

A

**PREFEITURA MUNICIPAL DE MONTE BELO
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES**

ILMO (A) SR (A). PREGOEIRO (A),

**REF. PREGÃO ELETRÔNICO Nº 079/2024
PROCESSO Nº 120/2024**

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA., sociedade empresária, com sede estabelecida na Av Morumbi, 8234 - 3.andar, Santo Amaro, São Paulo/SP, CEP 04703-901, inscrita no C.N.P.J. sob o n.º 00.331.788/0001-19, e com filial estabelecida na Av. João Pinheiro, 3515 – Centro, Poços de Caldas/MG, Cep 37.701-387, inscrita no C.N.P.J. sob o n.º 00.331.788/0030-53, doravante denominada **IMPUGNANTE**, vem, mui respeitosamente, perante V.Sa., com fulcro no artigo 164 da Lei 14.133/21, apresentar a presente **IMPUGNAÇÃO** ao edital convocatório, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

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 (à) Ilmo (a) Pregoeiro (a), que avalie esta peça de impugnação e, conseqüentemente, reavalie o presente edital convocatório.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

A **IMPUGNANTE** eleva sua mais alta estima 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 tão somente, evidenciar os pontos que necessitam ser revistos, pois se mantidos provocarão a violação dos princípios e regras que regulam o processo licitatório e poderão inviabilizar o prosseguimento do feito e a contratação.

II. DA EXIGÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DE ÍNDICES CONTÁBEIS PARA OS 02 EXERCÍCIOS SOCIAIS

Da acurada análise das regras estabelecidas no ato convocatório, verifica-se que o edital convocatório, em termos de **Qualificação Econômico-financeira**, estabelece que as licitantes comprovem possuir boa saúde financeira, exclusivamente através dos índices sugestivos.

Considerando que no edital convocatório determina que as empresas licitantes tenham que comprovar a sua saúde financeira através dos Índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC), igual ou superior a 1 (um) e Solvência Geral (SG) igual ou superior a 1

Considerando que a habilitação econômico-financeira, objetiva aferir a capacidade e/ou aptidão econômica do licitante frente aos compromissos assumidos com a execução do objeto contratado, e envolve dados e informações correlacionadas com a natureza e especificidade do objeto.

Considerando que as exigências são restritas àquelas previstas em lei, revelando-se em rol taxativo/máximo permitido, não se concebendo outras, diversas do explicitado, no que se insere a vedação de demonstração de valores mínimos de faturamento anterior, de índices de rentabilidade e/ou lucratividade, e de índices e valores não usualmente adotados.

Considerando que a comprovação dá-se de forma objetiva, através de coeficientes e índices econômicos previstos no edital, como a exemplo os tradicionais índices de liquidez: Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC), e Solvência Geral (SG).

Considerando que a Administração deve motivar a escolha dos coeficientes e índices eleitos, atentando para que se estabeleça uma relação e pertinência com o objeto licitado, as condições e o prazo de execução, o que atende ao princípio da motivação, evitando-se exigências desarrazoadas e excessivamente formalistas.

Considerando que o Balanço Patrimonial, a demonstração de resultado de exercício e as demais demonstrações contábeis, referem-se àqueles demonstrativos já exigíveis e apresentados nos termos da lei, cabendo aqui assinalar o que dispõe o artigo 1078, inciso I, do Código Civil (Art. 1.078. A assembleia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes à ao término do exercício social, com o objetivo de: I - tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico;

Considerando que, **em se tratando de pessoa jurídica constituída há menos de 2 (dois) anos, o balanço e as demonstrações em comento serão limitados ao último exercício**, observado o acima exposto e, ainda, o disposto no § 6º do artigo 69

Cabe destacar que ao disciplinar os documentos de qualificação financeira nas licitações, o artigo 69, inciso I assim dispõe:

Art. 69. A habilitação econômico financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação.

I – balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;

Considerando que nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá ser exigida, a comprovação de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente até 10% do valor estimado da contratação, o artigo 69, § 4º, assim dispõe:

§ 4º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer no edital a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

Aqui cabe inquirir preliminarmente o espírito da lei, onde deve ser considerado que o objetivo precípua da exigência de Balanço Patrimonial é verificar se a organização a ser contratada encontra-se em situação econômico-financeira que indique capacidade financeira para executar o contrato.

Nesse sentido, a exigência de apresentação dos índices dos 2 (dois) últimos exercícios sociais se mostra por demais excessiva e foge ao quanto disposto na Lei, haja vista o artigo 69, inciso I não se reporta aos índices e sim ao Balanço Patrimonial.

Nesse viés, deve-se destacar a Súmula nº 289 do Tribunal de Contas da União:

"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".

Vale registrar que os dispositivos acima mencionados e o texto da Súmula nº 289 do TCU 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"**.

A lei nº 14.133/21 concedeu ao gestor público a possibilidade de eleger, caso a caso, os índices mais adequados à contratação. No entanto, conforme estabelecido na citada Súmula nº 289 do TCU, a exigência dos índices contábeis escolhidos somente se legitimará se houver justificativa no processo de licitação:

"(...) o fato de a lei não fixar o limite do índice a ser adotado não afasta a responsabilidade do gestor por sua definição, que não pode ser aleatória, nem depender de simples 'palpite' do administrador público". (TCU. Acórdão nº 932/2013 Plenário). (g/n)

Por outro lado, a escolha administrativa não pode comprometer a competitividade do certame. Deve o órgão licitante adotar índice que possa ser considerado confiável e que, ao mesmo tempo, possibilite a participação de um número razoável de empresas integrantes do mercado, no intuito de atingir um grau máximo de certeza junto a um risco mínimo à contratação.

Portanto, a inclusão de justificativa para fins de exigência de índices de habilitação econômico-financeira é imprescindível no presente caso, caso contrário a exigência se torna excessiva.

No ponto, vejamos a previsão normativa do Decreto 1.525/2022 em relação aos critérios possíveis de habilitação econômico-financeira:

Decreto 1.525/2022:

Art. 134. A qualificação econômico-financeira será demonstrada mediante a apresentação dos seguintes documentos:

I - certidão negativa de falência, recuperação judicial ou extrajudicial expedida pelo cartório distribuidor da sede do licitante;

II - balanço patrimonial e demonstrações contábeis dos dois últimos exercícios sociais, já exigíveis e apresentados na forma da lei, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, que comprovem a boa situação financeira da empresa de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório;

III - exigência de capital social ou patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação nos casos de aquisição com entrega futura e na execução de obras e serviços.

§ 3º As condições de habilitação previstas nos incisos II e III do caput deste artigo somente serão exigidas mediante justificativa de sua necessidade para a licitação no caso concreto.

§ 4º Poderá ser exigida a relação dos compromissos assumidos pelo licitante ou proponente que importem em diminuição de sua capacidade econômico-financeira, excluídas parcelas já executadas de contratos firmados.

§ 5º Não se aplicará o inciso II do caput deste artigo à licitante que se enquadrar como microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos do art. 23, § 4º, e art. 30, ambos da Lei Complementar Estadual nº 605/2018, situação em que a comprovação da boa situação financeira dar-se-á pela verificação do capital social, o qual deve ser igual ou superior a 10% do valor estimado da contratação. (Redação dada pelo Decreto nº 216/2023) (g/n)

Há de destacar que a Lei 14.133/21 veio à lume com o intuito de modernizar e flexibilizar o processo licitatório, e nesse sentido, considerando que a Lei 8.666/93 exigia a apresentação de somente o Balanço Patrimonial do exercício anterior e os respectivos índices, não há razão para que esta Administração exija das empresas licitantes a apresentação dos índices dos 02 (dois) últimos exercícios contábeis.

Na mesma esteira, questiona-se: **Se uma empresa que não atendia a algum dos índices no exercício de 2022 e passou a atender o indigitado índice no exercício de 2023 seria inabilitada no presente certame por não cumprir requisito de habilitação?**

Mesmo que a resposta seja positiva, então: **A empresa que fora criada no exercício financeiro da licitação estaria em vantagem sobre aquela que não atendia a algum dos**

índices no exercício de 2022 e passou a atender o indigitado índice no exercício de 2023?

Assim, considerando que o princípio da isonomia exige que todos os licitantes sejam tratados de forma igualitária, e a própria lei tratou de garantir, no caso daquelas empresas criadas no exercício financeiro da licitação que não possuem histórico econômico-financeiro dos dois últimos exercícios, a sua participação, a medida mais coerente e equitativa seria exigir apenas os índices econômico-financeiros do exercício anterior para todas as empresas, ressalvados os casos de exceção.

Considerando ainda que o objetivo da aferição da Qualificação Econômico-Financeira é a verificação da **“boa saúde financeira”** da empresa licitante, não há que se atrelar tal fato aos índices econômico-financeiros de 02 exercícios anteriores, **uma vez que o exercício do ano anterior é o balizador mais crível da real situação financeira da empresa, e fora obtido com base no desempenho empresarial mais recente.**

Neste sentido, uma empresa que não atendia aos índices econômico-financeiros do exercício de 2022 e passou a atender no exercício de 2023, demonstra inequivocamente que sua saúde financeira evoluiu e que tem condições de executar o objeto do contrato que vier a assinar com a Administração.

Do mesmo entendimento comungam os professores Marcus Alcântara e Ronny Charles L. de Torres, em seu artigo: **“Lei n. 14.133/2021 e a exigência de balanço patrimonial dos 2 (dois) últimos exercícios sociais: uma análise crítica”**, como segue:

“..... Embora a intenção da lei seja válida, a exigência de demonstrações contábeis dos dois últimos exercícios sociais pode se revelar ineficiente e até prejudicial em certos casos. Empresas em fase de crescimento, que apresentam bons resultados no último exercício social analisado, podem ser excluídas do processo licitatório se tiverem enfrentado dificuldades financeiras no exercício anterior. Essa situação pode ocorrer por diversos motivos, incluindo crises econômicas, investimentos significativos em expansão ou reestruturações internas.

Imagine uma startup que, após um período de investimento e desenvolvimento de produtos, começa a gerar lucros significativos. Apesar do potencial de inovação e eficiência que essa empresa poderia trazer para os contratos públicos, a exigência de demonstrações contábeis dos dois últimos exercícios poderia desqualificá-la automaticamente devido a resultados negativos no período de incubação.

Outrossim, diante dos recentes impactos econômicos decorrentes da pandemia Covid-19, muitas empresas passaram por dificuldades financeiras e, com muito esforço, estão agora apresentando resultados econômicos positivos. A exigência de determinados índices pelo prazo de dois anos pode prejudicar a participação dessas empresas em licitações, mesmo já recuperadas financeiramente, nas

situações em que sua performance econômica no ano anterior não atenda aos índices estabelecidos.

Necessário lembrar que a Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, ao tratar sobre o tema habilitação, fixou que seus requisitos deveriam ser apenas os necessários à garantia do cumprimento das obrigações contratuais, o que justifica, no caso concreto, o necessário uso da proporcionalidade. Este relevante comando constitucional é muitas vezes ignorado pelos autores dos editais de licitação, que repetem regras habilitatórias sem o cuidado de fazer a devida compatibilização com a efetiva pertinência de tais requisitos para a demonstração das condições para cumprimento das obrigações contratuais.

Desse modo, o responsável pela confecção do edital tem o dever de examinar o caso concreto e definir o que será necessário para aferir a capacidade econômico-financeira dos licitantes, estipulando quais os documentos a exigir, respeitados os limites máximos admitidos pela Lei.

Diante dessa correta compreensão, a exigência de demonstrativos contábeis dos dois últimos exercícios sociais, com a obrigatoriedade de cumprimento de índices mínimos em ambos, mostra-se desarrazoada. Para fins de aferição da capacidade econômica do licitante é bastante aferir os índices nos demonstrativos do último exercício social, posto que são os mais atualizados e se sobrepõem àqueles apurados no exercício pretérito.

É fundamental compreender que a aplicação rígida e irrefletida dessa exigência em relação aos dois últimos exercícios sociais pode contrariar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, fundamentais para as exigências habilitatórias, por expresse mandamento constitucional.

.....

Esta exigência afronta a Constituição Federal, que apenas admite a exigência daquilo necessário à garantia do cumprimento das obrigações. As exigências devem ser proporcionais aos riscos a serem assumidos com a contratação sob pena de disfuncionalmente afastarem licitantes aptos ao fornecimento pretendido, prejudicando a competitividade.

No contexto das licitações, a exigência de índices contábeis de dois anos de demonstrações contábeis, com utilização de ambos para fins de inabilitação, não é a medida mais adequada para avaliar a capacidade financeira atual de uma empresa, especialmente aquelas que estão em rápida expansão, pois bastaria à empresa atender aos índices no último exercício social.

As informações constantes nos demonstrativos contábeis dos 2 últimos exercícios sociais podem, e devem, ser analisadas qualitativamente, considerando o contexto específico do mercado onde se insere a empresa, seus planos de crescimento e investimentos recentes. É para isso que as normas que orientam a elaboração dos demonstrativos contábeis foram criadas, e não para

extrair recortes de situação pretérita (ultrapassada), prejudicando a escolha daquele que possibilitará o melhor resultado para a Administração, a um menor custo.

A aferição isolada de índices contábeis extraídos dos 2 exercícios sociais, para fins de inabilitação, pode ser ineficiente ao afastar empresas em crescimento que apresentam bons resultados no último exercício. Uma abordagem mais flexível e contextualizada pode promover um ambiente de negócios mais inclusivo e dinâmico, beneficiando tanto a administração pública quanto as empresas inovadoras e em expansão.”

De outra sorte, se este não for o entendimento desta Administração, e considerando que o § 4º do artigo 69 prevê a comprovação de capital social ou de patrimônio líquido mínimo equivalente até 10% do valor estimado da contratação, a ora Impugnante sugere que esta Administração nos casos em que a licitante não atenda aos índices econômico financeiros no exercício de 2022, que a mesma apresente capital social ou patrimônio líquido mínimo equivalente até 10% do valor estimado da contratação.

Por fim, importante lembrar, na forma do art. 37, inc. XXI, parte final, da Constituição da República, que as exigências de qualificação técnica e qualificação econômico-financeira devem ser as suficientes para avaliar a capacidade do particular para bem executar o objeto a ser contratado; nem mais, nem menos, sob pena de, ao criar requisitos para além do suficiente, restringir injustificadamente a licitação, ou, ao exigir menos do que o necessário, expor a risco o interesse público envolvido.

Assim, por todo o exposto, a ora Impugnante requer seja acolhido pedido de impugnação ao edital **para incluir, como critério objetivo e alternativo 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 OU que os índices econômico-financeiros sejam relativos ao exercício de 2023”.**

Licitação é sinônimo de Competitividade, onde não há competição, não poderá haver licitação.

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.”

III. DA CONCLUSÃO.

Sendo assim, concluímos que o presente edital não atende à legislação pertinente, por conter vícios que o torna nulo para o fim a que se destina, razão pela qual solicitamos que ele seja reformado, tendo em vista que tais modificações afetam diretamente a formulação das propostas, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, , em cumprimento ao inciso IV, §1º do Artigo 55 da Lei 14.133/21.

“...§ 1º Eventuais modificações no edital implicarão nova divulgação na mesma forma de sua divulgação inicial, além do cumprimento dos mesmos prazos dos atos e procedimentos originais, exceto quando a alteração não comprometer a formulação das propostas. .” (g/n)

Lembramos por oportuno o que apregoa o Mestre Hely Lopes Meirelles:

“é nulo o edital omissos ou errôneo em pontos essenciais, ou que contenha condições discriminatórias ou preferenciais, que afastem determinados interessados e favoreçam outros. Isto ocorre quando a descrição do objeto da licitação é tendenciosa, conduzindo a licitante certo e determinado, sob falsa aparência de uma convocação igualitária.”(g/n)

IV. DO PEDIDO.

Aduzidas as razões que balizaram a presente Impugnação, esta IMPUGNANTE requer, com supedâneo na Lei nº. 14.133/21 e suas posteriores alterações, bem como as demais legislações vigentes, o recebimento, análise e a admissão desta peça, para que o ato convocatório seja retificado nos assuntos ora impugnados, ou ainda, como pedido de esclarecimentos, se o caso, até mesmo em razão de sua tempestividade, bem como que sejam

acolhidos os argumentos e requerimentos nela expostos, sem exceção, como medida de bom senso e totalmente em acordo com as normativas emitidas pelos órgãos governamentais e de saúde e com os princípios administrativos previstos em nosso ordenamento jurídico.

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

Por fim, reputando o aqui exposto solicitado como de substancial mister para o correto desenvolvimento do credenciamento, aguardamos um pronunciamento por parte de V.S.as, com a brevidade que o assunto exige.

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo/SP, 16 de Outubro de 2024.

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA