

**GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA – COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO E AÇÃO
REGIONAL – CAR
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO – CPL**

Ao Ilustríssimo Sr. Presidente da Comissão Permanente de Licitação

**Ref.: EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 06/2017 – BB Nº 685464 – SOLICITAÇÃO
DE IMPUGNAÇÃO**

Rodrigo Rios Marques, pessoa física, inscrita no CNPJ nº 792.638.875-00, com endereço profissional à Avenida Luiz Viana, nº 4923, Alphaville 1, Salvador/BA, por meio deste, vem, respeitosamente, solicitar esclarecimentos quanto ao edital do Processo CAR 2015044300-0, desta secretaria, previsto para acontecer no dia 06 de SETEMBRO de 2017.

Após leitura atenta ao referido instrumento convocatório, notório se apresenta um detalhe que desestimula a ampla concorrência e, pelos valores expressivos, e em consonância com os princípios legais da ampla concorrência nos certames licitatórios, deve atentar, esta Secretaria, ao absoluto interesse público, em abranger o maior número de concorrentes possível.

Indo de encontro aos fatos, IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA contra o ato convocatório, especificamente contra os itens XII-4 Qualificação Econômico-Financeira e sua alínea “a, b e c”, dos documentos necessários à habilitação, por ser ilegal a exigência cumulativa dos três requisitos de qualificação econômico-financeira, conforme exposto adiante.

Segue a transcrição do Edital:

- a) balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, podendo ser atualizado por índices oficiais, quando encerrados há mais de 03 (três) meses da data da apresentação da proposta, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios. O licitante apresentará, conforme o caso, publicação no Diário Oficial ou Jornal de Grande Circulação do Balanço ou cópia reprográfica das páginas

do Livro Diário numeradas sequencialmente onde foram transcritos o Balanço e a Demonstração de Resultado, com os respectivos Termos de Abertura e Encerramento registrados na Junta Comercial ou no caso de empresas sujeitas à tributação com base no lucro real, o Balanço Patrimonial e Demonstração de Resultado emitido através do SPED (Sistema Público de Escrituração Digital) contendo Recibo de Entrega do Livro, os Termos de Abertura, Encerramento e Autenticação, podendo este último ser substituído pela Etiqueta da Junta Comercial ou Órgão de Registro.

b) certidão negativa de falência ou recuperação judicial expedida pelo distribuidor da sede do licitante, com data de expedição ou revalidação dos últimos 90 (noventa) dias anteriores à data da realização da licitação, prevista no **item X deste preâmbulo**, caso o documento não consigne prazo de validade.

c) demonstração de patrimônio líquido no montante mínimo de **10%** do valor a ser contratado, o qual será obtido com base na proposta final apresentada pelo próprio licitante, admitindo-se a atualização do balanço com base no INPC do IBGE.

Ocorre que o edital de licitação contém vícios insanáveis que devem ser extirpados, sob pena de anulação de todo o certame. Um dos princípios basilares do Direito Administrativo e da licitação pública é o da legalidade, não devendo o administrador público nunca afastar-se. Assim, ao inserir requisitos de habilitação em certame público, estes devem estar em consonância com a legislação em vigor.

01. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA – EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS QUE ROMPEM COM A LEGALIDADE

Inicialmente, a título de pré-compreensão, a impugnante esclarece que as razões articuladas na presente exordial baseiam-se em pontos simples e objetivos, a saber:

a) existe cumulação de requisitos econômico-financeiros, o que é vedado pela Lei de Licitações e jurisprudência;

b) o ato convocatório faz exigência da comprovação pelas licitantes de capital mínimo ou patrimônio líquido de 10% sobre o valor contratado, ensejando em confusão nos critérios de análise, mesmo que separado os lotes e a diferenciação de análise de julgamento por lote não são objetivas, o que pode gerar confusão na homologação e prejuízos futuros ao órgão.

Nos dizeres Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13. Ed., p. 451), “a qualificação econômico- financeira corresponde à disponibilidade de recursos econômico-financeiros para a satisfatória execução do objeto da contratação (...) incumbirá ao contratado executar com recursos próprios o

objeto de sua prestação”.

Esta é a teleologia ou a finalidade das exigências de capacitação econômico-financeira (art. 31 da Lei 8.666/93). Em termos mais diretos, a Administração necessita de assegurar-se de que o contratado terá condições financeiras de executar a avença pública travada.

Primeiramente, como ventilado anteriormente, há exigências cumulativas de qualificações econômico-financeiras.

Como é de conhecimento de Vossa Senhoria, a legislação atual determina que em casos em que as empresas licitantes não possuam um dos índices acima de 01, poderá qualificar-se pelo patrimônio líquido ou capital social. É o que determina o artigo 44 da Instrução Normativa n.º 02, de 11/10/2010, in verbis:

Art. 43. Os atos convocatórios devem conter cláusulas que assegurem o cumprimento das disposições contidas nestanorma, bem como as descritas nos incisos seguintes, de modo a explicitar que: I – quando se tratar de Pregão Eletrônico ou Cotação Eletrônica, o credenciamento deve estar regular; II – a regularidade fiscal, a qualificação econômico - financeira e a habilitação jurídica poderão ser comprovadas, por meio de cadastro no SICAF, na fase de habilitação; III – ao fornecedor inscrito no SICAF, cuja documentação relativa à regularidade fiscal e à qualificação econômico - financeira encontrar-se vencida, no referido Sistema, será facultada a apresentação da documentação atualizada à Comissão de Licitação ou ao Pregoeiro, conforme o caso, no momento da habilitação; IV – o cumprimento da exigência de que trata a legislação sobre trabalho infantil dar-se-á por meio de declaração firmada pelo licitante, na forma estabelecida no Decreto n° 4.358, de 5 de setembro de 2002; e V – a comprovação da situação financeira da empresa será constatada mediante obtenção de índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), resultantes da aplicação das fórmulas: Ativo Circulante + Realizável a Longo Prazo LG = -----
-----; Passivo Circulante + Passivo Não Circulante Ativo Total
SG = -----
-----; Passivo Circulante + Passivo Não Circulante Ativo Circulante LC
= -----
---;e Passivo Circulante Parágrafo único. O fornecedor registrado no SICAF terá os índices, referidos no inciso V deste artigo calculados, automaticamente, pelo Sistema.

Art. 44. O instrumento convocatório DEVERÁ PREVER, também, que as empresas que apresentarem resultado igual ou menor que 1 (um), em qualquer dos índices referidos no inciso V do art. 433 desta norma, quando da habilitação, deverão comprovar, considerados os riscos para a Administração, e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou o patrimônio líquido mínimo, na forma dos §§ 2º e 3º, do art. 31 da Lei n°

8.666, de 1993, como exigência para sua habilitação, podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do § 1º do art. 56 do referido diploma legal, para fins de contratação

Diante do entendimento do TCU expresso no Acórdão n. 247/2003, Plenário, Relator Ministro Marcos Vileça, deixa claro que é suficiente a comprovação da qualificação econômico-financeiro das licitantes através da apresentação de seus índices :

São a Liquidez Geral (LG) e a Liquidez Corrente (LC) os índices utilizados pelo subitem 6.3 do edital (fls. 22) para a comprovação da boa situação financeira da proponente. Quanto maiores esses índices, melhor. Um índice de LG menor do que 1 demonstra que a empresa não tem recursos suficientes para pagar suas dívidas, devendo gerá-los. Já um índice de LC menor do que 1 demonstra que a empresa de pequeno ou grande porte poderia participar da concorrência, independentemente de capital ou de patrimônio líquido mínimo, desde que tivesse seus índices contábeis nos valores normalmente adotados para comprovar uma boa situação financeira. Da análise dos índices exigidos, verifica-se a exigência de se obter uma pontuação mínima de quatro pontos para fins de habilitação no certame. Entende-se, s.m.j, que empresas que apresentem estrutura de capital, índice de liquidez corrente e índice de liquidez geral maiores ou iguais a 1 comprovam boa situação financeira. Nestes termos, verifica-se que se uma licitante apresentar índice de estrutura de capital entre 98,60 e 100,99, ILC entre 1,01 e 1,06 e ILG entre 1,01 e 1,06 conseguiria a pontuação de 4,14, nos termos do Anexo III — Planilha de Cálculo da situação financeira de empresas — consultoria. Depreende-se, assim, que já está sendo exigida boa situação financeira das empresas através dos índices, o que torna desnecessário e restritivo sua exigência com os demais requisitos para se aferir a qualificação econômico-financeira.

Não bastasse isso, para garantir a contratualidade, o órgão, como forma de ampliar a competitividade poderia, ou melhor, DEVERIA solicitar a garantia financeira prevista pelo art. 56 da Lei 8.666/93, a qual poderia ser neste sentido, e com certeza aumentaria as chances de uma contratação com órgão:

“No prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contados da data de início da vigência do contrato, a CONTRATADA deverá apresentar garantia na importância correspondente a 5% do valor anual da contratação. §1º - Nos termos do art. 56, § 1º, da Lei 8.666/1993, a CONTRATADA poderá optar por uma das seguintes modalidades de garantia: I) caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; II) Seguro- garantia; III) Fiança bancária;”

Todo este montante, segundo as alegativas dessa Pública Administração, serviria para resguardar uma futura e eventual responsabilidade subsidiária trabalhista (Súmula 331/TST), a qual, inclusive, após a decisão do STF na ADC n. 16- DF, somente se dará caso seja efetivamente comprovada a culpa da Administração contratante.

É muito importante frisar que toda esta restritividade, que só vem a diminuir o universo de proponentes (e dificultar o encontro do menor preço), também perde o sentido quando se considera que essa Administração Pública poderá realizar uma provisão mensal, mediante depósitos em conta vinculada, para fazer frente a haveres trabalhistas, cf. disposição encartada na IN 03/2009 MPOG, caso o certame em epígrafe fosse a prestação de serviços continuados, com dedicação exclusiva de mão-de-obra, veja-se:

Art. 19-A Em razão da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o edital poderá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra. I - previsão de que os valores provisionados para o pagamento das férias, 13º salário e rescisão contratual dos trabalhadores da contratada serão depositados pela Administração em conta vinculada específica, conforme o disposto no anexo VII desta Instrução Normativa, que somente será liberada para o pagamento direto dessas verbas aos trabalhadores, nas seguintes condições: a) parcial e anualmente, pelo valor correspondente aos 13ºs salários, quando devidos; b) parcialmente, pelo valor correspondente aos 1/3 de férias, quando dos gozos de férias dos empregados vinculados ao contrato; c) parcialmente, pelo valor correspondente aos 13ºs salários proporcionais, férias proporcionais e à indenização compensatória porventura devida sobre o FGTS, quando da demissão de empregado vinculado ao contrato; d) ao final da vigência do contrato, para o pagamento das verbas rescisórias; e e) o saldo restante, com a execução completa do contrato, após a comprovação, por parte da empresa, da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço contratado;

Note-se que nem mesmo a cumulação das exigências de Patrimônio Líquido mínimo com as garantias do art. 56 da Lei 8666/93 é vista com bons olhos pela Jurisprudência do TCU:

Abstenha-se de.

- *exigir capital social mínimo, cumulativamente com a prestação da garantia prevista no art. 31, inciso III, da Lei 8.666/1993, uma vez que o § 2º do mencionado artigo permite tão somente à Administração exigir, ALTERNATIVAMENTE, capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo ou as garantias previstas no*

§ 1º do art. 56 do referido diploma legal;

- *estabelecer condições não previstas no art.31 da Lei nº 8.666/1993,*

especialmente não exigindo comprovação de capital integralizado;

Acórdão 2882/2008 Plenário

De notar-se que a garantia financeira de que trata o art. 56 da Lei 8666/93, por si só, já seria mais do que idônea para resguardar a execução contratual, sendo que a recorrente, em momento algum, aduziu oposição a esta exigência. Sobre o tema, pertinente é o escólio de Justen Filho: “[...] qual é o melhor, para a Administração, entre a situação de o licitante ser titular de um certo patrimônio líquido ou de apresentar um seguro-garantia no mesmo valor? A resposta é evidente. o mais satisfatório é o seguro-garantia, inclusive porque a evolução dos fatos pode conduzir à redução do patrimônio líquido do sujeito, sem que tal sequer chegue ao conhecimento da Administração. Já o seguro-garantia ou outra das alternativas previstas no art. 56, §1º, envolve uma situação de segurança muito mais efetiva” (grifou-se).

Esta seria uma solução otimizada, representando uma garantia de perfeita execução contratual, com um máximo de competitividade.

Mas, como visto, essa Administração licitante não procurou cercar-se de garantias mínimas para a execução do objeto contratado, tal qual preconiza o inc. XXI do art. 37 da CF.

Buscou garantias MÁXIMAS, cumuladas, o que tem como efeito degenerado a restrição do caráter competitivo do certame, reduzindo, via de consequência, as chances de encontrar-se o melhor preço.

Acórdão 434/2010 Segunda Câmara Ademais, o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, estabelece que somente serão permitidas, nos processos licitatórios, exigências de qualificação técnica e econômica “indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Assim, a exigência de 10% do capital social ou patrimônio líquido, em uma licitação de caráter duplo de julgamento, com ME/EPP's e com ampla concorrência, a mera sujeição do índice é um LIMITADOR DE COMPETITIVIDADE, desrespeitando o princípio basilar do pregão eletrônico.

Sugerimos que seja abaixado para 5% (cinco por cento), o que aumentará as chances de melhoria de contratação ou apenas a exigência das garantias contratuais, conforme artigo 56 da Lei 8666.

O capital social de uma empresa nada mais é que o montante necessário para se constituir e iniciar suas atividades empresariais, enquanto a mesma não gera recursos suficientes para se sustentar.

Em que pese a clara utilidade exposta acima, em alguns editais de licitação há a

exigência de comprovação de capital social mínimo, para participação da licitante ao certame, o que, como será demonstrado adiante, não é um meio próprio a qualificação econômicofinanceira inicialmente, mas sim para ser utilizado de forma secundária, conforme vemos nos editais do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região – PE/17/2011, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – PE/78/10, Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região – PE/20/2009, Tribunal Superior do Trabalho – PE/123/2011 e PE/102/2007, Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – PE/02/2012–SRP.

Destaca se que inicialmente, para ser verificada a situação financeira de uma empresa, existem os índices contábeis que demonstram a real situação da empresa.

Deste modo, a qualificação econômica financeira não é um conceito absoluto, sendo relativo ao vulto dos investimentos e despesas necessárias à execução da prestação. Deste modo, a citada qualificação somente poderá ser apurada em função das necessidades concretas de cada caso.

Assim, não é necessária a comprovação atinente a todos os incisos do art. 31, conforme ensinamentos do Doutrinador Marçal Justen Filho, na obra Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 14ª Edição, Editora Dialética, 2010, pág. 469, in verbis: “... não existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do art. 31 da lei 8.666/93”. (STJ – Resp nº 402.711/SP, rel. Min. José Delgado, 11/06/2002)

Ante todos os argumentos acima, resta claro o equívoco nos editais de licitação que exigem das licitantes comprovações consideradas abusivas pelo próprio TCU.

É sabido que a saúde financeira de uma empresa vai muito além da medição por índices contábeis, tais como os índices pedidos no edital, em comento. A administração pública tem procurado, por intermédio dessas ferramentas, avaliar as condições de fazer das empresas em face do cumprimento das obrigações que vier a assumir e assegurar-lhe sucesso na contratação. As exigências editalícias devem caracterizar-se, em essência, como um processo competitivo direcionado a dois objetivos a ser perseguidos em qualquer procedimento de licitação: selecionar a proposta mais vantajosa para a Instituição e assegurar aos possíveis interessados tratamento isonômico.

O procedimento licitatório tem como princípio fundamental garantir a isonomia entre os licitantes. A importância dada pelo legislador ao referido princípio é tamanha que o artigo 3º da Lei nº 8.666/93 chega a afirmar que a “licitação visa garantir o princípio constitucional da isonomia”. Exagerou o legislador. Não obstante a elevadíssima importância do princípio em tela, o objetivo da licitação é atingir a melhor oferta ao Estado. Ainda assim, é válido o conceito da importância do princípio

da igualdade. Mesmo considerando a essencialidade da igualdade entre as licitantes, é necessário destacar em que termos será analisada a igualdade entre as participantes do certame. Aqui vale a máxima jurídica: “igualdade é tratar de maneira igual os iguais e desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades”.

Este é o conceito que deve ser observado quando da análise da habilitação de uma empresa. Deve ser verificado, exclusivamente, se a proponente detém condições de execução do contrato.

O § 3º do artigo 31 da Lei nº 8.666/93 está claramente inserido nesse contexto. Ao estipular um limite geral de 10% do valor a ser contratado, o legislador buscou cercear a discricionariedade do administrador, antevendo a possibilidade de condições altamente restritivas no certame e que ultrapassariam a função da fase de habilitação que é, repisa-se, de estabelecer uma linha mínima de segurança contratual. Convém debruçar sobre o parâmetro de composição da regra. O dispositivo legal regula a exigência habilitatória em até 10% do valor estimado da contratação.

Há que ser feita uma interpretação do dispositivo legal de forma mais ampla, levando em conta a intenção do legislador quando da composição da norma, além da mera interpretação literária.

Considerando o texto legislativo atual, a Administração pode exigir a comprovação de capital social ou patrimônio líquido mínimo até o limite de 10%. A Administração não está obrigada a exigir exatamente dez por cento mas, sim, estabelecer, no intervalo de 0% a 10%, qual o critério mais adequado àquele específico procedimento licitatório.

Lúis Carlos Alcoforado (Licitação e Contrato Administrativo. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. p. 186) explica essa margem a ser utilizada pela Administração, lembrando, ainda, o dever de o administrador justificar o percentual adotado para aquele procedimento licitatório:

Limite do valor do capital mínimo ou do patrimônio líquido – Se o capital ou o patrimônio líquido tem a finalidade de comprovar, objetivamente, a qualificação econômico-financeira do licitante, a norma estabeleceu um limite paradigmático. [...] Dispõe a Administração de uma margem considerável de até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação. Qualquer percentual dentro desse limite observará o comando legal, sendo certo, contudo, que para melhor transparência administrativa, é de bom alvitre que a Administração justifique o percentual escolhido.

A necessidade de justificar o percentual escolhido é pacífica no entendimento do Tribunal de Contas da União: 9.4.2. faça constar dos autos justificativas para o percentual fixado de capital ou de patrimônio líquido mínimo em relação ao valor estimado da contratação (§§ 2º e 3º do art. 31 da Lei 8.666/93), assegurando-se de que

não restrinja o caráter competitivo do certame;

É, portanto, plenamente lícita a exigência editalícia de comprovação, na fase de habilitação, que a empresa possua patrimônio líquido ou capital social superior a 5% do valor da proposta final, ou seja: o valor do contrato. O que seria de extrema valia e aumento de competitividade em favor do órgão e dos cofres públicos.

Por fim, cumpre destacar a importância de uma análise mais criteriosa da exequibilidade da proposta ofertada, quando aberto o procedimento licitatório pela interpretação ora defendida. É fundamental que a Administração proteja-se contra uma possível fraude com a oferta de uma proposta inexecutável que tenha por objetivo, exclusivamente, atender ao requisito de qualificação econômico-financeira vinculado à proposta oferecida pela própria licitante a ser beneficiada.

02. DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

A Lei Federal nº 8.666/93 (licitações e contratos), dispõe que qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação das mesmas.

Considerando que a abertura do certame está prevista para o dia 06/09 e, que o prazo máximo para impugnar os termos do edital é DE ATÉ DOIS DIAS ÚTEIS ANTES, resta comprovado que a presente impugnação é tempestiva, merecendo a mesma ser conhecida, analisada e respondida pela CPL, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113 da Lei 8.666/93.

“23.1 Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar da Comissão Setorial Permanente de Licitação esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.

23.2 As petições de impugnação e os esclarecimentos deverão ser protocolados na recepção da COPEL/SMED, sito à Av. Anita Garibaldi, Nº 2981, Térreo, Sala da COPEL, Rio Vermelho, CEP: 40.170-130, Salvador, Bahia, ou encaminhados por meio eletrônico, via internet, para o endereço copel@educacaosalvador.net.”

03. DO PROTOCOLO NO MINISTERIO PUBLICOS DA BAHIA E TRIBUNAL DE CONTAS DA BAHIA

Ressalta-se a presente peça está sendo protocolada simultaneamente nos órgãos fiscalizadores da presente licitação.

**04.DE DECISÕES FAVORÁVEIS PARA AMPLIAR A DISPUTA E PELO 5%
DO CAPITAL SOCIAL OU PATRIMONIO LIQUIDO**

Seguem em anexo.

05. DO PEDIDO

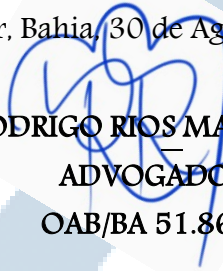
Por tudo acima exposto, requer a impugnante que seja alterado o ato convocatório de forma que seja possível a qualificação econômico-financeira pelos índices contábeis (ILG, ILC e ISG) ou alternativamente pelo capital social ou patrimônio líquido de no mínimo 5% do valor do contrato proposto pela licitante, caso a mesma não possua todos os índices maiores que um.

Assim sendo, viemos gentilmente por meio deste, como rege a lei, de forma a solicitar que o edital seja readequado, de modo a evitar uma eventual reparação pelo Tribunal de Contas do Estado Bahia ou pelo Ministério Público, e ainda com possível responsabilização na pessoa física do servidor, se comprovada, em âmbito civil e penal.

Na improvável hipótese de não acatamento, essa peça será apresentada aos órgãos superiores fiscalizadores deste órgão.

Nesses termos,
Pede deferimento.

Salvador, Bahia, 30 de Agosto de 2017


RODRIGO RIOS MARQUES
ADVOGADO
OAB/BA 51.860