



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

AOS CUIDADOS DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES/PREGOEIRO DA LICITAÇÃO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 106/2020 DA COMPANHIA DE SANEAMENTO DE SERGIPE – DESO

FUTURA DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO EM GERAL EIRELI, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ nº 11.615.369/0001-25, sediada na Praça Valdemar Fontes Cardoso, 33SEDE, Suíça, CEP 49045-760, Aracaju (SE), por seu sócio administrador e advogados devidamente constituídos, vem perante Vossa Senhoria, apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO**, conforme abaixo transcritos os fatos e fundamentos.

1. DA SÍNTESE DOS FATOS

A requerente participou da licitação Pregão Eletrônico nº 106/2020 que tinha por objeto o registro de preços para instalação de aparelhos de ar-condicionado e cortinar de ar, conforme especificações contidas no instrumento convocatório.

Ocorre que durante a sessão pública ocorreram ilegalidades que motivaram a necessidade de apresentação do presente recurso administrativo, conforme argumentos de fatos e direito abaixo relacionados.

2. DOS MOTIVOS PARA RECLASSIFICAR A RECORRENTE FUTURA DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO EM GERAL EIRELI

2.1. EXIGÊNCIA ILEGAL DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

Em análise a inabilitação da empresa recorrente percebeu-se, assim, que há ilegalidade quanto a exigência de Grau de Endividamento Geral, conforme exigência do edital:

13.5 – Qualificação Econômico-Financeira:

13.5.4 – A capacidade econômico-financeira será verificada através de:

- **Grau de Endividamento Geral: $\leq 0,50$**

Cabe a Administração limitar os índices contábeis, conforme embasa o art 31 da Lei de Licitações:

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;



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

[...]

§ 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.

[...]

§ 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.

Entretanto, há de se ressaltar a importância quanto aos cuidados dos mínimos e máximos requeridos nos índices contábeis, isso porque, em vários certames as exigências de valores numéricos encontram-se inconveniente, violando de forma direta os princípios da motivação dos atos administrativos e violação da Lei.

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 37, XXI, dentre outras condições, que somente serão permitidas as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações:

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. (Grifo nosso)

No caso em tela, o índice imposto no edital não é usualmente adotado, devendo a Administração justificar tal exigência. Inclusive, consta a compreensão do Tribunal de Contas, através do último Ciclo de Estudos de Controle Público da Administração Municipal de que *"sempre que os índices no edital forem diferentes de um, será necessária a apresentação de justificativas"*.

Neste mesmo entendimento, tem-se decisões jurisprudenciais do Tribunal de Contas da União:

5. Nesse contexto, verifico que assiste razão à unidade técnica no judicioso exame empreendido, que cuidou de avaliar todos os documentos constantes do procedimento licitatório e promover o cotejo com a Lei 8.666/93 e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, concluindo corretamente pela subsistência das irregularidades.

6. Assim, acompanho integralmente as conclusões lançadas na instrução final de mérito da Secex-BA, cujos fundamentos incorporo desde já às minhas razões de decidir, com o pronunciamento adicional do Secretário, esgotando a análise da matéria e tornando desnecessária, por conseguinte, a adução de considerações adicionais.



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

7. Nada obstante, pertinente esclarecer que os procedimentos estabelecidos na lei de licitações e nos respectivos instrumentos editalícios têm por objetivo assegurar a lisura, a transparência, a competitividade do certame e consequente obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, não havendo razão para que sejam mantidas cláusulas contrárias aos ditames e princípios estabelecidos em lei, como se verificou no presente caso, **no qual restou clara e presente a inclusão de dispositivos editalícios de caráter restritivo, em afronta à legislação de regência e ao entendimento desta Corte de Contas.**

8. Como exemplos, julgo suficiente citar as ocorrências a seguir, dentre outras que foram constatadas no processo:

[...]

c) **exigências especiais de habilitação, em afronta às disposições da Lei 8.666/1993, com destaque para a adoção de índices contábeis sem a necessária justificativa no processo administrativo da licitação, caracterizando restrição à competitividade do certame;**

[...]

Ante o exposto, manifestando concordância com a proposta da Secex-BA, Voto por que este Tribunal adote a minuta de acórdão que submeto ao Plenário.

Acórdão:

9.4. informar ao município de Gongogi-BA as seguintes ocorrências na Tomada de Preços 001/2017, de modo a prevenir irregularidades em futuros certames:

[...]

9.4.4. exigência de índice de Liquidez Corrente $\geq 2,5$ e **índice de Endividamento Geral $\leq 0,50$, não justificada no processo administrativo da licitação, identificada nos itens 4.1.3 e 4.1.4 do edital, o que afronta o disposto no § 5º, do art. 31, da Lei 8.666/1993;** (Acórdão 2365/2017- Plenário - Relator AROLDO CEDRAZ)

Importante mencionar ainda que há decisões indiciando a correta imposição por parte da Administração Pública, tocante aos índices de liquidez corrente e liquidez geral entre 1,0 e 1,5 e com relação ao índice de endividamento de 0,75 para um parecer justo da situação econômica das empresas participantes. Tal qual tese acolhida pelo TCU:

É vedada a exigência de índices contábeis não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. a adoção desses índices deve estar devidamente justificada no processo administrativo. (TCU. Acórdão n. 170/207, Plenário, rel. min. valmir campelo).

[...]

9.2. [...] ouvir em audiência o (omissis) Prefeito municipal de Itabuna, na condição de autoridade gestora, homologadora, adjudicadora e contratadora para que [...] encaminhe a este Tribunal, razões de justificativa a respeito dos seguintes fatos:

[...]

9.2.3. ter autorizado, homologado e adjudicado o processo licitatório da Concorrência [...] com base em edital contendo exigência de apresentação de índices contábeis de qualificação econômico-financeira restritivos ($IG \geq 2,8$; $IC \geq 2,8$; $IE \leq 0,34$); bem como em decorrência da concomitância da exigência de apresentação de prova de capital registrado integralizado igual ou superior a R\$1.012.850,00 com a prestação de garantia no valor de R\$101.285,00, em desconformidade com as disposições do art. 31 da Lei n. 8.666/93, caracterizando restrição ao caráter competitivo do certame [...] (grifo nosso)



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

(Tcu. acórdão n. 0411-07/08-P. sessão: 12/03/2008. Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).

Representação sobre irregularidades na contratação de obras objeto de convênio entre o ministério do turismo e Prefeitura, para obras de infraestrutura turística. **Não cabe exigir índices financeiros não usuais para avaliação da qualificação financeira dos licitantes sob risco de restrição à competitividade do certame.**

9.5. [...] aplicar multas ao sr. [...] ex-Prefeito municipal de morretes/Pr [...]; ao sr. [...] então Presidente da comissão de licitação da Prefeitura [...]; ao sr. (omissis) e sra. (omissis), membros da comissão de licitação [...];

[...]

9.7. determinar à Prefeitura [...] que, em futuras licitações custeadas com recursos federais:

[...]

9.7.5. **abstenha-se de exigir índices financeiros e contábeis não usualmente adotados para a correta avaliação da situação financeira** suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação, conforme vedação contida no § 5º do art. 31 da lei n. 8.666/93.

[...]

Ficaram efetivamente comprovados os seguintes vícios na condução do procedimento licitatório que resultou na contratação da empresa (omissis):

[...]

Exigência de índices financeiros e contábeis com restrição à competitividade do certame, em oposição ao que dispõe o § 5º do art. 31 da Lei 8.666/93.

Entre os índices financeiros, destaco o de liquidez corrente, que deveria ser de, no mínimo, 2,00. [...] Compulsando a jurisprudência do TCU, verifica-se que a exigência supra constitui restrição à competitividade da licitação, consoante, por exemplo, o precedente (Acórdão n. 779/2005 — Plenário) abaixo, que entendeu excessivo o índice de 2,0 para liquidez corrente:

14.2.2. Ora, a fixação de 2,0 como valor limite para o índice de Liquidez Corrente teve a finalidade de restringir a participação no certame daquelas empresas que apresentassem a razão entre seu ativo e passivo circulantes igual ou superior àquele índice, ou seja, que apresentassem a saúde financeira tal que para cada real atinente a dívidas de curto prazo assumidas deveriam haver dois reais em disponibilidade em seu caixa.

14.2.4. Cabe destacar que a fixação de índices de liquidez a serem utilizados em licitações deve guardar relação de razoabilidade e proporcionalidade com o objeto a ser atingido, devendo-se fixar parâmetros que não obstante possibilitem obter a melhor proposta para a Administração Pública, não venham, entretanto, inviabilizar o caráter competitivo do processo licitatório, conforme preconizado pelo art. 3º da Lei n. 8.666/93. [...]

1.5. determinar à Prefeitura municipal de duque de Caxias/RJ, que:

[...]

1.5.6. **abstenha-se de estipular valores de índices econômico-financeiros que não sejam consentâneos com os parâmetros de mercado, observando os indicadores setoriais de atividades econômicas publicados, por exemplo, em periódicos especializados** (grifo nosso) (TCU. acórdão n. 2397-15/09-1. sessão: 19/05/2009. Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça).

[...] 4.58. a decisão n. 217, ata n. 08/02, do Plenário, referente ao processo citado, determinou à secretaria extraordinária de recursos Hídricos, minerais e de meio ambiente do estado da Paraíba que:

a) na elaboração de editais de licitações de obras que vierem a ser contempladas com recursos federais, abstenha-se de exigir, para efeito de qualificação econômico-financeira na habilitação de licitantes, índices contábeis inapropriados ou não usuais para tal finalidade e, em relação aos usualmente



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

utilizados, exija-os em patamares que não ultrapassem o estritamente necessário para assegurar a assunção dos compromissos exigíveis aos contratados, justificando seu emprego, em qualquer situação, nos processos correspondentes, conforme disposto no art. 31, §§ 1º e 5º, da Lei n. 8.666/93; 4.59. o responsável limitou-se a considerar que a lei reserva à administração a prerrogativa de 'decidir os meios apropriados para que se comprove a capacidade do licitante', mas não apresentou qualquer fundamentação para a exigência em questão, fundamentação esta necessária e requisito obrigatório de todo ato administrativo. (tcu. acórdão n. 1140-30/05-P. sessão: 10/08/2005. Rel. Min. Marcos Vinícios Vilça). (grifo nosso).

Portanto, fica evidente que os índices cobrados pela Administração vão contra a legislação vigente e várias decisões jurisprudenciais, sendo totalmente contrária do que se é orientado, exigindo ainda, condição financeira não condizente com a realidade das empresas.

2.2. DO DIREITO REFERENTE A OBRIGATORIEDADE DE RECLASSIFICAÇÃO DA RECORRENTE

2.2.1. DO FORMALISMO MODERADO

O pregoeiro ao inabilitar a recorrente acabou dando mais ênfase à forma do que o conteúdo, excedendo-se no formalismo. Isso porque, a imposição do índice de grau de endividamento não conduz com o que rege a legislação.

São frequentes as decisões do Tribunal de Contas da União que prestigiam a adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório:

É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame. (Acórdão 1795/2015 – Plenário Data da sessão 22/07/2015 Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO)

Falhas formais, sanáveis durante o processo licitatório, não devem levar à desclassificação da licitante. No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados. (Acórdão 357/2015 – Plenário Data da sessão 04/03/2015 Relator BRUNO DANTAS)

O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 3381/2013 – Plenário Data da sessão 04/12/2013 Relator VALMIR CAMPELO)

A inabilitação de licitantes por divergência entre assinaturas na proposta e no contrato social deve ser considerada formalismo exacerbado, uma vez que é



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

facultada à comissão, em qualquer fase do certame, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo. (Acórdão 5181/2012 - Primeira Câmara Data da sessão 28/08/2012 Relator WALTON ALENCAR RODRIGUES)

Resumidamente, o formalismo moderado se relaciona a ponderação entre o princípio da eficiência e o da segurança jurídica, ostentando importante função no cumprimento dos objetivos descritos no art. 3º da lei de licitações: busca da proposta mais vantajosa para a Administração, garantia da isonomia e promoção do desenvolvimento nacional sustentável:

No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados. (ACÓRDÃO Nº 357/2015 – TCU – Plenário)

Nota-se que sua utilização não significa desmerecimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou negativa de vigência do caput do art. 41 da lei 8.666/93 que dispõe sobre a impossibilidade de a Administração descumprir as normas e condições do edital. Trata-se de solução a ser tomada pelo intérprete a partir de um conflito de princípios:

Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios. (Acórdão 119/2016- TCU - Plenário)

Ao contrário do que ocorre com as regras/normas, os princípios não são incompatíveis entre si. Diante de um conflito de princípios (p. ex., vinculação ao instrumento convocatório x obtenção da proposta mais vantajosa), a adoção de um não provoca a aniquilação do outro. Como exemplo, esse raciocínio pode ser percebido nas seguintes decisões do Tribunal de Contas da União:

Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências. (Acórdão 2302/2012-Plenário)

O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 8482/2013-1ª Câmara)

Nessas hipóteses, a análise deve considerar a importância de cada princípio no caso concreto, e realizar a ponderação entre eles a fim de determinar qual prevalecerá, sem perder de vista os aspectos normativos. Por esse motivo, as soluções não respeitam fórmulas prontas, podendo variar de um caso para outro.

Vale lembrar que o certame licitatório não representa um fim em si mesmo, mas um meio que busca o atendimento das necessidades públicas. Nas palavras do professor Adilson Dallari: a “licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital”.



SANDI & OLIVEIRA

ADVOGADOS

dest, devidamente comprovado a exigência desarrazoada do pregoeiro do certame cabe a anulação deste ato.

3. DOS PEDIDOS

Receber o recurso administrativo e, ao final, seja dado provimento para:

- a) Declarar a recorrente vencedora pelo cumprimento integral de cláusulas editalícias e da legislação pertinente.
- b) Que sejam anuladas todas as fases da licitação ocorridas após o ato ilegal, convocando as empresas para nova sessão pública.

Requer-se também que seja comunicado o julgamento obrigatoriamente pelos e-mails tiago.sandi@sandieoliveira.adv.br, bruna.oliveira@sandieoliveira.adv.br e contato@sandieoliveira.adv.br, sob pena de nulidade.

Nestes termos pede deferimento.

Aracaju (SE), 18 de fevereiro de 2021.

Tiago Sandi
OAB/SC 35.917

Bruna Oliveira
OAB/SC 42.633