

AO PREGOEIRO -

Município de Nonoai/RS

REF: Tomada de Preços nº 005/2022

TRAÇADO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 00.472.805/0001-38, com sede na Rua Alferes Magalhães, nº 92, sala 77, Bairro Santana no Município de São Paulo/SP, *empresa atuante no ramo do objeto licitatório e interessada em participar da licitação em referência*, nos termos do edital e da Lei 8.666/93, vem, por seu representante legal infrafirmado, apresentar **IMPUGNAÇÃO** contra exigências do Edital em referência, por entendê-las ilegais porque contrárias a legislação aplicável, suscitando para tanto as razões de fato e de direito a seguir deduzidas.

1. Preâmbulo

Trata o presente Processo Licitatório Tomada de Preços nº 005/2022, deste digno Município, de busca de empresas aptas a contratação de “**empresa especializada, para realizar obra de capeamento asfáltico em Concreto Betuminoso Quente**” nos termos do edital de regência.

Entretanto, o Instrumento Convocatório do certame em epígrafe, subscrito por Vossa Senhoria, salvo melhor juízo, apresentou exigência ilegal, porque contrárias a legislação aplicável, vale dizer: a) índice de grau de endividamento.

2. Dos Fatos e Fundamentos

2.1. Índice

A impugnante é empresa voltada à área de Construção Civil de Grande Porte, Obras de Arte como pontes e barragens, Obras Rodoviárias, Mineração e Pré-Moldados, sendo suas atividades atreladas, em grande parte, às contratações efetivadas com as mais diversas esferas da Administração Pública, por meio de certames licitatórios em todo o território nacional.

De plano, informar que a mesma visa participar, junto ao Município de Nonoai/RS, do Processo Licitatório suso referenciado.

Entretanto, o Instrumento Convocatório do certame em epígrafe, subscrito por Vossa Senhoria, apresentou o seguinte equívoco quando da apresentação das exigências para qualificação econômico-financeira dos interessados, em específico seu

item R.3 – Grau de Endividamento, do IV – Relativos Qualificação Econômica Financeira, do Tópico 5 – Documentos de Habilitação, relativo à demonstração de saúde financeira da empresa, assim especificado:

(...)

r) Apresentar demonstração contábil de boa situação financeira da empresa, a qual deverá ser baseada na obtenção dos índices descritos abaixo, devendo a mesma estar assinada pelo proprietário da empresa e por contabilista registrado no Conselho Regional de Contabilidade.

r.3) Demonstração de que dispõe de Grau de Endividamento (GE) igual ou inferior a 1,0 (um virgula zero).

Para demonstração desse Índice, deverá ser utilizada a seguinte fórmula:

$$\text{Grau de Endividamento} = \frac{\text{Passivo Circulante} + \text{Exigível a Longo Prazo}}{\text{Patrimônio Líquido}} \leq 1,0$$

(...)

No entender da impugnante, atuante nesse ramo empresarial em nível nacional, legítima interessada em competir nessa licitação, como acima dito, com estas exigências habilitatórias quanto a qualificação econômico-financeira, há um evidente cerceamento ao princípio da competitividade, já que a mesma vai além do previsto na Lei Nacional de Licitações, porquanto exagerada, diante do vulto da pretendida contratação.

Denota-se de uma análise perfunctória da cláusula hostilizada que, através do Edital em comento, o Prefeito Municipal fere a legalidade do certame, bem como a sua ampla competitividade, ao inserir indicadores não justificados no instrumento convocatório, e que ainda ultrapassam os parâmetros pacificados pelo TCU e pelo MPOG para licitações da espécie, além de tratar de índices extremamente conservadores, que levam em conta apenas caixa, contas bancárias e aplicações financeiras para quitação de obrigações imediatas, não levando em conta contratos firmados pela empresa e outros dividendos recebíveis pela mesma, o que o torne inócuo para o que se propõe.

Analisando os índices exigidos no item acima, verifica-se claramente não usual nos processos licitatórios Brasil afora – *grau de endividamento* - e, na opinião da Impugnante, completamente inibitórias de competitividade, pois as empresas do ramo, consabidamente, não possui tal índice especial, em face de baixíssimas margens de lucros, e por manterem grande volume em passivo.

Em verdade, raríssimos são os ramos empresariais de potenciais licitantes que poderiam admitir tal ínfimo índice em editais sem que isso plasmasse um velado direcionamento. Especificamente, neste ramo, se fizer hoje uma pesquisa dos últimos 100 editais lançados pela área pública, certamente nenhum deles faz tal exigência gritantemente ceifadora do amplo competitivo.

O usual – e isso é de fácil comprovação em editais similares, bem como em órgãos de cadastro de fornecedores como SICAF - presente inclusive a especificidade do mercado que atuam *as empresas do ramo do objeto do certame*, é a seguinte exigência em editais: grau de endividamento maior ou igual a 1,0.

Assim, não é usual neste ramo tal índice exigido. O mesmo é escancaradamente ilegal na presente licitação, porque desproporcionais ao vulto e complexidade da contratação, sendo extremamente elevado e mesmo injustificável tecnicamente. As exigências de indicativos (índices) dos Balanços Patrimoniais do último exercício, voltados à verificação da QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA dos licitantes, devem ter sintonia direta com o vulto da contratação, sendo que no presente caso a desproporcionalidade é evidente.

Com todo respeito à elaboração do instrumento convocatório, não há como concordar com o grau de frustração à competitividade – e de total dissonância com a legislação – advinda da atacada cláusula do Edital. Deve a mesma, como medida imperativa, ser imediatamente retificada, a fim de proporcionar à Administração a possibilidade de angariar a melhor proposta, fim colimado pelo certame, sem deixar de atender aos preceitos fundamentais da legalidade e da ampla competitividade.

3. Do Direito

Conforme dito, as exigências acima destacadas contrariam diretamente a previsão do dispositivo atinente da Lei de Licitações (Art.31 § 1º) que determina:

“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”.

E também o § 5º deste mesmo artigo de Lei, exatamente no objetivo de se evitar direcionamentos com exigências descabidas, assim dispõe:

§ 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 a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

Por isso a importância de imediata retificação do edital, nos termos a seguir elencados, e sua consequente republicação, como medida de consagração aos postulados constitucionais e administrativos afeitos à espécie.

Conforme resta permeável no §5º do art. 31, um requisito essencial para a higidez dos índices patrimoniais exigidos no instrumento convocatório seria a sua justificação no processo administrativo do certame. Ocorre, que é possível abstrair do Processo Administrativo do Edital em epígrafe que, ainda que exigida a comprovação de índices muito baixos aos usualmente requeridos nos certames da espécie, inexiste qualquer justificativa para sua adoção, seja através de cálculos contábeis, ou da apresentação de tabelas referenciais que sirvam de aparato para adoção dos indigitados parâmetros.

O ato convocatório deverá prever os critérios para avaliação da situação econômico-financeira objetiva do interessado. Não é suficiente exigir a mera apresentação de demonstrações contábeis mediante índices arbitrariamente escolhidos. Como existem diversos critérios para definir a situação empresarial, a ausência de especificação no ato convocatório daquele escolhido pela Administração acarretaria um de dois resultados descabidos. Ou o conteúdo das demonstrações financeiras seria irrelevante, bastando sua exibição, ou a Administração Pública teria liberdade para determinar, caso a caso, o critério de avaliação, por ocasião do julgamento da fase de habilitação.

Por isso, o §5º estabelece que a comprovação da situação econômico-financeira será feita segundo critérios objetivos estabelecidos no instrumento convocatório, cuja adoção deverá ter sido justificada na fase interna da licitação – o que, frise-se, não ocorreu neste caso.

Esses critérios são aqueles fornecidos pela Ciência da Contabilidade. Exteriorizam-se em fórmulas que, a partir dos dados constantes das demonstrações financeiras, fornecem conclusões acerca de sua situação de endividamento, disponibilidade financeira, etc. A lei não determina nem especifica os índices a serem adotados, remetendo aos fornecidos pela ciência da contabilidade e pelas regras usuais no campo de auditoria. Em qualquer caso, porém, o índice deverá ser apto a avaliar apenas a capacitação financeira do interessado para execução do contrato, considerando-se ilícita, por ferir a isonomia e a ampla competitividade, a inserção de índices que ultrapassem os necessários à comprovação da capacidade de execução contratual, como ocorreu no instrumento convocatório por ora atacado.

Imperiosa a transcrição do entendimento do Tribunal de Contas da União quanto aos índices adequados para certames voltados a obras e construções:

“Acórdão 2.338/2006-Plenário:

‘9.4.6. ausência de fundamentação para a exigência de índices econômico-financeiros mínimos ou máximos em estudo contábil que indique que tais índices foram fixados em níveis apenas o bastante para atestar que a licitante possui condições suficientes para solver suas obrigações, a exemplo do índice de endividamento menor ou igual a 0,8, estabelecido no edital licitatório, em desacordo com as determinações desta Corte contidas na Decisão 1.070/2001 e nos Acórdãos 778/2005, 308/2005, 247/2003 e 112/2002, todos do Plenário’ (grifou-se);

Acórdão 1.039/2008-1ª Câmara:

‘9.4.2. observe os §§ 2º e 3º do art. 31 da Lei n. 8.666/1993, privando-se de, na fase de qualificação econômico-financeira, exigir um mínimo de capital social concomitantemente com a garantia do contrato;

9.4.3. deixe de requerer, na fase de qualificação econômico-financeira de licitações, índices de liquidez capazes de restringir a competitividade dos certames licitatórios, buscando outros meios previstos na legislação pátria para garantia do interesse público e da execução do contrato’ (grifou-se).

São a Liquidez Geral (LG) e a Liquidez Corrente (LC) os índices utilizados pelo subitem 6.3 do edital (fl. 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 as suas dívidas, devendo gerá-los. Já um índice de LC menor do que 1 exprime que a empresa não possui folga financeira a curto prazo. Se os dois índices forem maiores do que 1, a empresa estará financeiramente saudável.

Com esses índices, a administração procura avaliar se a licitante possui as condições financeiras necessárias ao cumprimento das obrigações, assegurando o sucesso da contratação. Embora a lei permita, (...) não cumulou na licitação a exigência de garantias representadas por índices contábeis e capital mínimo, pois se os primeiros fossem aceitáveis, o segundo seria dispensável.

Nesse sentido, qualquer empresa de pequeno ou grande porte poderia participar da concorrência, independentemente de capital ou de patrimônio líquido mínimo, desde que tivesse os seus índices contábeis nos valores normalmente adotados para comprovar uma boa situação financeira.”

(TCU, Acórdão nº 247/2003, Plenário, rel. Ministro Marcos Vilela). [houve grifo].

.....

“No tocante aos índices de liquidez geral - LG e liquidez corrente LC, o normal é a exigência entre 1,0 a 1,5, e o grau de endividamento - GE entorno de 0,8 a 1,0. Assim, a fixação dos índices - maior ou igual a 5,00 e um grau de endividamento - GE menor ou igual 0,16, como valor limite teve a finalidade de restringir a participação no certame daquelas empresas que apresentassem a razão entre seu ativo e passivo circulante igual ou superior àquele índice, ou seja, que apresentassem a saúde financeira tal que para cada real atinente a dívidas de curto prazo assumidas deveria haver cinco reais em disponibilidade em seu caixa. A exigência de índices contábeis diversos dos usuais, sem a devida fundamentação em estudo aprofundado e específico que demonstre sua necessidade e adequação com relação ao objeto da licitação, afronta o § 5º do art. 31 da Lei 8.666/1993, (Acórdãos 2495/2010-TCU-Plenário, 170/2007-TCU-Plenário e 291/2007-TCU-Plenário).

Segundo especialistas e publicações atinentes ao mercado de construção civil de infraestrutura - obras públicas - a possibilidade de se encontrar empresas gozando de situação financeira tão privilegiada é muito remota, fato que corrobora ter sido tal exigência propositadamente colocada no edital com o objetivo de determinar, previamente, os rumos da licitação. A mesma observação presta-se aos valores fixados para os demais índices de desempenho econômico (Grau de Endividamento e de Liquidez Geral).

Cabe destacar que a fixação de índices de liquidez a serem utilizados em licitações deve guardar relação de razoabilidade e proporcionalidade com o objeto a ser atingido, devendo-se fixar parâmetros que, não obstante possibilitem obter a melhor proposta para a Administração Pública, não venham, entretanto, inviabilizar o caráter competitivo do processo licitatório, conforme preceituado pelo art. 3º da Lei 8.666/93.

Neste caso, os índices estão muito acima do habitual, não tendo sido apresentada nenhuma justificativa plausível para a fixação desse valor. Os responsáveis limitaram a afirmar que não há norma que proíba a utilização de tal índice e que, pela complexidade dos serviços, a solicitação se presta a garantir a perfeita execução e cumprimento do contrato.

(...)

No âmbito do Governo Federal, a Instrução Normativa MARE 5/1995, a qual estabeleceu os procedimentos destinados à implantação e operacionalização do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF, definiu que a comprovação de boa situação financeira de empresa oriunda de localidade onde o SICAF não tenha sido implantado, será baseada na obtenção de índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC). As empresas que apresentem resultado igual ou menor do que 1,0, em qualquer dos índices referidos, deverão apresentar outras comprovações e garantias. Observa-se, assim, um parâmetro para a definição dos índices, o qual está bem aquém do exigido no presente caso, maior ou igual a 5 (cinco). Do mesmo modo, o grau de endividamento, menor ou igual a 0,16, está distante do índice usualmente adotado, que varia de 0,8 a 1,0. Além disso, em qualquer caso, é obrigatório justificar, no processo licitatório, os índices contábeis e valores utilizados, o que não foi realizado.”

(Acórdão 2299/2011 – TCU – Plenário – rel. Min. AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI – Julgado em 24.08.2011).

A Súmula 289, do Tribunal de Contas da União, é clara ao destacar a necessidade de justificação no processo os índices de liquidez adotados, conforme se verifica:

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 inclua rentabilidade ou lucratividade.

Vale dizer, a lei nº 8.666/93 concedeu ao gestor público a possibilidade de eleger, caso a caso, os índices mais adequados à contratação. No entanto, conforme estabelecido na Súmula nº 289 do TCU, **a exigência dos índices contábeis escolhidos somente se legitimará se houver justificativa no processo de licitação.**

Isso porque, não pode a especificação de tais índices ficar ao alvedrio do administrador, conforme também já decidido pelo TCU:

o fato de a lei não fixar o limite do índice a ser adotado não afasta a responsabilidade do gestor por sua definição, que não pode ser aleatória, nem depender de simples 'palpite' do administrador público. (TCU. Acórdão nº 932/2013 – Plenário)

Ante ao posicionamento consolidado na Corte de Contas da União, resta clarividente que o índice adotado pelo Instrumento Convocatório da licitação aqui atacado, é manifestamente desarrazoado ante aos ordinariamente exigidos para licitações da espécie, visto ser muito inferior a estes sem qualquer justificativa plausível.

Daí exsurge a conclusão inequívoca (à qual se deve observância) de que, para além de inexistir justificativa hábil à exigência do índice do grau de endividamento fixado no instrumento convocatório, o mesmo foge (e muito) dos parâmetros adotados pelo Tribunal de Contas da União para certames da espécie, de modo que, se mantido como está, acabará por restringir a competitividade de maneira inenarrável, possibilitando a um seleto grupo de empresas a participação na licitação, e como corolário lógico a busca pela proposta mais vantajosa pela Administração será extirpada em seu vertedouro, abrindo amplas margens de superfaturamento para a empreitada.

Em virtude disto, desde já se requer seja retificado o Edital no ponto, com sua consequente republicação, exigindo-se dos licitantes os índices delineados em conformidade com o estipulado como parâmetro pelo Tribunal de Contas da União e pelo MPOG, a saber:

- Índice de Endividamento: PC + Exigível a Longo Prazo/PL = >= 1,00.

Até porque, o conceito de “boa situação financeira” deve enquadrar-se no contexto da circunstância fático-jurídica que afira a “qualificação econômico-financeira” para assegurar a execução de um contrato administrativo. Sendo assim, o cerne de toda a questão repousa na seguinte questão: **“o que é boa situação financeira?”**; e mais, esta “boa situação” traduz a vontade da Administração em contratar empresa que assegure o cumprimento da obrigação contratada?

A “**qualificação econômico-financeira**” ou a “boa situação financeira”, conforme estabelecido no artigo 31 da Lei 8.666/93, acima destacado, poderá ser apurada, além dos índices (§§ 1º e 5º), por outras formas de avaliação, tais como:

- a) Balanco patrimonial (inciso I);
- b) Certidão Negativa de Falência, Recuperação Judicial etc. (inciso II);

- c) Garantia de proposta (proibida na modalidade pregão) (inciso III);
- d) Capital Social (§ 2º);
- e) Patrimônio Líquido (§ 2º);
- f) Relação de compromissos assumidos pelo licitante (§ 4º).

Vale dizer, não são apenas índices contábeis os instrumentos hábeis a demonstrar a boa saúde financeira de uma empresa, pelo qual imperiosa a realização de uma análise em outros fatores que a própria legislação autoriza.

De outro enfoque refira-se as palavras de Fábio Medina Osório, in *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 1997 que vem a calhar no presente caso.

“No Estado de Direito, quer-se o governo das leis, não dos homens, radicando o princípio da legalidade, especificamente, nos arts. 5º, II, 37, 84, IV, todos da Carta Constitucional vigente, significando que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. “Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis.

A ilegalidade, portanto, é o primeiro passo para reconhecimento da improbidade do agente público, pois é seu dever fundamental e básico o respeito às leis.

A doutrina costuma condicionar a validade dos atos administrativos a um juízo a contrario sensu: é ilegal o ato que não esteja marcado por um daqueles vícios que ensejam nulidade, vale dizer, a incompetência, o vício de forma, a violação da lei, o desvio de poder.

Divide-se o ato administrativo em elementos formais e materiais. Os primeiros dizem respeito as qualidades do agente e aos procedimentos a que está adstrito o praticante do ato; os segundos dizem respeito aos objetivos, objetos e motivos. O objetivo é o fim que o agente se propõe atender no praticar o ato. O objeto é a matéria da decisão, ao passo que os motivos são as razões de fato ou de direito que inspiram o administrador à prática do ato.

Também se classificam os atos administrativos em pressupostos formativos, a saber: o sujeito, o objeto ou conteúdo, a causa, o fim e forma, sendo todos examináveis pelo Poder Judiciário.

A legalidade, portanto, abrange inúmeros caminhos de indagação por parte do intérprete.” “Não é portanto a lei que somente se aprecia. Nem a estrita legalidade. Sobretudo também o abuso na sua extensão, origem e propósitos, ou melhor, a legitimidade do ato administrativo.

Age aqui o princípio da moralidade com a sua iniludível atualidade em favor do titular de direito líquido e certo “derivado de direitos com iguais atributos de que seja titular outra pessoa”. E a imparcialidade na atitude da Administração, a equidade no exercício do poder administrativo que não cabe ao julgador deixar de avaliar. É tão importante a reintegração da legalidade quanto o resguardo da moralidade administrativa.

Entendido o desvio de poder, de um modo geral, “como o uso indébito que o agente faz do poder para atingir fim diverso do que a lei lhe confere”, forçoso é admitir a importância do elemento moral para a formação do ato, embora a legalidade não pareça discutível.

A ausência de moralidade, ainda que seja apenas um pressuposto, traz como efeito imediato a dúvida no processo do ato. A ilegitimidade, e não possivelmente a ilegalidade. Ilegitimidade que se torna sinônimo de não-moralidade face a conduta da administração”.

E segue a melhor doutrina:

“Muitas vezes, em muitos casos expropriatórios, a substituição do fim especificamente visado na lei, não obstante, porém, por outro fim também de interesse público, leva não a um erro de interpretação, mas a uma situação dolosa no tocante ao interesse particular.

Os vícios resultantes da omissão ou descumprimento de formalidades que dão origem ao ato administrativo contestado, não supridos antes de praticado o ato definitivo, assemelham-se a vícios morais ainda que o apelo recursal aponte carência de forma legal". Manuel de Oliveira Franco Sobrinho. (O princípio constitucional da moralidade administrativa. Curitiba: Genesis, 1993.)

Da análise anterior, decorrem os direitos deste potencial licitante a alteração daquela exigência do edital, alterando a mesma à usualidade.

4. Dos Requerimentos

Em face do exposto, requer seja recebida a presente impugnação, e, em obediência aos postulados constitucionais e legais, bem como ao interesse público, e aos princípios da isonomia e da ampla competitividade, requer seu total deferimento, acatando-se o que acima fora exposto para, por fim:

- α. **Retificar** a exigência do item R.3 – Grau de Endividamento, do IV – Relativos Qualificação Econômica Financeira, do Tópico 5 – Documentos de Habilitação – alterando-se o índice acima destacado, já que inexiste justificativa no Procedimento Administrativo da Licitação para adoção do mesmo;
- β. **Autorizar** a comprovação da qualificação econômico-financeira também pelas formas estabelecidas nos Artigos 30 e 31, da Lei nº 8.666/93;
- χ. A imediata **republicação** do instrumento convocatório, com as devidas alterações, divulgando novo prazo para entrega dos envelopes, conforme disposto no art. 21, §4º, da Lei n.º 8.666/93.

Pede e Espera Deferimento.

São Paulo (SP) para Nonoai (RS), 26 de abril de 2022.

TRAÇADO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA.

Sandra Salete Scariot

Procuração nº 30.781