

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE
DE LICITAÇÕES DO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E
TECNOLOGIA DO SERTÃO PERNAMBUCANO – IF SERTÃO-PE

REFERÊNCIA:
EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 02/2013
PROCESSO N.º: 23302.000680/2011-23

Incidência do valor de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo, exigido como requisito de qualificação econômico-financeira, sobre o valor estimado do contrato para o período de doze meses. Acórdão n.º 1335/2010-Plenário, TC-011.225/2010-6, rel. Min. José Múcio Monteiro, 09.06.2010.

VL TECNOLÓGICA LTDA, sociedade empresária regularmente inscrita no CNPJ/MF sob o nº 03.226.372/0001-29, com sede à Rua Alfredo Carlos, s/nº, Bairro Maia, Princesa Isabel/PB, por seu representante legal o Sr. Verimarcos Marques Leandro brasileiro, casado, engenheiro mecânico, residente e domiciliado na Praça Epitácio Pessoa, 127, 1º Andar, Centro, Princesa Isabel/PB, vem, tempestivamente, perante Vossa Excelência interpor o presente

RECURSO ADMINISTRATIVO

Em face da equivocada decisão proferida por essa respeitável Comissão Permanente de Licitação que a julgou como inabilitada no presente certame, tudo conforme adiante segue, rogando, desde já, seja a presente dirigida à autoridade que lhe for imediatamente superior, caso V. Exa. não se convença das razões abaixo formuladas e, “spont propria”, não proceda com a reforma da decisão ora atacada, decidindo, por consequência, pela habilitação da signatária, o que faz com espeque nos arts. 5º, XXXIV e LV, “a”, e 37, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil, combinados com as determinações contidas na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, pelo que passa a declinar os substratos fáticos e jurídicos que ensejam a presente para no final requerer o que se segue:

RECEBIDO
15/10/2013
MAT. SIAP / 188 2487

BREVE SÚMULA FACTUAL

O presente recurso é interposto em decorrência de haver essa Comissão Permanente de Licitação, ao julgar inabilitada a signatária do certame supra especificado, ter adotado como fundamento para tal decisão o não atendimento do item 8.1.3, "c" e do item 10.3 do certame em apreço, o que, em tese, considerou-se a RECORRENTE como não qualificada econômica e financeiramente a assumir a obra objeto da licitação.

DO EQUÍVOCO COMETIDO PELA COMISSÃO

Através da leitura da Ata de Julgamento da Fase de Habilitação realizada na data de 07 de outubro de 2013 por essa Comissão Permanente de Licitação, ao proceder-se com o registro da decisão que inabilitou a RECORRENTE, assim se posicionou esse respeitável colegiado:

"(...) Sob a análise desta CPL e do setor técnico, nenhuma falha na documentação de habilitação foi detectada, não havendo máculas a serem apontadas nesse momento, embora no decorrer do certame outras diligências e pesquisas poderão e devem ser tomadas em relação à situação das empresas licitantes.

O tocante à análise do Setor Técnico Contábil, este concluiu que "a empresa supra citada NÃO se qualifica econômica e financeiramente a assumir a obra, objeto da licitação por não atendimento do item 8.1.3.c e 10.3".

De se dizer, de acordo com o item 10.3 do edital ~~essa empresa participe de mais de um lote, será considerado o valor total da soma dos lotes~~, sendo assim, o valor estimado é a soma dos dois R\$ 9.379.730,20 (SANTA MARIA DA BOA VISTA) e R\$ 9.969.730,66 (SANTA MARIA DA BOA VISTA), que é igual a R\$ 19.829.440,88 e 10% do valor estimado da contratação é igual a R\$ 1.982.944,09, sendo que o valor total do patrimônio líquido é igual a R\$ 1.894.073,96, então a empresa NÃO alcança o valor mínimo exigido em edital".

Objetivando demonstrar de forma inequívoca a confusão cometida por essa respeitável Comissão Permanente de Licitação na decisão administrativa acima apontada, faz-se necessária a transcrição do regramento editalício inerente à documentação destinada à comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes, razão pela qual pede-se vênha para assim proceder:

10. DA PROPOSTA – ENVELOPE Nº 02 (PARA CADA ITEM):

10.3. Apresentar comprovação de Patrimônio Líquido mínimo correspondente a 10% do valor estimado da contratação, conforme parágrafo 3º do artigo 31 da lei 8.666/93, relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização date aquela data através de índices oficiais.

Por óbvio não se está defendendo que as licitantes não se encontravam compelidas a demonstrar deter o patrimônio mínimo de 10% (dez) por cento do valor correspondente ao objeto licitado, visto que inexistem dúvidas quanto à regularidade de tal normatização.

Diante de tais ponderações, fica evidente que o cerne da questão contida na Decisão Administrativa atacada através do presente Recurso encontra-se na metodologia que seria possível às licitantes adotarem com o fim de demonstrar de forma inequívoca aos membros dessa respeitável Comissão Especial de Licitação deter as mesmas o Patrimônio Líquido Não Inferior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação para um período de 12 (doze) meses e não de todo o período do contrato a ser celebrado.

Ademais, impossível não se ponderar para o fato de que uma sociedade empresária pertencente ao setor da Construção Civil, principalmente no momento econômico vivenciado no Brasil – qual seja, o de elevado aquecimento do setor – no prazo de 06 (seis) meses, indubitavelmente sofrerá alteração em sua capacidade financeira.

Necessário ainda frisar que no Edital de Licitação em questão, nos itens acima apontados, não trazem qualquer menção à suposta regra de que o Patrimônio Líquido não inferior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, necessariamente, deveria ser detido pela licitante até a data limite de 31 de dezembro de 2012 – momento em que se deu o fechamento do Balanço Financeiro do exercício anterior.

Por óbvio, a capacidade patrimonial exigida no edital regeedor do vertente certame deverá ser detida pela licitante no momento da apresentação da documentação inerente à fase de habilitação.

De tal sorte, fica novamente evidenciada a desproporcionalidade adotada na decisão proferida por essa respeitável Comissão Especial de Licitação, visto que se almeja entender que o percentual exigido pela Lei de Licitações se refere a todo o contrato e não apenas a 12 (doze) meses, contrariando o entendimento vigente do TCU ainda fez exigências cumulativas o que é totalmente vedado pelo nosso ordenamento.

QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA – EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS QUE ROMPEM COM A LEGALIDADE

Inicialmente, a título de pré-compreensão, a impugnante esclarece que as razões articuladas na presente exordial baseiam-se em pontos simples e objetivos, a saber: **a)** existe cumulação de requisitos econômico-financeiros, o que é vedado pela Lei de Licitações e jurisprudência; **b)** o ato convocatório faz exigência da comprovação pelas licitantes de patrimônio líquido de 10% sobre o valor estimado do certame, quando o correto seria exigir o patrimônio mínimo líquido das licitantes sobre o valor que venha efetivamente a ser contratado, e mesmo assim concernente a período de 12 (doze) meses de não a todo o período do contrato.

Note-se que nem mesmo a cumulação das exigências de Patrimônio Líquido mínimo com as garantias do art. 56 da Lei 8666/93 é vista com bons olhos pela Jurisprudência do TCU:

Abstenha-se de:

- exigir capital social mínimo, cumulativamente com a prestação da garantia prevista no art. 31, inciso III, da Lei 8.666/1993, uma vez que o § 2º do mencionado artigo permite tão-somente à Administração exigir, **ALTERNATIVAMENTE**, capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo ou as garantias previstas no § 1º do art. 56 do referido diploma legal;
- estabelecer condições não previstas no art.31 da Lei nº 8.666/1993, especialmente não exigindo comprovação de capital integralizado;

Acórdão 6613/2009 Primeira Câmara

(...)

Adote providências no sentido de não prever nos editais de licitação exigência simultânea de garantia, na forma de seguro garantia ou fiança bancária e capital social ou patrimônio líquido mínimo como requisitos de qualificação econômico-financeira, conforme estabelece o art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/1993.

Acórdão 1453/2009 Segunda Câmara (Relação)

(...)

Abstenha-se de exigir capital social mínimo, cumulativamente com a prestação da garantia prevista no art. 31, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, uma vez que seu § 2º permite tão-somente à Administração exigir, **alternativamente**, capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo ou as garantias previstas no § 1º do art. 56 do referido diploma legal.

Acórdão 2882/2008 Plenário

De notar-se que a garantia financeira de que trata o art. 56 da Lei 8666/93, por si só, já seria mais do que idônea para resguardar a execução contratual, sendo que a recorrente, em momento algum, aduziu oposição a esta exigência. Sobre o tema, pertinente é o escólio de Justen Filho:

“[...] qual é o melhor, para a Administração, entre a situação de o licitante ser titular de um certo patrimônio líquido ou de apresentar um seguro-garantia no mesmo valor? A resposta é evidente: **o mais satisfatório é o seguro-garantia**, inclusive porque a evolução dos fatos pode conduzir à redução do patrimônio líquido do sujeito, sem que tal sequer chegue ao conhecimento da Administração. Já o **seguro-garantia** ou **outra das alternativas previstas no art. 56, §1º**, envolve uma situação de **segurança muito mais efetiva**”

Sobre a cumulação de requisitos financeiros o Tribunal de Contas da União já se posicionou contrariamente com a edição da súmula 275:

SÚMULA Nº 275/2012

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.

Destaca-se que inicialmente, para ser verificada a situação financeira de uma empresa, existem os índices contábeis que demonstram a real situação da empresa.

Deste modo, a qualificação econômica financeira não é um conceito absoluto, sendo relativo ao vulto dos investimentos e despesas necessárias à execução da prestação. Deste modo, a citada qualificação somente poderá ser apurada em função das necessidades concretas de cada caso.

Assim, não é necessária a comprovação atinente a todos os incisos do art. 31, conforme ensinamentos do Doutrinador Marçal Justen Filho, na obra Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 14ª Edição, Editora Dialética, 2010, pág. 469, in verbis:

“... não existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do art. 31 da lei 8.666/93”. (STJ – Resp nº 402.711/SP, rel. Min. José Delgado, 11/06/2002).

As exigências editalícias devem caracterizar-se, em essência, como um processo competitivo direcionado a dois objetivos a ser perseguidos em qualquer procedimento de licitação: selecionar a proposta mais vantajosa para a Instituição e assegurar aos possíveis interessados tratamento isonômico.

De toda sorte como o valor do patrimônio líquido da RECORRENTE, conforme o Balanço datado de 31 de dezembro de 2012, é de R\$ 1.894.073,96 (um milhão oitocentos e noventa e quatro mil setenta e três reais e noventa e seis centavos), e como o próprio item 10.3 permite a atualização pelos índices oficiais, aplicando no caso vertente a correção do IGP-M, pelo fato de ter sido o balanço encerrado a mais de 03 (três) meses da data da apresentação da proposta, e com arrimo no percentual acumulado durante o ano de 2013 até o mês de setembro corrente que é de 3,7011% e aplicando a fórmula: $PL\ atual = PL \times (1 + IGP_{Macum}/100)$ ¹ chegamos ao valor de R\$ 1.964.175,53 (um milhão novecentos e sessenta e quatro mil cento e setenta e cinco reais e cinquenta e três centavos), sendo este o atual patrimônio da RECORRENTE sem considerar o acréscimo decorrente de todo o exercício 2013 das contratações, obras e serviços até então realizados e que não foram consignados no exercício anterior.

Infere-se, destarte, que o valor do Patrimônio Líquido da RECORRENTE encontra-se infimamente abaixo do valor estimado de toda a contratação e não apenas considerado o período de

¹ PL atual: Patrimônio Líquido atualizado/corrigido até setembro/13.

PL: Patrimônio Líquido em dezembro/12

IGPMacum: Índice acumulado no ano do IGP-M (índice geral de preços do mercado fornecido pela Fundação Getúlio Vargas, que no nosso caso até setembro/13 é de 3,7011%).

12 (doze) meses, o que de qualquer modo fica abaixo somente 0,09% do valor total da licitação para todo o contrato, ou seja, o valor do Patrimônio da VL Tecnológica corresponde a 9,91% do valor de todo o objeto do certame.

Oportuno ressaltar que em face da inabilitação da RECORRENTE esta sequer teve a oportunidade de externar seu interesse de concorrer a 01 (um) ou aos 02 (dois) itens da licitação, não podendo essa Comissão simplesmente supor que a ora RECORRENTE participaria do certame quanto aos 02 (itens), cuja presunção causou enorme e irreparável à mesma que por conta de tal entendimento equivocada e ilegal inabilitou-a para o certame.

DA OMISSÃO CONTIDA DO EDITAL DA LICITAÇÃO

Importa ainda apontar que além da inexistência de qualquer menção à suposta obrigação das licitantes deterem dito Patrimônio Líquido até a data da apresentação da proposta, inexiste, também, qualquer regramento no sentido de especificar qual ou quais documentos deveriam ser apresentados por parte da RECORRENTE com o fim de demonstrar haver atendido a tal exigência. De tal sorte, a omissão por parte do Edital de Licitação quanto à tal questão, indubitavelmente, deve favorecer à licitante, pois, deixou ao arbítrio da mesma eleger o documento que entendeu mais conveniente à passar a Comissão Especial de Licitação a certeza de haver atendido à referida regra edilícia.

Especificamente quanto ao momento da comprovação da capacidade econômico-financeira que deverá ser detida pela RECORRENTE, a simples leitura do que se encontra regulado na vigente Lei 8.666/93, em seu artigo 31, § 3º será suficiente para sanar qualquer dúvida quanto ao equívoco efetivamente cometido por essa respeitável Comissão Permanente de Licitação em razão da evidente omissão contida no referido Edital de Licitação.

Ao fazer menção à atualização financeira mediante utilização dos índices oficiais, possibilitou, apenas, que demonstrada dita capacidade através de qualquer documento até a data da apresentação da proposta comercial não demonstre de forma inequívoca o pretendido lastro patrimonial, fica permitida a adoção dos índices oficiais para se verificar a equivalência dos valores pecuniários contidos em documentos não atuais à data em referência.

Inadmissível a conclusão no sentido de que a norma legal em questão, ao tratar da comprovação do Patrimônio Líquido Mínimo, impossibilitou a adoção de outro documento além daquele adotado para demonstrar a boa situação financeira, mediante a demonstração dos índices acima especificados, qual seja, o Balanço Patrimonial do exercício financeiro anterior.

DO POSICIONAMENTO DO TCU

O excelso Tribunal de Contas da União em recente julgado esclareceu de vez a questão sobre a exigência da comprovação de patrimônio líquido mínimo como requisito de qualificação econômico-financeira para contratos que superem o período de 12 (doze) meses, senão vejamos a decisão da Corte de Contas:

PLENÁRIO

Incidência do valor de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo, exigido como requisito de qualificação econômico-financeira, sobre o valor estimado do contrato para o período de doze meses. Representação formulada ao TCU indicou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 26/2010, promovido pela Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social (Dataprev), com vistas à contratação de empresa para o fornecimento de auxílio alimentação, via cartão magnético. A Dataprev foi chamada aos autos para se manifestar sobre a “*exigência de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo equivalente a 10% do período total da contratação (36 meses), o que corresponde a 30% do valor anual do contrato*”. Após examinar as informações prestadas, a unidade técnica concluiu que, “*não obstante a fixação do prazo inicial de vigência, 36 meses, ser aceito pela jurisprudência deste Tribunal, e a exigência do patrimônio líquido ter recaído sobre a projeção do valor estimado para esse período, resta [...] a justificativa para a limitação da garantia em patamares próximos aos 10%, posto que a Lei de Licitações permite margem entre 0,1 a 10%, conforme § 3º do art. 31. Essa decisão, ainda que buscando maiores garantias à execução contratual, acabou por privilegiar a participação apenas de empresas de grande porte, no ramo de negócio em tela, possuidoras de grande capital social [...], caracterizando desrespeito aos princípios da isonomia e da razoabilidade*”. Em consequência, a unidade técnica propôs determinar-se à entidade a republicação do edital do pregão, devidamente corrigido. Embora concordando com a análise da unidade técnica, o relator não considerou que as exigências “*tenham afetado a economicidade do certame, que contou com a participação de quatro licitantes e ampla disputa (71 lances ao todo)*”. Revelava-se, portanto, a seu ver, “*contrário ao interesse público o retorno do procedimento ao seu início, seja porque a natureza essencial dos serviços contratados (vale alimentação) pode forçar a entidade a realizar contratação emergencial a preços majorados, seja porque não há indício de que a licitação teria resultado diverso caso alterados os dispositivos impugnados*”. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu determinar à Dataprev que, em suas futuras licitações, “*faça incidir o valor de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo, exigido como requisito de qualificação econômico-financeira, sobre o valor estimado para o período de 12 (doze) meses, mesmo quando o prazo de contrato for superior a este período*”. Acórdão n.º 1335/2010-Plenário, TC-011.225/2010-6, rel. Min. José Carlos Monteiro, 09.06.2010.

Responsáveis pelo Informativo:

Elaboração: Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões
Revisão: Odilon Cavallari de Oliveira, Secretária das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br

Destarte, não pairam quaisquer dúvidas acerca da correta interpretação e aplicação da regra insculpida no § 3º do art. 31 da Lei nº 8.666/1993, devendo ser a exigência proporcional ao valor estimado para o período de 12 (doze) meses, bastando pura e simplesmente serem aplicados cálculos aritméticos proporcionais ao tempo estimado do contrato para se chegar ao percentual correspondente ao período de 12 (doze) meses, nos exatos moldes do entendimento do TCU.

DO POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Julgando caso análogo ao presente o egrégio Superior Tribunal de Justiça – SJT assim se posicionou quanto ao requisito da exigência de comprovação de patrimônio líquido de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO PÚBLICA. SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO. EDITAL. ART. 30, II, DA LEI Nº 8.666/1993. EXIGÊNCIA DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA E FINANCEIRA LÍCITA. ART. 57, II DA LEI Nº 8.666/1993. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORMA CONTÍNUA. PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO. DURAÇÃO DO CONTRATO FIXADA AB INITIO EM 60 MESES. ILEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE. É certo que não pode a Administração, 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. Dessarte, inexistente violação ao princípio da igualdade entre as partes se os requisitos do edital, quanto à capacidade técnica, são compatíveis com o objeto da concorrência. (...) Apesar dos §§ 2º e 3º do art. 31 da Lei de Licitações disporem que a Administração, na execução de serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de patrimônio líquido mínimo, que não exceda a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, na hipótese dos autos essa exigência é ilegal, pois o valor do patrimônio líquido mínimo previsto no edital foi calculado com base na prestação do serviço pelo período inicial de 60 (sessenta) meses, contrariamente ao que dispõe o art. 57, inciso II da Lei nº 8.666/1993. Recurso Especial provido em parte. (Resp. 474781/DF/STJ, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, unânime, DOU 12/05/2003).

Sendo assim, no presente caso como a CLÁUSULA 29.1 do Edital 02/2013 prevê que a vigência do contrato será de 545 (quinhentos e quarenta e cinco) dias, para cumprimento da exigência contida na CLÁUSULA 10.3 deve incidir o valor do patrimônio líquido mínimo sobre o valor estimado para o período de 12 (doze) meses, cujo entendimento se coaduna com o do Acórdão n.º 1335/2010-Plenário, TC-011.225/2010-6, acima transcrito.

DO DIREITO APLICÁVEL À ESPÉCIE

No que se refere aos ensinamentos doutrinários decorrentes das disposições contidas na Lei 8.666/93, ao tratar da questão inerente à discricionariedade detida pela Administração Pública quando da adoção dos regramentos regedores do processo concorrencial, trazemos à análise dessa respeitável Comissão Especial de Licitação a inatacável lição abaixo transcrita:

“É na determinação do conteúdo jurídico da isonomia, no dia-a-dia das licitações e contratações públicas, que surgirão as questões que o art. 3º ajudará a resolver. Ilustre-se com a aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, também explicitado no art. 3º. Suponha-se que edital de licitação venha a estabelecer requisito que se revele discriminatório, de molde a impossibilitar a participação no certame da empresa que o desatenda, inobstante tal requisito não se mostrar essencial, seja para habilitar-se o licitante ou para a testar a exequibilidade de sua proposta. Em outras palavras, entre o requisito do edital e as finalidades da



licitação a que se refere não se vê nexos causal. Resulta claro que a presença do discrimen no ato convocatório almeja afastar da competição certa, ou certas, empresa, beneficiando outra, ou outras. Nessas circunstâncias, o edital há de ser desconsiderado quanto àquele requisito, porque o princípio da vinculação ao instrumento convocatório não derroga o da isonomia, devendo, antes, a ele subordinar-se.

A igualdade de todos perante a lei ocupava, nos textos constitucionais brasileiros anteriores, posição de permeio aos demais direitos individuais. A Carta de 1988 alterou-lhe a topografia, inserindo-a na cabeça do artigo em que arrola os direitos fundamentais. A mudança, como faz ver Celso Ribeiro Bastos: "é prenhe de significação... Na verdade, a sua função é a de um verdadeiro princípio a informar e a condicionar todo o restante do direito... A igualdade não assegura nenhuma situação jurídica específica, mas garante o indivíduo contra toda má utilização que possa ser feita da ordem jurídica. A igualdade é, portanto, o mais vasto dos princípios constitucionais, não se vendo recanto onde ela não seja impositiva.

Posta nestes devidos termos, a isonomia prescindiria de menção expressa para impor-se às licitações e contratações públicas. Mas andou bem o legislador ao incluí-la em disposição enunciadora dos princípios básicos da licitação, como que a advertir administradores e licitantes de que aqueles princípios há de ser aplicados em harmonia com o da igualdade.

Prossegue o art. 3º da Lei nº 8.666/93 definindo a finalidade de toda licitação. A definição é de caráter geral porque constitui o elemento estrutural do ato administrativo, qual seja a finalidade. A finalidade de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO é precisa e manifesta. A finalidade é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato. Em sentido amplo, a finalidade sempre corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter sempre finalidade pública. Em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido em lei; nesse sentido se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei. É o legislador que define a finalidade que o ato deve alcançar, não havendo liberdade de opção para a autoridade administrativa... Seja infringida a finalidade legal do ato (em sentido estrito), seja desatendido o seu fim de interesse público (sentido amplo), o ato será ilegal, por desvio de poder".

(José Torres Pereira Júnior, Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Ed. Renovar, 1997).

Os ensinamentos acima expostos são por demais suficientes para, aliados à disposição contida no Parágrafo 3º do artigo 31 da vigente Lei 8.666/93, possibilitar a conclusão de que fora intenção do legislador permitir aos licitantes, à data da apresentação da proposta comercial, comprovar deter a condição patrimonial exigida pelo órgão responsável pela promoção do processo concorrencial.

[Handwritten signature and stamp]

Destarte, torna-se descabida a interpretação subjetiva da norma edilícia que lastreou a Decisão Administrativa ora atacada, uma vez que o artigo 3º da vigente Lei de Licitações é por demais claro e expresso no sentido de impor ao gestor público uma interpretação exclusivamente objetiva das normas que regem um processo licitatório.

Vale ainda frisar que o fim maior do procedimento concorrencial é a ampliação da disputa, jamais a redução do número de licitantes. Importa ressaltar que o acatamento das razões contidas no presente Recurso Administrativo não imporá qualquer espécie de prejuízo ou risco à segurança jurídica necessária, uma vez que através dos documentos acostados ao vertente processo concorrencial, encontra-se fartamente demonstrada tanto a boa condição financeira, assim como, o Patrimônio Mínimo não inferior a 10% do valor estimado para a contratação no período de 12 (doze) meses, bem como se considerarmos o valor individual de cada item (unidade) a ser construída, já que não foi oportunizado à RECORRENTE momento próprio para tal escolha.

Insistindo, ainda, nos ensinamentos doutrinários aplicáveis ao caso em tela, prossegue-se:

“2.3.2) A redução progressiva da discricionariedade

A disciplina legal da licitação caracteriza-se pela redução progressiva da discricionariedade. Assim se passa porque a lei atribui à autoridade administrativa margem relativamente relevante de autonomia nas etapas iniciais do procedimento licitatório. Porém, as escolhas realizadas pela Administração produzem efeitos vinculantes, na acepção de que os atos administrativos posteriores devem ser compatíveis com as decisões adotadas nas fases anteriores.

2.3.3) A discricionariedade anterior à elaboração do ato convocatório

É evidente que seria inviável transformar o procedimento licitatório desde a fase interna, numa atividade integralmente vinculada à lei. Isso acarretaria a necessidade de uma lei disciplinando cada licitação. A estrita e absoluta legalidade tornaria inviável o aperfeiçoamento da contratação administrativa. Uma vinculação assim ampla e exaustiva seria tão prejudicial e indesejável quanto à total liberação do administrador para formalizar o contrato que melhor lhe aprouvesse.

Por isso a lei ressalva autonomia para a Administração definir as condições da contratação administrativa. Mas, simultaneamente, estrutura o procedimento licitatório de modo a restringir a discricionariedade a determinadas fases ou momentos específicos.

Reservou-se à Administração a liberdade de escolha do momento de realização da licitação de seu objeto, da especificação de condições de execução, das condições de pagamento etc. Essa competência discricionária exercita-se no momento preparatório e inicial da licitação. Uma vez realizadas essas escolhas, exaure-se a discricionariedade e não mais pode ser invocada – ou mais corretamente, se a Administração pretender renovar o exercício dessa faculdade, estará sujeita a refazer toda a licitação.

Assim, a Administração tem liberdade para escolher as condições sobre o contrato futuro, Porém, deverá valer-se dessa liberdade com antecedência, indicando exaustivamente suas escolhas. Tais escolhas serão consignadas no ato convocatório



da licitação, que passará a reger a conduta futura do administrador. Além da lei, o instrumento convocatório da licitação determina as condições a serem observadas pelos envolvidos na licitação. A vinculação ao instrumento convocatório complementa a vinculação à lei.

Como se verá abaixo, o ato convocatório possui características especiais a anômalas. Enquanto ato administrativo, não se sujeita integralmente ao princípio da temporalidade (o ato posterior revoga o anterior). A autoridade administrativa dispõe da faculdade de escolha, ao editar o ato convocatório. Porém nascido tal ato, a própria autoridade fica subordinada ao conteúdo dele. Editado o ato convocatório, o administrado e o interessado submetem-se a um modelo norteador de sua conduta. Tornam-se previsíveis, com segurança, os atos a serem praticados e as regras que os regerão. Restará margem mínima de liberdade ao administrador, usualmente de extensão irrelevante.

2.3.4) Esgotamento da discricionariedade: vinculação ao instrumento convocatório

Impõe-se, assim, a objetivação da decisão e da escolha do administrador. Isso significa que a lei impõe que a seleção do contratante e a definição do próprio "contrato" sejam retiradas do plano das meras cogitações pessoais e particulares do agente administrativo que exercita a função de julgar as propostas. Para isso, submete a escolha do administrador a um "procedimento" – ou seja, uma série ordenada e conjugada de atos, cuja sucessão conduz a uma decisão final suscetível de controle quanto à racionalidade, adequação e conveniência. A licitação não é apenas uma sucessão formal e mecânica de atos. A sucessão de atos significa a dissociação temporal e lógica dos diversos componentes da decisão do administrador.

2.3.4.1) A exaustão da discricionariedade

Cada fase da licitação culmina com uma decisão. Mesmo nos casos de decisões internas (tais como "definição do objeto a ser licitado" e "elaboração do edital"), são tomadas decisões fundamentais para definir a futura contratação. Existe uma "especialização" em cada fase da licitação. Ou seja, em cada fase, a atenção se dirige a um certo aspecto do problema. Cuida-se de um ângulo específico da questão a ser decidida. De outro lado, cada decisão condiciona o seguimento do procedimento licitatório. Assim, quando se define o objeto a ser licitado, está se condicionando o conteúdo do edital. O conteúdo do edital restringe as possibilidades dos concorrentes e delimita as propostas que serão apreciadas etc. Daí aludir-se ao princípio da vinculação ao edital, para indicar o exaurimento da competência discricionária. Ao produzir e divulgar o ato convocatório, a Administração exercita juízos de conveniência e oportunidade sobre o objeto a ser contratado, os requisitos de participação, os critérios de seleção do vencedor. Se a Administração identificar, posteriormente, algum defeito na sua atuação anterior, ser-lhe-á assegurada a faculdade de rever o edital – mas isso importará a invalidação do certame e a renovação da competição. No curso de uma licitação, e vedado alterar os critérios e as exigências fixadas no ato convocatório.

(Marçal Justen Filho - Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Ed. Dialética – 12ª Edição - 2008 – São Paulo).

Fácil perceber a importância dos princípios regedores do procedimento licitatório, principalmente quanto ao princípio da isonomia; da legalidade e da vinculação ao edital de licitação. Toda a doutrina ao interpretar as referidas normas se posiciona no sentido de afastar qualquer tratamento diferenciado a qualquer dos licitantes inscritos, devendo o julgamento do certame dar-se de maneira objetiva e adstrito às exigências formalmente reguladas e a todos impostas.

O edital de licitação do referido processo licitatório, ao regular a exigência contida no item "10.3", não fora claro quanto à metodologia que deveriam os licitantes adotarem para demonstrar possuir o Patrimônio Líquido Mínimo exigido para dita contratação. De tal sorte, deixou ao entendimento de cada um dos licitantes interessados a definição quanto a que tipo de documento seria utilizado com o fim de passar a essa Comissão Permanente de Licitação a certeza de que dita capacidade financeira era pelo mesmo detida.

Salvo na hipótese dessa Comissão apontar inconsistência ou falsidade nas informações financeiras expressamente contidas no Balanço Patrimonial apresentado pela RECORRENTE com as correções na forma da lei, consoante alhures exaltado, não poderá ser mantida a Decisão que à inabilitou no vertente procedimento concorrencial, visto inexistir na legislação vigente e, muito menos, no Edital de Licitação supra especificado, qualquer óbice a adoção de dito documento com o fim de comprovar o atendimento da exigência regulada através do item citado.

Sobre a questão inerente à redução ou evolução patrimonial a que se encontra sujeita qualquer licitante e a adoção de Balanços Patrimoniais nos quais se encontre retratados períodos inferiores a 12 (doze) meses, assim entende o Egrégio Tribunal de Contas da União:

A EXIGÊNCIA DE RELAÇÃO DOS COMPROMISSOS ASSUMIDOS, CALCULADA EM FUNÇÃO DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO ATUALIZADO, PARA O FIM DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA, NÃO OFENDE O ESTATUTO DAS LICITAÇÕES - Representação formulada contra o Pregão Eletrônico 26/2011, realizado pelo TCU, e cujo objeto consistiu na contratação de serviços continuados de vigilância armada, apontou pretensas irregularidades, relacionadas à qualificação econômico-financeira das licitantes. Dentre elas, uma diria respeito à exigência de que fosse apresentada declaração, contendo relação de compromissos assumidos, demonstrando que 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados com a Administração Pública e/ou com a iniciativa privada, vigentes na data prevista para apresentação da proposta, não seria superior a 100% (cem por cento) do patrimônio líquido, podendo este ser atualizado por índices oficiais, quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da sessão pública de abertura do Pregão 26/2011. Para o relator, a partir de julgado anteriormente proferido pelo Tribunal, a exigência em questão, além de encontrar amparo legal, teria por finalidade avaliar a real capacidade de a empresa cumprir satisfatoriamente o objeto licitado, considerando os compromissos já assumidos noutras avenças. Ressaltou, entretanto, que "a Lei [8.666/1993] estabelece que a diminuição da capacidade operativa ou da disponibilidade financeira decorrentes de outros compromissos assumidos deve ser avaliada em relação ao patrimônio líquido da empresa, pois, conforme apontaria a doutrina, "objetiva verificar

se os dados contábeis não estão prejudicados em função de fatos supervenientes”. Sendo assim, ainda consoante o relator, “a relação de compromissos apenas poderá referir-se a eventos posteriores à data de apuração do balanço”, pois, “a empresa pode ter ampliado o montante de seus compromissos após o balanço, tanto quanto pode ter ampliado sua disponibilidade de recursos”. Logo, deve ser assegurado às licitantes demonstrar que os compromissos supervenientes não reduziram o montante do patrimônio líquido, de modo a continuar a preencher os requisitos do edital. Não haveria, portanto, ilegalidade na exigência da relação dos compromissos assumidos, calculada em função do patrimônio líquido atualizado. Por conseguinte, votou o relator pelo não provimento da representação intentada, no que foi acompanhado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 2523/2011, da 2ª Câmara. Acórdão nº 2247/2011-Plenário, TC-016.363/2011-6, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 24.08.2011.

Ao se ponderar quanto ao teor do julgamento acima apontado, aplicando-o analogicamente ao caso em tela, fica evidente que o interessa da Administração Pública é deter a certeza de que a licitante, no momento da apresentação de sua Proposta Comercial – conforme regulado no § 3º do artigo 31 da vigente Lei 8.666/93 – detém o lastro patrimonial mínimo necessário à contratação do objeto licitado para um período de 12 (doze) meses conforme entendimento do excelso TCU. Impossível não reconhecer a dinâmica financeira a que se encontra sujeita qualquer sociedade empresária do setor da construção civil.

Ainda no tocante ao entendimento doutrinário quanto à importância do teor do artigo 3º da vigente Lei de Licitações, vejamos o ensinamento abaixo transcrito:

“Princípio é a proposição geral e abstrata que orienta todo o sistema, de modo a compatibilizar as partes que o integram. Depois de induzidos os princípios, o sistema a que se referem ganha em clareza a unidade, qualidades imprescindíveis para as tarefas de interpretação e aplicação das normas por eles informadas.” A importância dos princípios nomeados no art. 3º está em que:

- (a) facilitam a dedução das normas gerais que lhes dão cumprimento;
- (b) delimitam a elaboração das leis estaduais e municipais, bem como dos regulamentos internos das empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e entidades sob o controle estatal, de forma a evitar que componham subsistemas incompatíveis com o da lei federal;
- (c) fixam os pontos cardeais para a interpretação de todo o conjunto normativo relativo à licitação pública.

Quanto aos princípios nomeados na Lei 8.666/93, consigne-se, por ora, que:

- a) o da igualdade impõe à Administração elaborar regras claras, que assegurem aos participantes da licitação condições de absoluta equivalência durante a disputa, tanto entre si quanto perante a Administração, intolerável qualquer espécie de favorecimento;

b) o da publicidade exige que a Administração anuncie, com a antecedência e pelos meios previstos na lei, além de outros que ampliem a divulgação, que realizará a licitação e que todos os atos a ela pertinentes serão acessíveis aos interessados;

c) o da probidade administrativa ordena à Administração que o único interesse a prevalecer é o público e que a única vantagem a ser buscada é a da proposta que melhor atenda ao interesse público;

d) o da vinculação ao instrumento convocatório faz do edital ou do convite a lei interna de cada licitação, impondo-se a observância de suas regras à Administração Pública e aos licitantes, estes em face dela e em face uns dos outros, nada podendo ser exigido, aceito ou permitido além ou aquém do que se encontra expressamente contido em suas cláusulas e condições; o art. 41 da Lei nº 8.666/93 ilustra a extensão do princípio ao declarar que “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”, reconhecendo, no § 1º, a qualquer cidadão, legitimidade “para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei...”;

e) o do julgamento objetivo atrela a Administração, a apreciação das propostas, aos critérios de aferição previamente definidos no edital ou carta-convite, com o fim de evitar que o julgamento se faça segundo critérios desconhecidos dos licitantes, ao alvedrio da subjetividade pessoal do julgador; o art. 45 ilustra o propósito do princípio ao estatuir que “O Julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de Licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle”.

(José Torres Pereira Júnior, comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Ed. Renovar, 1997)

O artigo 3º da vigente Lei de Licitações é por demais suficiente para demonstrar o caráter vinculado do julgamento das propostas apresentadas pelas licitantes inscritas no certame, não podendo essa respeitável Comissão Permanente de Licitação adotar critérios diferenciados de exigibilidade pautados, exclusivamente, em entendimentos subjetivos quanto à documentação apresentada pelas licitantes. Obrigatório é a análise restrita e objetiva das informações contidas nos documentos apresentados.

Segundo o Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Editores, 6ª edição, 1995, pág.54, discorrendo sobre o Princípio da Razoabilidade, dispõe que:

“Pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto jurisdicionalmente inválidas – as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez, e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricão manejada. Com efeito, o fato de a lei conferir aos administrados certa liberdade (margem de discricão) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem



enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu libito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicada.”

DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DA RAZOABILIDADE – DIFERENÇA PATRIMONIAL DE 0,09%

O princípio da insignificância é derivado do princípio da razoabilidade, que, apesar de não ter sido mencionado no *caput* do art. 37 da Carta Republicana de 1988, é uma diretriz do senso comum, do bom senso, aplicada ao Direito. Sua existência é fundamental para o controle da discricionariedade concedido em favor dos agentes administrativos. Por diversas vezes, o legislador não define a melhor solução para o interesse público, mas outorga aos agentes a competência para fazê-lo, em vista das peculiaridades dos casos concretos que lhes são apresentados.

Não há critérios objetivos para definir o conceito de razoabilidade, mas, segundo esse princípio, deve a Administração pautar-se em uma atuação racional, por meio de práticas de condutas coerentes, prudentes e equilibradas, no exercício de suas atividades discricionárias ou vinculadas. O princípio da razoabilidade se propõe a eleger a solução mais razoável para os conflitos, tendo em vista as circunstâncias sociais, econômicas, culturais e políticas, sem se afastar dos parâmetros legais. Neste prisma, constata-se que a Administração Pública, ao exercer suas funções, deve primar pela razoabilidade de seus atos a fim de legitimar as suas condutas, fazendo com que o princípio seja utilizado como vetor para justificar a emanção e o grau de intervenção administrativa imposto pela esfera administrativa ao destinatário, como bem ensina José Roberto Pimenta Oliveira.

A utilização do princípio da razoabilidade no âmbito do Direito Administrativo é de suma importância diante do caráter sancionador da Administração frente à população, o qual constantemente se manifesta por meio de dispositivos legais abertos e abstratos, utilizando-se da discricionariedade para tanto. Desta forma, esta competência de natureza discricionária vem sendo utilizada, na atuação administrativa, com o objetivo de melhor atender tanto às conveniências da administração quanto às necessidades coletivas. Serve como um poder instrumental, que consiste na liberdade de ação dentro de critérios estabelecidos pelo legislador.

Buscando diferenciar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, Niebuhr faz o seguinte paralelo:

Pois bem, o princípio da razoabilidade é mais abrangente do que o princípio da proporcionalidade. Ele significa que as decisões administrativas, especialmente as discricionárias, devem encontrar amparo em justificativas racionais, no bom senso. Dessa sorte, o princípio em tela proíbe que os agentes administrativos tomem decisões que não visem a quaisquer utilidades, despropositadas, que fujam dos parâmetros do senso comum.
[...]

Noutro lado, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como faceta do princípio da razoabilidade, apesar de não se confundir com ele. O princípio da proporcionalidade requer adequação entre os meios e os fins dos atos tomados pela Administração. Logo, ele tem a ver com gradação, com a potência, com a intensidade dos atos administrativos.

Como dito anteriormente, muito embora os princípios ora abordados tenham sua origem na esfera penal, não ficaram restritos somente a essa área jurídica, migrando, entre outros, para o campo do Direito Administrativo. Dessa forma, passamos a analisar hipóteses de aplicação de tais princípios na esfera administrativa.

Ao abordar o tema da insignificância nos processos de licitação, entram em cena dois princípios jurídicos de igual importância, quais sejam, razoabilidade e proporcionalidade.

Os agentes administrativos gozam de **discricionariedade** para praticar certos atos, nas hipóteses em que a lei não predetermina a conduta a ser adotada, devendo, no caso concreto, com base na razoabilidade e proporcionalidade, escolher a opção que melhor se adeque ao interesse público.

Nesse sentido, é importante trazer à baila os ensinamentos de Joel de Menezes Niebuhr:

Na licitação pública, os agentes públicos administrativos devem praticar uma série de atos no exercício de competência discricionária, tais quais os atos de definição do objeto da licitação, dos quantitativos a serem exigidos nos atestados de capacitação técnica, dos índices constituintes da medida da sanção administrativa a ser aplicada em relação a licitantes falidos, etc. Daí a importância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que se prestam a servir de parâmetro a tais competências discricionárias, rechaçando atos arbitrários e injustos, incompatíveis com o interesse público.

Mas, como visto, essa Administração licitante não procurou cercar-se de garantias mínimas para a execução do objeto contratado, tal qual preconiza o inc. XXI do art. 37 da CF. Buscou garantias MAXIMAS, cumuladas, o que tem como efeito degenerado a restrição do caráter competitivo do certame, reduzindo, via de consequência, as chances de encontrar-se o melhor preço.

Neste norte vejamos julgado do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Processo: MS 199800153543
MS - MANDADO DE SEGURANÇA - 5693
Relator(a)MILTON LUIZ PEREIRA Sigla do órgão STJ
Órgão julgador PRIMEIRA SEÇÃO
Fonte DJ DATA:22/05/2000 PG:00062

[...]

O interesse público reclama o maior número possível de concorrentes, **configurando ILEGALIDADE A EXIGÊNCIA DESFILADA DA LEI básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para a habilitação.**

É sabido que a saúde financeira de uma empresa vai muito além da medição por índices contábeis, tais como os índices pedidos no edital, em comento. A administração pública tem procurado, por intermédio dessas ferramentas, avaliar as condições de fazer das empresas em face do cumprimento das obrigações que vier a assumir e assegurar-lhe sucesso na contratação.

As exigências editalícias devem caracterizar-se, em essência, como um processo competitivo direcionado a dois objetivos a ser perseguidos em qualquer procedimento de licitação: selecionar a proposta mais vantajosa para a Instituição e assegurar aos possíveis interessados tratamento isonômico.

Cabe destacar que o dispositivo legal que sustenta a apuração do capital social e do patrimônio líquido, com base no valor estimado do contrato, é de 1993 (§ 3º do artigo 31 da Lei 8.666/93), época em que nem se cogitava a possibilidade de conhecer o real preço do contrato antes da fase de habilitação, portanto, a única possibilidade era comparar a capacidade financeira da licitante com o valor apenas estimado do objeto.

Hoje, o valor estimado do contrato já não é mais o único dado disponível para comparação. É possível, em razão da inversão de fases, que a verificação da capacidade econômico-financeira da empresa ocorra com a observação precisa do valor do contrato a ser assinado. Os motivos que levavam à necessidade da utilização da estimativa não existem mais, o que desestabiliza sua fundamentação lógica e jurídica.

Deve ser acrescida a essa perspectiva, a utilização de valores estimados muito além do praticado no mercado. É possível (e de ocorrência frequente) que o valor estimado de forma superestimada, sofra redução da ordem de 30, 40%, ou até mais, quando da contratação efetiva.

Sob este prisma, a utilização do valor estimado do contrato, como base de cálculo para exigência de capacidade econômica, além de não razoável, quando conhecido o real valor do contrato a ser assinado, torna-se uma ferramenta que afasta possíveis interessados no certame, restringindo, indevidamente, o universo de licitantes que poderiam ser habilitadas.

A adoção de um valor estimado do objeto muito acima do seu real valor de mercado implica em elevar, de forma indevida, as exigências de capital social e patrimônio líquido mínimo. Assim, seria facilitada a possibilidade de, com uma estimativa absurda e irreal, afastar licitantes que não teriam condições de cumprir as exigências habilitatórias.

O procedimento licitatório tem como princípio fundamental garantir a isonomia entre os licitantes. A importância dada pelo legislador ao referido princípio é tamanha que o artigo 3º da Lei nº 8.666/93 chega a afirmar que a "licitação visa garantir o princípio constitucional da isonomia". Exagerou o legislador. Não obstante a elevadíssima importância do princípio em tela, o objetivo da licitação é atingir a melhor oferta ao Estado. Ainda assim, é válido o conceito da importância do princípio da igualdade.



Mesmo considerando a essencialidade da igualdade entre as licitantes, é necessário destacar em que termos será analisada a igualdade entre as participantes do certame. Aqui vale a máxima jurídica: "igualdade é tratar de maneira igual os iguais e desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades".

O princípio fundamental implica na existência de uma fase de habilitação prévia à análise das propostas. Nessa fase inicial, a Administração possuiria condições de separar aqueles que têm condições de executar o contrato licitado, daqueles que não as tem. Em bom português: separar o joio do trigo.

O Prof. Hely Lopes Meirelles (Licitação e contrato administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 18) define em sua obra o motivo da existência de uma fase prévia à análise das propostas e que busque eliminar os concorrentes menos preparados:

Embora haja interesse da Administração no comparecimento do maior número de licitantes, o exame das propostas restringe-se àquelas que realmente possam ser aceitas, em razão da pessoa do proponente. Isto porque a Administração só pode contratar com quem tenha qualificação para licitar, ou seja, o interessado que, além da regularidade com o Fisco, demonstre possuir capacidade jurídica para o ajuste; condições técnicas para executar o objeto da licitação; idoneidade financeira para assumir e cumprir os encargos e responsabilidade do contrato.

Ao disciplinar a fase de habilitação era primordial que o legislador definisse muito bem quais são os limites que o administrador possui para estabelecer a linha separadora entre os aptos e os inaptos. Esses limites foram definidos e estão estabelecidos entre os artigos 27 e 32 da Lei de Licitações.

Este é o conceito que deve ser observado quando da análise da habilitação de uma empresa. Deve ser verificado, exclusivamente, se a proponente detém condições de execução do contrato.

O § 3º do artigo 31 da Lei nº 8.666/93 está claramente inserido nesse contexto. Ao estipular um limite geral de 10% do valor a ser contratado, o legislador buscou cercear a discricionariedade do administrador, antevendo a possibilidade de condições altamente restritivas no certame e que ultrapassariam a função da fase de habilitação que é, repisa-se, de estabelecer uma linha mínima de segurança contratual.

Convém debruçar sobre o parâmetro de composição da regra. O dispositivo legal regula a exigência habilitatória em até 10% do valor estimado da contratação. Não há qualquer dúvida quanto ao motivo que levou o legislador a utilizar o valor estimado da contratação em detrimento do valor real da contratação. O legislador adotou o valor estimado porque não seria possível, quando da elaboração da Lei nº 8.666/93, saber o valor real da contratação já na fase de habilitação.

É inequívoco que seria muito mais razoável, lógico e sensato, estabelecer que a empresa seja obrigada a comprovar que possui condições de executar o contrato a ser efetivamente assinado. Inexiste qualquer fundamento, além do desconhecimento do valor contratual, para que a licitante tenha que comprovar capacidade econômica sobre um valor fictício.





Cumprir repetir que não está sendo apontado um equívoco na redação do dispositivo. No momento em que foi criado, o referido § 3º do artigo 31 cumpria a sua função, dentro dos limites existentes na época.

A aplicabilidade do referido dispositivo legal, nos exatos termos de sua redação, é que merece ser melhor apreciada, sob pena de perpetuar uma utilização incompleta da intenção do legislador, apenas porque sempre foi assim, quando hoje já é possível melhor aplicá-la, com o objetivo de dar plena eficácia ao critério habilitatório.

Na modalidade pregão, a adoção do valor estimado da contratação, para a comprovação da capacidade econômico-financeira do contrato, não se mostra ajustada ao princípio da razoabilidade e do maior universo possível de licitantes.

Considerando o texto legislativo atual, a Administração pode exigir a comprovação de capital social ou patrimônio líquido mínimo até o limite de 10%. A Administração não está obrigada a exigir exatamente dez por cento mas, sim, estabelecer, no intervalo de 0% a 10%, qual o critério mais adequado àquele específico procedimento licitatório.

Luis Carlos Alcoforado (Licitação e Contrato Administrativo. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. p. 186) explica essa margem a ser utilizada pela Administração, relembrando, ainda, o dever de o administrador justificar o percentual adotado para aquele procedimento licitatório:

Limite do valor do capital mínimo ou do patrimônio líquido – Se o capital ou o patrimônio líquido tem a finalidade de comprovar, objetivamente, a qualificação econômico-financeira do licitante, o mesmo estabeleceu um limite paradigmático. Dispõe a Administração de uma margem considerável de até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação. Qualquer percentual dentro desse limite observará o comando legal sendo certo, contudo, que para melhor transparência administrativa, é de bom alvitre que a Administração justifique o percentual escolhido.

A necessidade de justificar o percentual escolhido é pacífica no entendimento do Tribunal de Contas da União:

9.4.2. faça constar dos autos justificativas para o percentual fixado de capital ou de patrimônio líquido mínimo em relação ao valor estimado da contratação (§§ 2º e 3º do art. 31 da Lei 8.666/93), assegurando-se de que não restrinja o caráter competitivo do certame;

Dentro dessa concepção de intervalo, no qual será definido um referencial, qualquer valor abaixo do estabelecido pelo legislador deve ser considerado correto, contrariando a ilegalidade contumaz de aplicação do percentual máximo, sem nenhum critério específico.

É, portanto, plenamente lícita a exigência editalícia de comprovação, na fase de habilitação, que a empresa possua patrimônio líquido superior a 10% do valor da proposta final, ou seja: o valor do contrato.

Usualmente, o valor da proposta vencedora é inferior ao valor estimado para o contrato. Não obstante, para os casos em que o valor contratado seja superior ao estimado, seria justificável exigir que a licitante comprove que possui capacidade real de contratação, comprovando patrimônio ou capital social igual ou superior a 10% do valor real do contrato, evitando, inclusive, um direcionamento do contrato àquele que sequer teria capacidade econômica de habilitar-se para um procedimento licitatório, conduzido sem uma estimativa muito inferior à realidade.

É, portanto, dever do administrador público prever normas que adaptem as exigências licitatórias, estabelecidas para as modalidades tradicionais como a concorrência. No caso do limite legal de 10% para a exigência de patrimônio líquido mínimo, esse percentual deve ser verificado em relação ao valor da proposta, ou seja, o valor real do contrato.

Por fim, cumpre destacar a importância de uma análise mais criteriosa da exequibilidade da proposta ofertada, quando aberto o procedimento licitatório pela interpretação ora defendida. É fundamental que a Administração proteja-se contra uma possível fraude com a oferta de uma proposta inexecutável que tenha por objetivo, exclusivamente, atender ao requisito de qualificação econômico-financeira vinculado à proposta oferecida pela própria licitante a ser beneficiada.

DA CONCLUSÃO

Vale frisar que a RECORRENTE se inscreveu para participar do processo licitatório, objeto do pré-falado Edital, sempre consciente, de modo claro e inequívoco, de sua qualificação jurídica, técnica, econômico-financeira, bem como, de sua regularidade fiscal e, como de praxe, vale repetir, com a certeza de que atendeu a todos os requisitos exigidos no Edital. Serve o presente recurso como uma tentativa administrativa de se modificar a decisão proferida por essa respeitável Comissão Permanente de Licitação e que declarou inabilitada a RECORRENTE, apesar da mesma haver, incontestavelmente, atendido às exigências reguladas no Edital de Licitação do processo concorrential acima especificado.

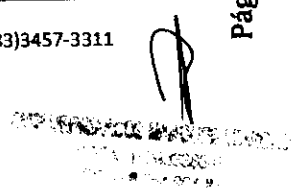
Não sendo o mesmo julgado procedente, não restará outra alternativa à RECORRENTE, senão buscar junto ao Poder Judiciário Federal a solução para as ilegalidades e equívocos acima apontados, mormente no que se refere aos seguintes pontos que sintetizam o presente recurso:

01. Como a CLÁUSULA 29.1 do Edital nº 02/2013 prevê que a vigência do contrato será de 545 (quinhentos e quarenta e cinco) dias, para cumprimento da exigência contida na CLÁUSULA 10.3 deve incidir o valor do patrimônio líquido mínimo sobre o valor estimado para o período de 12 (doze) meses, cujo entendimento se coaduna com o do Acórdão n.º 1335/2010-Plenário, TC-011.225/2010-6, alhures transcrito, bem como vai de encontro ao entendimento do STJ que decidiu pela ilegalidade da exigência em casos análogos, pois o valor do patrimônio líquido mínimo previsto no edital foi calculado com base na prestação do serviço pelo período total do contrato, conforme o REsp. 474781/DF/STJ.
02. Existe imensa desproporcionalidade na decisão proferida por essa respeitável Comissão Permanente de Licitação, visto que se além de entender que o percentual exigido pela Lei de Licitações se refere a todo o contrato e não apenas a 12 (doze) meses, contrariando o entendimento da vigente Súmula nº 275/2012 do TCU fez exigências cumulativas nos itens 8.1.3.c e 10.3 do Edital, o que é totalmente vedado pelo nosso ordenamento.

03. Deixou essa CPL de considerar o valor atualizado do Patrimônio Líquido da RECORRENTE que é de R\$ 1.964.175,53 (um milhão novecentos e sessenta e quatro mil cento e setenta e cinco reais e cinquenta e três centavos), sem considerar o acréscimo decorrente de todo o exercício 2013 das contratações, obras e serviços até então realizados e que não foram consignados no exercício anterior, encontrando-se pouco abaixo do valor estimado do valor de toda a contratação e não apenas considerado o período de 12 (doze) meses, o que de qualquer modo fica abaixo somente 0,09% do valor total da licitação para todo o contrato, ou seja, o valor do Patrimônio da VL Tecnológica corresponde a 9,91% do valor de todo o objeto do certame.
04. Premente é o acatamento das razões contidas no presente Recurso Administrativo, visto que não importará qualquer espécie de prejuízo ou risco à segurança jurídica necessária, uma vez que através dos documentos acostados ao vertente processo concorrential, encontra-se fartamente demonstrada tanto a boa condição financeira, assim como, o Patrimônio Mínimo não inferior a 10% do valor estimado para a contratação no período de 12 (doze) meses, bem como se considerarmos o valor individual de cada item (unidade) a ser construída, já que não foi oportunizado à RECORRENTE momento próprio para tal escolha.
05. Neste ponto, como em face da inabilitação não foi oportunizado à RECORRENTE o direito de ao menos especificar se desejava concorrer aos 02 (dois) objetos da licitação ou se somente a 01 (um) deles, e considerando ser o patrimônio suficiente para disputar a construção de pelo menos uma das unidades, já que sequer teve a oportunidade de externar seu interesse de concorrer a 01 (um) ou aos 02 (dois) itens da licitação, não podendo essa Comissão simplesmente supor que a ora RECORRENTE participaria do certame quanto aos 02 (itens), cuja presunção causou enorme e irreparável à mesma que por conta de tal entendimento equivocado e ilegal inabilitou-a para o certame, devendo ser a mesma considerada habilitada ao menos a concorrer a 01 (um) dos itens, já que cumpre fielmente todos os requisitos exigidos pelo Edital do Certame.
06. Por fim, vale repisar que na licitação pública, os agentes públicos administrativos devem praticar uma série de atos no exercício de competência discricionária, tais quais os atos de definição do objeto da licitação, dos quantitativos a serem exigidos nos atestados de capacitação técnica, dos índices contábeis, da medida da sanção administrativa a ser aplicada em relação a licitantes faltosos, etc. Daí a importância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que se prestam a servir de parâmetro a tais competências discricionárias, rechaçando atos arbitrários e injustos, incompatíveis com o interesse público.

DOS PEDIDOS

Diante do exposto, vem a RECORRENTE pleitear que essa respeitável Comissão Permanente de Licitação se digne em rever e reformar a decisão exarada, mais precisamente que julgou como inabilitada no presente certame a sociedade empresária VL TECNOLÓGICA LTDA, visto que a HABILITAÇÃO da mesma é imprescindível para a validade do presente procedimento público concorrential, vez que, conforme fartamente demonstrado, cumpriu dita licitante absolutamente todas as exigências reguladas no referido instrumento convocatório.





Em última hipótese, caso não seja do entendimento desta erudita Comissão Permanente de Licitação que os questionamentos legais, jurídicos, doutrinários e jurisprudenciais acima não devam ser aplicados no caso vertente, o que, data vencia não coadunamos e com certeza deverá ser objeto de apreciação judiciária caso seja mantida a decisão guerreada, que ao menos seja a empresa RECORRENTE considerada apta e, portanto, HABILITADA À CONCORRER A PELO MENOS 01 (UM) DOS ITENS, já que esta oportunidade não lhe fora concedida justamente por ter sido considerada inabilitada e por não podendo essa Comissão simplesmente supor que a ora RECORRENTE participaria do certame quanto aos 02 (itens), cuja presunção causou enorme e irreparável à mesma que por conta de tal entendimento equivocado e ilegal inabilitou-a para o certame, devendo ser a mesma considerada habilitada ao menos a concorrer ao item 02 (dois) – IF Serra Talhada, já que cumpre fielmente todos os requisitos exigidos pelo Edital do Certame.

Outrossim, não sendo acatado nenhum dos pedidos acima formulados, REQUER que se digne Vossa Excelência de fazer remessa do presente recurso à autoridade que lhe for imediatamente superior, a fim de que a mesma o aprecie, como de direito.

Ainda, em caso de não acatamento da presente medida recursal, REQUER que sejam extraídas peças de todo o processo licitatório, remetendo-as ao ilustre Representante da Procuradoria da República responsável pela análise das irregularidades decorrentes das contratações públicas com o fim de apurar possíveis irregularidades na prática dos atos administrativos na condução do referido certame.

De igual modo, em caso de insucesso do recurso, REQUER que sejam extraídas peças de todo o processo licitatório, remetendo-as ao ilustre Representante da Controladoria Geral da União responsável pela análise das contratações celebradas pelo Instituto Federal de Educação, Ciências e Tecnologia do Sertão de Pernambuco, com o fim de apurar possíveis irregularidades na prática dos atos administrativos na condução do referido certame.

Por fim, não sendo alterada a decisão desta CPL, REQUER que sejam extraídas peças de todo o processo licitatório, remetendo-as ao Egrégio Tribunal de Contas da União, bem como, ao Ministério Público de Contas da União, com o fim de se apurar a necessidade de instauração de uma Tomada de Contas Especiais quanto ao objeto licitado.

Nestes Termos
Pede Deferimento.

Petrolina/PE, em 11 de outubro de 2013.

03.226.372/0001-29

VL TECNOLÓGICA LTDA VL TECNOLÓGICA LTDA.
Verimarcos Marques Leandro
Representante Legal da Recorrente

Rua Alfredo Carlos, S/N
MAIA - CEP: 58755-000
PRINCESA ISABEL - PB.

VERIMARCOS MARQUES LEANDRO
CREA: 10480366-6
CPF: 708.294.904-03