

ILUSTRÍSSIMO (A) SR(A) PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES DO MUNICÍPIO DE HORIZONTE.

Ref: Concorrência nº 2021.04.01.1

Recebe
em: 09/06/2021
hs: 15:15
D. Pinheiro

A empresa LMB PINHEIRO BORGES-ME (TALISMÃ CONSTRUÇÃO E LOCAÇÃO), amplamente qualificada no processo licitatório em epígrafe, por intermédio de seu representante legal, como empresa recorrente, vem amparada no disposto no Art. 109 inciso I alínea "a" da Lei nº 8.666/93, oferecer, **RECURSO ADMINISTRATIVO**, pelas razões a seguir, requerendo para tanto sua apreciação, julgamento e admissão. O presente recurso pretende reformar a decisão do(a) Ilustríssimo(a) Presidente, com fundamento nas razões de fato e de direito que passa a aduzir:

1- DOS FATOS

O Município de HORIZONTE no dia 26 de maio de 2021, procedeu com o julgamento dos documentos de habilitação do procedimento licitatório na modalidade Concorrência nº 2021.04.01.1, cujo objeto é o registro de preços visando futuras e eventuais contratações para a prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva das instalações físicas prediais, com fornecimento de mão de obra e materiais, com percentual de desconto sobre a tabela de custos de serviços e insumos da SINAPI de Janeiro de 2021.

Na ocasião a empresa recorrente fora declarada INABILITADA, alegando-se que **"NÃO ATENDEU AS EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. Apresentou capital social de RS 200.000,00 e patrimônio líquido no valor de R\$ 347.650,93, sendo que o exigido no edital 6 de RS 508.000,00, descumprindo assim o item 3.6.3 do edital. E ainda por não apresentar termos de abertura e encerramento do Livro Diário, descumprindo também o item 3.6.1 do edital"**.

Note-se que a inabilitação se deu por fundamentos que se apegam inicialmente a uma interpretação equivocada da norma, posto que, embora o certame esteja orçado na sua totalidade em R\$ 12.700.000,00 (doze milhões e setecentos mil reais), este está organizado em mais de 10 ITENS, que possuem a concorrência INDIVIDUALIZADA, não restando razoável que a administração exija por exemplo, que uma empresa que possui interesse apenas no item 06 estimado em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), apresente capital social ou patrimônio líquido de R\$ 508.000,00 (quinhentos e oito mil reais), superior inclusive ao valor do item.

Atuando de tal maneira, a administração aplica uma lógica de julgamento como se o certame se tratasse de apenas um lote, quebrando a regra editalícia que estabelece que o CRITÉRIO DE JULGAMENTO É POR ITEM.

Por conseguinte a administração se apega ao formalismo exagerado, fundamentando-se em cláusulas editalícias reconhecidamente ilegais, alegando que a ausência de termo de abertura e encerramento macula a qualificação econômica financeira da empresa, o que conforme se passará a demonstrar não se apresenta como motivo suficiente para afastar o licitante do certame, havendo inclusive posicionamento pacificado dos Tribunais de Contas neste sentido.

Em suma a decisão se apresenta manifestamente ILEGAL, com sua ilegalidade amplamente reconhecida pelos tribunais de contas e tribunais de justiça do país, devendo a decisão da Comissão ser reconsiderada sob a ótica da legalidade, moralidade, probidade administrativa, ampliação da disputa e razoabilidade, consoante passaremos a analisar de forma individualizada no mérito:

2- DO MÉRITO

Preliminarmente, é sabido que a Administração deve procurar sempre o fim público, respeitando todos os princípios basilares da licitação e dos atos administrativos, mormente o da legalidade, o da isonomia, o da competitividade, ampliação da disputa, razoabilidade e proporcionalidade.

Tais princípios norteiam essa atividade administrativa, impossibilitando o administrador de fazer prevalecer sua vontade pessoal, e impõem ao mesmo o dever de pautar sua conduta segundo as prescrições legais.

No campo das licitações, estes princípios importam, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei estabelece para o procedimento, tratando-se, pois, de verdadeira garantia ao administrado, na medida em que são evitados subjetivismos, preferências e a inclusão de exigências que fujam dos limites impostos legalmente.

Neste sentido, a Lei nº 8.666/93 prescreve, *in verbis*:

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.

Ora, é certo que a Administração está vinculada ao edital, devendo a interpretação das normas e sua aplicação no caso concreto deve ser realizada com atenção aos princípios da LEGALIDADE, além da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista o objetivo da licitação, que é selecionar a proposta mais vantajosa.

Nos ensinamentos do ilustre professor Hely Lopes Meirelles, ao tratar sobre a formalidade do processo licitatório, o assunto é destacado da seguinte forma:

"O princípio do procedimento formal, todavia, não significa que a Administração deva ser "formalista" a ponto de fazer **exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou o julgamento, ou inhabilitar licitantes, ou desclassificar propostas, diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que tais omissões ou irregularidades sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes**" (Licitação e contrato administrativo . 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 27).

No mesmo sentido seguem as lições de de Adilson Abreu Dallari (apud JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 60), **"existem claras manifestações doutrinárias e já há jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. Se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isso não pode ser colocado como excludente do licitante. Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da**

razão de ser da fase de habilitação; convém ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes".

Nesta senda segue o posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, **possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa.** (MS n. 5606/DF, Min. José Delgado, j. 13.05.98).

Assim, resta claro que a Comissão não adotou a melhor conduta, atuando com formalismo exagerado, e interpretando a norma e o edital de forma restritiva, não se valendo inclusive do seu poder de diligenciar para fins de prover esclarecimentos sobre possíveis dúvidas, agindo de forma precipitada, afastando o licitante de forma imediata.

2.1- DA APRESENTAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL OU PATRIMÔNIO

LÍQUIDO:

A Lei Federal 8.666/93 ao tratar do assunto, estabelece quais os parâmetros a serem observadas para fins de tais exigências, vejamos:

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

[...]

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e **para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.**

§ 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.

Nota-se, que a função de tal exigência é garantir o regular cumprimento de eventual contrato a ser celebrado, devendo a administração volver o olhar para a finalidade da norma, que no caso em questão deverá ser analisada sob a ótica de que o certame foi organizado em vários itens, podendo ser gerados vários contratos dos quais a qualificação econômica financeira deverá ser analisada de forma individualizada.

Ora, assim como o exemplificado no introito fático, exigir que as empresas apresentem patrimônio ou capital calculado sobre a integralidade do certame como se por lote fosse, é ato atentatório a competitividade e a legalidade do procedimento, sendo claro que como o indicado inicialmente, a administração estaria afastando aqueles licitantes que possuem interesse em um único item, exigindo por exemplo um patrimônio de R\$ 508.000,00 (quinhentos e oito mil reais) para um item/contrato estimado em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), ou seja, a administração exige uma qualificação financeira maior do que 100% enquanto a lei limita a somente 10%, consoante o parágrafo 3º do art. 31 retro citado.

O Tribunal de Contas da União já se manifestou sobre o tema, firmando o entendimento de clara forma e precisa de que a administração em tais casos deve se ater ao julgamento inerente ao ITEM e não ao valor global do certame, vejamos para tanto a jurisprudência do citado Tribunal:

“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)

Deste modo, a empresa não pode ser afastada do certame sobre a alegativa de que seu capital social ou patrimônio não atende ao valor global do certame, uma vez que tal requisito somente pode ser analisada sob a ótica do ITEM dos quais o licitante concorre.

2.2- DA APRESENTAÇÃO DO TERMO DE ABERTURA E ENCERRAMENTO DO BALANÇO:

No tocante a apresentação dos termos de abertura e encerramento do balanço vejamos o que dispõe a norma, no art. 31 da Lei 8.666/93, determinando que:

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;

Note-se, que a Lei trata da possibilidade de exigir tão somente o balanço, não tratando de outros documentos que integram o processo contábil para confecção de tal instrumento, a exemplo do termo de abertura e termo de encerramento.

No edital publicado está solicitando da seguinte forma:

3.6.1 - 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 encerrados há mais de 03 (três) meses da data de apresentação da proposta, devidamente assinados por contabilista registrado no CRC, bem como por sócio, gerente ou diretor, registrado no órgão competente, acompanhado do Termo de Abertura e Encerramento do Livro Diário, devidamente averbados na Junta Comercial da sede ou domicílio da empresa ou em outro órgão equivalente;

Pode ser visto que no item 3.6.1 que pede o balanço, diz claramente que o Termos de abertura e Encerramento será para acompanhar os balanços provisórios, foi anexado no processo o balanço definitivo válido e registrado na junta comercial.

O edital elaborado pela administração não possui força de inovar, alterar, ou negar a aplicação das disposições legais, não podendo assim criar vedações de participação que não possuam determinação legal, apresentando-se a exigência do termo de abertura e encerramento, como absolutamente ILEGAL, criado pela mera vontade, subjetividade de quem redigiu o instrumento convocatório, vejamos:

b) balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, (inclusive termos de abertura e encerramento), na forma da Lei, 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

A citada ilegalidade, já fora inclusive reconhecida pelos tribunais pátrios, havendo sólida jurisprudência neste sentido, vejamos:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO INDEVIDA. EXIGÊNCIAS ILEGAIS E DESNECESSÁRIAS. COMPROVAÇÃO SATISFATÓRIA DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICA-FINANCEIRA E TÉCNICA. SEGURANÇA MANTIDA. 1. É ilegal a exigência de que o balanço patrimonial esteja acompanhado dos termos de abertura e encerramento do livro diário registrado na Junta Comercial, uma vez