

[illegible]



USUÁRIO DA CRIAÇÃO DO PROCESSO
110225-JONATHAN OLIVEIRA ROCHA--ASSESSOR 3 - AS 3

REQUERENTE	EBSERV - EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA.
ASSUNTO	LICITAÇÃO / IMPUGNAÇÃO DE EDITAL
COMPLEMENTO	IMPUGNAÇÃO - PP 14/2023

A PREFEITURA MUNICIPAL DE MARICÁ

PREFEITURA DE MARICÁ
12917/2023
26/06/23
FLS. 03

A(o) Ilustríssimo (a) Pregoeiro (a)**PREGÃO PRESENCIAL 14/2023**

A empresa EBSERV - EMPRESA BRASILEIRA DE SERVICOS TERCEIRIZADOS LTDA, inscrita no CNPJ 06.176.765/0001-63, com sede na Pedro Machado da Silva, 170, Fundos, Bairro Paraná, Palmital/SP, neste ato representada, pelo seu sócio Valdomiro Cesar Ferreira Alves, portador da Carteira de Identidade nº 6.795.678-6 SSP/SP e do CPF nº 881.400.498-20 vem mui respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, com fulcro na Lei 8.666/93, apresentar

IMPUGNAÇÃO

Pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

12917/23
260623
04

1. DOS FATOS

O Edital em epígrafe contém vício que deve ser corrigido o qual prejudica o caráter competitivo do certame e a procura pela proposta mais vantajosa para a Administração Pública, conforme abaixo explanado.

Desta forma afronta os princípios constitucionais que prezam pela legalidade, eficiência, isonomia, competitividade, razoabilidade e finalidade.

2. DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO FINANCEIRA

B – QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

B.6) Comprovação de patrimônio líquido igual ou superior a 10% do valor estimado para a contratação

Ocorre que esta solicitação vai de encontro com a Constituição Federal, a Lei 8.666/93, e o entendimento de nossos Tribunais, conforme abaixo delineado.

Não raramente identificamos exigências neste sentido que demonstram desarrazoadas e desprovidas de amparo jurídico.

Essa premissa é o entendimento disposto no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, **que considera como legítima apenas as “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.**

Não se esquecendo que nossa Constituição Federal dispõe que: “nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**

Acho que o órgão se esqueceu que nenhuma Lei pode ferir a Constituição,
o que se dirá de um Edital.

PREFEITURA DE MARICÁ
PROCESSO Nº: 729/7/23
DATA DE INÍCIO: 26/06/23
RUBRICA: 1 FLS: 05

Nessa mesma linha, a Lei nº 8.666/93 Lei das Licitações, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, em consonância com a diretriz Constitucional, veda que os agentes públicos pratiquem atos tendentes a restringir ou frustrar o caráter competitivo do certame, demonstrando mais uma vez a preocupação do legislador com a efetividade do princípio da ampla concorrência.

Assim sendo, destaca-se que em face do princípio da legalidade, não podem ser solicitados documentos de habilitação, além os contemplados nos arts. 27 e seguintes da Lei nº8.666/93, cujo rol é **EXAUSTIVO**.

O artigo 27 determina:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal e trabalhista;

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

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

I - 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, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Marçal Justen Filho ao analisar os dispositivos da Lei nº8.666/93, que dizem respeito aos documentos de habilitação, comenta:

“O elenco dos requisitos de habilitação está delineado em termos gerais nos arts. 27 a 32 da Lei de Licitações. É inviável o ato convocatório ignorar os limites legais e introduzir novos requisitos de habilitação não autorizados legislativamente. **O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos.**” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários a lei de licitações e contratos administrativos. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 537 e 541).

A comprovação da boa situação financeira da empresa licitante deve ser realizada através de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação, sendo vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

Segundo a Constituição Federal, Artigo 37, inciso 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.”

Assim a Lei nº. 8.666/93 tem em seu fim determinar que toda licitação deverá resguardar o interesse público, utilizando-se, para tanto, a garantia da participação total, ampla e irrestrita das pessoas que se fizerem interessadas.

Portanto a licitação deve ser norteadada para ampliar a participação do maior número de licitantes possíveis, e a solicitação do item B.6 de comprovação de patrimônio líquido igual ou superior a 10% do valor estimado para a contratação, restringe a competição do certame, caso o órgão queira mais segurança em sua contratação deve exigir uma garantia, já que o art. 56 da lei 8.666/93 traz esta possibilidade.

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em 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.

O art. 3º da Lei 8.666/83 traz em seu bojo o Princípio constitucional da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública, a solicitação de comprovação de patrimônio líquido igual ou superior a 10% do valor estimado para a contratação, fere estes princípios.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade

administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

O artigo 31 acima transcrito em seu §5º define que a boa situação financeira do licitante será comprovada por meio dos índices contábeis.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

Neste sentido é o posicionamento de nossos Tribunais:

Mandado de Segurança – Licitação – Limites da discricionariedade. A Administração dispõe de discricionariedade como instrumento de satisfação adequada a um certo interesse, mas deve utilizá-la dentro de certos parâmetros, fora dos quais se transformarão em ilegitimidade (BANDEIRA DE MELLO. Licitação). (Apelação Mandado de Segurança 101.692 – PE (3498344), DJ de 28/6/84).

Frisa-se a desnecessidade de exigências mais complexas, quando preenchidos outros requisitos **no caso, índices de saúde financeira.**

Nesse sentido, qualquer empresa de pequeno ou grande porte poderia participar do certame, independentemente de capital ou de patrimônio líquido mínimo, desde que tivesse os seus índices contábeis nos valores normalmente adotados para comprovar sua boa situação financeira. A capacidade financeira, pode ser mensurada através do Patrimônio Líquido, desde que os índices contábeis não atendam ao edital.

A redação do disposto no artigo 31, § 1º, da Lei 8.666/93, refere-se aos índices contábeis que podem ser exigidos no edital para aferir a qualificação econômico-financeira, limitando-se à “demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato”, **POIS É O QUE BASTA PARA COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE ECONÔMICA FINANCEIRO DO LICITANTE.**

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

Nesta seara o Tribunal de Contas da União editou a Súmula nº 289 que consolida entendimento diversas vezes adotado em sua jurisprudência sobre a demonstração da capacidade financeira dos licitantes:

“A exigência de índices contábeis de capacidade financeira, a exemplo dos de liquidez, deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender às características do objeto licitado, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula incluía rentabilidade ou lucratividade.”

Marçal Justen Filho, ensina:

“Pode afirmar-se que, em face da Constituição, o mínimo necessário à presunção de idoneidade é o máximo juridicamente admissível para exigir-se no ato convocatório. Logo, toda vez que for questionada acerca da inadequação ou excessividade das exigências, a Administração terá de comprovar que adotou o mínimo possível. Se não for possível comprovar que a dimensão adotada envolvia esse mínimo, a Constituição terá sido infringida. Se a Administração não dispuser de dados técnicos que justifiquem a caracterização da exigência como indispensável (mínima), seu ato será inválido. Não caberá invocar competência discricionária e tentar respaldar o ato sob argumento de liberdade na apuração do mínimo. É claro que a referência constitucional se reporta ao mínimo objetivamente comprovável - não àquilo que parece ser o mínimo em avaliação meramente subjetiva de um agente” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, São Paulo, 1999, pág. 294).

O professor Robertônio Santos Pessoa, preleciona a respeito do princípio da eficiência:

“(…)Assim, no uso de uma competência discricionária o gestor público não detém a prerrogativa de optar por uma solução que seja, no ponto de vista técnico, de eficácia duvidosa, ou comprovadamente menos eficiente diante de outras alternativas possíveis. Conduta contrária a esta diretriz viola o próprio princípio da legalidade e, por tabela, o novel princípio da eficiência, posituação agora explícita de uma exigência inerente àquele.” (PESSOA, Robertônio Santos. Princípio da eficiência e controle dos atos discricionários. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 35, outubro de 1999. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=342>.)

Assim o poder discricionário não atribui poder ilimitado ao gestor público, mas sim entrega maior responsabilidade a ele de utilizar esse poder de forma razoável, proporcional e legal.

Diante da ampla narrativa acima, onde as normas disciplinadoras das licitações públicas e a pacífica jurisprudência determinam que as mesmas devem ser interpretadas em favor da ampliação da disputa, o edital deve ser retificado para que caso a empresa não apresente índices contábeis satisfatórios as mesmas devam apresentar capital social ou patrimônio líquido não inferior a 10%, ampliando a competitividade do certame e dando a segurança e melhor preço para administração pública.

3. DO DIREITO

Nesse sentido, o princípio da competitividade está extremamente ligado ao princípio da isonomia. A Administração deve prover condições para que haja uma competição, disponibilizando condições equânimes para todos os interessados. Logo não há como haver competitividade sem isonomia, e não há isonomia sem competição.

A Constituição Federal vincula os atos da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e dispõe:

Artigo 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.

Neste sentido, em consonância ao princípio da Soberania Constitucional, a Lei de Licitações nº 8.666/93 veda de forma clara e veemente a utilização de quaisquer manobras, atos, cláusulas e/ou condições, julgamentos e decisões que discriminem ou afastem o caráter competitivo do certame.

A competitividade é um princípio fundamental da licitação e tem a devida proteção pela legislação, tipificando a ação injusta e culminando pena aos agentes que ensejarem frustrar este princípio.

Ressalta-se que tal atitude desta Prefeitura fere frontalmente os princípios elencados no artigo 3º da Lei 8.666/93, principalmente o **Princípio da isonomia** e o **Princípio da livre concorrência**.

Art. 3º A licitação destina-se a garantia a observância do princípio constitucional, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo.

A conduta deste órgão, impacta o **princípio da livre concorrência**, encartado no artigo 170, inciso IV, da Constituição, de observância obrigatória pelos órgãos e entidades da Administração Pública, os quais não podem tolerar manobras tendentes à eliminação da concorrência principalmente no âmbito das licitações, onde se almeja alcançar o melhor preço para a Administração Pública.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - Livre concorrência;

Um Órgão Público não pode ferir a Lei, com exigências que frustram o caráter competitivo do certame.

“O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 42).”

Direito Administrativo tem princípios gerais que servem de norte a todo o regime jurídico-administrativo. Há, entre estes, princípios implícitos e explícitos no texto legal.

Os princípios implícitos podem ser encontrados nas entrelinhas das normas escritas, e são também chamados de princípios não escritos. Derivam de valores sociais e da interpretação do direito posto, e servem de base para a construção de raciocínios jurídicos, teses, bem como da produção do próprio Direito. Já os princípios explícitos estão expressos nos textos dos diplomas normativos.

Os princípios podem ser, ainda, gerais de Direito ou específicos atinentes às matérias em apartado. Exemplo disso é o regime jurídico-administrativo das licitações e contratos, que conta com princípios próprios.

O princípio da legalidade, que é flagrantemente violado com esta conduta da Administração, por razões evidentes. Há, com isso, um imperativo normativo de determinada conduta que aqueles que atuam na Administração devem interpretar o verdadeiro sentido da norma.

Assim, qualquer exigência no edital deve ser aplicada em conformidade com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, inerentes à Administração Pública, buscando seu único fim, qual seja, a participação ampla das interessadas nos processos licitatórios promovidos pela Administração Pública, e não restringir esta participação. Afinal, somente desta forma estar-se á assegurando uma conduta justa e ilibada da Administração na prática de seus atos.

4. DO PEDIDO

Diante de todo o exposto requer-se:

1. a suspensão do Pregão Presencial 19/2023, para que:

2. seja retirado do edital o item B.6 do edital.

PREFEITURA DE MARICÁ
PROCESSO Nº: 12917/23
DATA DE INÍCIO: 26/06/23
RUBRICA: FLS: 94

Termos em que pede deferimento.

Palmital, 26 de junho de 2023.

EBSERV EMPRESA
BRASILEIRA DE
SERVICOS
TERCEIRIZAD:061767
65000163

Assinado digitalmente por EBSERV EMPRESA
BRASILEIRA DE SERVICOS
TERCEIRIZAD:06176765000163
ID: C=BR, O=ICP-Brasil, S=SP, L=Palmital, OU=AC
SOLUTI Multipla v5, OU=20937130000162, OU=
Certificado Digital, OU=Certificado P.J.A1, CN=EBSERV
EMPRESA BRASILEIRA DE SERVICOS
TERCEIRIZAD:06176765000163
Razão: Eu sou o autor deste documento
Localização:
Data: 2023.06.26 09:17:19-03'00"
Font: PDF Reader Versão: 12.4.1

EBSERV - EMPRESA BRASILEIRA DE SERVICOS TERCEIRIZADOS LTDA

CNPJ 06.176.765/0001-63