

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE
DE LICITAÇÃO DA COMPANHIA DE SANEAMENTO DE SERGIPE – DESO.**

Ref.: EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 016/2017

com sede à _____, inscrita no CNPJ sob o nº _____, neste ato representada por _____, portador da carteira de identidade nº _____, expedida _____, inscrito no CPF sob o nº _____, vem, com fulcro no § 2º, do art. 41, da Lei nº 8666/93 e do item nº 3.4 do respectivo edital, em tempo hábil, à presença de Vossa Senhoria a fim de

IMPUGNAR

os termos do Edital em referência, que adiante especifica, o que faz na conformidade seguinte:

I – DOS FATOS

O impugnante tendo interesse em participar da licitação supramencionada, adquiriu o respectivo Edital.

Ao verificar as condições para participação no pleito em tela, deparou-se o mesmo com as seguintes restrições formuladas nos itens nº 5.7 e 6.6.2 que seguem:

“5.7 – Para fins de qualificação e enquadramento como microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), as empresas que pretenderem se beneficiar nesta licitação do regime diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123 de 14/12/06, incisos I e II do Artigo 3º,

deverão atender também as disposições das Leis Estaduais nºs 6.206 de 24/09/07, Artigo 3º e Lei nº 6.675 de 18/09/09 (art. 3º, § 1º e 2º), com a apresentação dos seguintes documentos:

a) Declaração de Enquadramento como Empresa de Pequeno Porte (EPP), conforme

modelo constante do ANEXO VII deste Edital, devidamente comprovada por meio

das informações contidas no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ, acessível

no sítio www.receita.fazenda.gov.br;

b) Deverá comprovar os compromissos assumidos com a Administração Pública (cópia

dos Contratos), não podendo a soma global das obrigações assumidas exceder os

valores dispostos nos inciso II, do art. 3º da Lei Complementar nº 123/06.

c) Na hipótese da não apresentação de cópia(s) do(s) Contrato(s), conforme solicitado

na alínea b) acima, a LICITANTE deverá apresentar DECLARAÇÃO de que não

possui Contrato firmado com a Administração Pública.”; e

“6.6.2 – O Capital Social Mínimo Integralizado deverá ser R\$ 529.615,10 (Quinhentos e vinte e nove mil, seiscentos e quinze reais e dez centavos)”.

Sendo feito de maneira informal o devido questionamento através de e-mail datado do dia 02 de outubro de 2017, como segue trecho *in verbis*:

“Relacionados ao edital da licitação concorrência nº 016/2017, temos as seguintes dúvidas a dirimir, conforme segue:

1) No item 5.7 do edital, afirma-se que a empresa deverá apresentar as cópias dos contratos assumidos com a administração pública para poder se beneficiar com as cláusulas da lei 123/06.

Qual será a forma de apresentação desses contratos, o mesmo será acessível aos nossos concorrentes? Deverá ser colocado junto a documentação de habilitação?

Teremos que apresentar todo o contrato ou apenas a parte que trás o valor do mesmo?

O contrato não pode ser substituído por uma declaração onde conste os valores dos compromissos assumidos?

A certidão da junta comercial, onde conte a condição de EPP da empresa não substitui os documentos acima?

2) No item 6.6.2 a Deso exige que se comprove o capital social mínimo de 10% do valor da concorrência.

Tendo em vista que no artigo 31 da lei 8.666 existem outras formas de comprovação da qualificação econômica e financeira, algumas até mais eficazes que simplesmente o valor do capital social, como por exemplo o patrimônio líquido constante em balanços exigíveis, perguntamos:

Em nome da competitividade, que deve ser o foco de qualquer edital ou concorrência proposta por órgão da administração pública, a Deso poderá reconhecer como habilitada econômica e financeiramente a empresa que possuir um patrimônio líquido explicitado em balanço exigível, de no mínimo 10% do valor da concorrência supra citada apesar de não ter o capital social exigido, desse modo aumentando a competitividade e retirando uma restrição indevida editalícia?"

A administração respondeu no dia 03 de outubro de 2017 através de e-mail o seguinte:

"Qual será a forma de apresentação desses contratos, o mesmo será acessível aos nossos concorrentes?

Cópias autenticadas ou acompanhadas dos originais. Sim, será acessível.

Deverá ser colocado junto a documentação de habilitação?

Não, Deverá ser colocado no Envelope "C" (Enquadramento como Microempresa (ME) ou Empresa de Pequeno Porte (EPP)).

Teremos que apresentar todo o contrato ou apenas a parte que trás o valor do mesmo?

Todo o contrato.

O contrato não pode ser substituído por uma declaração onde conste os valores dos compromissos assumidos?

Não

A certidão da junta comercial, onde conte a condição de EPP da empresa não substitui os documentos acima?

Não

Em nome da competitividade, que deve ser o foco de qualquer edital ou concorrência proposta por órgão da administração pública, a Deso poderá reconhecer como habilitada econômica e financeiramente a empresa que possuir um patrimônio líquido explicitado em balanço exigível, de no mínimo 10% do valor da concorrência supra citada apesar de não ter o capital social exigido, desse modo aumentando a competitividade e retirando uma restrição indevida editalícia?

Não".

Sucedem que, tais restrições no presente edital são absolutamente ilegais, pois afrontam às normas que regem o procedimento licitatório, como à frente será demonstrado.

II – DA ILEGALIDADE

De acordo com o § 1º, inciso I, do art. 3, da Lei nº 8666/93, é vedado aos agentes públicos: 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.

Ora, na medida que o indigitado item do Edital está tratando de critérios interpretativos mais RESTRITIVOS do que a norma de LIMITAÇÃO do rol constante no art. 31 da Lei nº 8.666/93, está se contrariando frontalmente o princípio da hermenêutica jurídica.

Dessa forma, o ato de convocação de que se cogita impugnar consigna cláusula 6.6.2 manifestamente comprometedora e restritiva do caráter competitivo que deve presidir toda e qualquer licitação, na medida em que a própria lei limita a administração pública a apresentar alternativa pela utilização da conjunção “OU”, como segue parágrafos segundo e terceiro do artigo 31:

“§ 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.”

Não há dúvidas de que os limites constantes no artigo 31 tem por claro objetivo preservar a lisura e a equidade do processo de licitação, partindo do pressuposto de que para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos

interessados, exclusivamente, documentação relativa qualificação econômico-financeira prevista na lei que rege as licitações, a fim de não colocar ninguém em posição de vantagem perante os demais licitantes por ter um capital social de subjetivos R\$ 529.615,10 (quinhentos e vinte e nove mil, seiscentos e quinze reais e dez centavos).

Cabe trazer, ainda, que inexistente na lei nº 8.666/93 previsão de comprovação do capital social mínimo de 10% do valor da concorrência, como faz crer o indigitado item do 6.6.2 da DESO.

Como se não bastasse, o item objurgado, fere igualmente o princípio da isonomia e da legalidade consagrados nos incisos I e II, do art. 5º, da Constituição Federal.

Assim, vale trazer também com relação ao item 5.7 que não há previsão legal para apresentação de cópia de contratos assumidos com a Administração Pública nem de declaração de sua inexistência (alíneas b) e c) do item 5.7 do Edital), sendo estas restrições trazidas pelo Edital.

A Lei nº 6.675 de 18/09/09 (art. 3º, § 1º e § 2º) estabelece apenas a necessidade de comprovação dos compromissos assumidos com a Administração Pública para qualificação e enquadramento como microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações de obras e serviços de engenharia sem, contudo, dispor sobre a forma como isto deve ser feito:

*"§ 1º Para fins de qualificação e enquadramento como microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações de obras e serviços de engenharia, as empresas interessadas deverão **comprovar os compromissos assumidos com a Administração Pública**, não podendo a soma global das obrigações assumidas exceder os valores dispostos nos incisos I e II, do art. 3º da Lei Complementar (Federal) nº 123, de 14 de dezembro de 2006. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 6.675, de 18.09.2009, DOE SE de 21.09.2009).*

§ 2º A empresa que assumir compromissos acima do estabelecido poderá participar do procedimento licitatório, sem contudo auferir as vantagens estabelecidas nos arts. 42, 43, 44, 45, 46 e 47 da Lei Complementar (Federal) nº 123, de 14 de dezembro de 2006. (NR) (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 6.675, de 18.09.2009, DOE SE de 21.09.2009)."

Ademais, inexistente na lei nº 8.666/93 ou na Lei Complementar nº 123/2006 qualquer previsão de apresentação de documentação acessória para,

comprovação da qualificação de micro e pequenas empresas para fins licitatórios. Além disso, tal qualificação enquadra-se dentro da documentação de regularidade fiscal e trabalhista da empresa, a qual, somente poderá ser exigida de micro e pequenas empresas para assinatura do contrato, conforme art. 42 da Lei Complementar nº 123/2006:

"Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e das empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato. (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016)."

Dada a meridiana clareza com que se apresenta a ilegalidade dos itens nº 5.7 e 6.6.2, pelo mero cotejo com a letra fria da lei, deve ser o presente edital corrigido a fim de se garantir a máxima justiça.

III – DO PEDIDO

Em face do exposto, requer-se seja a presente IMPUGNAÇÃO julgada procedente, com efeito para:

- A) – Sejam ajustados os itens impugnados;
- B) – Determinar-se a republicação do Edital, escoimado do vício apontado, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto, conforme § 4º, do art. 21, da Lei nº 8666/93.

Nestes termos,
pede deferimento.

, 18 de outubro de 2017.

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 94285/2017
REFERÊNCIA: EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 016/2017
ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO AO EDITAL REFERENCIADO.

PARECER Nº 462/2017

A empresa

doravante denominada impugnante, manifesta-se contrária ao Edital supracitado, pela razão de *"ilegalidade dos itens 5.7 e 6.6.2, pelo mero cotejo com a letra fria da lei"*, se não vejamos:

"5.7 – Para fins de qualificação e enquadramento como microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), as empresas que pretenderem se beneficiar nesta licitação do regime diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123 de 14/12/06, incisos I e II do Artigo 3º, deverão atender também as disposições das Leis Estaduais nºs 6.206 de 24/09/07, Artigo 3º e Lei nº 6.675 de 18/09/09 (art. 3º, § 1º e 2º), com a apresentação dos seguintes documentos:

a) Declaração de Enquadramento como Empresa de Pequeno Porte (EPP), conforme modelo constante do ANEXO VII deste Edital, devidamente comprovada por meio das informações contidas no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ, acessível no sítio www.receita.fazenda.gov.br;

b) Deverá comprovar os compromissos assumidos com a Administração Pública (cópia dos Contratos), não podendo a soma global das obrigações assumidas exceder os valores dispostos nos inciso II, do art. 3º da Lei Complementar nº 123/ 06.

c) Na hipótese da não apresentação de cópia(s) do(s) Contrato(s), conforme solicitado na alínea b) acima, a LICITANTE deverá apresentar DECLARAÇÃO de que não possui Contrato firmado com a Administração Pública."

"6.6.2 – O Capital Social Mínimo Integralizado deverá ser R\$ 529.615,10 (Quinhentos e vinte e nove mil, seiscentos e quinze reais e dez centavos)."

A priori destacamos que o Edital foi elaborado dentro dos termos legais, lastreado nos princípios basilares das Licitações, ou seja, legalidade, impessoalidade, competitividade, publicidade, vinculação ao instrumento convocatório, e outros vinculados administrativa e constitucionalmente, usados devidamente e com lisura, conforme prerrogativa da Administração Pública, vez que, toda atividade administrativa é norteadada pelos prin-

cípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, **"o fim, - fim e não a vontade -, domina todas as formas de administração."**

A lei ressalva liberdade a Administração, para definir as condições da contratação administrativa, estruturando o procedimento licitatório, visando restringir a discricionariedade das fases deste procedimento; nele desenvolve-se atividade vinculada, isto é, ausência de liberdade (como regra) para a administração pública.

Outrossim, na Administração Pública, é obrigatório o respeito à probidade e à moralidade, sendo reprovada conduta incompatível com valores jurídicos, que, em alguns casos, torna-a proibida. No Direito Administrativo, não se aplica a 'famosa' regrinha do Direito Civil, onde impera que a permissão tácita é válida quando não se expressa a proibição.

Em segundo lugar, na elaboração do Edital, a rigor, é aplicada e respeitada, Leis e Decretos subsidiariamente, que são diretamente ligados a Lei nº 8.666/93. A Lei das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte é uma delas.

Portanto, já que o Edital está dentro de toda legalidade que lhe é inerente, há que ater-se ao princípio da vinculação ao edital, que, **"significa que a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora... O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu."** (Hely Lopes Meirelles, in 'Licitação e Contrato Administrativo', 11ª edição atualizada, pág 31).

Logo, o edital não foi omissivo nem falho quanto a cláusulas, critérios e fatores objetivos, e, o mesmo ateu-se, estritamente, sem extrapolar princípios, leis, regulamentos e regras, que o definem. Uma vez que, o item 5.7 e subitem 6.6.2 indigitados estão absolutamente dentro (como já sobejamente citado, sem extrapolar) da Lei que rege as Licitações e Contratos administrativos e suas correlatas (como a 123/2006, a 147/2014, a 6.675/ 2009, etc.) tanto quanto no que tange ao item 5.7 e ao subitem 6.6.2.

Portanto, não há que se falar em ilegalidade, nem ajuste dos itens impugnados. A Administração ao estabelecer os critérios ora contestados na impugnação, em nenhum momento cerceou o direito de participação de qualquer concorrente, vez que essas cláusulas e critérios encontram-se em perfeita harmonia com os dispositivos legais (art. 3º, § 1º da Lei 8.666/93), doutrina e jurisprudência, mesmo porque, os mesmos, na ótica do doutrinador MARÇAL JUSTEN FILHO, citado no Processo nº 23000.022339/2006-22 – MINISTÉRIO DA Educação-Secretaria Executiva/Secretaria de Assuntos Administrativos/CPL, se não vejamos:

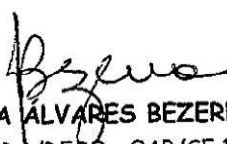
"...não significa, porém a vedação à cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas. Nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a solucionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar al-

guns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. ...a inviabilidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, da CF....".

Face ao explanado, opinamos, *concessa vênia* pelo acolhimento da impugnação, por sua tempestividade, mas para que no mérito negue-se-lhe provimento, por sua IMPROCEDÊNCIA nos termos propostos, tendo por base a retificação dos itens 5.7 e 6.6.2, mantendo-se o edital em todos os seus termos.

É nosso entendimento.

Aracaju, 23 de outubro de 2017.


TÂNIA ALVARES BEZERRA
ADVOGADA/DESO - OAB/SE 1.127
Assessoria Jurídica de Licitações e Contratos
1.0.07.00/ASJLC