

Parecer nº: 243/2023
Data: 12/12/2023
Origem: 3ª/SL
Referência: Processo nº 59530.001626/2023-92-e
Assunto: Análise de recurso contra a habilitação de licitante em pregão eletrônico

EMENTA: Direito Administrativo.
Licitação. Pregão Eletrônico.
Habilitação. Recurso. Provimento.
Possibilidade.

I. RELATÓRIO

Trata-se de manifestação jurídica acerca do recurso apresentado pela licitante XCMG BRASIL INDÚSTRIA LTDA, em que pugna pela inabilitação da licitante NMQ COMÉRCIO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA, no Pregão Eletrônico nº 18/2023, que tem por objeto o fornecimento, carga, transporte e descarga, através da constituição de Sistema de Registro de Preços, de Retroescavadeiras sobre Rodas, destinadas à estruturação de municípios inseridos na área de atuação da Codevasf, estado de Pernambuco.

A Recorrente, em 04/11/2023, requereu a desclassificação da Recorrida do certame por *não ter satisfeito os requisitos para a habilitação econômico-financeira, em especial por não possuir capital social mínimo de 10% (dez por cento) do valor estimado para contratação, em afronta às normas previstas nas cláusulas 11.1.2, alínea “a”, do Edital, e 9.1, do Anexo I – Termo de Referência.*

A Recorrida, em Contrarrazões ao Recurso, declarou que *apresentou Balanço e demonstrações contábeis, cujos índices contemplam as exigências do edital, não é cabível a inabilitação sob os argumentos alegados pela Recorrente, que se caracterizam como excesso de formalismo, sendo que condições melhores de atestar a capacidade econômica da empresa se verificam nos documentos acostados, sendo suficientes a atender o objetivo da Administração. [...] Essencial destacar que, ao inabilitar a proposta vencedora com o menor preço, a Administração é quem sofre os prejuízos, quando na verdade, no pior dos cenários, caso, durante a execução, a empresa não cumprisse o contrato, a ela quem deveriam ser aplicadas punições.*

Em síntese, o relatório.

II. ANÁLISE JURÍDICA

Inicialmente, convém registrar que a habilitação consiste na verificação do atendimento dos requisitos qualificadoros das licitantes para a execução do objeto. Para Marçal Justen Filho¹, esse vocábulo indica tanto a fase procedimental como a decisão proferida pela Administração Pública:

Na acepção de fase procedimental, a habilitação consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação de um sujeito para contratar com a Administração Pública. Na acepção de decisão, indica o ato administrativo pelo qual a Administração finaliza essa fase procedimental, decidindo que o sujeito é dotado da idoneidade necessária para ser contratado.

Dessarte, cabe destacar que em obediência à legislação que rege o certame em análise, qual seja, Regulamento Interno de Licitações e Contratos da Codevasf, Lei nº 13.303/2016 e Decreto nº 10.024/2019; que dispõem que a habilitação dá-se, entre outros, com a qualificação econômico-financeira, o Edital Pregão Eletrônico nº 18/2023, estabeleceu:

11. HABILITAÇÃO

11.1. Após o encerramento da fase de aceitação das propostas, com a decisão acerca do último Item em disputa, registrada no sistema eletronicamente, o Pregoeiro procederá análise relativa à DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO da(s) licitante(s) vencedora(s), documentação essa, já enviada juntamente à Proposta de Preço, conforme previsto no subitem 7.1, alíneas “a” a “d”, combinado com o art. 39 do Decreto 10.024/2019, que deverão comprovar a situação de regularidade de acordo com o que segue:

[...]

11.1.2. Qualificação Econômico-financeira:

- a) Registro do capital social mínimo no valor de 10% (dez por cento) do valor orçado;*
- b) Certidão Negativa de Falência ou Recuperação Judicial ou Extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou execução patrimonial expedida pelo domicílio de pessoa física. Em caso de positiva, salvo se o plano de recuperação tenha sido homologado pelo juiz competente, nos termos da jurisprudência atual consolidada. Com validade em vigor ou com prazo máximo de 120 (cento e vinte dias) anteriores à data da licitação;*

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 557.

c) 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, quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta, tomando como base a variação, ocorrida no período, do ÍNDICE GERAL DE PREÇOS – DISPONIBILIDADE INTERNA - IGP-DI, publicado pela Fundação Getúlio Vargas - FGV ou de outro indicador que o venha substituir;

No caso em apreço, observa-se que a Recorrida não comprovou o atendimento à exigência de qualificação econômico-financeira contida no item 11.1.2 do Edital, a saber, registro do capital social mínimo no valor de 10% (dez por cento) do valor orçado.

Ressalta-se que tal exigência foi incluída no Edital a partir de recomendação da PR/SL, no Despacho nº 780/2023 (peça 41), em virtude do *alto valor da licitação e como garantia de segurança na execução do objeto a ser contratado*. Destaca-se ainda que o referido capital social mínimo é também exigido nas licitações e contratações realizadas na forma da Resolução nº 821/2023, entretanto o presente Pregão foi autorizado na forma da Resolução nº 176/2023.

No âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), a sua jurisprudência é pacífica em termos de discricionariedade da Administração na exigência de capital social mínimo:

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.

Acórdão 853/2015-TCU-Plenário

Para fins de qualificação econômico-financeira em procedimentos licitatórios, é aceitável a exigência cumulativa de capital ou patrimônio líquido mínimo com os índices contábeis previstos no art. 31, §§ 1.º e 5.º, da Lei 8.666/1993.

Acórdão 1265/2015-TCU-Segunda Câmara

Destarte, ressalta-se ainda que a jurisprudência do TCU pugna pela observância ao instrumento convocatório, de maneira que, para a Corte de Contas, a não aplicação, pela Administração,

de exigências previstas no próprio edital que tenha formulado afronta o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e o princípio da isonomia, conforme a seguir.

Insere-se na esfera de discricionariedade da Administração a eleição das exigências editalícias consideradas necessárias e adequadas em relação ao objeto licitado, com a devida fundamentação técnica. Entretanto, em respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, é inadmissível que a Administração deixe de aplicar exigências previstas no próprio edital que tenha formulado.

Acórdão 2730/2015-TCU-Plenário

A aceitação de proposta ou celebração de ajustes em desacordo com as regras anteriormente fixadas nos instrumentos convocatórios pode comprometer a isonomia e a obtenção da proposta mais vantajosa para o Poder Público.

Acórdão 966/2011-TCU-Primeira Câmara

Nessa quadra, faz-se mister registrar que um dos princípios positivados no art. 31 da Lei nº 13.303/2016 é a vinculação ao instrumento convocatório, o qual *restringe o próprio ato administrativo às regras editalícias, impondo a inabilitação da empresa que descumprir as exigências estabelecidas no ato convocatório* (STJ, 2.^a Turma, REsp. n.º 595.079/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 22.09.2009). Ademais, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro², *o princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório; se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados.*

Cumprе salientar que, consoante entendimento do TCU, no Acórdão 119/2016-Plenário, *a observância das normas e das disposições do edital, consoante o art. 41, caput, da Lei 8.666/93, deve ser aplicada mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles os da eficiência e da seleção da proposta mais vantajosa. Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios.* Nesse contexto, ganha relevo o princípio da economicidade, o qual, para Bugarin³, vincula-se é intrinsecamente conectado ao princípio constitucional da eficiência,

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 860.

³ BUGARIN, Paulo Soares. O princípio constitucional da economicidade. Correio Braziliense, Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.raul.pro.br/artigos/economic.pdf>



buscando, portanto, o melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos e/ou patrimoniais em um dado cenário socioeconômico.

No presente Pregão, pode-se considerar que a promoção à economicidade está expressa na proposta vencedora, em virtude da apresentação de menor preço pela Recorrida, em que intuitivamente remete à conclusão de essa ser a proposta mais vantajosa. Entretanto, entende-se que a vantajosidade não se refere somente a preço, mas também ao atendimento de demais condições estabelecidas no instrumento convocatório.

Destarte, ressalta-se que, do ponto de vista jurídico, é inviável avaliar a exigência de capital social mínimo frente ao preço ofertado diante dos requisitos de seleção da proposta mais vantajosa, isonomia e vinculação ao instrumento convocatório. Todavia, de modo objetivo, tem-se por inviável a inobservância requisito objetivamente estabelecido em Edital, em que, mesmo no contexto de seleção de proposta com menor preço, inegavelmente há prejuízo à isonomia e à legalidade.

Dessa maneira, entende-se que não há óbice jurídico ao provimento do Recurso, destacando-se que a presente análise está adstrita aos aspectos jurídicos, tendo em vista a falta de competência técnica para analisar questões situadas para além de tal esfera.

III. CONCLUSÃO

Ante o exposto, **conclui-se pela possibilidade jurídica de ser provido o Recurso da Recorrente**, que pugna pela inabilitação da Recorrida, na forma do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da Codevasf, da Lei nº 13.303/2016, do Decreto nº 10.024/2019, e do Edital Pregão Eletrônico nº 18/2023.

É o parecer, salvo melhor juízo.

À 3ª/SL, conforme solicitado, para conhecimento e providências cabíveis.

MILRION GOMES MARTINS

Chefe da 3ª Assessoria Jurídica Regional

Decisão 741/2022