

AO
ESTADO DE ALAGOAS
UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CIÊNCIAS DA SAÚDE DE ALAGOAS - UNCISAL
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

ILMO (A) SR (A) PREGOEIRO (A) E EQUIPE DE APOIO,

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO N.º 25/2018 – 2ª CHAMADA
PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 23315/17

DATA DA SESSÃO PÚBLICA: 29/08/2018 às 08h30min.

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA., estabelecida na Rod. BR 101 Sul, nº 3.020, Letra C, Distrito Industrial Santo Estevão, Cabo de Santo Agostinho/PE, inscrita no C.N.P.J. sob o n.º 00.331.788/0024-05, doravante denominada **IMPUGNANTE**, vem, muito respeitosamente, perante V.Sa., com fulcro no artigo 41 da Lei 8.666/93, apresentar a presente **IMPUGNAÇÃO** ao edital convocatório, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

O presente Pregão Eletrônico tem por objeto **CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS DE FORNECIMENTOS DE GASES MEDICINAIS E ESPECIAIS (COM CESSÃO DE EQUIPAMENTO E MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA)**, conforme detalhamento e condições gerais contidas neste Edital e seus Anexos.

Com a finalidade de cumprir, de forma integral, ao que dispõe os princípios e normas que regem o processo licitatório, a IMPUGNANTE vem, através desta, requerer ao (a) Ilmo (a) Pregoeiro (a), que avalie esta peça de impugnação e, conseqüentemente, reavalie o presente edital convocatório.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

A IMPUGNANTE eleva sua consideração a esta Douta Comissão de Licitação e esclarece que o objetivo desta impugnação ao edital da licitação em referência não é o de procrastinar o bom e regular andamento do processo, mas sim evidenciar a esta Nobre Comissão os pontos que necessitam ser revistos, pois se mantidos provocarão a violação dos princípios e regras que regulam o processo licitatório, de forma especial, o Princípio da Competitividade e o da Economicidade.

II. DA EXIGÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DE ÍNDICES CONTÁBEIS PARA EFEITOS DE COMPROVAÇÃO DA BOA SITUAÇÃO FINANCEIRA.

Da acurada análise das regras estabelecidas no ato convocatório, verifica-se a aplicação da exigência de atendimento aos índices de indicação da boa saúde financeira das empresas, exigidos no ITEM 8.9.3 DO EDITAL – MODELO DE CÁLCULO DOS INDICADORES ECONÔMICOS – relativos à qualificação econômico-financeira, senão vejamos:

8.9.3. Comprovação da situação financeira da empresa constatada mediante obtenção de **índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC) iguais ou maiores que 1 (um)**, resultantes da aplicação das fórmulas:

$$\text{LG} = \frac{\text{Ativo Circulante} + \text{Realizável a Longo Prazo}}{\text{Passivo Circulante} + \text{Passivo Não Circulante}};$$
$$\text{SG} = \frac{\text{Ativo Total}}{\text{Passivo Circulante} + \text{Passivo Não Circulante}};$$
$$\text{LC} = \frac{\text{Ativo Circulante}}{\text{Passivo Circulante}};$$

Ocorre que como se verá adiante, a referida regra não é capaz, por si só, de comprovar a boa situação financeira das empresas, além de representar uma restrição da competição.

1) Dos índices econômicos exigidos

No que diz respeito ao Edital, cabe ressaltar que a Administração, por meio de sua Comissão Permanente de Licitação, elaborou o ato convocatório, exigindo os índices econômicos consignados em seu ITEM 8.9.3 DO EDITAL – MODELO DE CÁLCULO DOS INDICADORES ECONÔMICOS, visando a comprovação da boa situação financeira das empresas.

Contudo, o conceito: “boa situação financeira”, deve enquadrar-se no contexto da circunstância fático-jurídica que afira a “qualificação econômico-financeira” para assegurar a execução de um contrato administrativo.

Sendo assim, o cerne de toda a questão trazida por meio da presente petição de impugnação repousa na seguinte questão: **“o que é boa situação financeira?”**; e mais, esta **“boa situação”** traduz a vontade da Administração em contratar empresa que assegure o cumprimento da obrigação contratada.

Ao contrário do que normalmente acredita-se, a CONTABILIDADE não é uma disciplina exata. Nesse contexto, as informações lançadas em balanço devem ser interpretadas em seu contexto e não podem, portanto, ser levadas como INFORMAÇÕES OBJETIVAS E ABSOLUTAS.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, Livre-Docente e professor da Universidade de São Paulo destaca:

“Lembramos que grande parte dos índices não tem significado isolado (...)” (Curso de Direito Comercial, V.3, 2ªed..Malheiros, p.642).

Nesse sentido, a adoção isolada da apreciação da condição econômica das empresas, sem relevar os demais critérios (inclusive os adotados pela lei e determinados pela jurisprudência, como o Patrimônio Líquido) leva a uma restrição injustificável à participação na licitação.

A “**qualificação econômico-financeira**” ou a “**boa situação financeira**”, conforme estabelecido no artigo 31 da Lei 8.666/93, poderá ser apurada por meio das seguintes exigências legais:

- a) Balanço patrimonial (inciso I);
- b) Certidão Negativa de Falência, Recuperação etc. (inciso II);
- c) Garantia de proposta (proibida na modalidade pregão) (inciso III);
- d) Índices econômicos (§§ 1º e 5º);
- e) Capital Social (§ 2º);
- f) Patrimônio Líquido (§ 2º);
- g) Relação de compromissos assumidos pelo licitante (§ 4º).

Mantidas as exigências de qualificação econômico-financeira indicadas no Edital, restritas aos índices ILC (índice de liquidez corrente), ILG (índice de liquidez geral) e SG (Solvência Geral) iguais ou maiores que um, poderíamos ter uma absurda hipótese de participação de uma empresa pequena e sem qualquer capacidade operacional, mas com índices maiores que 1. Vejamos o exemplo: uma licitante com receita de R\$ 1.000,00 e despesas na ordem de R\$ 500,00 terá índices superiores a 1; a despeito da sua diminuta capacidade, será considerada qualificada sob o manto da “boa situação financeira”, se a avaliação restar desvinculada da razoabilidade necessária.

Por óbvio, a avaliação da capacidade de cumprimento das obrigações não pode restringir-se à análise de índices; a aferição da capacidade de uma empresa deve permear outros fatores que, estes sim, impactam diretamente na capacidade de adimplir suas obrigações: sua estrutura; pessoal; contratos anteriores; contratos atuais; volume de negócios; faturamento etc.

No caso da Impugnante AIR LIQUIDE BRASIL LTDA, sua capacidade operacional é indiscutível:

- a) Em que pese possuir índices abaixo de 1, possui Capital Social de **R\$ 395 MILHÕES** e Patrimônio Líquido de **R\$ 890 MILHÕES**.
- b) A AIR LIQUIDE é líder mundial em gases para a indústria, SAÚDE e meio ambiente. Opera em 80 países. Proporciona mais de 65.000 empregos diretos. (http://www.br.airliquide.com/pt_BR/quem-somos.html)
- c) Tem contratos com os maiores Hospitais e Secretarias de Saúde do Brasil.

É importante evidenciar que, empresas multinacionais (como a IMPUGNANTE) registram contabilmente suas operações internas (dentro do próprio grupo, e com a matriz) e isso eleva os valores totalizados como passivo e exigível a longo prazo (que são os parâmetros de cálculo dos índices em referência), embora não representam efetiva redução da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira.

Nestas empresas multinacionais (como a IMPUGNANTE), há uma série de operações contábeis que precisam ser lançadas (como passivo), mas que não representam efetiva dívida (compromisso com mercado); pelo contrário, são aportes da matriz e denotam a forma como preferiu estruturar o investimento (nunca poderão ser considerados como parâmetro de endividamento ou solvência da empresa).

Destaque-se: uma vez desconsideradas essas operações internas, a IMPUGNANTE terá índices perfeitamente elevados – mais compatíveis com sua real situação.

Ante o exposto, a AIR LIQUIDE não critica a exigência do índice econômico, mas sim a ausência de outras exigências legais que também demonstrariam a capacidade econômica de uma companhia.

A própria JURISPRUDÊNCIA considera – com amparo literal da lei – que ainda que a licitante não atenda os índices de liquidez previstos no edital, NÃO PODE SER INABILITADA SE o Patrimônio Líquido fizer frente à contratação:

ACÓRDÃO 1871/2005 – Plenário

“(…) 30. Poder-se-ia conjecturar, numa leitura favorável à legalidade do edital, que o item 52.4.7, que estabelece a obrigatoriedade de comprovação do capital social integralizado (fls. 14 do Anexo), presta-se, exclusivamente para valorar a exigência requerida pelo item 52.3.2, que exige, para as empresas que apresentarem índices contábeis iguais ou inferiores a 1, a comprovação de possuírem capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo não inferior a 10% da soma do valor total de sua proposta, de cada lote”.(g/n)

ACÓRDÃO 938/13 – Plenário

“81. Ressalte-se que, como comprovação de boa situação financeira da proponente, o Banco exigiu a obtenção de Índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC) maiores do que um, sendo considerada habilitada a empresa que apresentasse esse resultado em todos os índices mencionados (subitem 2.1.11 do anexo 2 do edital – peça 24, p. 70). 82. As empresas que não apresentassem o resultado estabelecido deveriam comprovar possuir patrimônio líquido igual ou superior a R\$ 4.300.000,00 (subitem 2.1.12 do edital). Assim, constata-se que o disposto no edital está de acordo com o art. 31, §§ 3º e 5º, da Lei de Licitação”.(g/n)

O Município de Santana de Parnaíba, por meio de sua Comissão Permanente de Licitação, veio a analisar impugnação apresentada pela IMPUGNANTE também sobre a exigência de índices no edital do Pregão Presencial nº 123/2015 e, no mérito, **decidiu julgá-la procedente**, permitindo a comprovação da boa situação financeira das empresas através da apresentação de Patrimônio Líquido ou Capital Social no percentual de 10%, senão vejamos:

*“COMUNICADO DE JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO Pregão Presencial n.º 123/15 – Proc. Adm. n.º 1632/15 Objeto: Implantação de Registro de Preços para fornecimento de GASES HOSPITALARES – oxigênio medicinal liquefeito, incluídos todos os insumos e serviços necessários, manutenção, instalação e disponibilização em comodato de tanques criogênicos fixos; oxigênio medicinal gasoso; óxido nitroso; fornecimento domiciliar de oxigênio medicinal não liquefeito A Prefeitura do Município de Santana de Parnaíba faz saber que, relativamente às impugnações interpostas, o ordenador do pregão **julga procedente a impugnação interposta pela empresa Air Liquide Brasil Ltda** e parcialmente procedente a impugnação interposta pela empresa White Martins Gases Industriais Ltda. As impugnações são procedentes no que tange ao exigido para fins de comprovação da qualificação econômico-financeira. **Em virtude disso altera-se o edital do certame nesta parte para admitir essa comprovação através da apresentação de Patrimônio Líquido ou Capital Social no percentual de 10% do valor estimado para a licitação, a saber: R\$ 296.560,18** Considerando que a alteração havida não modifica as condições de formulação das propostas de preços, os prazos não serão devolvidos. É improcedente a impugnação interposta pela empresa White Martins Gases Industriais*

Ltda. na parte que em diz ser obrigatória a exigência de AFE e licença sanitária como condição para habilitação, uma vez que tais documentos só podem ser exigidos como condição para assinatura do contrato, conforme previsão editalícia. (item 8.3.4, letras 'a' e 'b') Santana de Parnaíba, 22 de dezembro de 2015. ORDENADOR DO PREGÃO". (g/n)

Por conseguinte, a exigência do atendimento isolado de índices de balanço é uma interpretação equivocada e parcial da lei e viola o princípio da ampla participação (corolário da isonomia), decorrente da Constituição Federal e da Lei n.8.666/93 (art.3º).

2) Da incerta segurança jurídica oferecida pela comprovação da qualificação econômico-financeira através de índices contábeis.

Em que pese a exigência de índices contábeis para efeitos de comprovação da qualificação econômico-financeira encontrar amparo na lei, na prática este mecanismo não é suficiente para garantir que as empresas serão economicamente e financeiramente capazes de executar o futuro contrato. Este é o entendimento de nossos juristas, o que poderá ser demonstrado através do parecer do Especialista em Licitações Dr. Felipe Boselli, publicado no site <http://www.boselli.com.br/a-utilizacao-indiscriminada-dos-indices-contabeis-2/>, conforme trecho abaixo transcrito:

"
(...)
A DUVIDOSA SEGURANÇA OFERECIDA PELOS ÍNDICES CONTÁBEIS
Compreendida a fase de habilitação, com suas características e exigências, deve ser abordada agora a questão dos índices contábeis e dos problemas constatados quando da utilização desses cálculos.
Os índices de liquidez e solvência consistem, basicamente, em cálculos que buscam aferir qual a relação entre o ativo e o passivo de uma empresa. Podem ser concebidos como uma forma de verificar se a empresa analisada possui condições de cumprir com seus compromissos, ou seja, busca-se com os índices de liquidez e solvência atestar a solidez da empresa e a possibilidade de honrar com suas obrigações em caso de extinção dessa licitante.

Contudo, em que pese seu funcionamento teórico, a aplicação dos cálculos como forma isolada de verificação da sustentabilidade de uma empresa não é uma ferramenta que se mostra eficaz.

Na prática licitatória, são encontradas as mais diferentes estruturas contábeis dentre as empresas analisadas. Assim, é fundamental que a Administração verifique as especificidades de cada caso, de forma a possibilitar o tratamento isonômico entre as licitantes e uma efetiva apreciação da competência econômico-financeira das licitantes.

Como exemplo de problema constatado quando da utilização isolada dos índices contábeis, pode ser mencionado o caso específico de empresas que optaram pela tributação com base no lucro presumido.

Dentro do regime de lucro presumido, as empresas são tributadas considerando uma faixa de lucro predeterminada pela legislação em vigor, de acordo com a atividade desempenhada, independentemente do montante efetivamente apurado de lucratividade.

Considerando que na opção pelo lucro presumido a empresa não é tributada de acordo com seus lucros reais, o mais vantajoso é reduzir ao máximo as despesas contabilizadas pela empresa, com o objetivo de obter maior margem de lucro, permitindo, por conseguinte, a distribuição deste lucro aos sócios, os quais incorporam essa renda sem nenhuma tributação adicional pela pessoa física.

Neste contexto, uma empresa que opere pelo regime de Lucro presumido pode, mesmo com patrimônio líquido e capital social ínfimo, possuir índices contábeis elevadíssimos, pois deixando de lançar todas as despesas possuirá um passivo de pequena monta.

Logo, uma empresa muito pequena, optante pelo regime tributário de lucro presumido, pode possuir (e provavelmente terá) índices significativamente maiores que a maior e mais consistente companhia do país na área a ser trabalhada.

É possível perceber que os índices contábeis, por si só, não representam uma maior segurança jurídica da contratação e a certeza de solvência da licitante analisada.

Em uma segunda perspectiva, trazendo o exemplo de uma grande multinacional, que opte pelo regime de tributação de lucro real, é possível constatar uma prática consolidada de mercado.

As empresas optantes pelo lucro real adotam estratégia tributária diametralmente contrária à forma de aplicação de recursos de uma licitante que utilize o lucro presumido.

As grandes empresas buscam reaplicar seus lucros como forma de investimento interno. Assim, é possível reduzir o lucro real aferido pelo balanço patrimonial e,

consequentemente, os tributos pagos por esta empresa, visto que o Imposto de Renda incidirá sobre o lucro efetivamente percebido que, no caso das empresas que optem pelo lucro real, deverá ser, para efeito de tributação, o menor possível.

Uma hipotética companhia, líder de mercado e em condições de absoluta solvência, não raras vezes, percebe resultados contábeis abaixo do padrão, o que não significa, necessariamente, que a empresa está em dificuldade financeira, rumo à declaração de falência ou em situação similar.

Para uma empresa crescer e se desenvolver no mercado é fundamental que esta assuma compromissos que, invariavelmente, refletirão em seu passivo e, por conseguinte, em seus índices contábeis.

(...)

Ainda defendendo a demonstração duvidosa de competência financeira dos índices contábeis, pode ser trazida uma situação ainda mais absurda, que é o caso de empresas recém-constituídas. **Uma empresa criada dias antes da entrega das propostas teria índices contábeis numericamente satisfatórios, posto que seriam utilizados os dados contábeis do seu balanço de abertura, único então disponível.**

Neste passo, tendo como seu ativo o capital social integralizado, a licitante, recém-surgida, teria índices muito superiores às grandes empresas do ramo já existentes no mercado.

É indiscutível que a razão entre o ativo e o passivo de uma empresa, em um balanço de abertura, é absolutamente inócua para efeito de avaliação de capacidade econômico-financeira e não comprova, sob qualquer aspecto, a solvência ou possibilidade de permanência daquela empresa no mercado.

Também cabe analisar a situação de compras comuns efetuadas pela Administração. Em contratos dessa natureza, não são raros os casos em que a empresa contratada apenas entregará um produto que, inclusive, já pode estar disponível em estoque.

Ora, se a empresa já possui o produto, não faz sentido a análise de um índice contábil para definir a segurança jurídica da contratação pretendida.

Apenas para cessar a interminável lista de situações nas quais os índices contábeis são extremamente prejudiciais ao procedimento licitatório, cabe questionar a utilidade dos índices contábeis com base em um período muito anterior ao da execução do contrato.

Exemplo disso é o caso das licitações promovidas em março de 2010, nas quais as proponentes comprovaram atender aos índices contábeis apresentando valores retirados do balanço patrimonial encerrado em 31 de dezembro de 2008.

As informações analisadas para a licitação não são atuais e, na grande maioria dos casos, não representam a realidade da empresa no momento do certame.

É fato que os índices contábeis compõem uma ferramenta pericial importante para a construção de uma análise holística da empresa em questão. Não se discute a importância e relevância desse instrumento contábil. Entretanto, é questionável, a sua funcionalidade quando utilizada de forma indiscriminada, como instrumento conclusivo de análise da saúde financeira da empresa.”(g/n)

Dr. Felipe Boselli conclui ainda que:

“É possível concluir que a exigência de índices contábeis, da forma como vem sendo utilizada nos procedimentos licitatórios, não atinge seu objetivo de fornecer uma maior segurança à Administração e, muitas vezes, traz consequências mais danosas que benéficas à contratação pretendida, excluindo empresas capacitadas e permitindo a participação de empresas sem condições de executar o contrato desejado.

É dever do administrador público proteger a Administração e o patrimônio público. Para tal, deve o instrumento convocatório prever exigências que, efetivamente, tragam maior segurança ao erário, sem restringir, desnecessariamente, o caráter competitivo do certame licitatório.

Uma das formas possíveis de segurança à Administração seria a análise dos índices contábeis, combinada com a verificação de patrimônio líquido das licitantes, sendo ainda, facultada a prestação de garantia adicional, quando da não-comprovação dos índices/patrimônio exigidos pelo edital. Assim seria possível afastar as licitantes que não possuem condições de contratar com a Administração, mas sem eliminar aquelas que detenham potencial econômico para cumprir o contrato, o que poderia ser comprovado mediante garantia, trazendo segurança à Administração do adimplemento contratual.

Contudo, a hipótese aqui levantada não guarda amparo na legislação em vigor.

Buscou a Instrução Normativa MARE/GM nº 05/95 trazer regra quanto à forma de aplicação dos índices contábeis nos instrumentos convocatórios. Contudo, pecou a instrução ao sobrepor-se à sua competência legiferante e ultrapassar a disciplina do artigo 31, § 5º, da Lei 8.666/93. A IN 05/95 não considera as especificidades de cada procedimento licitatório e coloca em uma cesta única situações absolutamente distintas, inclusive aquelas nas quais os índices contábeis são totalmente inúteis.

Conclui-se, portanto, que, enquanto não revista a legislação no tocante à forma da exigência de índices contábeis, deve o administrador evitar a utilização desse mecanismo de afastamento dos interessados, sob pena de recair em procedimento

licitatório maculado pela participação de licitantes inaptas ou pela exclusão de proponentes plenamente capacitadas.”(g/n)

3) Da possibilidade legal e subsidiária de verificar a boa situação financeira do licitante por meio de patrimônio líquido.

A capacidade econômico-financeira de uma empresa licitante também poderá ser mensurada através do Capital Social (CS) e Patrimônio Líquido (PL), ainda que estes elementos sejam examinados isoladamente, ou seja, o não atendimento aos índices contábeis exigidos no Edital não prejudica a comprovação da capacidade financeira do licitante desde que o Patrimônio Líquido garanta o adimplemento contratual.

A redação do disposto no artigo 31, § 1º, da Lei 8.666/93, refere-se aos índices contábeis que podem ser exigidos no edital para aferir a qualificação econômico-financeira, limitando-se à "demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato"¹.

Nessa esteira, o §2º possibilita que a Administração também avalie a capacidade econômico-financeira do licitante através do Capital Social ou Patrimônio Líquido:

*“§ 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**”. (g/n)*

¹ “Art. 31 – (...)”

§ 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 nº 8.883, de 1994*)”

Dessa explanação ainda preliminar, depreende-se que o objetivo da Administração não é inserir no Edital o maior número de exigências possíveis, mas apenas aquelas suficientes a revelar a capacidade financeira do licitante. Por conseguinte, o que importa para o Poder Público é a garantia de cumprimento do contrato, logo, se apenas uma das exigências forem satisfeitas e esta permitir à Administração assegurar o cumprimento das obrigações contratuais, restará atendido o espírito da Lei de Licitações.

Sob a luz da instrumentalidade do Edital, as disposições nele contidas deverão vislumbrar o atendimento ao interesse público. O ato convocatório não é um "fim" em si, mas um "meio" para atingir-se a necessidade administrativa.

Ora, os números da Impugnante são expressivos e garantem com sobra a execução contratual:

- a) Capital Social de R\$ 395 MILHÕES;
- b) Patrimônio Líquido de R\$ 890 MILHÕES.

Com efeito, se o interesse da Administração é selecionar uma empresa com capacidade financeira, a IMPUGNANTE, ainda que não atenda aos índices contábeis, terá a necessária qualificação econômico-financeira para atender ao presente objeto.

Considerando que as exigências editalícias não poderão restringir a participação de licitantes, ao contrário, deverão favorecer o ingresso do maior número de licitantes e com isso, fomentar o caráter competitivo da licitação, torna-se benéfico ao espírito concorrencial dos certames licitatórios que o julgamento esteja alinhado aos princípios da competitividade, economicidade, razoabilidade e interesse público. **Sendo assim, justificável a substituição dos índices contábeis pelo patrimônio líquido não inferior a 10% do valor estimado da contratação.**

Da mesma forma, a Constituição Federal, de forma peremptória, determina em seu artigo 37, inciso XXI:

*"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**". (g/n)*

Cumpra-se observar o comando geral definido no citado dispositivo constitucional:

*"... as obras, serviços, compras ... serão contratados mediante processo de licitação pública ..., o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica **INDISPENSÁVEIS** à garantia do cumprimento das obrigações." (g/n)*

Portanto, o licitante **que não tenha atingido os índices mínimos preconizados no Edital, poderá demonstrar sua capacidade financeira por meio do Capital Social ou Patrimônio Líquido**, mesmo porque uma empresa que tenha feito grande investimento poderá ter seus índices comprometidos, nada obstante tal investimento tenha elevado sua capacidade operacional.

Uma demonstração de que a tese da "substituição dos índices pelo patrimônio líquido" é plausível, é revelada nos editais publicados pelos órgãos da Administração Pública Federal que aceitam o "patrimônio líquido" em substituição aos índices contábeis. Como exemplo, segue a cláusula 13.4.3 do Pregão Eletrônico n. 29/2011 (PROCESSO Nº 08005.000741/2011-13), instaurado no âmbito do MINISTÉRIO DA JUSTIÇA do Governo Federal:

"13.4.3 – QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA
(...c) As empresas que apresentarem resultado igual ou menor do que um 01 (um) em qualquer dos índices referidos acima, deverão comprovar que possuem capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo até 10% (dez por cento) do valor estimado para a contratação, ou superior, por meio de Balanço Patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício, já exigíveis e apresentados na forma da lei, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, de acordo com o disposto no art. 31, §3º da Lei nº 8.666/1993;"(g/n)

Quer dizer que a IMPUGNANTE, mesmo que por hipótese não conseguisse atingir o índice exigido, tem seu Patrimônio Líquido que a qualificaria a contratar com toda a Administração Pública Federal, conforme Instrução Normativa SLTI nº 02/10, artigo 44:

“O instrumento convocatório deverá prever, também, que as empresas que apresentarem resultado igual ou menor que 1 (um), em qualquer dos índices referidos no inciso V do art. 43 desta norma, quando da habilitação, deverão comprovar, considerados os riscos para a Administração, e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou o patrimônio líquido mínimo, na forma dos §§ 2º e 3º, do art. 31 da Lei nº 8.666, de 1993, como exigência para sua habilitação, podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do § 1º do art. 56 do referido diploma legal, para fins de contratação.” (g/n)

Em idêntica posição, o Tribunal de Contas da União pronunciou-se:

Destacamos ainda edital do PREGÃO (PRESENCIAL) DRF/PVO/RO N.º 01/2005, instaurado no âmbito da Secretaria da Receita Federal:

“7.1.3.1.2. Caso a licitante, optante ou não pelo Sicaf, apresente resultado igual ou inferior a 1 (um), em qualquer dos índices contábeis de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG), deverá fazer constar do envelope “Documentos de Habilitação”, comprovante de que a empresa possui Patrimônio Líquido, no mínimo, igual a R\$ 14.291,20 (quatorze mil, novecentos e noventa e um reais e vinte centavos), correspondente a 10% (dez por cento) do valor anual estimado para a contratação.” (g/n)

No mesmo sentido, o Ministério da Fazenda, por meio da Inspeção da Receita Federal publicou a TP nº 01/10:

TOMADA DE PREÇOS IRF/FNS n.º 01/2010

“5.4.4 Comprovação de valor mínimo de Patrimônio Líquido

5.4.4.1 *Comprovação de Patrimônio Líquido, no mínimo, de R\$ 10.285,00 (dez mil, duzentos e oitenta e cinco reais), equivalente a 10% (dez por cento) do valor estimado para a contratação, relativamente à data da apresentação da proposta, exigida somente no caso de a licitante apresentar resultado igual ou inferior a 1,00 (um) em qualquer dos índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC)”. (g/n)*

Salientamos ainda que diversos órgãos estão reavaliando esse posicionamento e em função da ampliação da competitividade estão realizando as devidas retificações nos editais convocatórios, abaixo exemplificamos algumas:

A Prefeitura da Cidade de São Paulo publicou edital convocatório pregão presencial nº 206/2011, cujo objeto é Aquisição de oxigenoterapia domiciliar para aproximadamente 3.900 pacientes, determinando em seu subitem 7.3.3.1.4, que as licitantes que não atingissem aos índices exigidos seria habilitada desde que comprovasse possuir capital social de 5% (cinco por cento) do valor médio estimado da contratação.

A Prefeitura Municipal de Limeira, através de sua Procuradoria Jurídica emitiu parecer favorável à peça recursal impetrada pela Air Liquide Brasil Ltda.

A INB – Indústrias Nucleares do Brasil, através de sua Comissão de Licitações publicou errata ao edital de licitações Pregão Eletrônico GESUP.F 1.072/11, retificando a exigência contida no edital convocatório pertinente a comprovação da boa saúde financeira dos licitantes, assim determinando.

Conforme BENEDICTO DE TOLOSA FILHO, a finalidade do certame licitatório tem como base legal os termos no art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93:

“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.”(g/n)

4) **Do restrito universo de competidores**

Caso mantida a exigência para demonstração da capacidade financeira baseada unicamente na avaliação dos índices econômicos, a licitação restringirá a participação de diversas empresas do ramo de gases que se encontram na mesma situação.

Em se mantendo a exigência em tela, tal qual originalmente fixada no edital, não haverá outro desfecho senão a participação singular e, por conseguinte, ausência total de competitividade.

Todavia, se a Administração permitir às empresas a demonstração da “boa situação financeira” por meio do Capital Social (CS) ou Patrimônio Líquido (PL) não inferior a 10% do valor estimado da licitação, nas hipóteses em que a mesma não lograr atingir os índices exigidos, certamente, tal conduta:

- a) Manterá a exigência dos índices;
- b) Ampliará a forma de participação e o universo de competidores, sem, contudo, admitir a participação de empresas aventureiras;
- c) Tornará mais eficaz a avaliação da capacidade de cumprimento das obrigações contratuais;
- d) Implementará o caráter competitivo do certame e, conseqüentemente, aumentará a probabilidade na obtenção da proposta mais vantajosa.

A modificação do edital, a permitir a apresentação do Capital Social (CS) ou Patrimônio Líquido (PL) caso a empresa não atinja os índices fixados, vai ao encontro das melhores práticas administrativas e democráticas na ampliação da disputa.

Talvez, por hipótese, sabendo da restrição à competição, a única participante não reduza seus preços igualmente ocorreria em um ambiente de disputa. Sendo assim, restarão violados o princípio da competitividade, economicidade e interesse público.

Isto posto, e, em face dos relevantes argumentos, resta claro e cristalino que o Edital desta renomada Instituição, ao consignar a exigência dos índices econômicos como único critério objetivo de avaliar-se a capacidade e boa situação financeira do licitante, restringiu a competição ao decretar a redução do universo de competidores a um único participante.

Destarte, a Impugnante requer seja acolhido pedido de impugnação ao edital para incluir, como critério objetivo de avaliação da boa situação financeira, a **“comprovação do Patrimônio Líquido ou Capital Social não inferior a 10% do valor estimado da licitação, quando o licitante não atingir os índices econômicos exigidos no edital”**.

5) **Da preterição da finalidade do certame ante a inclusão de exigência excessivas no ato convocatório.**

Como a própria doutrina prevê, nenhum Princípio é absoluto e irrestrito, podendo ser ponderado diante de um conflito principiológico. A vinculação ao instrumento convocatório também não é, pois curva-se às particularidades do caso concreto. Na situação em tela, a exigência da comprovação de índices contábeis como sendo a única maneira de se comprovar a boa saúde financeira das empresas, fere outros axiomas (como o Princípio da Competitividade, da Isonomia e Economicidade), por afastar licitantes com condições plenas de apresentar ótima proposta e de executar o serviço, em contrariedade à finalidade da lei.

Esse é o entendimento esposado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de Mandado de Segurança nº 5.418-DF, que versou:

*“Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao edital não é ‘absoluto’, de tal forma que impeça o Judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-se de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a Administração.”
(g/n)*

A posição do STF, que referendou o brilhante voto do Ministro Celso de Mello, é irretocável ao delinear e dar origem ao novel “princípio da juridicidade”:

“Flexibilizar a aplicação do Direito Positivo equilibrando a rigidez da norma com a finalidade do Direito”. (...) “Harmonizar os interesses antagônicos, com a ponderação concreto, de forma a mitigar um dos interesses da forma que menos prejudique o interesse público” (ADIN 3540 – Celso de Mello). (g/n)

No mesmo sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO, proclamou inúmeros ensinamentos em sua consagrada obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 8a ed., Dialética, da qual extraímos apenas alguns:

“Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da lei ou do edital devem ser interpretadas como instrumentais.”

Essa é a orientação consagrada pelo Poder Judiciário no sentido de assegurar a necessidade de interpretar as exigências da lei e do ato convocatório como instrumento em relação à satisfação do interesse público.” (g/n)

Ainda, MARIA PAULA DALLARI BUCCI lecionou a acerca do princípio da razoabilidade para resolver as questões irrelevantes ao procedimento, mas que podem comprometer sobremaneira o interesse público protegido pela Administração:

“A invocação ao princípio da razoabilidade é portanto, um chamado à razão, para que os produtores da lei e seus aplicadores não se desviem dos valores e interesses maiores protegidos pela Constituição, mesmo quando aparentemente estejam agindo nos limites da legalidade”, (O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº 16, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, p.173).(g/n)

A Jurisprudência e Doutrina são pacíficas no sentido de prestigiar-se a finalidade da licitação e o acesso do maior número possível de concorrentes.

Nesse sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO firmou o seguinte posicionamento:

“Não é incomum constar do edital que o descumprimento a qualquer exigência formal acarretará a nulidade da proposta. A aplicação dessa regra tem de ser temperada pelo princípio da razoabilidade. É necessário ponderar os interesses existentes e evitar resultados que, a pretexto de tutelar o ‘interesse público’ de cumprir o edital, produzam a eliminação de propostas vantajosas para os cofres públicos”. (g/n)

Pelo exposto, é necessário frisar que a manutenção da exigência de índices contábeis como sendo a única forma de se comprovar a boa saúde financeira das empresas no presente processo licitatório restringirá o caráter competitivo da disputa, violará o objetivo da licitação que é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e poderá ter sua nulidade decretada pelo Judiciário.

6) Da medida liminar concedida através da impetração de Mandado de Segurança.

A IMPUGNANTE logrou êxito em decisão liminar proferida em sede de impetração de *mandamus* preventivo em face da Autoridade Competente do Hospital Regional Sul do Estado de São Paulo, com vistas a assegurar sua participação no Pregão Eletrônico nº 228/2015, que tramita através do processo administrativo nº 1044018-08.2015.8.26.0053, processo este cujo edital também apresentou e manteve exigências de índices contábeis de solvência e liquidez maiores ou iguais a 01 (um), mesmo a IMPUGNANTE tendo contestado tais exigências via impugnação.

7) Do pedido

A IMPUGNANTE requer seja acolhido pedido de impugnação ao edital para incluir, como critério objetivo de avaliação da boa situação financeira, a **“comprovação do Patrimônio Líquido ou Capital Social não inferior a 10% do valor estimado da licitação, quando o licitante não atingir os índices econômicos exigidos no edital”**.

Consubstanciando a importância do Princípio da Competitividade, transcrevemos abaixo o entendimento do Prof. Diógenes Gasparini, apresentado no II Seminário de Direito Administrativo do

Tribunal de Contas do Município de São Paulo (fragmento retirado do sítio http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18_06_04/diogenes_gasparini4.htm)

*“O princípio da competitividade é, digamos assim, a essência da licitação, porque só podemos promover esse certame, essa disputa, onde houver competição. É uma questão lógica. Com efeito, onde há competição, a licitação não só é possível, como em tese, é obrigatória; onde ela não existe a licitação é impossível.
(...)”*

Em suma, o princípio da competitividade de um lado exige sempre em que se verifique a possibilidade de se ter mais de um interessado que nos possa atender, que nos possa fornecer o que desejamos. Essa constatação determina ou não a promoção da licitação. Portanto, a competição é exatamente a razão determinante do procedimento da licitação, mas ele tem uma outra faceta que muitas vezes é despercebida pelo operador do Direito. Se a competição é a alma da licitação, é evidente que quanto mais licitantes participarem do evento licitatório, mais fácil será à Administração Pública encontrar o melhor contratado. Sendo assim, deve-se evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de interesse público, que restrinja a competição. Procedimento dessa natureza viola o princípio da competitividade.”(g/n)

Além do mais, a exigência de especificações exclusivas sem qualquer embasamento técnico é vedada por lei, conforme dispõe o art. 7º, §5º da Lei 8666/93:

*“§ 5º. É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços **sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas**, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime da administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.
§ 6º. A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.”(g/n)*

III. DO PEDIDO.

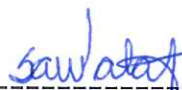
Aduzidas as razões que balizaram a presente Impugnação, esta IMPUGNANTE requer com supedâneo na Lei nº. 8.666/93 e suas posteriores alterações, bem como as demais legislações vigentes, o recebimento, análise e admissão desta peça, para que o ato convocatório seja retificado nos assuntos ora impugnados, sendo esta a única forma de se recuperar a característica essencial da disputa, sem os graves indícios de restrição da competitividade do certame.

Caso não entenda pela adequação do edital, pugna-se pela emissão de parecer, informando quais os fundamentos legais que embasaram a decisão do (a) Sr.(a) Pregoeiro(a).

Termos em que,
Pede deferimento.

Cabo de Santo Agostinho/PE, 27 de agosto de 2018.

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA
SIMONE DE A. NATAL
COORDENADORA NACIONAL LICITAÇÕES



AIR LIQUIDE BRASIL LTDA
Simone de Alvarenga Natal
Coordenadora Nacional de Licitações
RG nº 09393343-0
CPF/MF nº 011766287-98

