as partes. Outrossim, trata-se de leis de hierarquia superior ao próprio edital de pré-qualificação sob estudo, na medida em que nelas estão disciplinadas as regras para sua elaboração. Daí por que, em caso de eventual divergência entre as regras do edital e aquelas estipuladas no contrato de financiamento ou nas *Guidelines*, prevalecem estas últimas.

16. Sendo assim, devem ser analisadas *cum grano salis* as conclusões a que chegou o parecer de fls. 1.498/1.505, na medida em que não chegou a se debruçar sobre as regras pactuadas no contrato de financiamento nem sobre as normas das *Guidelines* do BIRD.

17. Pois bem, combinadas as Partes A e B, item 1, do Esquema 4 (Schedule 4), do contrato de financiamento (fls. 1.708/1.709), chega-se facilmente à conclusão de que, na aquisição dos 20 (vinte) novos trens-unidades, deve a CENTRAL observância ao disposto nas

Seções I e II das *Guidelines* do BIRD. Sendo assim, passa-se ao exame destas Seções das *Guidelines*.

18. Da Seção I das Guidelines, destaca-se a ratificação de que os procedimentos licitatórios abertos pelos tomadores de empréstimo junto ao BIRD devem observar as normas estabelecidas naquele manual (itens 1.1 e 1.5 – fls. 1.815 e 1.817). Destaca-se, ainda, a previsão de que os procedimentos licitatórios podem ser submetido, nos casos tratados no Apêndice 1 das Guidelines, à revisão prévia do Banco Mundial (item 1.11 – fls. 1.819) – aliás, tal regra vem também ditada pela Parte D, da Seção I, do Esquema 4 (Schedule 4) do contrato de financiamento (fls. 1.710/1.711).

19. Da Seção II, que trata das concorrências internacionais, faz-se referência aos seus itens 2.9 e 2.10, que disciplinam o uso do procedimento de pré-qualificação. Fica ali disciplinado seu uso nas compras de equipamentos construídos sob medida às necessidades do contratante, o que é a hipótese no que se refere aos trens que se quer adquirir (v. fls. 112/115).

20. Ora, disciplina o Apêndice 1, item 2a, das *Guidelines* – aplicável à espécie por força do contido na Parte D, Seção I, Esquema 4, do contrato de financiamento c/c a Seção I, item 1.11, das *Guidelines* – que os procedimentos de pré-qualificação ficam sujeitos à revisão prévia do Banco Mundial.

21. Entre outras coisas, prevê o item 2a, do Apêndice 1, das *Guidelines* que o tomador do empréstimo deve remeter à prévia revisão do BIRD a lista das empresas que julga pré-qualificadas, juntamente com uma declaração sobre suas qualificações e as razões para a exclusão dos demais concorrentes à pré-qualificação (“*The list of prequalified bidders, together with a statement of their qualifications and of the reasons for the exclusion of any applicant for prequalification, shall be furnished by the Borrower to the Bank for its comments before the applicants are notified of the Borrower's decision*”).

22. Outrossim, o mesmo dispositivo sob exame disciplina que a remessa dessa lista deve ser feita previamente à comunicação, às empresas interessadas, da decisão final sobre a pré-qualificação pelo tomador do empréstimo, visando obter sua homologação pelo BIRD. Extrai-se daí que, enquanto não homologada a decisão acerca da pré-qualificação pelo BIRD, esta não é apta a produzir efeitos.

23. Some-se, ainda, que o item 2a, do Apêndice 1, das Guidelines estabelecem que o tomador do empréstimo deve realizar modificações na lista de empresas pré-

qualificadas sempre que o Banco Mundial o requerer por motivos razoáveis ("the Borrower shall make such additions to, deletions from, or modifications in the said list as the Bank shall reasonably request.").

24. Por conseguinte, nada de errado havia em o BIRD requerer à CENTRAL a inclusão da empresa MARUBENI CORPORATION na lista das empresas pré-qualificadas. A única condição que lhe era imposta é que o fizesse por motivos razoáveis.

25. O que se pode dizer é que a exigência se mostrou razoável como se passa a ver.

26. Duas foram as razões que levaram à inabilitação da MARUBENI CORPORATION no certame pré-qualificador: a) não poder oferecer trens com sistema de freios eletrônico; e b) não dispor de instalação capaz de produzir o número de trens/mês exigido no edital.

27. A Comissão Processante, contudo, valendo-se do disposto no artigo 43, §3º, da Lei de Licitações, e após as insistências do BIRD, converteu o feito em diligência para solicitar da MARUBENI CORPORATION esclarecimentos sobre os pontos que entendia capazes de gerar sua inabilitação.

28. Eis que feitos tais esclarecimentos, concluiu a Comissão Processante que, de fato, os dois motivos que poderiam gerar sua inabilitação eram, desde o início do certame, insubsistentes – por se tratar de motivos técnicos, neste parecer não se irá discutir se suficientes ou não foram os esclarecimentos prestados.

29. O que se pode desconfiar ou mesmo concluir, então, é que o BIRD, já conhecendo as qualificações da MARUBENI CORPORATION, não concordou com sua inabilitação no certame. Seja como for, fato é que se confirmou o acerto daquele organismo internacional sobre a habilitação dessa empresa e, assim, a licitude da exigência que fez no sentido de sua inclusão na lista das empresas pré-qualificadas, conforme autoriza o item 2a, do Apêndice 1, das *Guidelines* do BIRD às quais a CENTRAL deve observância.

30. Nem se diga que ao assim agir violou a CENTRAL o princípio da isonomia ou do julgamento objetivo.

31. Quanto ao princípio da isonomia, foi observado ao se dar oportunidade às demais empresas inabilitadas de também prestarem esclarecimentos quanto aos motivos que ensejaram, por fim, suas inabilitações (fls. 1.516/1.519). No que tange às demais empresas habilitadas, não podem alegar violação ao princípio da isonomia na medida em que a MARUBENI CORPORATION, após esclarecimentos prestados, conseguiu demonstrar estar realmente habilitada para oferecer proposta de venda dos bens que se quer adquirir. Conseguiu demonstrar, em suma, gozar de igual qualificação que suas concorrentes.

32. Quanto ao princípio do julgamento objetivo, não me parece que dele se afastou a administração. A MARUBENI CORPORATION apenas foi pré-qualificada por se entender que, de fato, atende aos requisitos de qualificação objetivamente definidos no edital.

33. Há que se ter em mente, de outro lado, no deslinde da questão, as severas críticas que vêm sendo feitas aos rigores excessivos perpetrados pelo Poder Público nos procedimentos de qualificação, afastando da competição empresas que detêm condições efetivas de prestar o serviço que se quer contratar.

34. MARÇAL JUSTEN FILHO, em sua consagrada obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, discorrendo sobre o excesso de formalismo empregado na fase de habilitação das licitações, assevera:

"A interpretação estrita e rígida das questões atinentes a habilitação produziu efeitos maléficos incompatíveis com os princípios norteadores da licitação. Tem-se apontado a transformação da licitação em competição fundada no critério da 'habilidade', em que o vencedor é aquele capaz de cumprir mais satisfatoriamente os requisitos do edital – mesmo que não seja quem formulou a melhor proposta." (ob. cit., Ed. Dialética, 8ª edição, pág. 308).

35. Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça, competente por zelar pela correta interpretação da Lei nº 8.666/93, vem entendendo que, no procedimento licitatório, mais do que a colocação de empecilhos ligados à qualificação, deve ser prestigiada a melhor proposta. Veja-se o que diz a ementa de acórdão a seguir transcrita:

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. MANDADO DE SEGURANÇA.

1. A interpretação das regras do edital de procedimento licitatório não deve ser restritiva. Desde que não possibilitem qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, é de todo conveniente que compareça à disputa o maior número possível de interessados, para que

a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo.

2. O ordenamento jurídico regulador da licitação não prestigia decisão assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração de habilitação jurídica, da qualificação técnica, da capacidade econômico-financeira e da regularidade fiscal.

3. Se o edital exige que a prova da habilitação jurídica da empresa deve ser feita, apenas, com a apresentação do "ato constitutivo e suas alterações, devidamente registrada ou arquivadas na repartição competente, constando dentre seus objetivos a exclusão de serviços de Radiodifusão...", excessiva e sem fundamento legal a inabilidade de concorrente sob a simples afirmação de que cláusulas do contrato social não se harmonizam com o valor total do capital social e com o correspondente balanço de abertura, por tal entendimento ser vago e impreciso.

4. Configura-se excesso de exigência, especialmente por a tanto não pedir o edital, inabilitar concorrente porque os administradores da licitante não assinaram em conjunto com a dos contadores o balanço da empresa.

5. *Segurança concedida.*" (STJ – 1ª Seção – MS nº 5.779/DF – Rel. Min. José Delgado – Ac. Unân. – julg. 09/09/98 – DJ 26/10/98 – pág. 05 – grifo nosso).

36. Isto posto, na medida em que a exigência do BIRD, fundada em suas *Guidelines*, de inclusão da empresa MARUBENI CORPORATION na lista das empresas pré-qualificadas se mostrou razoável, porquanto, provado ficou que, de fato, a empresa atende aos requisitos do edital, e, considerando que terceiros não restaram prejudicados, entendo que licita foi a decisão adotada pela CENTRAL, consubstanciada na ata de fls. 1.569/1.575.

37. É o parecer.

Rio de Janeiro, 17 de fevereiro de 2003.

JOÃO LUIZ FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA
PROCURADOR DO ESTADO
ASSESSOR-CHEFE DA ASJUR/SECTI

VISTO

Aprovo o Parecer nº 01/2003 - JLFOL, de 17 de fevereiro de 2003, lavrado pelo ilustre Procurador do Estado JOÃO LUIZ FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA, que conclui pela possibilidade do BIRD, consoante dispõe o art. 42, §5º da Lei nº 8.666/93, modificar, limitado ao princípio da razoabilidade, a decisão da comissão de licitação acerca da pré-qualificação dos licitantes.

Apesar de restar clara a vinculação a procedimento diverso da Lei nº 8.666/93, tal como nas licitações realizadas sem a participação de recursos externos, as que são financiadas pelo BIRD também apresentam preocupação com os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, ressaltando-se, ainda como imperativos, os princípios da igualdade, da publicidade e da impessoalidade. Observando-se o quadro, verifica-se que as finalidades da lei brasileira e das normas do BIRD são as mesmas, já que, em última análise, perseguem o mesmo objetivo.

Para que sejam acatadas as decisões do BIRD, no entanto, é preciso que o contrato de financiamento tenha sido submetido os requisitos para a prevalência das normas do organismo internacional - Existência de convenção internacional, onde o Brasil seja signatário, e que esta seja reconhecida no direito interno, na forma consignada pela Constituição -, que as normas (chamadas *guidelines*) façam previsão expressa para das tais alterações, e que o fundamento das alterações seja razoável (objetivando a busca da melhor proposta sem se afastar o procedimento formal) e isonômico (abrindo-se a todas as concorrentes a possibilidade conferida a determinado licitante), observando-se, em todas as hipóteses, o contraditório e a ampla defesa.

Ao Gabinete Civil, com vistas a COMPANHIA ESTADUAL DE ENGENHARIA DE TRANSPORTES E LOGÍSTICA - CENTRAL.

Rio de Janeiro, 27 de fevereiro de 2003.

SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES
Procurador-Geral do Estado