

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO E. TRIBUNAL DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO.**

Ref.: Concorrência Pública nº **078/2023**
(Itapecerica da Serra)

SERRAÇON CONSTRUÇÕES, pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no CNPJ sob nº. 14.710.336/0001-52, com sede na Estrada Chico Paes nº. 180, Vila Geni, Itapecerica da Serra – São Paulo, CEP: 06.853-250, vem, respeitosamente, com fulcro no artigo 41, parágrafos 1º e 2º da Lei Federal nº 8.666/93 apresentar tempestivamente **IMPUGNAÇÃO AO ATO CONVOCATÓRIO (EDITAL)**, consubstanciada nos fatos e fundamentos de direito a seguir expostos.

I – DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Inicialmente, quer a Impugnante destacar que esta Impugnação é apresentada para assegurar a garantia de igualdade entre os licitantes, de forma que sejam suprimidas falhas no edital ora impugnado e, em contrapartida, seja garantido o aperfeiçoamento do processo licitatório, afastando eventuais questionamentos que possam advir no sentido de inviabilizar a decisão do Pregão.

II - DO CABIMENTO E ADMISSIBILIDADE

A presente Impugnação tem como fundamento legal a Lei Federal nº 8.666/93, além dos próprios termos da CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 078/2023.

III – DA IMPUGNAÇÃO - DO EDITAL E DAS IRREGULARIDADES

O objeto do especificado no EDITAL ora impugnado está especificado da seguinte forma:

“CONCORRÊNCIA PÚBLICA PARA CONTRATAÇÃO DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA PARA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE LIMPEZA URBANA, COLETA E MANEJO DE RESÍDUOS SÓLIDOS NO MUNICÍPIO DE ITAPECERICA DA SERRA, NOS TERMOS DO EDITAL E DO CONTRATO.”

Tendo em vista o objeto acima delineado, a ora Impugnante não hesitou em se inteirar dos termos do pregão para viabilizar sua participação e a apresentação de sua proposta.

Ocorre que, ao consultar os termos do Edital, constata-se que o mesmo não está em sintonia com os preceitos legais e com os princípios que regem os pregões eletrônicos no âmbito do direito administrativo. Trata-se de situação que exige ser alterada, sob pena de perpetrar ilegalidade que, sobretudo, afronta o interesse público.

Foram detectadas as falhas abaixo descritas no edital de licitação para análise das impugnações apresentadas tempestivamente. Vejamos:

a) Da exigência de garantia de capital social de 5% e caução em dinheiro

A cláusula 16.4.3 determina que empresa comprove capital social igual ou superior a R\$ 5.305.000,00, que corresponde a 5% do valor estimado do contrato.

Ocorre que, a jurisprudência a respeito indica que não é admissível a exigência de capital e patrimônio líquido no mesmo edital. Mas, cabe exigir um ou outro, se necessário à execução do contrato.

Conforme a Constituição Federal (Art. 37, XXI) no edital de licitação somente são permitidas as exigências de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Nesse sentido, é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, criem restrições ou frustrem o seu caráter competitivo, ou estabeleçam qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato (Lei 8.666/93, Art. 3º, § 1º, I).

A documentação relativa à qualificação econômico-financeira pode abranger, conforme o caso, balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último

exercício social; certidão negativa de falência ou concordata; prova de capital social ou patrimônio líquido até o limite de dez por cento do valor estimado da contratação, ou caução limitada a um por cento do valor estimado da contratação.

A comprovação da boa situação financeira da empresa licitante deve ser realizada através de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação, sendo vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

Contudo, a empresa licitante deve ser habilitada, ainda que o seu balanço contábil revele índices de solvência ou de liquidez inferiores a um, desde que comprove possuir suficiente capital social ou patrimônio líquido.

De outro lado, quando as exigências do edital excedem as necessárias, então a Administração fica sujeita aos riscos de impugnação ao edital, representação ao respectivo Tribunal de Contas, suspensão do certame por mandado de segurança ou ação popular, além da perda de competitividade no certame porque as exigências excessivas afastam os potenciais interessados.

Se for exigido capital e/ou patrimônio líquido então não poderá ser exigida a caução de garantia do contrato.

Desse modo, a caução exigida no item 15.2.1 é ilegal e arbitrária, razão pela qual, a Impugnante está convicta de que a peça editalícia caminha em sentido contrário ao interesse público, posto que as cláusulas limitam o universo de competidores e, assim, restringem o caráter competitivo em violação clara ao disposto no art. 3º, § 1º, I, da Lei de Regência.

Sobre as previsões editalícias supracitadas, entende a ora impugnante que devem ser revistas.

Isso porque ofendem frontalmente princípios e diretrizes legais trazidas pela Lei de Licitações e Contratos administrativos.

Tal disciplina da Lei nº. 8.666/93 refere que toda licitação deverá resguardar o interesse público, utilizando-se, para tanto, a garantia da participação total, ampla e irrestrita das pessoas que se fizerem interessadas sem se atentar para o princípio da legalidade.

Ao exigir a qualificação financeira, de certo, há uma certa incoerência em relação aos quesitos para apuração da qualificação econômico-financeira, em relação ao chamado "garantia de proposta", na fase de habilitação.

Ademais, tais exigências assim cumuladas são contrárias às regras estabelecidas na Lei, uma vez que se afastam do que poderia ser considerado como um dos "requisitos mínimos de habilitação" para a segurança da

Administração, tal como previsto no art. 37, XXI da Constituição Federal:

"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."

A Carta Magna, ao limitar o mínimo de qualificação econômica necessária para que o licitante concorra na licitação, vetou expressamente a exigência superior ao estritamente indispensável para a garantia do cumprimento da obrigação para a qual se pretende contratar.

Diante desse dispositivo legal, fica evidente a ilegalidade da exigência contida nos itens acima transcritos, por meio do qual se estabelece a necessidade de as licitantes prestarem garantia de proposta, cumulativamente à comprovação de capital social ou patrimônio líquido mínimo.

Depreende-se, com isso, aplicando a norma ao caso concreto, que na fixação de exigência de qualificação econômico-financeira ao licitante o Edital de Licitação não pode simplesmente ignorar os ditames constitucionais e infraconstitucionais previstos, negando-lhes vigência, pois, caso o fizesse, toda a construção jurídica positivada protetora do erário e do interesse público restaria na total ineficácia.

Apesar de inexistir um padrão universal para a averiguação da idoneidade ou de qualificação dos licitantes, inclusive no que tange ao aspecto econômico-financeiro, todavia, doutrina e jurisprudência já fixaram o entendimento de que as exigências respectivas não podem afrontar os princípios da licitação, dentre os quais ressalta o da competitividade, pelo que fica a Administração obrigada a permitir que o maior número possível de licitantes possa concorrer ao certame de modo a que venha a obter a melhor proposta, dentre um variado leque de opções.

Especificamente sobre a matéria em questão, o Tribunal de Contas da União consolidou o entendimento que considera ilegal a cumulação da exigência de capital social ou patrimônio líquido mínimo com a exigência de recolhimento de garantia de proposta nas Licitações, o que gerou a formulação da Súmula 275 daquele Tribunal.

Veja-se, nesse sentido, a decisão tomada no TC 002.294/2015- 0 (representação contra o edital promovido pela Prefeitura Municipal de Maceió — AL):

"24. A fórmula engendrada na Lei 8.666/1993 coíbe, não resta dúvida, a presença simultânea de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo e a denominada 'garantia de participação' em um único edital de licitação. Dessa forma, aliás, caminha a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, cujas manifestações de tão repetidas deram origem à Súmula 275, verbis: 'Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.'

5. Cabe salientar que os precedentes que fundamentaram o enunciado de Súmula 275 do TCU são unânimes em considerar ilegal a exigência cumulativa de comprovação de patrimônio líquido e capital social mínimo, ou de patrimônio líquido e garantia de participação, ou de capital social mínimo e garantia de participação, como ocorreu no caso sob exame.

26. Veja-se, em adição, excertos de acórdãos prolatados, já na vigência da Súmula 275, no sentido da ilegalidade da cumulação de capital social com garantia da proposta: 'Representação. Planejamento da contratação. Licitação. E indevida a exigência cumulativa de capital social mínimo e garantia de participação, sendo igualmente incabível requerer que o capital social mínimo seja integralizado. Multa. [RELATÓRIO]

23. [...], o edital condiciona a participação no certame licitatório à comprovação de capital social integralizado de no mínimo 10% (dez por cento) do valor total do objeto. Ainda, [...] estabelece a necessidade de garantia de participação, equivalente a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto.

24. A Lei de Licitações em seu artigo 31, 20 e 30 , em que pese admitir a exigência de capital mínimo ou patrimônio líquido, limitado a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação para execução de obra, em nenhum momento estabelece a necessidade de que essa comprovação se faça sobre o capital integralizado da empresa. Também a jurisprudência deste Tribunal considera indevida tal exigência, que restringe a competitividade do processo licitatório, uma vez que apenas empresas de maior porte atenderiam ao montante estabelecido pelo edital. Nesse sentido é o entendimento do Acórdão 113/2009-Plenário.

25. O mesmo artigo 31, 20 , dispõe que a Administração pode exigir, alternativamente, percentual mínimo do capital social ou patrimônio líquido, ou a prestação de garantia da proposta. A exigência simultânea de ambos, como ocorre no edital [] configura novamente situação restritiva da competitividade do certame e contraria os preceitos da lei e da jurisprudência desta Casa, como é o caso do Acórdão 326/2010-Plenário.

[VOTO] c) necessidade, também para habilitação, de comprovação de capital social integralizado de no mínimo 10% do valor estimado do contrato, cumulativamente com exigência de garantia da proposta equivalente a 1% desse valor [...], em desacordo com o art. 31, 20 e 30 , da Lei

8.666/1993; 24. [...], de acordo com a Lei 8.666/1993 (art. 31, inciso III e 20 e 30) e a jurisprudência do TCU (súmula 275), não pode constar de editais de licitações a exigência cumulativa de comprovação de patrimônio líquido e capital social mínimo, ou de patrimônio líquido e garantia de participação, ou de capital social mínimo e garantia de participação, nem se requerer que o capital social mínimo seja integralizado (acórdão 887/2013 Plenário, por exemplo), como ocorreu no caso em tela. (Acórdão 1842/2013 - Plenário; Sessão 17/7/13; Relatora: Ministra Ana Arraes, grifamos) Representação. Planejamento da contratação. A exigência de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo como qualificação econômico-financeira por si só não constitui irregularidade, desde que não seja cumulada com o recolhimento de garantia de proposta. Procedência. [VOTO]

26. O representante acrescenta que a exigência de capital mínimo, prevista no subitem 12.4. do edital, bem como sua cumulatividade com o recolhimento de garantia, prevista no subitem 12.5, seriam irregulares.

27. A exigência de capital mínimo, por si só, não constitui irregularidade, desde que, como ocorreu no caso concreto, não seja cumulada com a obrigatoriedade de apresentação de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo.

28. Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal, consolidada na Súmula TCU 275: (...)" (Acórdão 2.913/2014 Plenário; Sessão de 29/10/2014; Relator; Ministro Weder de Oliveira, grifamos)".

Como cediço, a capacidade financeira, pode ser mensurada através do Patrimônio Líquido, desde que os índices contábeis não atendam, ou seja, o não atendimento aos índices contábeis exigidos não indicam a inidoneidade financeira do licitante desde que o Patrimônio Líquido garanta o adimplemento contratual.

Frise-se, à exaustão que os dispositivos acima mencionados e o texto da Súmula-TCU nº 289 decorrem do art. 37, XXI, da Constituição Federal, segundo o qual o processo de licitação pública *"somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações"*.

IV – DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, **requer** seja a presente impugnação julgada **procedente** para determinar a imediata suspensão da licitação, determinando-se a supressão das falhas apontadas;

Seja determinado republicação do Edital impugnado, positivando-se a adoção do novel regramento e designando-se as novas datas para os pregões, tudo com base na fundamentação acima expostas.

São Paulo, 11 de agosto de 2023.

SERRACON CONSTRUÇÕES
CNPJ nº. 14.710.336/0001-52