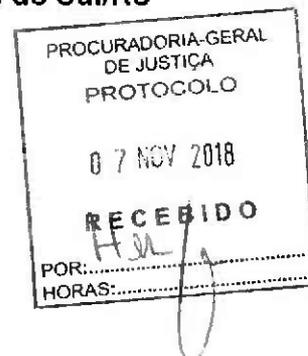




Ilustríssimo(a) Senhor(a) Pregoeiro Designado e Representante da Licitação Promovida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul/RS

**Procedimento Licitatório Pregão Presencial nº 05/2018
PGEA nº 00583.000.016/2018**



JOSIANE ROSA RESTAURANTE - ME, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 11.418.228/0001-12, com sede social situada na Rua Duque de Caxias, nº 350, 11º andar, bairro Centro Histórico, no Município de Porto Alegre/RS, vem, mui respeitosamente, perante Vossa Senhoria, na condição de empresa licitante no procedimento licitatório em epígrafe, com fulcro no disposto no art. 41 da lei nº 8.666/93 apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, o que faz com base nas razões de fato e de direito a seguir alinhadas:

1. Breve Resenha Fática

O presente certame público, tem por objeto a cessão onerosa de bem público, identificado como espaço integrante do prédio sede do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Tal espaço destina-se a exploração de restaurante e cafeteria.

Consoante verifica-se pela análise do edital em questão, o procedimento trata-se de pregão presencial da modalidade de menor preço, tendo sido estipulada a data de 12 de novembro de 2018 como prazo para recebimento e abertura dos envelopes com propostas.

Ocorre, todavia, que o Instrumento Convocatório da concorrência contém ilegalidades insanáveis que contrariam a Lei nº 8.666/93.

O Edital contém irregularidades que viciam todo o procedimento, tornando-o nulo, trazendo como consequência a nulidade do Contrato que se originará do certame.

O sempre lembrado mestre Hely Lopes Meirelles (*in* Licitação e Contrato Administrativo – 10ª edição - Ed. Revista dos Tribunais, p. 117), nos ensina que:

"Nulo é o edital omissa ou errôneo em pontos essenciais, ou que contenha condições discriminatórias ou

1

Josiane Rosa Restaurante – ME
CNPJ: 11.418.228/0001-12 – inscrição Estadual:096/3382276
Rua Duque de Caxias nº 350 11ª Andar – Centro Histórico – PortoAlegre/RS
Fone: (051) 3382.4800 – e-mail: adm@nutribenn.com.br

Os princípios basilares de qualquer procedimento licitatório estão definidos - em síntese – no *caput* do art. 37, e também no seu inciso XXI, da Constituição Federal.

Trata-se o instituto da licitação de procedimento adotado pelo ente, visando escolher a proposta mais vantajosa ao interesse da coletividade para a realização de contratação de serviços com o particular, garantindo a todos os participantes a lisura do procedimento, bem como respeitando aos princípios da isonomia, competitividade, moralidade, eficiência, impessoalidade e legalidade.

Pois bem, dito isso passa-se a analisar o caso concreto.

2. Da Restrição de Competição Imposta pela Exigências Contidas nos Itens 5.1, “d” e 5.2.5.1

Como bem se sabe, os artigos 28 a 31 da Lei 8.666/93 preveem os documentos que podem ser exigidos pela Administração Pública, para fins de habilitação dos licitantes.

O ilustre doutrinador Marças Justen Filho assim leciona:

“O elenco dos artigos 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija a comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos.”

No que diz respeito, especificamente a qualificação econômico-financeira, o doutrinador assim refere:

“A qualificação econômico-financeira não é, no campo das licitações, um conceito absoluto. É relativo ao vulto dos investimentos e despesas necessários à execução da prestação. A qualificação econômico-financeira somente poderá ser apurada em função da necessidades concretas, de cada caso.”

Ou seja, a exigência de qualificação econômica se justifica na necessidade da **Administração garantir a execução integral do contrato pelo licitante e, por isso, o caso em concreto deve ser levado em consideração quando da fixação dos requisitos a serem atendidos.**

Esse é, inclusive, o entendimento da Corte de Contas:

2



REPRESENTAÇÃO. CONHECIMENTO.
PROCEDÊNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. RESTRIÇÃO
AO CARÁTER COMPETITIVO. ANULAÇÃO DO
CERTAME. DETERMINAÇÕES. COMUNICAÇÕES.

1. Não é lícita, em processo de licitação, a exigência da chamada "carta de solidariedade", uma vez que restringe o caráter competitivo do certame.

2. No certame licitatório, os documentos que podem ser exigidos quanto à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e prova de cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal estão adstritos àqueles previstos nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993.

3. O edital de licitação somente poderá exigir qualificações técnicas econômicas que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento da obrigação. (TC 008.109/2008-3 – Plenário)"

Também a lição de Luis Carlos Alcoforado reforça o entendimento de que a qualificação econômico-financeira deve ser definida diante do caso em concreto, sob pena de se restringir a competitividade:

"Com margem certa de convicção, diz-se que, dos quatro grupos que compõem a habilitação, o da qualificação econômico-financeira, mesmo que pequena a margem de discricionariedade, oferece à Administração o poder de estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, exigências referendadas no seu talante, especialmente no que toca ao arbitramento do capital mínimo, de patrimônio líquido mínimo e da modalidade de garantia entre as que o Estatuto permite.

Decorre desse poder, cujo exercício somente se legitima se albergado por razões e justificativas de ordem técnica, a importância de maior fiscalização, evitando-se, conseqüentemente, a adoção de índices, inobstante não excederem os limites fixados na Lei, os quais tenham manifesta disposição de frustrar o caráter competitivo da licitação."

Pois bem. Visto que a qualificação econômico-financeira destina-se a assegurar que o licitante disponha de condições para executar a obrigação, cumpre verificar quais os documentos estão aptos a serem exigidos pela Administração com vistas a se comprovar a boa saúde financeira da eventual contratada.

O artigo 31 da Lei 8.666/93 dispõe os documentos que podem ser cobrados quando da fase de habilitação:

"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;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 da Lei 8.666/93, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 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 da Lei 8.666/93, 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.

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados



Como transcrito acima, o artigo 31 da Lei de Licitações permite que sejam previstos no edital índices contábeis aptos a demonstrarem a boa situação financeira da empresa licitante. Todavia, referida exigência encontra, no próprio texto legal, algumas limitações a serem observadas pelo Administrador, quais sejam:

I - A boa situação financeira deverá ser comprovada de forma objetiva. Para tanto, a Administração deverá fixar os índices no ato convocatório. A fixação taxativa no edital mostra-se necessária para não se trazer insegurança ao licitante e ainda evitar qualquer discricionariedade no julgamento por parte da Comissão de Licitação;

II - O índice escolhido deverá estar justificado no processo que instruiu a licitação.

Nesse sentido, oportuna trazer a lição de Jessé Torres Pereira Júnior:

"A escolha dos índices de aferição da situação financeira dos habilitantes deverá estar exposta e fundamentada no processo administrativo da licitação, do qual resultará o texto do edital. Este apenas refletirá o exame e consequente definição de natureza técnica, transmitindo à Comissão elementos bastantes para o julgamento objetivo da matéria. As razões da escolha (incluindo menção às fontes de consulta, sobretudo revistas especializadas) devem guardar nexos causal com a índole do objeto e o grau de dificuldade ou complexidade de sua execução, a fim de que se cumpra o mandamento constitucional de serem formuladas tão somente exigências necessárias a garantir o cumprimento das obrigações que se venham a avençar. (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 380)."

No mesmo sentido, O TCU, através do Acórdão n. 170/2007 já manifestou-se:

"ausência de justificativa para os valores fixados para os índices contábeis de qualificação econômico-financeira, o que também está em desacordo com a Lei de Licitações, que estabelece, em seu art. 31, § 5º, que tais índices devem estar devidamente justificados no processo administrativo que tenha dado início ao procedimento licitatório, sendo vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a correta avaliação da

5



situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação'.

Destarte, a exigência dos índices supra descritos constitui violação aos princípios insculpidos no art. 3º da Lei n. 8.666/1993, e está em dissonância com o disposto no § 5º do art. 31 da Lei n. 8.666/93 (TCU. Acórdão n. 0326-06/10-P. Sessão: 03/03/2010. Rel. Min. Benjamin Zymier)."

Ou seja, a fixação dos índices deve ser suficiente para demonstrar a capacidade financeira da licitante em executar o contrato. Não se pode fixar índice excessivo ou insuficiente para se demonstrar a boa saúde da licitante em executar o objeto a ser pactuado.

Trazendo tais conceitos para o caso em concreto verificamos que os itens 5.1 e 5.2.5.1 do instrumento convocatório, **apresentam-se nulos diante do caráter absolutamente restritivo e desproporcional.**

Veja-se que os referidos itens preveem, para fins de habilitação no edital em comento, que as empresas licitantes devem comprovar possuir capital de giro no patamar de R\$ 453.744,72 (quatrocentos e cinquenta e três mil setecentos e quarenta e quatro reais e setenta e dois centavos):

"[...] (d) Comprovação de que possui Capital Circulante Líquido ou Capital de Giro (ativo circulante diminuído do passivo circulante, conforme balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social) de R\$ 453.744,72 (quatrocentos e cinquenta e três mil, setecentos e quarenta e quatro reais e setenta e dois centavos), valor equivalente a 9.944 refeições (ou dois meses de refeições, considerando a média diária mencionada no subitem 3.2.2.1.g do Anexo I - Termo de Referência - deste Edital), multiplicadas pelo valor máximo estabelecido no subitem 14.1.1 do citado Termo de Referência.

[...]

A mesma exigência também encontra-se prevista no item 5.2.5.1 (qualificação econômico-financeira):

"[...] 5.2.5.1 Comprovação de que possui Capital Circulante Líquido ou Capital de Giro (ativo circulante diminuído do passivo circulante, conforme balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social) de R\$ 453.744,72 (quatrocentos e cinquenta e três mil, setecentos e quarenta e quatro reais e setenta e dois centavos), valor equivalente a 9.944 refeições (ou dois meses de refeições, considerando a média diária mencionada no subitem 3.2.2.1.g do Anexo I - Termo de Referência - deste Edital), multiplicadas pelo



[...]"

Assim, em que pese o referido edital tenha fixado o capital de giro para fins de habilitação na quantia de R\$ 453.744,72 (quatrocentos e cinquenta e três mil setecentos e quarenta e quatro reais e setenta e dois centavos), **tal valor apresenta evidente restrição a concorrência, além de ser completamente desarrazoado, posto que diante de tal exigência poucas empresas conseguirão habilitar-se no procedimento em questão.**

Evidente que a exigência de tamanha monta (R\$ 453.744,72), para fins de capital de giro, apresenta caráter nitidamente restritivo, especialmente porque o edital sequer apresenta justificativa para fixação de tamanha comprovação.

3. Da Impossibilidade de Cumular Exigências de GARANTIA e COMPROVAÇÃO DE CAPITAL DE GIRO – Nulidade por Infração ao Art. 31, §2º, da Lei 8.666/93

Ainda, importante ressaltar a impossibilidade de cumular exigências de GARANTIA e COMPROVAÇÃO DE CAPITAL DE GIRO, conforme constou no instrumento convocatório em questão.

Veja-se que o item 9 do edital prevê o fornecimento de GARANTIA por parte da contratada:

"[...] 9 – DA GARANTIA:

9.1 - A CONTRATADA deverá prestar, em até 30 (trinta) dias após a publicação da súmula do presente ajuste na imprensa oficial, a garantia prevista no artigo 56, § 1º, incisos I, II e III, da Lei Federal n.º 8.666/93, na modalidade de caução em dinheiro ou títulos de dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária, pelo período da vigência contratual, no montante de R\$ 128.048,00 (cento e vinte oito mil e quarenta oito reais), correspondente a 5% (cinco por cento) do valor pago pela cessão de uso anualmente de R\$ 24.000,00, acrescido do valor atualizado dos equipamentos e do mobiliário que integram o espaço no valor de R\$ 126.848,00 (cento e vinte oito mil e oitocentos quarenta oito reais), mediante a apresentação do respectivo documento comprobatório ao CONTRATANTE.

9.2 - Ocorrendo alteração do contrato ou prorrogação do período de vigência do ajuste, em sendo o caso, a CONTRATADA deverá providenciar a complementação ou a prorrogação da garantia prestada, no prazo de até 15 (quinze) dias, a contar da publicação do respectivo termo.

Ocorre que tal exigência cumulada apresenta evidente confronto ao previsto no art. 31, §2º, da Lei 8.666/93:

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.*

[...]" Grifos nossos

Veja-se que o referido art. 31 é expresso ao determinar que a administração **poderá valer-se da GARANTIA OU DA COMPROVAÇÃO DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO, porém, jamais de ambos de forma cumulada, exatamente como o edital em comento exige!**

In casu, considerando que o item 9 do edital prevê a GARANTIA (art. 56, §1º, da Lei 8.666/93), temos por evidente que não poderia a administração exigir **comprovação de patrimônio líquido, conforme exigido no item 5.2.5.1, o que apenas corrobora a total nulidade de tal item para fins qualificação econômico-financeira da empresa licitante.**

Inclusive, o Tribunal de Contas da União, já se posicionou, repetidas vezes, no sentido de que o edital não pode exigir garantia de manutenção da proposta e capital social ou patrimônio líquido simultaneamente para habilitação dos licitantes, como consta, por exemplo, no recente Acórdão 2.743/2016, Relator: Min. Marcos Bemquerer:

"[...] dar ciência ao ICMBio de que, para fins de habilitação econômico-financeira, a exigência cumulada de capital social mínimo, ou de patrimônio líquido mínimo ou de garantia de proposta fere o disposto no art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1993.

[...]"

Sendo assim, a licitante apresenta sua impugnação, requerendo seja suprimida a exigência contida no item 5.2.5.1 e 5.1, no que diz respeito a comprovação de capital de giro em patamar de R\$ 453.744,72, posto que tal exigência, nitidamente, impõe restrição a competitividade, bem como esta em descompasso com o art. 31, §2º, da Lei 8.666/93, eis que o instrumento convocatório já exige GARANTIA (item 9 do edital), sendo vedada a cumulação de ambas exigências.

4. Dos Requerimentos:

1 – O acolhimento das impugnações oferecidas, com a determinação de imediata retificação do edital licitatório, objetivando seja suprimida a exigência de comprovação de capital de giro, conforme itens 5.2.5.1 e 5.1;

2 – O adiamento da sessão de licitação para a próxima data disponível após o prazo condizente a ser concedido para que se procedam as devidas adequações, sob pena de serem tomadas as medidas cabíveis para discussão das questões aqui suscitadas.

São os termos em que pede e espera deferimento.

Porto Alegre, 07 de novembro de 2018.

JOSIANE ROSA RESTAURANTE – ME
CNPJ sob o nº 11.418.228/0001-12

11.418.228/0001-12
JOSIANE ROSA RESTAURANTE-ME
Rua Duque de Caxias, 350
CENTRO-CEP 90010-280

