



À Senhora Pregoeira do Município de São Mateus

Ref.: Pregão nº 21/2023

Processo nº 10752/2023

A empresa VISTA LINDA COMERCIAL DE CEREAIS E PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA, ora Recorrente, estabelecida à Avenida Mario Gurgel- CEASA no 5468, LJ 06 PP – 01 Vila Capixaba, Cariacica/ES CEP:29.145-906, devidamente inscrita no CNPJ sob o nº 08.513.496/0001-09, neste ato representada por seu sócio, CLEBERSON SILVEROL SIQUEIRA, Carteira de Identidade nº. 1420846 SSP/ES, CPF Nº 082.771.657-57, vem, respeitosamente, apresentar

RECURSO

ADMINISTRATIVO

em face do ato que julgou habilitada empresas que não atenderam ao item 15.11.3., alínea “b”, do edital de pregão eletrônico nº 21/2023, em atendimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Avenida Mario Gurgel- CEASA no 5468, LJ 06 PP – 01 Vila Capixaba, Cariacica/ES CEP:29.148-906

E-mail: licitacoes@oreidasverduras.com.br

Telefones: (27) 995096498 / Sras. Renata ou Patrícia (comercial)

(27) 98105-0392 / Dr. Ivan Pinna (Licitações)



I.DOS FATOS

1. O edital de pregão eletrônico nº 21/2023 teve por objeto o REGISTRO DE PREÇO PARA EVENTUAL AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS NO PREPARO DA ALIMENTAÇÃO ESCOLAR. Seu requisito de qualificação econômico-financeiro previsto no item 15.11.3., alínea “b”, assim dispôs:

15.11.3. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA:

(...)

b) Comprovação de Capital Social equivalente a 10 % (dez por cento) do valor estimado para contratação, conforme determina a Lei nº 8.666/93, por meio de certidão da Junta Comercial ou órgão equivalente, admitida a atualização para a data de apresentação da proposta, através de índices oficiais

2. Na confecção do instrumento convocatório, portanto, a Administração elencou, como um dos requisitos de qualificação econômico-financeiros, a demonstração de **capital social** equivalente a dez por cento do valor estimado para a contratação, em atendimento ao princípio do julgamento objetivo. Portanto, ao tomar tal decisão, **afastou-se outras formas de demonstração** da saúde financeira das empresas, como a demonstração de patrimônio líquido ou a demonstração de capital social ou patrimônio líquido (apenas um deles, nunca ou um ou outro), somente na hipótese de os índices de liquidez geral, solvência geral e liquidez corrente fossem inferiores a um.

3. **Durante o certame**, todavia, a Sra. Pregoeira acabou realizando uma análise ampla e totalmente **subjetiva, possibilitando** também que as empresas fossem habilitadas se, em vez de possuírem capital social no montante de dez por cento do valor estimado do certame, **apresentassem patrimônio líquido nesse montante**, em total descompasso com os ditames da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

4. Por qual motivo, então, não foi possibilitado às empresas demonstrarem capital social no percentual de dez por cento do valor estimado do lote pertinente, **apenas no caso de os índices financeiros mais usuais exigidos em licitação, como os de liquidez geral, solvência geral e liquidez corrente fossem inferiores a um**, em atendimento à ampliação da competitividade?

5. As alegações da Sra. Pregoeira, de que tal possibilidade encontra-se prevista na Lei nº 8.666/93, não merece prosperar, uma vez que a lei geral de licitações estabelece os limites a que o administrador público se encontra vinculado, não podendo exigir nem mais, nem menos. Ademais, a lei confere possibilidades de atuação, **escolhas, que devem ser tomadas antes da publicação do certame**, sob pena de se ferir a isonomia do certame, ao tornar o julgamento que deveria ser objetivo, em subjetivo. Não restam dúvidas de que deve a Administração ou anular o certame, de forma a torná-lo apto a escolher o licitante vencedor sem ferir a competitividade, ou se ater ao insculpido no edital de forma prévia e escolher seus vencedores através do requisito de demonstração de capital social.

II.DO DIREITO

a) **Da definição do princípio do julgamento objetivo e o princípio da vinculação ao instrumento convocatório**

Avenida Mario Gurgel- CEASA no 5468, LJ 06 PP – 01 Vila Capixaba, Cariacica/ES CEP:29.148-906

E-mail: licitacoes@oreidasverduras.com.br

Telefones: (27) 995096498 / Sras. Renata ou Patrícia (comercial)

(27) 98105-0392 / Dr. Ivan Pinna (Licitações)



6. Inicialmente, fundamental tecer breves digressões acerca dos princípios em tela, dando-se início ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. O art. 41 da Lei nº 8.666/93 preceitua que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. Tanto a Lei nº 8666/93 como a Lei nº 14.133/21 preveem expressamente o princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou vinculação ao edital (respectivamente art. 3º e art. 5º).
7. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou edital preceitua que (i) a Administração Pública deve consolidar as regras de regência do processo da contratação pública em um único documento denominado edital da licitação ou instrumento convocatório; e (ii) ao editar esta regra, estará imediatamente submetida a ela, devendo assegurar o seu integral cumprimento pelos licitantes e contratados, que a ela também devem respeito.
8. Conclusão direta e imediata, decorrente do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, e das regras expressas previstas na legislação de regência das licitações, é que o edital do certame tem natureza jurídica de ato administrativo normativo, destinado a regular as relações jurídicas vocacionadas à contratação pública.
9. Já o princípio do julgamento objetivo dita que o administrador da licitação deve observar os critérios definidos no ato convocatório para julgamento das propostas, sendo afastada a possibilidade do julgador usar fatores subjetivos ou critérios não previstos no ato convocatório, mesmo que em benefício da própria administração. No geral, elimina-se a margem para avaliações pessoais sobre o que seria melhor para a administração pública e remove-se a possibilidade de decisão para ganho próprio.
10. A lei 8666/93, que primeiro definiu esse conceito dentro das licitações, diz que:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle

11. Tais princípios, obviamente, se complementam. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório é corolário do princípio da legalidade e da objetividade das determinações habilitatórias. Impõe à Administração e ao licitante a observância das normas estabelecidas no Edital de forma objetiva e de forma **inafastável**, não podendo haver inovação no julgamento do certame.

b) Da escolha prévia quanto aos requisitos de qualificação econômico-financeiros

12. Sabe-se que a qualificação econômico-financeira corresponde à disponibilidade de recursos econômico-financeiros para a satisfatória execução do objeto da contratação, tomando em vista os bens e direitos de titularidade do licitante, as obrigações contraídas e as receitas a serem realizadas no futuro.
13. A regra editalícia merece ser respeitada, uma vez que é fundamental a **supressão da discricionariedade da Administração por ocasião do julgamento da habilitação**. Ao elaborar o instrumento convocatório, optou-se pela **definição prévia** da demonstração de determinado montante de disponibilidade de capital social. Não há margem para, durante o certame, a Administração optar pelo capital social **OU** o patrimônio líquido, em atendimento ao princípio da **vinculação ao instrumento**

Avenida Mario Gurgel- CEASA no 5468, LJ 06 PP – 01 Vila Capixaba, Cariacica/ES CEP:29.148-906

E-mail: licitacoes@oreidasverduras.com.br

Telefones: (27) 995096498 / Sras. Renata ou Patrícia (comercial)

(27) 98105-0392 / Dr. Ivan Pinna (Licitações)



convocatório, do julgamento objetivo e da impessoalidade, não ficando a cabo da Administração ou mesmo da empresa licitante a escolha do requisito que será utilizado somente no momento de julgamento dos documentos de habilitação.

14. A jurisprudência do STJ é nesse sentido:

*O art. 31, §2º da lei de licitações determina que a Administração **eleja um dos três requisitos**, na fase de habilitação, em termos de exigência de comprovação da qualificação econômico-financeira da empresa licitante, para depois estabelecer que tal requisito também será suficiente a título de garantia ao contrato a ser posteriormente celebrado." {REsp 822.337/ MS, 1.a T., rei. Min. Francisco Falcão, j. em 16.05.2006, DJ de 01.06.2006}.grifei*

15. Nesse mesmo diapasão, a Súmula nº 275 do TCU:

*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. grifei*

16. Ora, a Lei nº 8.666/93 é lei geral e apresenta em seu conteúdo as possibilidades de atuação dos agentes públicos para a prática de atos nas contratações públicas, devendo ser justificado cada ato. Apenas para citar um exemplo, o artigo 32, §1º, conferiu a possibilidade de a Administração dispensar a documentação de que tratam os arts. 28 a 31, **no todo ou em parte**, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão. Para tal dispensa, obviamente, necessitará a Administração praticar um ato administrativo, que deverá haver a devida motivação para dispensar um ou outro requisito habilitatório, escolher um determinado requisito em detrimento de outro etc.

17. Ademais, a Lei previu que a avaliação da **capacidade econômico-financeira será apurada mediante a aplicação de índices e coeficientes** sobre os dados constantes da documentação contábil. A questão é usual no âmbito de auditoria e Ciência da Administração. Os valores constantes das diversas rubricas contábeis permitem inferir a situação econômico-financeira do sujeito. Tanto que **o usual é a demonstração de patrimônio líquido ou capital social (apenas um requisito, portanto), somente nos casos em que os índices de liquidez geral, liquidez corrente e solvência geral sejam inferiores a 1.**

18. Com essa questão em vista, **por qual motivo, então, não teria sido exigida a qualificação econômico-financeira de demonstração de capital social no montante de dez por cento sobre o valor estimado pela Administração, somente na hipótese de os índices financeiros de liquidez geral, liquidez corrente ou solvência geral fossem inferiores a 1, uma vez que tal interpretação seria benéfica a muitos licitantes?** Ou, de forma alternativa, mas na mesma linha, a demonstração de patrimônio líquido, somente se os citados índices fossem inferiores a um? De qualquer forma, elegendo capital social ou patrimônio líquido, tal escolha deve ser feita de forma prévia, como já demonstrado, **não cabendo modificação do requisito de julgamento durante a fase de habilitação.**

c) **Do ato nulo de classificação de empresas em descumprimento às regras editalícias e os efeitos do julgamento dessa decisão recursal a todos os lotes.**

Avenida Mario Gurgel- CEASA no 5468, LJ 06 PP – 01 Vila Capixaba, Cariacica/ES CEP:29.148-906

E-mail: licitacoes@oreidasverduras.com.br

Telefones: (27) 995096498 / Sras. Renata ou Patrícia (comercial)

(27) 98105-0392 / Dr. Ivan Pinna (Licitações)



19. Esta Recorrente apresentou fundamentos quanto a necessidade de observância do edital, que não deve se circunscrever a apenas o Lote pelo qual apresentamos proposta. Em se tratando de procedimento licitatório, não se pode olvidar que tanto a Administração quanto os licitantes se vinculam às cláusulas do edital, que é a lei interna que rege o certame, havendo, portanto, a necessidade de se cumprir estritamente o que nele se prevê, sem o que o processo licitatório ficaria exposto a interpretações de toda natureza, importando em verdadeira violação aos princípios da legalidade, impessoalidade, igualdade, e demais princípios correlatos à licitação, nos termos do art. 3º da Lei 8.666/93.

20. Com base no princípio da vinculação ao edital, a Administração Pública deve respeitar as regras previamente estabelecidas no instrumento que convoca e rege a licitação, como medida de garantia e de segurança jurídica a ela e aos licitantes, eis que o edital é a lei entre as partes. A ausência de impugnação do edital de licitação no momento oportuno presume a aceitação dos licitantes quanto às normas editalícias, de maneira que, posteriormente, **não pode se valer de sua omissão para discutir questão superada pela ausência de prévia impugnação.**

21. Logo, é fundamental que se cumpra o edital, pois não havendo a demonstração de capital social, a demonstração de patrimônio líquido, embora previsto na Lei 8.666/93 como um dos requisitos possíveis a serem escolhidos pela Administração, **não foi o critério elencado pela Administração de forma prévia.** Caso tivesse sido dessa forma, inúmeras outras possibilidades poderiam ter sido ventiladas para se inovar no julgamento do certame, como a condicionante de demonstração de tal percentual somente se os índices financeiros de liquidez geral, liquidez corrente e solvência geral fossem inferiores a 1. **Indo mais além, o percentual permitido na lei é de “até” dez por cento, por qual motivo, então, não poderia ser 5%, já que a base de cálculo com base no valor estimado e não o efetivamente apresentado após a fase de lances é naturalmente mais inflado, uma vez que decorrente de pesquisas de mercado, realizadas junto às empresas que naturalmente acabam por inflar o preço final?** Nessa linha de raciocínio, o percentual altíssimo de dez por cento limitaria indevidamente a competitividade.

22. Portanto, o ato de julgamento do certame para todos os lotes foi eivado de vício da ilegalidade, visto que não observou o instrumento convocatório. Como a ilegalidade atinge desde a origem do ato, a sua invalidação possui efeitos retroativos, ou seja, “ex tunc”. Dessa forma, em regra, a anulação deve desfazer todos os efeitos que o ato produziu desde a sua origem, obrigando a Administração a realizar o julgamento conforme o estatuído no instrumento convocatório.

23. É sabido que Administração Pública pode cometer equívocos no exercício de sua atividade, o que não é nem um pouco estranhável em vista das múltiplas tarefas a seu cargo. Defrontando-se com esses erros, no entanto, pode ela mesma revê-los para restaurar a situação de regularidade, independente de manifestação do administrado.

24. Não se trata apenas de uma faculdade, mas também de um dever, pois não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerte e desinteressada. Na verdade, só restaurando a situação de regularidade é que a Administração observará o princípio da legalidade, do qual a autotutela é um dos mais importantes corolários.

25. A capacidade de autotutela está hoje consagrada, sendo, inclusive, objeto de firme orientação do Supremo Tribunal Federal, que a ela faz referência nas clássicas Súmulas 346 e 473.



Súmula 346

Enunciado

A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473

Enunciado

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

26. Dessa forma, em nome do princípio da autotutela, deverá esta Municipalidade anular o ato administrativo que resultou no julgamento do certame em desconformidade com o previsto no edital, devendo ser proferida nova decisão, fazendo-se cumprir com as regras editalícias.

III.DOS PEDIDOS

27. Diante de todo o exposto, este Recorrente requer:

27.1. O conhecimento do presente recurso, por ser tempestivo;

27.2. O acolhimento integral do presente pleito, atribuindo efeitos a todos os lotes, em nome do princípio da autotutela administrativa, de forma que o julgamento do requisito de qualificação econômico-financeiro de demonstração de capital social, no percentual de dez por cento do valor estimado da licitação, seja observado.

Atenciosamente,

Cariacica, 7 de agosto de 2023

CLEBERSON SILVEROL SIQUEIRA

<assinado digitalmente>

1420846 SSP/ES / 082.771.657-57