

REPOSTA A IMPUGNAÇÃO

PROCESSOS ADM Nº 22.001/2023 - CP.

Assunto: IMPUGNAÇÃO DE EDITAL CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 22.001/2023 - CP.

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO DE ESTRADAS VICINAIS, DO MUNICÍPIO DE ICÓ/CE, A PARTIR DO MAIOR PERCENTUAL DE DESCONTO OFERTADO SOBRE A TABELA DE CUSTOS VERSÃO ATUALIZADA, DA SECRETÁRIA DA INFRAESTRUTURA DO ESTADO DO CEARÁ (SEINFRA) E/OU SISTEMA NACIONAL DE PESQUISA DE CUSTOS E ÍNDICES (SINAP) - TABELA SINTÉTICA COM DESONERAÇÃO, ACRESCIDA DO BDI, JUNTO AO MUNICÍPIO DE ICÓ.

Impugnante: ENGNORD CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA, inscrito no CNPJ sob o nº. 32.410.406/0001-39.

Impugnado: Presidente da CPL.

PREÂMBULO:

A Presidente da Comissão de Licitação do Município de ICÓ, vem responder ao pedido de impugnação do Edital nº 2708.01/2021, impetrado pela empresa ENGNORD CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA, com base no Art. 41, parágrafo 2º, da Lei 8.666/93 e suas posteriores alterações.

Preliminarmente há que se esclarecer que a referida impugnação não tem efeito de recurso, portanto não há que se falar em efeito suspensivo, tampouco sua remessa a autoridade superior, tem o Presidente da CPL nesta fase processual, todos os poderes para averiguação de quaisquer contestações que se façam ao texto editalício, decidindo sobre cada caso, conforme a legislação pertinente.

Podemos concluir desta forma pelas recomendações do art. 41, parágrafo segundo, também citado pela impugnante, senão vejamos:

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

O Art. 41, § 2º alhures é taxativo, a comunicação de impugnação do edital não terá efeito de recurso, portanto não terá efeito suspensivo.

Cumpra ainda esclarecer que a Lei 8.666/93, nos §§ 1º e 2º do art. 41, estabelece os prazos e quem tem legitimidade para impugnar o edital de licitação. Pela simples leitura dos dispositivos legais, e pelos dados fornecidos pela impugnante trata-se da situação presumida de comprovação de licitante.

SÍNTESE DA DEMANDA:

A impugnante questionar mais uma vez, em nova peça impugnatória, requisitos habilitatórios exigidos no edital relativo ao item 4.2.5.1.1 do edital alega que ao prevê apenas a comprovação de capital social mínimo o edital contraria a norma legal da lei 8.666/93, que prevê a comprovação de capital social mínimo ou patrimônio líquido.

Ao final pede que seja alterado o item 4.2.5.1.1 do edital para que seja incluído o patrimônio líquido como forma de comprovação da qualificação econômico financeira.

DO MERITO:

A impugnante sustenta que a exigência prevista no item 4.2.5.1.1 se torna ilegal e contrária a lei 8.666/93, que prevê, na sua interpretação, a comprovação simultânea de capital social mínimo ou patrimônio líquido como forma de comprovação da qualificação econômico financeira da empresa quando exigido no edital o que discordamos frontalmente e passamos a discutir.

Note-se que a habilitação financeira tem o condão precípua de avaliar se o pretense contratado tem condições mínimas, sob o enfoque financeiro, de garantir a execução do contrato, vale dizer, se ele poderá suportar todos os custos que virão da execução do contrato. Para análise da saúde financeira das pretensas contratadas a Administração poderá exigir os requisitos postos no art. 31 da Lei nº 8.666/93. O § 2º, deste dispositivo, determina que a Administração poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo **OU** de patrimônio líquido mínimo, **OU** ainda as garantias previstas no seu § 1º do art. 56, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes.

Contudo concordamos que a forma descrita na exigência de qualificação econômica financeira foi mal redigida merecendo ser reformulada como forma de garantia ao atendimento do que exige a lei 8.666/93, como discutido que prevê a possibilidade de comprovação a exigência de capital mínimo **OU** de patrimônio líquido mínimo, devendo esta ser verificada no Balanço Patrimonial e não apenas no ato constitutivo da empresa. Ressaltamos que tal alteração proceder-se-á através de adendo de modificação ao edital.

O artigo 31, § 3º da Lei nº 8.666/93 estabelece que:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
[...]

§ 3º **O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido** a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

Sobre a temática colho julgados do TCU sobre a matéria em sede jurisprudencial pacífica:

A exigência de *capital mínimo* deve observar o valor estimado de cada item e não o valor global a ser contratado.

Acórdão 705/2008-Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES

SÚMULA TCU 275: Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, *capital social mínimo*, patrimônio líquido *mínimo* ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.

Acórdão 1321/2012-Plenário | Relator: VALMIR CAMPELO

A Administração pode estabelecer em edital exigências de **capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, até o limite 10% do valor estimado da contratação**, ou ainda de garantias.

Acórdão 1171/2008-Plenário | Relator: MARCOS VINÍCIOS VILAÇA



Torna-se necessário esclarecer a diferença conceitual entre os valores contábeis citados pela norma legal, vejamos: O patrimônio líquido é o valor contábil que representa a diferença entre ativo e passivo no balanço patrimonial de uma empresa. Em síntese, o patrimônio líquido nada mais é do que o valor contábil que sócios e/ou acionistas têm na empresa em um determinado momento, é o valor disponível para fazer a sociedade girar.

Já o capital social, do ponto de vista contábil, é parte do patrimônio líquido. Ele representa valores recebidos pela empresa dos sócios, ou por ela gerados e que foram formalmente incorporados ao Capital.

O patrimônio líquido é variável de acordo com o exercício da atividade da empresa. Já o capital social só poderá ser alterado mediante deliberação dos sócios, isto é, independe do exercício da atividade da empresa.

Portanto, percebe-se que do ponto de vista contábil o capital social e patrimônio líquido possuem finalidades distintas, porém, verifica-se, desde logo que, numa contratação pública, ambos têm a mesma função, qual seja, a de indiciar a qualidade das finanças e o patrimônio da empresa que será contratada.

Logo, tendo em vista que na contratação pública eles cumprem a mesma função, **estes sim não devem ser exigidos cumulativamente.** Nesse sentido optou-se pela exigência de capital social mínimo ou patrimônio líquido.

Aduza-se ainda por oportuno que não é incomum deparamo-nos no dia a dia das licitações públicas com garantias sem validade, indevidas e até falsificadas, por estas razões nos cercamos de precauções para devida conferência e atestação da veracidade dessas informações, o que leva um tempo determinado, de modo que os três dias anteriores também se destinam a garantir cada vez mais segurança e celeridade ao certame, evitando-se entraves, nesse caso na fase de habilitação.

É salutar que se esclareça que as condições de cada certame merecem análise distinta e peculiar tendo-se em vista as suas características individuais, não se deve ao menos de longe cogitar que obras de simplicidade rotineira se comparem com serviços do crivo do objeto desta licitação, para serviços de maior vulto, há que se cercar da segurança devida e exigida para o caso, daí se pondera a indispensabilidade de uma exigência ou outra ou ainda a cumulação de tais, essa é a regra de analogia aplicada com frequência.

Assim, podemos verificar que a exigência referida é cabível legal, restando justificada sua exigência.

Isto posto, restam comprovadas a regularidade das exigências supramencionadas, de maneira que não se pode interpretar o edital de forma diversa ao sentido das normas nele contido, mormente quando não se está mais em fase legal para tanto.

A administração no zelo pela coisa pública e em prol do interesse público deverá sempre que a licitação ensejar o dispêndio de vultuosas quantias, exigir e certificar-se que o futuro contratado possui condições de tocar o pretense contrato.

A nosso ver, poderia até ser considerada desídia dessa Administração deixar de exigir tais condições das empresas licitantes, face à complexidade do objeto envolvido, sob pena de, não raro, restar prejudicada a execução do objeto a contento, em prejuízo ao interesse público, do qual não se pode descuidar.

Sequer poder-se-ia afirmar, neste caso, que as exigências editalícias seriam restritivas da competição, nos termos do art. 3º, §1º, inc. I da Lei 8.666/93.



Com efeito, proclama o mencionado artigo:

"§1º do art. 3º. É vedado aos agentes públicos:

I-admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas e condições que comprometam, restrinjam ou frustem o seu caráter competitivo e estabelecem preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede, ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato" (grifo nosso).

Assim sendo, não se pode, por amor à competição, deixar de prever requisitos que sejam *legais, pertinentes e relevantes* ao atendimento do objeto perseguido, à luz do interesse público, porque não é essa a *ratio legis*.

O renomado Marçal Justen Filho, diz em relação ao art. 3º, §1º da Lei em tela:

"O dispositivo não significa, porém, vedação à cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas. Nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A inviabilidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF (... o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações)".

Um pouco mais adiante diz:

"O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir"

Ademais, as exigências ora contestadas, nada mais objetivam, que o zelo desta Administração é contratar somente com fornecedores que tenham condição **econômico-financeira**, comprovadas ainda na licitação, de atenderem na íntegra a contratação que derivará de tal procedimento.

Tais objetivos, aliás, estão muito bem delineados por Verri Jr., Luiz Tavolaro e Teresa Arruda Alvim Wambier, quando afirmam:

"(...) o processo licitatório deve servir para verificação das 'qualificações técnica e econômica'"(dentre outras) "do licitante. Não é difícil entender o porquê dessa previsão. Basta lembrar que os contratos administrativos envolvem o dispêndio de recursos públicos e destinam-se a obter prestações de interesse público - recursos e interesses estes que não podem ser colocados em risco. Logo, ao escolher seu parceiro contratual, a quem vai entregar dinheiro público e confiar a persecução do bem público, o Poder Público pode - e deve - formular exigências destinadas a obter excelente garantia de que o contratado está apto, tanto técnica como economicamente, a cumprir o avençado. Deixar de fazê-lo seria violar a Constituição, colocando em risco valores por ela especialmente protegidos. Assim, no contrato administrativo justifica-se uma cautela redobrada, um rigor especial, na escolha do contratado. Não é possível celebrar

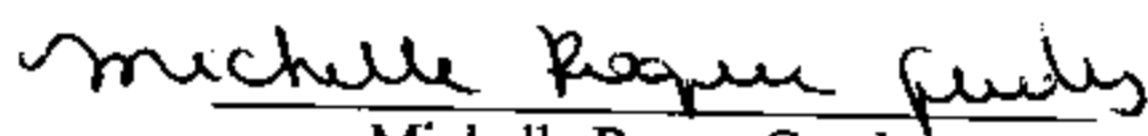


contrato com pessoa incapaz de oferecer, já durante a licitação, garantias de que terá capacidade econômica de tocar o empreendimento, bem como capacidade técnica para fazê-lo com competência. A formulação, nos editais de licitação, de exigência a serem atendidas pelo licitante, a fim de comprovar sua qualificação técnica e econômica, tem base constitucional;...trata-se simplesmente de fazer prevalecer o interesse público (qual seja: o de não correr o risco de contratar com empresas desqualificadas) sobre o interesse privado (a saber: o de obter o máximo possível de negócios)."(grifou-se) In Licitações e Contratos Administrativos; São Paulo : RT, 1999, p. 100.

DA DECISÃO

Isto posto, após análise, sem nada mais evocar, **CONHEÇO** da Impugnação interposta pela empresa **ENGNORD CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA**, inscrito no CNPJ sob o nº. 32.410.406/0001-39, e no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO** para alterar o edital na forma discutida através de adendo de retificação bem como será recontado o prazo de abertura do certame na forma prevista no art. 21, § 4º da lei 8.666/93.

Icó (CE), em 15 de junho de 2023.


Michelle Roque Guedes
Presidente da Comissão de Licitação