

São Paulo, dia 26 de dezembro de 2022

Ao

Ilustríssimo (a) Senhor (a)

Presidente da Comissão Permanente de Licitação do Município de São Gonçalo

A empresa INFINIT CONSULTORIA E GESTÃO LTDA (Impugnante), inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ sob o nº 19.096.535/0001-36, sediada no município de São Paulo, na Rua Simão Alvares, 720, apto 32, Pinheiros São Paulo/SP — CEP 05417-020, por intermédio de seu sócio, Sr. LEIDSON ANTONIO RIBEIRO DE JESUS, brasileiro, natural do São Paulo – SP , nascido em 27 agosto de 1990, solteiro, empresário, portador da carteira de identidade n.º 333.149.19 -1 SSP/SP, expedida em 24/07/2017, inscrito no CPF/MF n.º 334.105.098-10, vem, com fulcro no § 1º e 2º do art. 411, da Lei nº 8.666/93, interpor o presente **pedido e impugnação do Edital de Concorrência Pública nº 019/2022** pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

.I.

TEMPESTIVIDADE

Considerando a previsão contida no §2º art. 41, da Lei nº 8.666, de 1993, que estabelece a impugnação pode ser apresentada até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação, verifica-se que o prazo se encerrasse no dia 26.12.2022 (segunda-feira),

¹ §1º, do art. 41 da Lei nº 8.666/93 - Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1o do art. 113.;

§ 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.

às 23h59min, evidenciando-se a tempestividade da presente impugnação, eis que protocolizado nesta data.

.II.

DOS FATOS

Trata-se de licitação na modalidade “**Concorrência pública**” do tipo “**Maior percentual de repasse**”, que compreende a contratação de empresa especializada para Implantação e Operacionalização do Sistema Rotativo de Estacionamento em vias e logradouros no Município de São Gonçalo/RJ – “ZONA AZUL”. de acordo com as especificações e os detalhamentos constantes no Projeto Básico e especificações técnicas.

Conforme é cediço, o edital deve obedecer rigorosamente a todos os princípios administrativos e em especial os princípios específicos e inerentes as compras públicas, para assim cumprir com o seu objetivo principal, que é “a contratação da oferta mais vantajosa, sempre obedecendo os requisitos mínimos”.

Nesse sentido, os princípios que regem as licitações públicas vêm insculpidos no art. ²37 da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 3º da Lei nº. 8.666/93, com destaque à supremacia do interesse público na **BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA**.

Ocorre que, *in casu*, para que tal objetivo seja alcançado, imperioso superar algumas restrições e ilegalidades que viciam o certame, conforme passa a demonstrar.

.III.

AS RAZÕES DA REFORMA

A.1) irregularidade da exigência contida no subitem 5.5.6 do Edital.

Conforme sistemática adotada pela Lei nº 8.666/93, a etapa de habilitação serve para que a Administração Pública, após avaliação dos requisitos do objeto, delimite as comprovações

² Art. 37, CF 88 - 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: (...);

mínimas, de modo que seja possível avaliar e contratar empresas que atendam estas características julgadas mais relevantes pela Administração.

Portando, esta fase serve, antes de tudo, para que a Administração Pública verifique se os interessados atendem integralmente as exigências estabelecidas no Edital, sendo vedado, exigências estranhas as descritas na Lei 8.666/93, sob o risco de ferir o Princípio da isonomia e da competitividade.

Com isso, analisaremos o subitem 5.5.6 do Edital:

“(…)

5.5.6 – Em atendimento ao disposto no §2º do art. 31 da Lei nº 8666/93, a licitante deve comprovar possuir Patrimônio Líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor total estimado para o objeto desta licitação. Esta comprovação deverá ser feita com documento que demonstre o arquivamento do ato correspondente na Junta Comercial ou R.C.P.J., admitida à atualização na forma do art.31, do parágrafo 3º, da Lei Federal 8.666/93.”

Em análise ao item exposto acima, notamos que o Edital caminha em sentido contrário ao interesse público, visto que, o subitem 5.5.6 limita o universo de competidores, e assim, restringe o caráter competitivo do certame, em violação clara ao princípio disposto no art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93, transcrito abaixo:

“(…)

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.

§ 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, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam 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, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)”.

A exigência contida no subitem 5.5.6 do Edital, além de claramente ferir o princípio da competitividade, ainda vai contra a Jurisprudência do STJ sobre o assunto, que considera irregular tal exigência por entender que este percentual mínimo não pode ser calculado com base na estimativa total do contrato, conforme destaca Exmo. Sr. Min. Franciulli Netto:

“A Administração Pública EM NENHUMA HIPÓTESE, FAZER EXIGÊNCIAS QUE FRUSTREM O CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações.” (STJ, Segunda Turma,

REsp 474.781/DF, Rel. Ministro Franciulli Netto, DJ de 12/05/2003, p. 297).

A Licitação deve ser conduzida de modo que a oportunidade de participação seja ampliada, oportunizando de forma igualitária aos detentores de capacitação elementar a execução do objeto, conforme determina o já mencionado art. 3º da Lei 8.666/93, quando a Administração faz uma exigência de patrimônio líquido igual ou superior a 10% por cento do valor total de um contrato de 180 (cento e oitenta meses) está explicitamente restringindo a competição, e tornando o procedimento viciado.

Portanto, a exigência de patrimônio líquido igual ou superior à R\$ 16.314.400,84 (dezesseis milhões trezentos e quatorze mil quatrocentos reais e oitenta e quatro centavos) é irregular, e deve ser revista, por ser baseada no valor total do contrato, elevando assombrosamente o valor do patrimônio líquido mínimo, e com isso, reduzindo o universo de participantes a um pequeno número de empresas.

Com o objetivo de evitar equívocos, a redação do §2, do art. 31 de lei 8.666/93, permite a comprovação de capacidade econômico-financeira seja feita através de três vias, sendo estas, o capital mínimo, o patrimônio líquido, ou as garantias previstas no §1º do art. 56³ da mesma lei, fato é, que está alternativa também não foi prevista, o que evidencia a regularidade da exigência.

Esta irregularidade já foi objeto de deliberação do Tribunal de Contas da União, quando decidiu:

“(…)

O 6.1.2.2 do Edital do certame em comento estipulava que “as empresas deverão comprovar possuir patrimônio líquido não inferior aos valores abaixo, através do Balanço Patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que demonstrem a boa

³ 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.

situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios:” (fl. 28, v.p.).

16. Observa-se, por conseguinte, que a finalidade visada pela exigência acima era tão somente a de tornar conhecido o patrimônio líquido da empresa licitante para que se pudesse aferir a sua regular situação financeira. Em face das considerações feitas, este propósito, ao meu ver, poderia ser atingido com base nas informações disponíveis no SICAF, o que evidencia a ilegalidade dos itens 6.3 e 6.3.2 do instrumento convocatório que disciplinou o Pregão nº 105/7855-2004, os quais exigiam o encaminhamento do balanço patrimonial por fax e, posteriormente, pelo correio, sob pena de inabilitação. Diferente seria, por exemplo, se o objetivo a ser alcançado dependesse da obtenção do valor específico de cada um dos elementos que compõem o grupo denominado “passivo não-exigível”, o que não é o caso.

(...)

(ACÓRDÃO 1564/2006 – PLENÁRIO, REL. MIN. BENJAMIN ZYMLER)

O uso da opção elencada no subitem 5.5.6. pode ser justificada da discricionariedade da Administração Pública para escolher os métodos de comprovação, mas, a discricionariedade da Administração Pública é limitada a razoabilidade e ao atendimento do interesse maior, e no caso em tela, é ter a proposta mais vantajosa dentro dos padrões e condições que satisfaçam os critérios amparados em lei, a não exploração da alternatividade de opções contidas no § 2, do art. 31 evidencia a restrição da competitividade do certame.

Pois se dentre as opções de comprovação de capacidade econômico-financeira, quais é a mais segura para Administração Pública: a comprovação de patrimônio líquido ou apresentação de seguro garantia? Certamente o seguro garantia.

MARÇAL JUSTEN FILHO tem a seguinte colocação sobre o tema (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, São Paulo, 1999, pág. 294):

“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”.

Portanto, considerando o evidente equívoco e violação aos princípios legais, deve a administração preservar o princípio da isonomia, e da ampla concorrência entre as licitantes, e adotar medidas que visem ampliar o caráter competitivo da Licitação.

.IV.

DO PEDIDO

Outrossim, diante da ilegalidade apontada, com afronta aos princípios administrativos, requer a essa i. Comissão de Licitação paralise imediatamente o procedimento licitatório, para que seja realizada as readequações, a fim de que se cumpra a sua finalidade como emana a lei.

Na remota hipótese de isso não ocorrer, o que se admite apenas para argumentar, a remessa desta impugnação à Autoridade imediatamente superior, em conformidade com a previsão legal do artigo 3^o⁴, art. 41⁵ e art. 55⁶, XI, todos da Lei Federal 8.666/93, § 4^o do art. 109⁷, da Lei nº 8666/93 e parágrafo único do art. 166⁸, da Lei nº 14.133/21.

Nestes termos,

Pede deferimento.

São Paulo, dia 26 de dezembro de 2022.


LEIDSON ANTONIO RIBEIRO-DE JESUS
CPF: 334.105.098-10

⁴ Art. 3^o da Lei 8.666/93 – “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”.

⁵ Art. 41 da Lei 8.666/93 – “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

⁶ Art. 55. da Lei 8.666/93 – “São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...] XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor”.

⁷ 109 - § 4^o da Lei 8.666/93 – “O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informados, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.

⁸ Art. 166 da Lei nº 14.133/21 – “Da aplicação das sanções previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 156 desta Lei caberá recurso no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação”