

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MINISTÉRIO DAS
COMUNICAÇÕES**

**EDITAL DO PREGÃO PRESENCIAL n.º 11/2013-MC
PROCESSO n.º 53000.027222/2013-69**

WORKS CONSTRUÇÕES & SERVIÇOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 56.419.492/0001-09, estabelecida na Rua Barão do Triunfo, nº 88, Conj. 313, Brooklin Paulista, São Paulo – Capital, neste ato representada da forma do seu contrato social, por seu bastante procurador Fabiana Guerhardt – CPF 250.707.808-16 que esta subscreve, vem, respeitosamente, perante Vossa Senhoria, interpor a presente

IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA

ao **Edital do Pregão Eletrônico n.º 11/2013-MG**, publicado pela Secretaria Executiva do **Ministério das Comunicações, Processo nº 53000.027222/2013-69**, com data de realização prevista para **dia 22 de julho do corrente ano**, as **10h00**, pela matéria de fato e fundamentos de direito a seguir expostos:

DOS FATOS

Em breve resumo, esta Administração determinou a publicação do edital epígrafado para contratação de empresa, objetivando ***"a contratação, sob a forma de execução indireta, de pessoa jurídica especializada para prestação dos serviços terceirizados de natureza continuada de secretariado, apoio operacional e atividades auxiliares, para atender as unidades administrativas do Ministério das Comunicações, localizado na Esplanada dos Ministérios, Bloco R, Brasília-DF, de acordo com as condições, especificações e quantidades constante deste Edital e seus Anexos"***.

Referido instrumento convocatório traz em seu bojo excessivo número de exigências para habilitação das licitantes, esgotando os requisitos dispostos na Lei de Licitações e normalmente encontrados nas licitações de modalidade **pregão**.

Transcreve-se o que se solicita das licitantes:

11.1.1.1.1 Comprovação de patrimônio líquido não inferior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, por meio do balanço patrimonial e das demonstrações contábeis do último exercício social, apresentados na forma da lei, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizado por índices oficiais, quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da Sessão Pública de abertura deste Pregão;

11.1.1.1.2 Comprovação, por meio de declaração contendo a relação de compromissos assumidos, conforme modelo constante do Anexo VI, de 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 de publicação do Edital do Pregão, não é superior ao Patrimônio Líquido da licitante, podendo este ser atualizado na forma do subitem anterior;

11.1.1.1.2.1 A declaração de que trata o subitem 11.2.3.2.3 deverá estar acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social;

Caso seja detectada divergência no valor total dos contratos firmados com a administração pública e/ou com a iniciativa privada, informada na declaração de que trata o subitem 11.2.3.2.3, de 10% (dez por cento) para mais ou para menos em relação à receita bruta discriminada na Demonstração de Resultado do Exercício (DRE), o licitante deverá apresentar os devidos esclarecimentos juntamente com a documentação

referente aos subitens 11.2.3.2.1 a 11.2.3.2.3;

Conforme destacado, a título de comprovação da **qualificação econômico-financeira**, exige-se das licitantes no **dispositivo 11.1.1.1.1** a comprovação de patrimônio líquido mínimo de **10% (dez inteiros por cento)** dos valores globais estimados para contratação.

Fechando o extenso rol de requisitos, vê-se exigência de declaração, por parte da licitante, que demonstre que **1/12 (um doze avos) dos compromissos assumidos pela empresa, vigentes na data da proposta, não seja superior a 100% (cem por cento) do patrimônio líquido.**

Com tudo isso, o edital exauriu todos os requisitos dispostos em lei como aptos a demonstrarem, individualmente, a qualificação econômico-financeira das licitantes. A coincidência de todas essas exigências, sem prever a possibilidade de serem cumpridas **alternativamente**, desvirtua os fins a que se destina a parte da qualificação econômico-financeira, pois, objetivando a maior segurança possível para a Administração na contratação, sobrecarrega o certame que tem por objeto serviços de natureza comum, de requisitos para demonstração da idoneidade econômica, fazendo constituir verdadeiras **cláusulas restritivas** da participação na licitação.

Veja-se, a seguir, que esses dispositivos não encontram respaldo na interpretação da legislação pertinente às licitações, numa parte **em razão do excesso de exigência que culmina em restringir à participação na licitação**, e na última parte por **instituir requisito de contratação para tipo de serviço específico que não constitui o objeto principal do certame**, senão vejamos.

DO DIREITO

O edital relaciona excessivo número de requisitos para a qualificação econômico-financeira das licitantes, sem possibilitar o cumprimento alternativo dos mesmos, que possuem a mesma finalidade e

aptidão de assegurar à Administração a capacidade das licitantes de executarem os serviços satisfatoriamente.

Ressalte-se os ditames constitucionais e legais a respeito do tema:

- Constituição Federal: Artigo 37, inciso XXI;

"Art. 37 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigação de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações".(grifos nossos)

- Lei nº. 8.666/93: artigo 3º, parágrafo 1º, I;

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 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;

- Lei nº. 9.784/99: artigo 50, incisos e parágrafo 1º:

"Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - nequem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
V - decidam recursos administrativos;
VI - decorram de reexame de ofício;
VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato." (grifos nossos).

A legislação em vigor e a jurisprudência dominante admitem que a Administração, sob o manto de verificar a aptidão das empresas interessadas em vir a firmar contrato, faça exigências relativas à capacidade jurídica, técnica, **econômico-financeira** e de regularidade fiscal, observado o rol previsto nos **artigos 27 a 31, da Lei federal nº 8.666/93**, sob pena de ferir o princípio da estrita legalidade e da competitividade.

A **Lei Federal n.º 8.666/93**, em regulamentação ao dispositivo constitucional - **art. 37, inciso XXI**, o qual permite, nas licitações, que sejam consignadas algumas exigências para a habilitação e participação das empresas, estabeleceu o limite das exigências que poderão ser consignadas em editais de licitação, inclusive na modalidade pregão, dispondo expressamente que somente **permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações**, ou seja, que não restrinjam a participação de empresas do ramo ao certame, e que não frustre o ***princípio da competitividade***.

Impossível não constatar a tentativa de dificultar a participação do maior número possível de empresas do ramo ao certame, visto a quantidade de exigências para **a qualificação econômico-financeira**. É óbvio que, na tentativa de garantir a maior segurança possível para a Administração na contratação, **o excesso de exigências** fará com que diversas empresas do ramo deixem de apresentar suas propostas, que poderiam ser mais vantajosas. Frustra-se assim um dos principais objetivos do certame, que é a participação do

maior número de empresas, tanto mais ao se tratar de licitação na modalidade **pregão**, para obtenção de serviços de natureza comum.

O rol de exigências e requisitos deve ser limitado ao mínimo possível, ou seja, deve ter a cautela de formular exigências que dê o mínimo de segurança para a contratação, em homenagem a possibilidade de participação do maior número de empresas do ramo. O máximo de segurança possível, ou melhor, exigir tudo que a lei indica e/ou não veda, resulta em maior restrição de empresas do ramo, conclusão não pode prevalecer em se tratando de licitações do tipo **menor preço** (ou maior vantagem).

Tanto é verdade que é remansosa a Jurisprudência nesses termos, conforme decisão abaixo reproduzida:

“Visa a concorrência pública fazer com que maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconsistentes com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase de habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório”.
(TJRS, Agravo de Petição 11.383, RDP-14, pág.240). (Grifos nossos).

Nesse contexto, muito valiosa a lição de **MARCELO PALAVÉRI**, na Obra ***“Pregão nas Licitações Municipais”***, às **págs. 102/102**:

“De qualquer forma, todas as possíveis exigências que se façam na fase de habilitação devem ter em mira apenas garantir o cumprimento das obrigações do futuro contrato, limitando-se ao mínimo necessário para que isso aconteça em vista da recomendável ampliação que se deve fazer da possibilidade de participação dos interessados.

Assevera, nesse diapasão, o Prof. Eduardo Arruda Alvim:

“O art. 37, XXI, parte final, é expreso: as exigências para qualificação técnica e econômico-financeira deverão coadunar-se com

o indispensável à garantia do cumprimento das obrigações que poderão vir a ser assumidas. Não fosse a explicitude de referido dispositivo, nem por isso seria diferente. Não se deve perder de vista que no procedimento licitatório, bem como em toda e qualquer atividade da Administração, devem ser atendidos os princípios da impessoalidade e moralidade (*caput* do art. 37), além do princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*). Certamente, o respeito a esses princípios cardeais da atividade administrativa não se compadece com a adoção, no instrumento convocatório, seja na fase de habilitação (relativamente à qual o texto constitucional é expresso), seja na fase de abertura e julgamento das propostas, de exigências descompassadas com os objetivos do certame". (in "Licitações e Contratos Administrativos – Temas atuais e controvertidos", p. 139).

Com efeito, tanto a Constituição Federal, quanto a Lei nº 10.520/2002 e o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/1993), caminham no sentido de autorizar que se estabeleçam nos certames apenas exigências plausíveis que guardem consonância com o objeto pretendido. Isso nada mais é do que a aplicação do *princípio da razoabilidade*.

Em consonância com essa interpretação, tem-se, portanto, que no julgamento da etapa de habilitação deve-se evitar o *formalismo exagerado*. Daí, indispensável à orientação de Adilson Abreu Dallari, ofertada nestes termos:

"(...) 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, isto não pode ser colocado como excludente do licitante*. Deve haver uma certa elasticidade em função do objeto, da razão de ser da fase de habilitação; *interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número de participantes*." (Editora Del Rey: Belo Horizonte, 2005).

A **comprovação da qualificação econômico-financeira** destina-se a demonstração da disponibilidade de recursos para a satisfatória execução do objeto da contratação. O **art. 31 da Lei 8.666/93** traz todos os requisitos aptos para verificação da qualificação econômico-financeira das licitantes, **o que não significa a possibilidade de se exigir todos num**

mesmo edital, conforme elucida o seguinte trecho de julgado do **Superior Tribunal de Justiça**:

“não existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do artigo 31, da Lei 8.666/93” (REsp n.º 402.711/SP, re. Min. José Delgado, j. em 11.6.2002 – STJ).

As exigências descritas no edital **são capazes de individualmente demonstrar a disponibilidade de recursos para a execução satisfatória dos serviços licitados**, e, por isso, exigir-se concomitantemente os requisitos, sem a possibilidade de cumprimento alternativo, significa evidente tentativa de restringir a participação na licitação.

O **Tribunal de Contas da União** tem demonstrado entendimento nesse sentido, no tocante à qualificação econômico-financeira. Como se pode verificar do **Acórdão n.º 247/2003 – Plenário**, de relatoria do Ministro Marcos Vilaça, **reputou-se válido edital que permitia que empresas que não preenchessem os índices denotadores de boa situação econômico-financeira fossem habilitadas por meio da demonstração de capital social ou patrimônio líquido**.

Arrematando a questão, e consagrando o entendimento no sentido do descabimento de excessivas exigências, sem a possibilidade de cumprimento alternativo, veja-se trecho de julgado do **Tribunal de Contas da União**:

“a simultaneidade na exigência de patrimônio líquido mínimo, ainda que sob condicionante (item 4.1.d do edital) e de garantia da proposta (item 4.1.e), como dado objetivo da comprovação da qualificação está vedada, conforme entendimento desta Corte, manifestado por meio das Decisões n.º 681/1998 e n.º 581/2000 – ambas do Plenário” (Acórdão n.º 1.664/2003 – Plenário, rel. Min. Iram Saraiva).

O consagrado doutrinador **MARÇAL JUSTEN FILHO** diz a respeito da exegese do dispositivo legal que trata da qualificação econômico-financeira, **art. 31, incisos e parágrafos, da Lei 8.666/93**:

"A redação do § 2º comporta interpretação bastante razoável, em que as três alternativas ali indicadas seriam consideradas como equivalentes. Isso significaria que o particular poderia comprovar sua capacitação econômico-financeira por uma das três vias. Essa alternativa afigura-se muito mais interessante para os fins buscados pelo Estado, especialmente porque permite a ampliação do uso do seguro-garantia. Nesse caso, seria plenamente utilizável a experiência estrangeira dos seguros de performance.

Essa interpretação redundaria na atribuição ao particular da possibilidade de comprovar o preenchimento desses requisitos por uma das três vias, à sua escolha.

A alternativa não tem sido explorada na realidade prática, mas nada impede que o seja. Poderia, inclusive, o interessado impugnar a cláusula editalícia que não previsse a possibilidade da aplicação da alternatividade."

(p. 350 - Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos; 11ª Ed.; São Paulo: Dialética, 2005).

Há de se considerar, igualmente, que somente é admitida a modalidade de **pregão** quando o objeto se constituir na aquisição de **bens** ou **serviços** considerados de **NATUREZA COMUM**, consoante ao disposto no **parágrafo único, do artigo 1º, da Lei nº 10.520/2002, in verbis**:

"Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital por meio de especificações usuais no mercado." (Grifos nossos).

Quanto a modalidade, interessante comentário de **MARÇAL JUSTEN FILHO** sobre os requisitos para habilitação:

"Não se olvide que adotar requisitos complexos para habilitação importaria, na sistemática do pregão, dar oportunidade a uma litigiosidade indesejável.

(...) restringir o cabimento do pregão ao fornecimento de bens e serviços comuns significa, em última análise, reconhecer a desnecessidade de requisitos de habilitação mais severos"

[p. 124 – Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico); 5ª Ed.; São Paulo: Dialética, 2009].

Por fim, mas com o mesmo relajo das questões anteriormente expostas deve ser consignado que, conforme amplamente difundido na doutrina e na jurisprudência, todos **os atos administrativos, ainda que discricionários, devem se apresentar juntamente com sua respectiva motivação**, caso contrário, são considerados inválidos.

Esse é o entendimento defendido pelo mestre **MARÇAL JUSTEN FILHO**:

“A configuração de uma competência discricionária não significa validar escolhas puramente subjetivas nem exclui o dever de motivação. Muito pelo contrário, a validade da decisão administrativa quanto às exigências de participação dependerá da existência de motivação satisfatória e suficiente. A ausência de motivação para escolha dos requisitos de participação conduz à invalidade do ato convocatório e a asserção aplica-se tanto aos casos de rigor quanto àqueles de ausência de rigor.” (p.460, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – 15. ed. – São Paulo: Dialética, 2012.) – (grifos nossos).

No entanto, nenhuma justificativa foi inserida no Edital no sentido de fundamentar a tripla exigência de comprovação da capacidade econômica financeira dos licitantes.

DO PEDIDO

Ante as razões de fato e de direito aduzidas, espera a Impugnante que seja recebida e processada a presente **impugnação**, para ao final ser integralmente **acolhida**, com a consequente alteração na parte da qualificação econômico-financeira do Edital, **incluindo-se a permissão de cumprimento alternativo dos requisitos**, ou **com a supressão da exigência descrita no dispositivo 1.1.1.1.2, por não definir a fórmula para o cálculo dos índices, e por já estar suficientemente cumprida a**

comprovação de qualificação econômico-financeira pelos dispositivos anteriores.

Caso não haja acolhimento desta Impugnação, requer seja encaminhada a **autoridade superior** para apreciação e julgamento, de onde se espera, receba integral **provimento**, por tratar-se de medida que refletirá a verdadeira distribuição de

J U S T I Ç A !

P. Deferimento.

São Paulo, 11 de julho de 2013.

**WORKS CONSTRUÇÃO & SERVIÇOS LTDA
FABIANA GUERHARDT
250.707.808-16
PROCURADOR**