

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA SECRETARIA REGIONAL DE LICITAÇÕES DA
QUARTA SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DA COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS
VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA – COVEVASF/4ª SR –**

PREGÃO ELETRÔNICO: 03/2018

PROCESSO Nº 59540.000532/2018-10

OBJETO: Fornecimento de 01 Guindaste Autopropelido.

XCMG BRASIL INDÚSTRIA LTDA. ("IMPUGNANTE"), pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o número 14.707.364/0001-10, com sede na Rodovia Federal BR 381, sem número, KM 854/855, Distrito Industrial, no município de Pouso Alegre, Estado de Minas Gerais, CEP 37550-000 (**Contrato Social**), por intermédio de seus procuradores "*in fine*" assinados e devidamente constituídos, com escritório profissional na Rua Coronel Otávio Meyer, número 160, Bairro Centro, no Município de Pouso Alegre, Estado de Minas Gerais, CEP 37.550-000, onde recebem intimações (**Procuração**), vem, perante Vossa Senhoria, com fulcro § 1º, do artigo 41, da Lei número 8.666/93 cumulado com artigo 18, do Decreto número 5.450/05 e alínea 'a', do inciso XXXIV e inciso LV, do artigo 5º, da Constituição da República de 1988, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

contra patente nulidade do instrumento convocatório por restringir de forma ilegal a participação dos interessados, porquanto consagra condições discriminatórias fundada em critérios não pertinentes e/ou relevantes para o objeto da contratação e, via de consequência, restringe de forma ilegal a participação dos interessados, o que faz pelos fundamentos de fato e direito que passa a articular:

I. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE:

Em que pese o edital prever expressamente a hipótese de impugnação aos seus termos, revela-se imprescindível delinear as diversas disposições normativas que regem o juízo de admissibilidade na impugnação. A Lei 8.666/1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, estabelece que:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. (...)

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

(...)

Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.

Por sua vez, o Decreto 3.555/2000, que regulamenta a modalidade de licitação denominada pregão, prescreve que:

Art. 12. Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.

Por fim, o Decreto 5.450/2005, que disciplina a realização de pregões eletrônicos, define que:

Art. 18. Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica.

§ 1º Caberá ao Pregoeiro, auxiliado pelo setor responsável pela elaboração do edital, decidir sobre a impugnação no prazo de até vinte e quatro horas.

Assim, observa-se que tanto a lei quanto os decretos definem que a impugnação pode ser intentada até dois dias úteis antes da realização da licitação. Da interpretação das referidas normas, que utilizam a expressão “até”, pode-se concluir que o segundo dia útil anterior ao certame também deverá estar incluído no prazo, ou seja, a impugnação poderá ser apresentada inclusive no segundo dia útil que antecede a disputa.

Tal entendimento é corroborado pelo Acórdão TCU n. 1/2007 – Plenário e pelo Acórdão TCU n. 539/2007 – Plenário, que pode ser adotado como paradigma de método a ser utilizado na contagem do prazo do caso que ora se analisa:

Ressalto, quanto à contagem de prazo para impugnações, que, (...), deve-se excluir, e não incluir, o dia marcado para o recebimento das propostas (23/03/2006). Esse ponto, entretanto, não altera o mérito da análise, uma vez que o prazo para apresentação das impugnações era o dia 21/03/2006 (dois dias antes da data fixada para o recebimento das propostas), de acordo com o subitem 11.2 do ato convocatório (fl. 47), sendo a impugnação tempestiva.

Nessa linha de raciocínio, considerando que a licitação acontecerá no dia 07/08/2018 (terça-feira), o primeiro dia útil anterior à licitação será o dia 06/08/2018 (segunda-feira), e o segundo é o dia 03/08/2018 (sexta-feira) no decorrer do qual ainda podem ser recebidas impugnações ao edital.

Ante o exposto, satisfeito as formalidades preconizadas na legislação de regência para da impugnação ao edital, espera-se que seja recebido por este ilustre Pregoeiro, à quem compete apreciá-lo e julgá-lo, requerendo, desde já, que seja dado provimento para modificar as especificações técnicas, por medida de direito e de justiça.

II. EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA - ILEGALIDADE:

A Quarta Superintendência Regional da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba – COVEVASF/4ª SR ("IMPUGNADA") instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma Eletrônica, do tipo menor preço por item, registrado sob o número 03/2018, tendo por objeto a aquisição de 01 (um) Guindaste Autopropelido, de acordo com as disposições constantes do edital e de seus anexos.

O Instrumento Convocatório, em sua alínea "c.2", da cláusula 10.1.1, exigiu como qualificação econômico-financeira que fosse comprovado a boa situação financeira com índice de liquidez geral, solvência geral e liquidez corrente igual ou superior a 1,0, *ipsis litteris*.

"(...) 10.1.1. Habilitação Jurídica, Regularidade Fiscal e Trabalhista e Qualificação Econômico-Financeira:

(omissis)

c) 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, quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta, tomando como base a variação, ocorrida no período, do ÍNDICE GERAL DE PREÇOS – DISPONIBILIDADE INTERNA - IGP-DI, publicado pela Fundação Getúlio Vargas - FGV ou de outro indicador que o venha substituir.

(omissis)

c.2) As empresas que apresentarem resultado igual ou maior que 01 (um) em todos os índices referidos abaixo serão consideradas habilitadas:

$$LG = \frac{\text{Ativo Circulante} + \text{Realizável a Longo Prazo}}{\text{Passivo Circulante} + \text{Exigível a Longo Prazo}}$$

$$SG = \frac{\text{Ativo Total}}{\text{Passivo Circulante} + \text{Exigível a Longo Prazo}}$$

$$LC = \frac{\text{Ativo Circulante}}{\text{Passivo Circulante}}$$

Onde:

LG - Liquidez Geral

SG - Solvência Geral

LC - Liquidez Corrente (...)"

Observe que a exigência adrede é desprovida de fundamentação. É cediço, no entanto, que o artigo 31, §§ 1º e 5º, da Lei 8.666/93, permite que a Administração Pública exija índices contábeis mínimos nos editais como critério de aferição da capacidade financeira da empresa licitante, desde que devidamente justificado no processo licitatório.

Corroborando o exposto, é o respeitável entendimento esposado pelo Colendo Tribunal de Contas da União, mormente sedimentado no Verbete Sumular número 289, *in verbis* (sem grifo):

Súmula 289 – TCU:

A exigência de índices contábeis de capacidade financeira, a exemplo dos de liquidez, deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender às características do objeto licitado, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade.

O legislador, ao facultar o estabelecimento de índices contábeis, procurou conceder à Administração a prerrogativa de aferir de forma objetiva a situação econômico-financeira dos licitantes, de modo a evitar a contratação de empresas sem condições de cumprir os compromissos a serem assumidos quando da licitação. A grande dificuldade é definir em quais situações e condições seria aceitável a fixação desses índices, quais seriam os indicadores e qual seria o valor admissível para cada um deles, de modo que a escolha administrativa não comprometa a competitividade do certame.

O fato de a lei não fixar o limite do índice a ser adotado não afasta a responsabilidade do gestor por sua definição, que não pode ser aleatória, nem depender de simples ‘palpite’ do administrador público. (TCU. Acórdão nº 932/2013 – Plenário). Portanto, deve a Administração adotar índice que possa ser considerado confiável e que possibilite a participação de um número razoável de empresas integrantes do mercado, no intuito de atingir um grau máximo de certeza junto a um risco mínimo à contratação.

Entrementes, não há indicação nos autos do processo em epígrafe de que os índices econômico-financeiros mínimos ou máximos foram fixados em nível

apenas o bastante para atestar que os licitantes possuem condições suficientes para solver suas obrigações, o que, indiscutivelmente, prejudicou a competitividade do certame, em detrimento da legislação de regência.

Oportuna é a lição de Jessé Torres Pereira Júnior¹ (sem grifo):

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.

Quando este assunto se apresenta ao Tribunal de Contas da União, as decisões do Tribunal resultam invariavelmente em determinação para que seja devidamente justificada no processo administrativo da licitação a adoção de índices contábeis para a avaliação da qualificação econômico-financeira das licitantes, assim como a fixação no edital de valores limites para esses índices, tal como se observa nos seguintes excertos dos acórdãos:

a) Acórdão 1.351/2003-1ª Câmara:

'9.2.2. absterem-se de exigir, nos editais de licitação, índices econômicos cuja fórmula de cálculo inclua índices de rentabilidade ou lucratividade para a demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá de assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, utilizado na Concorrência - 020/2002/CEL, conforme expressamente vedado pelo § 1º do art. 31 da Lei 8.666/93';

b) Acórdão 668/2005-Plenário:

'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';

¹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 380.

c) Acórdão 2.338/2006-Plenário:

'9.4.6. ausência de fundamentação para a exigência de índices econômico-financeiros mínimos ou máximos em estudo contábil que indique que tais índices foram fixados em níveis apenas o bastante para atestar que a licitante possui condições suficientes para solver suas obrigações, a exemplo do índice de endividamento menor ou igual a 0,5, estabelecido no edital licitatório, em desacordo com as determinações desta Corte contidas na Decisão 1.070/2001 e nos Acórdãos 778/2005, 308/2005, 247/2003 e 112/2002, todos do Plenário';

d) Acórdão 452/2008-Plenário:

'9.2. determinar à Direção-Geral do Departamento de Polícia Federal que oriente seus órgãos de perícia contábil a rever seu critério para estabelecer índices mínimos de qualificação econômico-financeira das empresas interessadas em participar de licitações, atentando para que a média aritmética dos índices do setor em um determinado período não deve ser o único critério adotado, devendo ser levado também em consideração as peculiaridades do objeto licitado, de forma que tais índices sejam exigidos nos limites estritamente necessários à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir'; e

e) Acórdão 1.039/2008-1ª Câmara:

'9.4.2. observe os §§ 2º e 3º do art. 31 da Lei n. 8.666/1993, privando-se de, na fase de qualificação econômico-financeira, exigir um mínimo de capital social concomitantemente com a garantia do contrato;

9.4.3. deixe de requerer, na fase de qualificação econômico-financeira de licitações, índices de liquidez capazes de restringir a competitividade dos certames licitatórios, buscando outros meios previstos na legislação pátria para garantia do interesse público e da execução do contrato'.

Assim, fica evidente que os índices econômico-financeiros estipulados no Edital destoam daqueles usualmente utilizados no mercado, mostrando-se restritivos à competitividade almejada nos procedimentos licitatórios e, sobretudo, foi feita com inobservância ao princípio da motivação dos atos administrativos, havendo, assim, violação ao artigo 31, § 5º, da Lei n. 8.666/93.

Convém advertir que o ordenamento jurídico brasileiro consagrou o princípio da isonomia nas contratações com a Administração Pública, inadmitindo que a igualdade entre os concorrentes seja preterida em virtude de exigências que não sejam

indispensáveis ao bom cumprimento do objeto, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988, *in verbis* (sem grifo):

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

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 obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O artigo 3º da Lei n. 8.666/93 manteve-se fiel ao dispositivo constitucional, referindo-se aos princípios fundamentais disciplinadores da licitação, dentre os quais se destaca a regra que veda a adoção de cláusulas restritivas do caráter competitivo, *in verbis*:

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; (...).

À vista do exposto, a irregularidade averiguada não pode ser considerada apenas falha formal, isto porque os índices econômico-financeiros devem ser aptos apenas a averiguar a capacidade financeira do licitante para a fiel execução do contrato. Assim sendo, os índices estipulados no edital mostram-se voltados não a selecionar a proposta mais vantajosa ou assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado. Por tal restrição não atender ao interesse coletivo e prejudicar o caráter competitivo da licitação, não encontra amparo na Lei n. 8.666/93, ofendendo também, conseqüentemente, o artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República.

Impende esclarecer, outrossim, que a orientação para aferição da qualificação econômico-financeira dos licitantes encontra-se insculpida no artigo 31, da Lei 8.666, nos seguintes termos:

'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 desta Lei, 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 (Redação dada pela Lei 8.883, de 8 de junho de 1994).

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

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 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 para correta

avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação (Redação dada pela Lei 8.883, de 8 de junho de 1994)'.

Como se vê, os índices contábeis que podem ser exigidos na licitação, de acordo com o art. 31, § 1º, dizem respeito à capacidade financeira da licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir, caso lhe seja adjudicado o contrato. E a demonstração da capacidade financeira não se restringe aos índices de liquidez, de sorte que a própria Lei cita, nos §§ 2º a 4º, o uso de outros indicadores, tais como: CAPITAL MÍNIMO, PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO E ÍNDICE DE ROTATIVIDADE DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO.

Com efeito, os índices de liquidez são amplamente utilizados para a análise da situação econômico-financeira das empresas, tanto que o então Ministério da Administração e Reforma do Estado (Mare) editou a Instrução Normativa 5, de 21 de julho de 1995, que estabelece os procedimentos destinados à implantação e operacionalização do Sistema de Cadastramento Unificado de Serviços Gerais (SICAF) e disciplina que a comprovação da boa situação financeira das empresas inscritas nesse sistema terá por base a verificação dos índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC).

Esse regulamento dispõe, contudo, que as empresas que não apresentarem índice satisfatório em qualquer um dos apurados deve comprovar, para fins de habilitação, o capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo no limite previsto nos §§ 2º e 3º, do artigo 31, da Lei 8.666.

De toda feita, ao definir os critérios de habilitação, dentre eles os índices contábeis de capacidade financeira, o administrador deve posicionar-se na linha divisória entre a garantia de que o contrato vai ser cumprido e a restrição ao caráter competitivo do certame licitatório, exigindo, se for o caso, a exigência de capital mínimo e patrimônio líquido mínimo, ou ainda das garantias previstas no § 1º do art. 56 da mesma 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. O que, destaca-se, não foi atendido no processo em epígrafe.

Por todo o exposto, requer seja dado provimento a presente impugnação para incluir a possibilidade de comprovar a qualificação econômico-financeiro mediante a apresentação de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo no limite previsto nos §§ 2º e 3º, do artigo 31, da Lei 8.666, com vistas a possibilitar às empresas que não apresentarem índice satisfatório em qualquer um dos apurados comprovem sua capacidade de solver suas obrigações de outras formas legais, sob pena de violação aos artigos 3º e 31, §§ 1º e 5º, da Lei número 8.666/93 e artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República.

III. FUNDAMENTOS DE DIREITO QUE IMPÕEM A PROCEDÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO:

3.1. PREMISSAS E PRINCÍPIOS BÁSICOS APLICÁVEIS ÀS LICITAÇÕES PÚBLICAS:

Convém, inicialmente, lembrar que é pressuposto inquestionável do Estado Democrático de Direito é a sua subordinação ao ordenamento jurídico vigente e, como notório, no âmbito da Administração Pública tal pressuposto se traduz na observância dos seguintes princípios:

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...) (Grifo nosso).

No âmbito específico das licitações e contratos administrativos, a Lei n. 8.666/93 consagrou expressamente em seu artigo 3º os seguintes princípios:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Grifo nosso).

Do exposto acima, depreende-se que a atividade administrativa deve ser exercida em absoluta conformidade com a lei e com os princípios inerentes. Das premissas licitatórias extrai-se a seguinte fórmula, que deve sempre ser almejada pela Administração Pública: **busca da proposta mais vantajosa para a Administração por meio de procedimento formal em que fiquem asseguradas a isonomia e a competitividade.**

Portanto, a licitação é um procedimento informado, também, e principalmente, pela ideia de competição. Esse é o norte da atividade administrativa licitatória, que deve sempre estimular o incremento da disputa. Assim, se ao administrador socorrerem duas condutas, deverá sempre optar por aquela que **favoreça a ampliação do universo de competidores**, sob pena de ferir o interesse público, os princípios supramencionados e a legislação.

Com a presente impugnação ao edital demonstrar-se-á que as condições do instrumento convocatório estão limitando a competitividade, reduzindo drasticamente a possibilidade de obter a melhor proposta, haja vista redução injustificada do universo de competidores, quiçá na tentativa de beneficiar alguns particulares

As exigências que adiante serão detidamente explicitadas não são apenas ilegais, mas, também, desnecessárias e restritivas à competição, o que é rechaçado pela jurisprudência:

“As regras do edital de licitação devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a **participação do maior número possível de concorrentes a fim de que seja possibilitado se encontrar entre as propostas a mais vantajosa.**” (Grifo nosso).

O Tribunal de Contas da União também pondera sobre o tema:

- a) A matéria envolve o cotejo de dois preceitos inerentes às licitações públicas, ambos com sede constitucional: a comprovação da habilitação para contratar com a Administração e o princípio da competitividade.

- b) A Administração tem o dever de se proteger de interessados não capacitados a prestar o serviço ou realizar a obra objeto da licitação. Por isso, a Lei de Licitações e Contratos prevê a fase de habilitação, na qual os interessados devem comprovar os requisitos exigidos no edital. Nela, a Administração deve impedir a participação daqueles sem condições de cumprir o objeto.
- c) **Por outro lado, a igualdade de condições nas licitações é princípio de estatura constitucional (cf. art. 37, XXI, da CR/88). Deste princípio geral decorre o da competitividade, previsto no mesmo dispositivo constitucional (somente serão permitidas “as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”) e no § 1º, inc. I, art. 3º da Lei n.º 8.666/93. Por isso, a competição não poderá ser restringida, sob pena de nulidade de todo o procedimento licitatório.**

Portanto, as exigências previstas na fase de habilitação não podem ser tais a ponto de impedir a participação daqueles que teoricamente estariam aptos a fornecer o Equipamento, a pretexto de assegurar uma prestação vantajosa, adotando exigência técnica, sem qualquer fundamento técnico que o justifique.

No dizer de Marçal Justen Filho, o disposto [no art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93] não significa, porém, vedação a cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas.

Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjugadamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação.²

² TCU: Acórdão 241/2005, Plenário. Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça. DOU 24/03/05.

As restrições adiante apontadas, caso ignoradas pela d. Pregoeiro, implicarão na lesividade ao interesse público, vez que o escopo da licitação é ofertar com vantagem e economicidade, o que apenas um universo amplo de competição traz para a Administração.

O Superior Tribunal de Justiça consagrou no tocante à ampla competitividade inerente às licitações públicas:

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. (Marçal Justen Filho, in *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 8ª ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2000, p. 335). Recurso especial não conhecido.³

O próprio legislador estabeleceu que o caráter competitivo constitui um **princípio essencial** da Licitação, sem o qual a seleção da proposta mais vantajosa estará derradeiramente prejudicada. A competitividade, desse modo, é essencial à lógica interna do procedimento licitatório, sendo que onde não há competição, não há licitação, conforme orientação doutrinária:

Cabe ali um dos princípios fundamentais da licitação, que é o da oposição ou da competitividade, tão essencial na matéria que, se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltam a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto mesmo.

Acrescentando-se, cite-se como inarredável a observância ao princípio da impessoalidade, com relação ao qual Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece o sentido:

Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimientos. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.

³ Recurso Especial n. 361736 / SP; DJ de 31/3/03, p. 00196; Min. Franciulli Netto.

Toda agressão ao princípio da impessoalidade, ainda que indiretamente, implicará desrespeito às regras de isonomia, já que ao deferir privilégios, mesmo que indiretos, a Administração deixará de tratar a todos segundo os mesmos padrões, nos termos impostos pela Constituição da República.

De fato, a igualdade de oportunidades nas licitações foi consagrada na própria Constituição e configura conquista democrática essencial ao exercício pleno das garantias constitucionais, como bem destaca José dos Santos Carvalho Filho:

A se permitir a livre escolha de determinados fornecedores pelo administrador, estariam aliados todos os demais, o que seria de se lamentar, tendo em vista que, em numerosas ocasiões, poderiam eles apresentar à Administração melhores condições de contratação.⁴

Diante do exposto, conforme evidenciado, a exigência para habilitação econômico-financeiro inadequada ora impugnada afastará a participação de grande parte dos interessados, sem nenhuma eficiência compensatória relevante aos interesses licitados.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, requer a IMPUGNANTE:

- a) seja recebida e processada a presente impugnação, porquanto tempestiva e adequada.
- b) Seja a resposta referente a presente impugnação enviada aos e-mails ajfernandesjr@gmail.com e ana.batista@xcmgbrasil.com.br, bem como toda e qualquer intimação a ser feita à IMPUGNANTE, sob pena de nulidade.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010, p. 262.

c) requer seja dado procedência a presente impugnação para incluir a possibilidade de comprovar a qualificação econômico-financeiro mediante a apresentação de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo no limite previsto nos §§ 2º e 3º, do artigo 31, da Lei 8.666, com vistas a possibilitar às empresas que não apresentarem índice satisfatório em qualquer um dos apurados comprovem sua capacidade de solver suas obrigações de outras formas legais, sob pena de violação aos artigos 3º e 31, §§ 1º e 5º, da Lei número 8.666/93 e artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República.

d) Seja encaminhada cópia da presente impugnação ao Ministério Público Estadual e ao Tribunal de Contas do Estado de Sergipe para que tome conhecimento das irregularidades ora questionadas.

e) Que seja acatada a presente impugnação, julgando procedentes todos os seus pedidos, sob pena de caracterizar direcionamento do certame.

Nestes Termos.

Pede espera deferimento.

Pouso Alegre/MG, 01 de Agosto de 2018.


ADÃO JOSÉ FERNANDES JÚNIOR
OAB/MG 178.303