

Ilustríssimo Pregoeiro do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas

Ref.: Pregão Eletrônico nº 024/2014

ATIVA SERVIÇOS GERAIS EIRELI, CNPJ nº 40.911.117/001-41, pela presente e por sua representante legal, devidamente qualificada nos autos do certame em epígrafe vêm *mui* respeitosamente à presença de Vossa Senhoria oferecer as **CONTRARRAZÕES** ao Recurso apresentado pela empresa **BRA SERVIÇOS TÉCNICOS LTDA.**, o que passa a fazer na forma que segue:

1 – Do Recurso

Trata-se na espécie de Recurso contra decisão de inabilitação da empresa Recorrente, a qual assere que as exigências quanto à qualificação econômica financeira contidas no Edital extrapolariam as raias da Lei 8.666/93, notadamente quanto à previsão de CCL (capital circulante líquido) à 16,66% (dezesseis vírgula sessenta e seis por cento) do valor atribuído ao contrato e patrimônio líquido igual ou superior a 1/12 (um doze avos) do total dos valores dos contratos celebrados com a Administração Pública e/ou iniciativa privada.

Em longo arrazoado, defende que as exigências acima violam o arcabouço legal aplicável às Licitações.

2 – Das Contrarrazões

A despeito da extensão da peça ora fustigada, sobeja flagrante a impertinência das considerações lá atiradas, porquanto a Recorrente se insurge contra disposições editalícias as quais deveriam ter sido atacadas em momento oportuno. Senão veja-se:

2.1 – Do Princípio à Vinculação do Instrumento Convocatório

Conquanto seu caráter comezinho, rememora-se que “*esse princípio tem por finalidade atribuir segurança jurídica ao processo licitatório, evidenciando o seu caráter predominantemente vinculado [...]. [...] a vinculação ao edital nada mais é do que um desdobramento do princípio constitucional da legalidade, e garantidor da própria isonomia que se pretende assegurar através do processo licitatório.*”¹

Ou seja: é um princípio que possui papel absolutamente fundamental em se tratando de licitações, porquanto possui como corolários – no bojo do certame – a própria legalidade, segurança jurídica e valorização da ordem econômica.

Mitiga-lo, quando suas disposições se mostrar adequadas às leis – ou mesmo decorrentes daquela, consoante se demonstrará – é malferir o certame de nulidade incapaz de saneamento, porquanto ofende o âmago da própria sistemática: não há licitação sem instrumento que a convoque, e a Licitação apenas pode se dar dentro das balizas estabelecidas por esse instrumento.

Ainda assim, o Legislador previu hipóteses em que o Instrumento Convocatório poderia ser atacado, e não apenas pelos Licitantes, mas por qualquer “qualquer pessoa”, nos termos do Art. 18, *cabeça*, do Decreto Federal nº 5.450/2005.

Ao participar do certame, a empresa Recorrente – assim como os demais licitantes – aquiesceu com as *regras do jogo*, não havendo que se utilizar agora do “*jus isperniandi*”, quando desobedeceu essas mesmas regras com as quais concordou.

Felizmente, a Jurisprudência possui sólido lastro nesse sentido, como bem demonstram os *leading cases* a seguir ementados:

LICITAÇÃO. INFORMÁTICA. CONTRATAÇÃO DE PROGRAMADORES. PONTUAÇÃO POR NÚMERO DE PROGRAMADORES COM REGISTRO EM CARTEIRA DE TRABALHO. PRETENSÃO DA LICITANTE DE ATRIBUIÇÃO DA MESMA PONTUAÇÃO AOS ANALISTAS DE SISTEMAS. IMPOSSIBILIDADE. IRRELEVÂNCIA DO ARGUMENTO DE GRADUAÇÃO SUPERIOR DOS ANALISTAS. AUSÊNCIA DE

¹ Gomes, Fábio Bellote Elementos de Direito Administrativo / Fábio Bellote Gomes. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.P. 122/12320

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL NO MOMENTO OPORTUNO.

1. "Sendo o procedimento licitatório dividido em etapas (editância, habilitatória, julgadora e adjudicatória) e contendo cada qual os mecanismos respectivos de impugnação, opera-se a preclusão quando se discute matéria que deveria ser tratada em fase anterior" (TRF1, AMS 0026745-37.2000.4.01.3400/DF, Juiz Federal Urbano Leal Berquó Neto (Conv.), DJ p.130 de 10/06/2003. 2. Além de serem distintas as funções/atribuições dos analistas de sistema e dos programadores, e o edital expressamente ressaltar a impossibilidade dessa comparação em norma não impugnada pela autora, o só fato de um analista, por ser mais graduado, poder desempenhar a função de programador, não implica que o faça melhor ou de forma mais apropriada, o que afasta a alegação de ser ilegal e injusto o critério de pontuação, por quantitativo de programadores, atribuído pela CEF e referendado pela sentença. 3. Apelação da autora não provida, prejudicado o agravo retido.

(TRF-1 - AC: 200234000149991 DF 2002.34.00.014999-1, Relator: JUIZ FEDERAL OSMANE ANTONIO DOS SANTOS, Data de Julgamento: 13/08/2013, 2ª TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: e-DJF1 p.304 de 03/09/2013)

ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - NULIDADE DE SENTENÇA - AUSÊNCIA DE SOLUÇÃO DE TODAS AS QUESTÕES SUBMETIDAS AO JUDICIÁRIO - LICITAÇÃO - NÃO IMPUGNAÇÃO DO EDITAL NO MOMENTO OPORTUNO - INABILITAÇÃO DO LICITANTE - RECURSO ADMINISTRATIVO CUJA DECISÃO NÃO FOI PUBLICADA PELA IMPRENSA

OFICIAL. 1. Sentença devida e suficientemente fundamentada. Não violação do disposto no artigo 458 do CPC. Nulidade afastada. 2. Nos termos do artigo 41, § 1º, da Lei 8.666/93, momento oportuno para a impugnação do edital de licitação encerra-se 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, não sendo possível fazê-lo posteriormente. 3. Licitante inabilitado porque não cumpria o requisito da regularidade fiscal, conforme exigido no edital. Irrelevante apurar se havia, ou não, obediência a outro requisito exigido para o certame. 4. A comunicação da decisão, em sede de recurso administrativo, via fac-símile, supre a necessidade de intimação pela imprensa oficial. (TRF-3 - AMS: 19874 SP 95.03.019874-7, Relator: JUIZ MAIRAN MAIA, Data de Julgamento: 26/04/2006, Data de Publicação: DJU DATA:23/05/2006 PÁGINA: 253)

De se ver, portanto, que a inércia da Recorrente em impugnar determinada disposição editalícia não deve – *data venia* – ser agora *brindada* com a possibilidade de se proceder à impugnação em momento inoportuno.

2.2 – Da Pertinência Das Disposições Editalícias Atacadas

Ainda que se supere, a preclusão da possibilidade de se impugnar o Edital, tem-se que as disposições atacadas se mostram absolutamente pertinentes ao caso, porquanto possuem o condão de resguardar a administração quando da eventual contratação, senão veja-se:

Consoante relatado, o Recorrente atacou as seguintes disposições: exigência de CCL (capital circulante líquido) equivalente à 16,66% (dezesseis vírgula sessenta e seis por cento) do valor atribuído ao contrato e patrimônio líquido igual ou superior a 1/12 (um doze avos) do total dos valores dos contratos celebrados com a Administração Pública e/ou iniciativa privada.

Ora, quanto a essas exigências, tem-se que seu desiderato é garantir que não apenas as empresas participantes, mas a eventual contratada, possua a liquidez necessária ao bom andamento da avença.

Ao contrário do que imagina a Recorrente, a Licitação – enquanto forma de contratação da Administração Pública – tem o fim de selecionar a proposta “mais vantajosa”², ou seja: não se busca pura e simplesmente o *menor preço*, mas o melhor serviço pelo menor preço possível.

Nessas quadras, resta evidente que apenas uma empresa que possua uma razoável saúde financeira poderá executar o contrato com a excelência necessária, pois que de nada adiantaria proceder à contratação pelo “menor preço” se no curso do contrato a empresa demonstrará deficiência.

Poder-se-ia argumentar que o contrato poderia, à guiza de má execução ser rescindido e o contratado punido, porém essa deve ser a exceção, então a Administração Pública deve, já no instrumento convocatório, se cercar das exigências mínimas necessárias a garantir uma boa execução do serviço, tal como a liquidez.

De lado outro, pondera-se que não se aplica à espécie o § 3º, Art. 31 da Lei das Licitações, porquanto a exigência não foi de “capital mínimo” ou “patrimônio líquido”, e sim de “Capital Circulante Líquido” ou “Capital de Giro”, os quais pode ser definidos, a grosso modo, como a diferença encontrada entre diferença entre o ativo circulante e o passivo circulante da empresa. Apresenta se existe folga nos ativos de curto prazo em relação aos passivos de curto prazo.

De mais a mais, dúvidas quanto à pertinência dessa disposição devem ser afastadas quando o próprio Tribunal de Cotas da União utiliza essa exigência em seus editais, consoante demonstrado pelo EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 40/2011 em anexo (**Doc. 01**), cujo lastro se encontra em didática lição encartada no Acórdão 1214/2013 – TCU/Plenário, nos termos dos nodais extratos a seguir:

“85. No intuito de conhecer a abrangência das exigências de qualificação econômico-financeira nos processos licitatórios para contratação de serviços terceirizados foram, consultados editais de vários órgãos federais e

²Diogenes Gasparini:

Duas são as finalidades da licitação. De fato, a licitação visa proporcionar, em primeiro lugar, às pessoas a ela submetidas, a obtenção da proposta mais vantajosa (a que melhor atende, especialmente, em termos financeiros aos interesses da entidade licitante), e, em segundo lugar, dar igual oportunidade aos que desejam contratar com essas pessoas (...). (20, p. 477)

percebeu-se que, embora a legislação permita exigência maior, somente tem-se exigido a comprovação de patrimônio líquido mínimo de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação quando quaisquer dos índices de Liquidez Geral, Liquidez Corrente e Solvência Geral são iguais ou inferiores a 1 (um).

86. Ocorre que, via de regra, as empresas não apresentam índices inferiores a 1 (um), por consequência, também não se tem exigido a comprovação do patrimônio líquido mínimo, índice que poderia melhor aferir a capacidade econômica das licitantes.

87. Por certo, este aparente detalhe, tem sido o motivo de tantos problemas com as empresas de terceirização contratadas que, no curto, médio e longo prazos, não conseguem honrar os compromissos assumidos com os contratantes.

88. O problema está no fato de que o cálculo de índices contábeis pelo método dos quocientes, tal como disponibilizado no SICAF, por si só, não tem demonstrado adequadamente a capacidade econômico-financeira das licitantes, eis que não a evidenciam em termos de valor. Assim, tem-se permitido que empresas em situação financeira inadequada sejam contratadas.

89. Com o propósito de salvaguardar a administração de futuras complicações, entendeu-se que há de se complementar as avaliações econômico-financeiras dos licitantes por meio de critérios ou índices que expressem valores como percentuais de outro valor, dentro do limite legalmente autorizado. Por exemplo, patrimônio líquido mínimo de 10% do valor estimado para a nova contratação $((\text{ativo total} - \text{passivo})/10 > \text{valor estimado da}$

contratação), ou pelo método da subtração, como no caso do cálculo do capital de giro ou capital circulante líquido (ativo circulante - passivo circulante).

90. A título de exemplificação, em tese, na avaliação da liquidez corrente, uma empresa com R\$ 1,50 (um real e cinquenta centavos) no ativo circulante e R\$ 1,00 (um real) no passivo circulante terá o mesmo índice de liquidez de outra empresa com R\$ 1.500.000.000,00 (um bilhão e quinhentos mil reais) no ativo circulante e R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão) no passivo circulante, qual seja, liquidez corrente igual a 1,5.

91. Observa-se que, embora tenham o mesmo índice, são empresas com capacidades econômico-financeiras totalmente distintas. Todavia, se não fosse conhecido o ativo e o passivo circulante em termos de valor monetário, seriam elas, equivocadamente, consideradas como equivalentes do ponto de vista econômico-financeiro. Daí a utilidade do capital circulante líquido - CCL.

92. Em contratos de fornecimento de bens permanentes e de consumo a diferença entre os capitais circulantes líquidos - CCL's das duas empresas hipotéticas citadas acima não seria tão relevante, pois o licitante tem espaço para negociar preços e prazos de pagamento com seu fornecedor e não carece, por exemplo, de liquidez ou patrimônio, eis que figura como espécie de intermediário e sua situação financeira não é determinante para o contratante, mas sim a efetiva entrega do bem. Além disso, não há encargos previdenciários e/ou trabalhistas vinculados diretamente ao objeto.

93. Ao contrário das empresas de fornecimento de bens, as de terceirização de serviços são altamente demandantes de recursos financeiros de curto prazo e de

alta liquidez, como moeda corrente, pois se faz necessário que disponham de recursos suficientes no ativo circulante para suportar despesa com a folha de pagamento e outros encargos a cada mês, independentemente do recebimento do pagamento do órgão para o qual presta os serviços.

94. Cabe consignar que, no âmbito da administração pública, salvo pequenas exceções, não há a figura do pagamento antecipado e nem seria razoável, pois a administração funcionaria como financiadora a custo zero de empresas de terceirização e não como contratante propriamente dita. Além disso, se assim o fosse, as empresas trabalhariam com risco zero, situação incompatível com as atividades da iniciativa privada, que pressupõem sempre a existência do risco do negócio.

95. O pagamento somente pode ocorrer após o ateste do serviço realizado, normalmente no decorrer do mês posterior à prestação dos serviços. Assim, faz sentido exigir das licitantes que tenham recursos financeiros suficientes para honrar no mínimo 2 (dois) meses de contratação sem depender do pagamento por parte do contratante. Uma empresa que não tenha esta capacidade quando da realização do processo licitatório, certamente terá dificuldades de cumprir todas as obrigações até o fim do contrato.

96. Além da avaliação da capacidade econômico-financeira da licitante por meio do patrimônio líquido e do capital circulante líquido, há que se verificar ainda se a mesma tem patrimônio suficiente para suportar compromissos já assumidos com outros contratos sem comprometer a nova contratação. Essa condição pode ser aferida por meio da avaliação da relação de

compromissos assumidos, contendo os valores mensais e anuais (contratos em vigor celebrados com a administração pública em geral e iniciativa privada) que importem na diminuição da capacidade operativa ou na absorção de disponibilidade financeira em face dos pagamentos regulares e/ou mensais a serem efetuados.”

E conclui:

“9.1.10 sejam fixadas em edital as exigências abaixo relacionadas como condição de habilitação econômico-financeira para a contratação de serviços continuados:

9.1.10.1 índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um), bem como Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante - Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação, índices calculados com base nas demonstrações contábeis do exercício social anterior ao da licitação;

9.1.10.2 patrimônio líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação;

9.1.10.3 patrimônio líquido igual ou superior a 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados pela licitante com a Administração Pública e com empresas privadas, vigentes na data de abertura da licitação. Tal informação deverá ser comprovada por meio de declaração, acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social, e se houver divergência superior a 10% (para cima ou para baixo) em relação à receita bruta discriminada na DRE, a licitante deverá apresentar as devidas justificativas para tal diferença;”

De se ver, portanto, que ao invés de “descabida”, a disposição editalícia é – em verdade – produto de construção jurisprudencial do próprio TCU.

3 – Da Conclusão

A tudo quanto exposto, pugna-se pela manutenção da decisão recorrida.

Termos em que pede deferimento.

Maceió – AL, 23 de julho de 2014.

Ativa Serviços Gerais Eireli

Ivonete Porfirio Barros

Sócia Administrativa