

EXCELENTÍSSIMA AUTORIDADE SUBSCRITA NO EDITAL DA PREFEITURA MUNICIPAL DE CARMOLANDIA DO ESTADO DO TOCANTINS.

IMPUGNAÇÃO - com fulcro no artigo 41, parágrafos 1º e 2º da Lei 8.666/93.

PREGÃO PRESENCIAL N° 004/2023

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA., inscrita no CNPJ n.º 05.340.639/0001-30, com sede na Rua Calçada Canopo, 11 - 2º Andar - Sala 03 - Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de Parnaíba/SP - CEP: 06541-078, e-mail: licitacao@primebeneficios.com.br; bruna.olimpio@primebeneficios.com.br; yan.elias@primebeneficios.com.br; por intermédio de seu procurador subscrito *in fine*, vem, respeitosamente, com base no artigo 41 da Lei n.º 8.666/93, **IMPUGNAR** o Instrumento Convocatório, consoante motivos a seguir determinados:

I - DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Considerando que a IMPUGNANTE é uma empresa que exerce a atividade compatível com o objeto da licitação e, portanto, pretensa licitante, o prazo para impugnação é de até o 2º dia útil que antecede a abertura das propostas, conforme cláusula abaixo:

15 - IMPUGNAÇÃO AO EDITAL E DO ATO DE CONTROLE FINAL
15.1. Decairá do direito de impugnação dos termos do Edital do Pregão, perante o Pregoeiro, aquele que não se manifestar até 02 (dois) dias úteis antes da data de abertura da sessão do pregão, apontando as falhas e irregularidade que o viciaram;

A contagem dos prazos nos processos licitatórios e nos contratos administrativos está disciplinada no artigo 110 da Lei 8.666/1993, da seguinte forma:

*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. (Grifamos)*

Sendo assim, é de se assinalar que a presente insurreição encontra-se TEMPESTIVA, uma vez que protocolada com antecedência a data fixada para abertura da sessão pública, **(não se considera horas na contagem do prazo, mas sim o dia de expediente no órgão).**

II - DO PRAZO PARA RESPOSTA DA IMPUGNAÇÃO

Como regra, a impugnação ao edital não tem efeito suspensivo em relação à realização do certame. Mas, é obrigação do Pregoeiro respondê-la no prazo máximo de 02 (dois) dias úteis, contados da sua interposição junto à Administração Pública, como determina o §1º do referido artigo 24:

§ 1º A impugnação não possui efeito suspensivo e caberá ao pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos, decidir sobre a impugnação no prazo de dois dias úteis, contado do data de recebimento da impugnação.

Dessa forma, o pregoeiro deverá apresentar resposta dentro do prazo legal, sob pena de invalidação do certame, pois, diante do silêncio restará inviável a formulação adequada e satisfatória das propostas.

III - DOS FATOS E DAS RAZÕES

Está prevista para o dia 20/07/2023 às 09h00, a abertura do Pregão Presencial nº 004/2023, para o seguinte objeto:

Objeto: Registro de preço para futura e eventual Contratação Serviço de Gerenciamento de Abastecimento, Implantação e Operação de Sistema Informatizado/Integrado com Utilização de Cartão Via Web, que Permita o Fornecimento de Combustíveis, (Gasolina Comum, Diesel Comum S500 e Diesel S10).

Em detida análise ao edital contatou-se **ilegalidade** que afronta o Comando Constitucional que determinou a realização de procedimento licitatório, a qual macula de forma cabal os Princípios norteadores da licitação, pois restringem a participação de potenciais licitantes, frustrando os princípios da isonomia e seleção da proposta mais vantajosa.

IV - DA AUSÊNCIA DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICA E FINANCEIRA

Antes de qualquer outra argumentação, impende já registrar que o **art. 32, da Lei nº 8.666/93** determinou que os documentos de habilitação, previstos nos artigos 28 a 31 da mesma lei, somente podem ser dispensados, no todo ou em parte, nos casos especiais, o que não é o caso da presente licitação.

De acordo com os termos do edital, a exigência de habilitação, quanto à qualificação econômico-financeira se refere tão somente à apresentação da certidão negativa de falência, veja:

RELATIVAMENTE À QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA:

a) Certidão Negativa de Falência e Concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, com data de emissão não superior a 60 (sessenta) dias consecutivos de antecedência da data prevista para apresentação das propostas.

Para esta certidão só será aceita outra validade se estiver expressa no próprio documento.

A lei de licitação não delimitou quais tipos de empresas ou grupos/consórcio devem apresentar os documentos elencados nos Arts. 28 a 31.

De acordo com o princípio da isonomia, a exigência de um documento deve-se estender a todas as licitantes, exceto aqueles que a LEI assim exija. Ocorre que, este não é o caso dos presentes autos.

Conforme se constata, não está sendo exigida a qualificação econômico-financeira completa, como determina a legislação e jurisprudência do TCU. Em que pese a Constituição Federal determinar a inclusão de exigência de qualificação econômica, não se vislumbra qualquer cláusula efetiva neste sentido.

Para dar azo a obrigatoriedade de se incluir nos editais de licitação exigência de qualificação econômico-financeira, é necessário indicar os comandos legais aplicáveis:

CF/88

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.

Neste sentido, a Lei Geral de Licitações, a qual regulou este dispositivo constitucional, estabeleceu, em seus artigos 27 a 31, quais documentos atenderiam ao termo “indispensáveis”, *in verbis*:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista;

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal;

[...]

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.

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

§ 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

[...]

§ 3º A documentação referida neste artigo poderá ser substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e o registro tenha sido feito em obediência ao disposto nesta Lei.

Do mesmo modo, o Decreto n.º 10.024/2019 também determinou como obrigatório exigir a qualificação técnica da licitante (entende-se na forma da Lei n.º 8.666/93):

CAPÍTULO X

DA HABILITAÇÃO

Documentação obrigatória

Art. 40. Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação relativa:

I - à habilitação jurídica;

II - à qualificação técnica;

III - à qualificação econômico-financeira;

IV - à regularidade fiscal e trabalhista;

V - à regularidade fiscal perante as Fazendas Públicas estaduais, distrital e municipais, quando necessário; e
VI - ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição e no inciso XVIII do caput do art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993.

Portanto, a legislação prevê expressamente que, com a **finalidade de se comprovar a boa situação financeira da empresa (QUALIFICAÇÃO ECONÔMICA E FINANCEIRA)**, deve ser exigido das licitantes o balanço patrimonial, os índices econômicos e a certidão negativa de falência, pois, são documentos idôneos para demonstrar, de fato, a saúde financeira de qualquer sociedade empresária.

Desta forma, os Legisladores determinaram que a Administração Pública, na fase de habilitação, **deverá** exigir das licitantes a apresentação de todos os documentos elencados em seus incisos, dentre os quais se destaca a necessidade da comprovação da qualificação econômico-financeira (inciso II do art. 40), que foi omitida pelo presente edital.

A Administração Pública que não exige todas as comprovações de habilitação (jurídica, técnica, econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista) deixa de cumprir os termos da legislação, e, conseqüentemente, viola o princípio constitucional da legalidade consignado no *caput* do artigo 37, da Carta Magna, ora transcrito:

*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:*

Da soma dos artigos da Lei de Licitações, do Decreto Federal e da Constituição Federal, conclui-se que a Administração **tem o dever e não a faculdade** de exigir das licitantes a comprovação da qualificação econômico-financeira através de:

1. *Balanço Patrimonial; e*
2. *Certidão negativa de falência.*

Claro está que a **disposição legal do art. 31, da Lei nº 8.666/1993 é OBRIGATÓRIA**, por força do § 7º do art. 32 da mesma lei, *in verbis*:

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

[...]

§ 7º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 e este artigo poderá ser dispensada, nos termos de regulamento, no todo ou em parte, para a contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, desde que para pronta entrega ou até o valor previsto na alínea "a" do inciso II do caput do art. 23. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

Ora, não sendo aquisição de produto para pesquisa e desenvolvimento, **a exigência de tais documentos se torna obrigatória**, conforme bem alinhado pelo TCU, antes mesmo do parágrafo acima colacionado ser incluído na Lei de licitação, no ano de 2016.

Portanto, a exigência de se comprovar, obrigatoriamente, a qualificação econômico-financeira encontra azo na legislação e **não pode deixar de ser observada pela Administração**, possuindo o nobre objetivo de fazer com que não seja contratada uma empresa aventureira que sequer detêm condições mínimas para executar a contratação.

Ocorre que o Edital atacado não exige que as licitantes comprovem sua qualificação econômico-financeira por meio de balanço patrimonial, situação essa que viola expressamente o texto legal.

Uma simples certidão atestando que inexistente processo judicial de falência não tem o condão de sozinha, comprovar a capacidade econômica de uma empresa. Aliás, pelo contrário, quando existir esse registro, significa que, em tese, a empresa já foi à bancarrota, de modo que a "*Inês é morta*".

Ressalta-se que a Administração Pública se encontra vinculada não só ao edital, mas também aos princípios norteadores da Licitação. Dentre eles, é de extrema importância ressaltar o princípio da legalidade, disposto tanto no art. 37º, da

Constituição Federal, como em praticamente toda norma referente à Administração Pública na legislação brasileira, ora seja, a Administração Pública deve agir senão em virtude de lei.

Assim, a expedição de edital de licitação do qual carecem requisitos mínimos previstos na Lei Federal nº 8.666/93 é um ato administrativo manifestamente ilegal, devendo ser anulado e revisto.

Neste sentido, o TCU proferiu o seguinte acórdão:

Enunciado

A exigência de documentos que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira das licitantes, desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, não é apenas uma faculdade, mas um dever da Administração, devendo ser essa exigência a mínima capaz de assegurar que a empresa contratada estará apta a fornecer os bens ou serviços pactuados.

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, com pedido de medida cautelar, encaminhada ao TCU pela empresa Link Card Administração de Benefícios Ltda. contra o edital do Pregão Eletrônico 7/2018, promovido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) para o “fornecimento de cartões combustível pós-pagos” para a frota de veículos daquela unidade.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 276, § 1º, do Regimento Interno, em:

- 9.1. conhecer da presente representação e, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;*
- 9.2. revogar a medida cautelar adotada no processo, autorizando o TRE/ES, excepcionalmente, a dar prosseguimento ao Pregão Eletrônico 7/2018;*
- 9.3. dar ciência ao Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) de que a não exigência de comprovação de qualificação técnica e econômico-financeira identificada no edital do Pregão Eletrônico 7/2018 (Processo 26.659/2017) afronta o disposto no art. 27, c/c os arts. 30, 31 e 32 da Lei 8.666/1993;*
- 9.4. arquivar o processo. TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 25 de abril de 2018 – Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO*

A questão é de suma importância, ainda mais no ramo de gerenciamento de frota. Para exemplificar, se a Contratante eventualmente não realizar o pagamento à Contratada Gerenciadora, esta deverá cumprir com os prazos de pagamentos acordados com a Rede Credenciada, mediante contrato privado, para que não haja recusa de prestação de serviços por partes destes.

A gerenciadora, futura contratada, deve comprovar que tem uma boa saúde financeira para suportar o contrato. Entretanto, algumas empresas, para fazer prova desta condição, fazem alterações no Balanço Patrimonial, de forma a maquiá-lo e poder se sagrar vencedora do certame. Portanto, além de ser obrigatório, a exigência de qualificação econômico-financeira tem o cunho de evitar que se contrate com empresa inidônea, o que pode, futuramente, resultar em problemas na execução do contrato.

Sendo assim, **busca-se a inclusão da exigência de qualificação econômico-financeira, nos moldes estabelecidos pelos artigos 27, 31 e 32 da Lei 8.666/93 para todas as empresas.**

V - DO PEDIDO

Por todo o exposto, requer se digne o (a) i. pregoeiro (a) a **JULGAR PROCEDENTE A PRESENTE IMPUGNAÇÃO**, a fim de proceder as seguintes alterações:

- i. **Adequar as exigências de Habilitação - Qualificação econômico-financeiro**, incluindo todos os documentos obrigatórios do art. 31 da Lei n.º 8.666/93 e art. 40 do Decreto Federal n.º 10.024/2019, **(Balanço Patrimonial, índices contábeis e Certidão negativa de falência)**, conforme obrigatoriedade do art. 32 da lei n.º 8.666/93;
- ii. Republicar os termos do edital reabrindo-se os prazos legais para que seja feita a devida retificação do edital após sanados os vícios apontados, § 3º do art. 24 do Decreto n.º 10.024/2019.

Na improvável hipótese de indeferimento da impugnação apresentada, requer-se desde já cópias dos autos do processo licitatório, para salvaguarda dos direitos da Impugnante, sem prejuízo das ações judiciais cabíveis

(Mandado de Segurança), bem como para comunicação aos órgãos de fiscalização externos (Ministério Público e Tribunal de Contas).

Termos em que pede deferimento
Santana de Parnaíba/SP, 17 de julho de 2023.

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.

YAN ELIAS – OAB/SP 478.626