

■ **Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões**

RECURSO :

Ao Ilustríssimo Senhor Pregoeiro da Prefeitura Municipal de Saquarema – Estado do Rio de Janeiro

Ref: Pregão Eletrônico nº 015/2023 – Lote 02

DB3 SERVICOS DE TELECOMUNICAÇÕES S.A (“Recorrente”), pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº: 41.644.220/0001-35, devidamente qualificada nos autos do processo licitatório em epígrafe, vem, respeitosa e tempestivamente, por meio de seu representante legal constituído, com fundamento no inciso XVIII do artigo 4º da Lei nº 10.520/2002, interpor o presente RECURSO ADMINISTRATIVO contra a decisão do pregoeiro que não aceitou as propostas apresentadas pela recorrente para os itens do Grupo 02 de serviços, desclassificando-a do certame, pelas razões que serão expostas a seguir.

Na oportunidade, requer seja recebido o presente recurso no seu efeito suspensivo e que seja realizado o devido juízo de retratação por parte do Pregoeiro e Equipe de Apoio.

Não havendo retratação da decisão por parte da Comissão, requer seja o recurso remetido à Autoridade Superior, para o devido julgamento, nos termos da lei.

I. TEMPESTIVIDADE

1. A decisão ora recorrida foi proferida durante a realização o pregão eletrônico, em 18.12.2023, oportunidade em que a Recorrente manifestou a intenção de recorrer, de modo que o prazo de 3 (três) dias para interposição deste recurso, conforme previsto no art. 4º, inciso XVII, da Lei 10.520/2002 e art. 44, §1º do Decreto Federal nº 10.024/2019, se encerrará apenas em 21.12.2023.

II. DA DECISÃO RECORRIDA

2. Em sessão eletrônica realizada em 18.12.2023, o Pregoeiro e sua Equipe de Apoio não aceitaram a proposta da recorrente, desclassificando-a do certame sob o fundamento de que a “Licitante não atendeu ao item 11.10.4 do edital, índices contábeis menores que 01.”

3. A Recorrente manifestou intenção recorrer, tendo o Sr. Pregoeiro acolhido a pretensão e deferido a abertura do prazo recursal.

III. ILEGALIDADE DA CUMULAÇÃO DE EXIGÊNCIAS PARA HABILITAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DA LICITANTE. LIMITAÇÃO INDEVIDA DE SUA PARTICIPAÇÃO NO PREGÃO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, DA ISONOMIA, DA RAZOABILIDADE E DA CONTRATAÇÃO MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO. FORMALISMO EXACERBADO NA INABILITAÇÃO PELO NÃO ATENDIMENTO AOS ÍNDICES CONTÁBEIS.

4. Ao inabilitar a Recorrente do certame em razão de não ter apresentado os índices exigidos no item 11.10.4 do Edital, a decisão recorrida violou os princípios da legalidade, da isonomia e da contratação mais vantajosa para a Administração.

5. Se de um lado, é certo que a participação de uma empresa num certame licitatório – deve ser pautada na premissa de que possui condições econômico-financeiras suficientes para fazer frente às obrigações exigidas para cumprimento do objeto contratual, conforme art. 37, XXI da Constituição Federal, de outro, é inquestionável que a exigência de requisitos para a comprovação dessas condições financeiras não poderá violar os princípios constitucionais que regem as contratações públicas.

6. Na esteira das premissas constitucionalmente estabelecidas, a Lei 8.666/1993 expressamente limitou o rol dos requisitos a serem exigidos no Edital para fins de comprovação da capacidade financeira dos licitantes, quais sejam:

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.

7. O legislador entendeu, portanto, que os documentos arrolados no art. 31, caput, são suficientes para a demonstração da qualificação econômico-financeira da licitante, sendo que, no caso concreto, todos esses documentos indispensáveis foram apresentados pela Recorrente, com a demonstração de que supera, em muito, as condições financeiras necessárias à execução contratual.

8. Em situações excepcionais, contudo, os parágrafos 1º e 5º desse mesmo dispositivo admitem que a Administração exija dos licitantes a demonstração de atendimento a determinados "índices contábeis" previstos em Edital, desde que "devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório". Confira-se:

"§ 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".

9. Como se observa, o legislador foi cristalino em limitar a possibilidade de exigência de atendimento a índices contábeis à devida motivação de tal exigência no Edital. Ou seja, desde demonstradas, durante o processo licitatório, as razões técnicas pelas quais esse atendimento é essencial para a demonstração da capacidade financeira de execução daquele objeto contratual determinado. Além disso, a lei veda expressamente "a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação".

10. De fato, o racional da lei está de acordo com os princípios da legalidade, da isonomia, da razoabilidade e da contratação mais vantajosa para a Administração Pública. Com efeito, não se pode admitir que o Edital faça exigências restritivas que se mostrem desnecessárias ao atendimento do objeto que se pretende contratar, sob pena de se criar condições de vantagem a determinadas empresas que atendam tais índices contábeis, mas que não necessariamente representem a contratação mais vantajosa para o interesse público.

11. Nesse mesmo sentido, é certo que a discricionariedade administrativa não se confunde com liberdade irrestrita, mas com o dever de, diante da situação concreta, o Administrador optar de modo fundamentado e racional por aquela solução ou ação que, dentre todas as possíveis, se mostre mais adequada. O que atrai o necessário dever de motivar e fundamentar suas escolhas, evidenciando as razões que, naquela específica circunstância, o levaram a decidir por um caminho em detrimento dos demais.

12. Este dever de fundamentar e motivar a decisão discricionária se torna especialmente relevante no caso em apreço, em que a discricionariedade é empregada para impor critérios, se não impeditivos da participação de grande parte dos players do setor, restritivo o bastante para comprometer a competitividade do certame (em contrariedade com os objetivos centrais às licitações administrativas) e conduzir à sua frustração, sem qualquer fundamento razoável aparente. A decisão de inviabilizar a participação de um maior número de licitantes deve ser necessariamente motivada.

13. Doutrinariamente, ao tratar sobre a qualificação econômico-financeira dos licitantes, Marçal Justen Filho afirma o seguinte:

"A qualificação econômico-financeira corresponde à disponibilidade de recursos econômicos para a satisfatória execução do objeto da contratação. (...) O interessado deverá dispor de recursos financeiros para custeio das despesas (mão-de-obra, matérias-primas, maquinário, tecnologia) necessárias ao cumprimento das obrigações advindas do contrato. Aquele que não dispuser de recursos para tanto não será titular de direito de licitar, pois a carência de recursos faz presumir a inviabilidade de execução satisfatórias do contrato e a impossibilidade de arcar com as consequências de eventual inadimplemento." (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. – 14ª ed. – São Paulo: Dialética, 2010. p. 469).

14. Estas deveriam ser as bases observadas pelo Município de Saquarema para estabelecer as exigências de qualificação econômico-financeiras do edital de pregão eletrônico em pauta. O que, respeitosamente, não ocorreu.

15. Sob a roupagem de avaliar a boa situação financeira das licitantes, o instrumento convocatório trouxe as seguintes previsões (destacamos, especialmente, os itens 11.10.4 e 11.10.5):

11. DA HABILITAÇÃO

11.10 QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

(...)

11.10.4 Comprovação da boa situação financeira da empresa que será baseada na obtenção dos Índices de Liquidez Geral (ILG), Índice de Solvência Geral (ISG) e Índice de Liquidez Corrente (ILC), devendo ser demonstrados pelos licitantes e assinados por seus contadores devidamente registrado no CRC podendo ser utilizado o modelo (ANEXO VI – Análise Econômico-financeira), acompanhado da Certidão de Habilitação Profissional, conforme Resolução CFC Nº 1637/2021, através das fórmulas abaixo. Para ser considerada habilitada a empresa deverá possuir os seguintes resultados:

Liquidez Geral (ILG) = índice maior ou igual a 1,00.

Solvência Geral (ISG) = índice maior ou igual a 1,00.

Liquidez Corrente (ILC) = índice maior ou igual a 1,00.

Fórmulas

$$ILG = (AC + RLP) / (PC + ELP)$$

ILG = ÍNDICE DE LIQUIDEZ GERAL

AC = Ativo Circulante

RLP = Realizável à Longo Prazo

PC = Passivo Circulante

ELP = Exigível à Longo Prazo

$ISG = AT / (PC + ELP)$

ISG = ÍNDICE DE SOLVÊNCIA GERAL

AT = Ativo Total

PC = Passivo Circulante

ELP = Exigível à Longo Prazo

ILC = AC / PC

ILC = ÍNDICE DE LIQUIDEZ CORRENTE

AC = Ativo Circulante

PC = Passivo Circulante

11.10.5 Prova de possuir capital social mínimo devidamente integralizado ou Patrimônio Líquido igual ou superior a 5% (cinco por cento) do valor total máximo estimado pela administração, admitida a atualização para a data da apresentação da proposta através de índices oficiais. A comprovação será obrigatoriamente feita pelo Ato Constitutivo, Estatuto ou Contrato Social em vigor e devidamente registrado, ou pelo Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis do último exercício social, na forma da Lei.

16. É certo – e acima já se referiu –, que a Administração Pública pode exigir o atingimento de índices para a demonstração da boa saúde financeira da empresa licitante. Como visto, contudo, o manejo desta prerrogativa não é irrestrito: há condições a serem cumpridas, notadamente diante da necessidade de demonstração de ser indispensável, do ponto de vista técnico, a cumulação de tal exigência com as demais exigências que o art. 31, caput, da Lei nº 8.666/93 reputa como suficientes para qualificação da licitante.

17. Nos termos dos parágrafos 1º e 5º do art. 31 da Lei nº 8.666/93, são restrições à exigência de atendimento a determinados índices: (i) a demonstração, por meio de estudos técnicos, da relação do valor do índice exigido com as obrigações financeiras que serão contraídas pela licitante, se vencedora da licitação; (ii) a fixação de valores para os índices em linha com o mercado em que inserido o objeto que se pretende licitar.

18. Essa é, inclusive, a posição já consolidada do Tribunal de Contas da União, consubstanciada na Súmula 289; assim redigida:

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

19. No caso concreto, contudo, não consta no Edital do pregão eletrônico, seja na minuta principal ou em seus anexos, nenhum estudo técnico que justifique o estabelecimento de índices ILC, ISG e ILC em resultado igual ou superior a 1 (um). Essa ausência de justificativa, por si só, já revela a ilegalidade da exigência de tais índices de forma cumulada com os demais documentos previstos em lei. Consequentemente, revela também ser ilegal a decisão que, bom base nela, desclassificou a ora Recorrente.

20. Com a devida vênia, não se pode admitir a exigência de requisitos de qualificação econômico-financeira para além daqueles previstos restritivamente em lei e sem que sejam atendidos os requisitos legais para tanto, sob pena de violação frontal ao art. 31, 5º da Lei nº 8.666/93 e aos princípios constitucionais supramencionados.

21. Além disso, relativamente ao ponto (ii) do item 17 acima, é preciso destacar, com ênfase, que os valores dos índices contábeis exigidos no Edital não estão alinhados ao setor em que se insere o objeto licitado e, nesse passo, pode gerar consequências sérias sobre a competitividade do certame, o que será abordado mais adiante. Por ora, há de se ressaltar a completa irrazoabilidade da exigência de índices de boa saúde financeira em escala igual ou superior a 1, pois se mostra em completo desacordo com a realidade das empresas que atuam no segmento do certame. E essa alegação não se faz apenas em tese. Observe-se das informações abaixo, extraídas dos balanços disponibilizados na internet, que mesmo empresas referenciais no setor não atenderiam aos índices exigidos no edital de pregão eletrônico:

DB3 – Licitante

Índice de Liquidez Geral (ILG):

$ILG = (AC + RLP) / (PC + ELP)$

ILG: 63.010/97.247

ILG= 0,65

Índice de Liquidez Corrente (ILC):

$ILC = AC/PC$

ILC= 52.138/77.940

ILC=0,67

Índice de Liquidez Seca (ILS):

$$\text{ILS} = (\text{AC} - \text{EST}) / \text{PC}$$

$$\text{ILS} = 52.138/77.940$$

$$\text{ILS} = 0,67$$

2) Claro:

Índice de Liquidez Geral (ILG):

$$\text{ILG} = (\text{AC} + \text{RLP}) / (\text{PC} + \text{ELP})$$

$$\text{ILG} = 0,35$$

Índice de Liquidez Corrente (ILC):

$$\text{ILC} = \text{AC}/\text{PC}$$

$$\text{ILC} = 0,39$$

Solvência Geral (SG):

$$\text{SG} = 1,21$$

Grau de endividamento (GE)

$$\text{GE} = 0,83$$

3) Telefônica:

Índice de Liquidez Geral (ILG):

$$\text{ILG} = (\text{AC} + \text{RLP}) / (\text{PC} + \text{ELP})$$

$$\text{ILG} = 0,44$$

Índice de Liquidez Corrente (ILC):

$$\text{ILC} = \text{AC}/\text{PC}$$

$$\text{ILC} = 0,76$$

Índice de Liquidez Seca (ILS):

$$\text{ILS} = (\text{AC} - \text{EST}) / \text{PC}$$

$$\text{ILS} = 0,72$$

Índice de Liquidez Imediata (LI):

$$\text{LI} = 0,07$$

Solvência Geral (SG):

$$\text{SG} = 2,42$$

Grau de endividamento (GE)

$$\text{GE} = 0,70$$

22. Como se observa das informações acima, o setor em que está inserida a atividade econômica desenvolvida pela recorrente possui características próprias e diferenciadas e mesmo os maiores atores possuem índices inferiores a 1 (um). Isso, contudo, não compromete as capacidades de investimento ou de operação necessárias para a consecução do objeto licitado.

23. Nesse passo, não restam dúvidas de que, ao exigir o atendimento aos índices descritos no item 11.10.4 do Edital de forma cumulada com os demais requisitos reputados em lei como suficientes para demonstração da capacidade financeira da licitante, sem qualquer justificativa para tanto e em patamares totalmente estranhos ao mercado, a decisão recorrida violou expressamente o art. 31, inciso I, § 1º e § 5º da Lei 8.666/1993 o que, importa, ainda que indiretamente, também o descumprimento do Art. 37, XXI, da Constituição Federal e dos diversos princípios constitucionais que prezam pela igualdade e legalidade no certame.

24. Tenha-se em vista, ainda, como reforço de argumentação, a previsão do art. 3º, §1º, da Lei 10.520/2002, especialmente aplicada às licitações na modalidade de pregão eletrônico. Ela veda aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, (...) de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato (...) (destacado).

25. Em atenção ao ideal de ampliação da competitividade e como destacado alhures, o art. 31 da Lei nº 8.666/93, admite diversas formas de comprovação da boa situação financeira das empresas licitantes. Nesse passo, a jurisprudência do TCU reconhece que, salvo previsão EXPRESSA de critérios objetivos para que os requisitos de habilitação econômico-financeira sejam exigíveis de forma cumulativa, os requisitos serão atendidos de maneira alternativa, e não cumulada. Nesse passo, a jurisprudência do TCU reconhece que, salvo previsão EXPRESSA de critérios objetivos para que os requisitos de habilitação econômico-financeira sejam exigíveis de forma cumulativa, os requisitos serão atendidos de maneira alternativa, e não cumulada. Confira-se:

"(...) 1.7. Determinar à Caixa Econômica Federal, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, que, nas minutas padrão de seus editais de licitações, estabeleça critérios objetivos para a adoção cumulativa ou não das exigências relativas a patrimônio líquido mínimo e aos índices de liquidez geral, solvência geral e liquidez corrente, com vistas a promover maior transparência e isenção aos processos licitatórios, além de ampliar a competitividade de seus certames, minimizando o risco de adoção de critérios excessivamente restritivos de seleção e informando ao TCU, no prazo de 60 (sessenta) dias, as providências adotadas; (...)" (TCU, Acórdão nº 2346/2018, Plenário)

26. Assim, ainda que não tenha sido atingidos os índices de liquidez indicados no item 11.10.4, o atendimento à exigência do item 11.10.5 é mais do que suficiente, nos termos da lei, do entendimento da doutrina e da jurisprudência, para fins de demonstração de que a recorrente possui condições financeiras suficientes para fazer cumprir as obrigações advindas da adjudicação do objeto desse pregão eletrônico.

27. Por analogia, atente-se ainda à previsão contida no art. 24 da Instrução Normativa nº 3/2018 do MPOG. Ainda que ele estabeleça regras para o funcionamento do SICAF – Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores –, na esfera da Administração Pública Federal, é importante ponto de interrelação com o tema aqui tratado. Senão, vejamos:

Art. 24. O instrumento convocatório deverá prever, também, que as empresas que apresentarem resultado igual ou menor que 1 (um), em qualquer dos índices referidos no art. 22 desta Instrução Normativa, 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 da Lei nº 8.666, de 1993, para fins de contratação. (grifado)

28. Como se vê, ainda que se insista na previsão de índices de liquidez para qualificação econômico-financeira (o que não se pode admitir em razão da inexistência de justificativa técnica durante a licitação, como visto), fato é que não haverá qualquer prejuízo ao interesse público em permitir a empresa demonstre a sua capacidade financeira por outros meios reputados como suficientes pela lei, como por meio da demonstração de capital social ou patrimônio líquido mínimo, ainda que não alcance os patamares superiores a 1 para os índices contábeis previstos no Edital. Prestigia-se, assim, a ampliação da concorrência entre os licitantes.

29. A Administração Pública, quando da estruturação de um procedimento licitatório ou, ainda, quando da sua efetiva execução, deve evitar dirigismos: o que se faz, em primeira e última análises, criando condições equânimes para que todos os interessados possam dele participar – e participar ativamente (não apenas formalmente).

30. Vale pontuar, por oportuno, que a dinâmica adotada pelo Município de Saquarema na condução do pregão eletrônico não permitiu à recorrente o exercício pleno de seus direitos de participação. É de se ver que não houve resposta ao último pedido de esclarecimento apresentado e que isso, ao fim, interferiu diretamente na pretensão de impugnação ao edital que poderia ser exercitada pela recorrente; oportunidade na qual poderia trazer, de maneira e aprofundada, os argumentos apresentados neste espaço diminuto.

31. Portanto, demonstrado que o requisito previsto no item 11.10.4 do edital é claramente restritivo e que a desconsideração da análise sucessiva do capital social ou do patrimônio líquido impede a adequada análise da boa saúde financeira da empresa, merece ser retificado o edital e consequentemente republicado. Permite-se, assim, a ampliação da concorrência e, ao final, o atingimento do fim precípuo da licitação: a aquisição mais vantajosa à Administração

IV. A ILEGAL RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE REFLEXA NA EXIGÊNCIA DE INDICADORES DESPROPORCIONAIS E NA DESCLASSIFICAÇÃO DA RECORRENTE.

32. Os princípios que regem o Direito Público preconizam, dentre os requisitos de validade dos atos administrativos, a finalidade e motivação. O que significa que a atuação administrativa deve não ser apenas orientada ao atingimento do interesse público, mas também revelar aos administrados e instâncias de controle o porquê se reputa que dada conduta administrativa é convergente com o interesse público.

33. Em linha com tal compreensão, a Lei nº 9.784/1999 indica que "os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos" que o amparam (art. 50), sobretudo quando limitarem ou afetarem direitos ou interesses. Referido diploma, que rege a conduta administrativa, também estabelece que tal "motivação deve ser explícita, clara e congruente" (art. 10, §1º).

34. No caso em apreço, conforme exposto, a atuação administrativa, consubstanciada na exigência de indicadores econômico-financeiros - sem estudos que o embasem e que se mostram completamente desarrazoados à realidade do setor - afetou diretamente o direito da Recorrente, sem adequada motivação, resultando na ilícita decisão ora impugnada.

35. Respeitosamente, a imposição de tais indicadores econômico-financeiros deveria ser cuidadosamente justificada e consideradas essenciais. Todavia, no caso presente caso, justificativa ou essencialidade não há, como visto. O que

há é o justo oposto, diante das características do setor a que pertencem as empresas aptas a prestar o serviço pretendido. Assim, necessário reconhecer a ilegalidade da exigência, de modo a se assegurar a competitividade e a busca pela mais vantajosa proposta para a Administração Pública, à luz do art. 33 da Lei n.º 8.666/93, e não o seu fracasso, como se deu.

36. A própria legislação atinente ao setor de telecomunicações é enfática ao dispor que a Administração Pública deverá promover a competitividade entre os agentes do setor, previsão violada pelas referidas exigências editalícias:

Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

(...)

III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;" (grifo nosso)

Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo, o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica." (grifo nosso)

37. Apenas exigências de qualificação indispensáveis à garantia de cumprimento das obrigações são consideradas lícitas pelo ordenamento. Ilegal, portanto, o estabelecimento de critérios imotivados, exacerbados e restritivos, como aquele reflexo nos indicadores que embasam a decisão recorrida e que maculam sua legalidade. Isso em conformidade com a doutrina e a jurisprudência, que confirma a orientação de que as exigências editalícias se restrinjam ao que se mostra efetivamente necessário para o cumprimento do objeto, vedada exigência que se apresente como excessiva e restrinjam a concorrência.

38. O Tribunal de Contas da União – TCU, por inúmeras vezes, já decidiu no sentido de privilegiar o princípio da competição e da ampla participação em processos licitatórios, de forma que exigências restritivas são enquadradas como critérios discriminatórios que maculam toda a licitação:

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - EDITAL - CLAUSULA RESTRITIVA - DECRETO-LEI 2.300/86 (ART. 25, PARAGRAFO 2., 2, 1A. PARTE). 1. A EXIGENCIA EDITALICIA QUE RESTRINGE A PARTICIPAÇÃO DE CONCORRENTES, CONSTITUI CRITERIO DISCRIMINATORIO DESPROVIDO DE INTERESSE PUBLICO, DESFIGURANDO A DISCRICIONARIEDADE, POR CONSUBSTANCIAR "AGIR" ABUSIVO, AFETANDO O PRINCÍPIO DA IGUALDADE. 2. RECURSO IMPROVIDO. (REsp 43.856/RS, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/1995, DJ 04/09/1995, p. 27804). (grifo nosso)

38. Não outro é o entendimento doutrinário, ora representado pelo grande administrativista, Prof. Adilson Abreu Dallari:

A doutrina e a jurisprudência indicam que, no tocante à fase de habilitação, como o objetivo dessa fase é verificar se aquelas pessoas que pretendem contratar têm ou não condições para contratar (essa é a essência, isto é, o fundamental), interessa para a Administração receber o maior número de proponentes, porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas.

Portanto, existem claras manifestações doutrinárias e já existe jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. ... Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes. (grifo nosso)

40. O preceito constitucional, assente na doutrina e jurisprudência, foi reforçado pelo legislador, restando positivado na Lei nº 8.666/93:

Art. 3º (...)

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;" (grifo nosso)

41. Ora, as exigências impostas por editais devem ser interpretadas à luz dos critérios da utilidade e da pertinência, passando pelo crivo de sua real necessidade, assim como devem ser justificadas por serem reconhecidas úteis para a realização do objeto da licitação. No presente caso, porém, as restrições econômico-financeiras que conduziram à desclassificação da Recorrente não se mostram necessárias ou justificadas, sobretudo diante da exigência de demonstração de patrimônio líquido (como garantia ex ante da capacidade econômico-financeira de execução do contrato) e de depósito de garantia de execução (como garantia ex post).

41. Das lições do Alexandre Santos de Aragão, a competitividade, sendo elemento fundamental do processo licitatório, é propriamente um guia orientador para a condução de procedimentos licitatórios:

Como a competitividade é o próprio espírito da licitação, ela também é um importante guia hermenêutico, de maneira que, diante de diversas interpretações em tese possíveis em determinada situação, se deve optar pela que mais competitividade trouxer (in dubio pro competitionem). (grifo nosso)

43. Nesta mesma linha, são os ensinamentos de Adilson Abreu Dallari para quem a Constituição Federal sedimenta a repulsa por requisitos que não sejam pertinentes, necessários ou mesmo indispensáveis, como o que resulta na desclassificação da Impetrante:

A solução deve ser buscada a partir do próprio texto da Constituição Federal, cujo art. 37, XXI, determina que somente serão permitidas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Fica perfeitamente claro que a participação de licitantes deve ser a mais ampla possível. A Constituição não fixa requisitos ou critérios a serem obrigatoriamente consignados no edital; ela apenas indica que não pode haver requisitos que não sejam pertinentes, necessários e indispensáveis à garantia do cumprimento do futuro contrato. (grifo nosso)

44. É, portanto, vedado à Administração Pública impor ou tolerar cláusulas que conduzam o certame a uma empresa específica ou que restrinjam de forma ilegal a competitividade, como se deu. O que deve conduzir a anulação da decisão ora recorrida e a republicação do Edital sem tal restrição ilícita, sob pena, inclusive, de

imposição de penalidades aos responsáveis, conforme disposto no art. 3º, §1º, I da Lei nº 8666/93.

45. Assim e em suma, a restrição à competição imposta pela ilícita exigência de indicadores econômico-financeiros desproporcionais deve ser corrigida sob pena de configuração de ilícito. Nesta linha, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DESOBEDIÊNCIA AOS DITAMES LEGAIS. CONTRATO DE QUANTIA VULTOSA. DESIGNAÇÃO DA MODALIDADE. TOMADA DE PREÇOS NO LUGAR DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA. INSERÇÃO NO EDITAL DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME E ESTABELECIMENTO DE CLÁUSULAS QUE PERMITIRAM PREFERÊNCIAS E DISTINÇÕES INJUSTIFICADAS. DESVIRTUAMENTO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO CONFIGURADA. NULIDADE. PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU. (REsp 579.541/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 19/04/2004, p. 165) (grifo nosso)

IV. PEDIDOS

46. Com base em todo o exposto a Recorrente requer, respeitosamente:

(a) a reforma da decisão recorrida, com a consequente reabilitação da Recorrente no certame, mediante o reconhecimento de que os critérios dos itens 11.10.4 e 11.10.5 do Edital, individualmente, já são suficientes para habilitação econômico-financeira da licitante, considerando também a ilegalidade da exigência cumulativa dos referidos critérios em razão das restrições previstas no art. 31, parágrafos 1º e 5º da Lei nº 8.666/93 e não atendidas no caso concreto;

(b) subsidiariamente, a anulação do procedimento licitatório e da decisão recorrida, ante a manifesta ilegalidade do item 11.10.4 do Edital, com a republicação do Edital removendo a exigência ou adequando-a, de maneira motivada, aos parâmetros de aferição de saúde financeira razoáveis e proporcionais, com reabertura do procedimento licitatório e dos prazos licitatórios.

Termos em que pede deferimento,

Fortaleza/CE, 21 de dezembro de 2023

DB3 SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES S.A.
CNPJ: 41.644.220/0001-35

Voltar

Fechar