

**ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) DO MUNICÍPIO DE
TEÓFILO OTONI, ESTADO DE MINAS GERAIS**

PROCESSO LICITATÓRIO Nº: 061/2020

PREGÃO ELETRÔNICO DE Nº: 036/2020

ALINE MARQUES DE OLIVEIRA, brasileira, filha de Renildo Oliveira dos Santos e Hélia Maria almeida Marques, inscrita no CPF sob o nº 082.447.556-95, portadora do RG de nº MG – 15.236.252, título de eleitor com inscrição de nº 1750 4723 0256, quite com as obrigações eleitorais (certidão em anexo), nos autos do processo licitatório em epígrafe, **cuja data prevista para abertura dos envelopes de documentação e proposta é o dia 19 de junho de 2020**, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro no inciso XXXIV, do artigo 5º da Constituição Federal, c/c o artigo 41, § 2º, da Lei nº 8.666/1993 c/c com o item 5.1 do instrumento convocatório, apresentar a presente

IMPUGNAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

e o faz pelas razões de fato e de direito a ser expostas.

I – ASPECTOS PRELIMINARES

1.1 Da Tempestividade da presente impugnação

A data limite para protocolo dos arquivos referentes à documentação e proposta é o dia **19 de junho de 2020**.

Sabe-se que a Lei 10.520/02, que cuidou de disciplinar as regras gerais aplicáveis aos pregões - eletrônicos ou presenciais – não trouxe previsão expressa quanto ao prazo para a apresentação de impugnação e/ou esclarecimentos quanto ao instrumento convocatório.

Por outro lado, a Lei nº 8.666/93, de aplicação subsidiária ao caso em comento, trouxe, no corpo do §2º do artigo 41, a previsão de que:

“Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o **licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso**, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso”.(Grifei).

Neste ínterim, dispõe, ainda, o artigo 24 do Decreto Federal de nº 10.024/19, que **“qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública”**.

Inobstante exista sensível diferença entre os prazos citados, nota-se que a presente peça impugnante se amolda aos prazos previstos em ambos os dispositivos.

Assim sendo, considerando a data limite para protocolo dos arquivos referentes à documentação e proposta, bem como, a data de apresentação da presente peça impugnante, resta evidente que a presente peça processual está em simbiose com o prazo estampado na legislação aplicada à matéria.

1.2 Da legitimidade

A impugnante, na condição de cidadã, é parte legítima para apresentação de peça impugnante, desde que respeitado o prazo e modo legal.

Neste íterim, salta aos olhos sua legitimidade para, na condição de licitante, trazer ao caderno processual impugnação aos termos do instrumento convocatório, nos termos da Lei.

1.3 Da atribuição de efeito suspensivo à presente impugnação

Destaca o §1º do artigo 24 do Decreto nº 10.024/19 que “a impugnação não possui efeito suspensivo e caberá ao pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos, decidir sobre a impugnação no prazo de dois dias úteis, contado do data de recebimento da impugnação”.

Portanto, percebe-se que uma vez apresentada impugnação ao instrumento convocatório, em regra, não será conferido efeito suspensivo ao questionamento protocolizado, seja por licitante seja por cidadão.

Contudo, nota-se, ainda, que em casos **excepcionais**, pode-se conceder efeito suspensivo à impugnação porventura apresentada, com o escopo de conferir ao certame licitatório maior higidez, à vista do interesse público.

Oportuno realçar, inclusive, que o §2º do mesmo artigo 24 assevera que **“a concessão de efeito suspensivo à impugnação é medida excepcional e deverá ser motivada pelo pregoeiro, nos autos do processo de licitação”.**

No caso do presente edital, justifica-se a atribuição de efeito suspensivo pelo fato de que os apontamentos aqui realizados garantirão o respeito à princípios muito caros à Administração Pública, dentre eles o da isonomia e da competitividade.

Destaque-se, inclusive, que alguns dos apontamentos dizem respeito à alguns dos documentos previstos, os quais, sequer, deverão ser apresentados caso julgada procedente a presente impugnação.

Além disso, faz-se imprescindível processar e julgar a impugnação realizada pela licitante, ora impugnante, o qual considerando a proximidade do prazo para apresentação, a fim de evitar que o ato praticado seja, em momento posterior, invalidado.

Por esta razão, pugna-se para que seja conferido **efeito suspensivo** à presente peça impugnante, suspendendo-se o prazo para anexação dos documento e, conseqüentemente, para início da etapa de lances.

II – DOS FATOS

2.1 Breve síntese da marcha processual percorrida

O Município de Teófilo Otoni iniciou processo administrativo de licitação, grafado sob o nº 061/2020, edital de pregão eletrônico de nº 036/2020, cujo objeto do é a **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA URBANA E MULTITAREFA, PARA ATENDER AS DEMANDAS DO MUNICÍPIO DE TEÓFILO OTONI.**

Valendo-se da plataforma “BBMNET LICITAÇÕES”, fora garantida a devida publicidade ao certame, com a disponibilização do edital de licitação no local adequado da citada plataforma.

Conforme já destacado, a data limite para envio dos arquivos referentes à habilitação e proposta é o dia **19 de junho de 2020.**

Entretanto, após fria e meticulosa análise das disposições do instrumento convocatório, constatou-se que algumas de suas previsões distanciam-se do que determina a legislação, devendo tais cláusulas serem reformadas.

III – DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Conforme brevemente destacado no tópico anterior, inobstante o notável saber jurídico da Pregoeira e sua equipe de apoio, o instrumento convocatório possui previsões que, em verdade, ferem diversos princípios basilares dos certames licitatórios, *data máxima vênia*.

Por esta razão, com o fulcro de clarificar as razões de reforma do documento convocatório, abordaremos nos tópicos seguintes os pontos que merecerem reparo, nos termos da legislação que rege as licitações e contratos administrativos.

3.1 Da importância da Impugnação – auxílio à Administração Pública

Inicialmente, é de bom tom anotar que o mecanismo da impugnação ao instrumento convocatório consubstancia-se em valioso instrumento de controle dos atos praticados pelos órgãos públicos.

Isso porque, ao permitir que licitantes e cidadãos apresentem à Administração possíveis questionamentos, cuidou o legislador ordinário de garantir à população, destinatária dos serviços públicos a serem contratados, o poder de acompanhar o fiel cumprimento do que rege a legislação por parte dos agentes públicos.

Outrossim, em última análise, trata-se de meio de otimização dos editais de licitação, uma vez que alguns pontos que porventura tenha passado despercebido aos olhos da Administração podem ser notados pelos licitantes e cidadãos.

Nesta toada, com o fim de contribuir com a otimização dos trabalhos referentes ao certame, vale-se a impugnante do presente mecanismo processual, devidamente previsto em Lei.

3.2 Da vedação à participação de empresas em recuperação judicial

Analisando-se o instrumento convocatório, especialmente no item 6.2.4, observa-se que o Município de Teófilo Otoni vedou, expressamente, a participação de empresas que **“estejam sob falência, recuperação judicial e extrajudicial, dissolução ou liquidação”**.

Acontece que a referida vedação destoa do entendimento jurisprudencial dominante, a qual sinaliza que o fato de determinada empresa estar em recuperação judicial, por si só, não é fundamentação hábil à sua inabilitação, tampouco suficiente para impedi-la de participar de qualquer certame licitatório, *permissa vênia*.

Com efeito, é notório que o instituto da recuperação judicial eclode como mecanismo que visa, precipuamente, preservar a atividade empresarial, utilizando, para tanto, diversos instrumentos previstos em Lei.

Tal conclusão pode ser extraída, diga-se de passagem, do teor do artigo 47 da Lei nº 11.101/05:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Em outras palavras, uma vez constatado que determinada empresa passa por certa dificuldade, seja ela financeira e/ou gerencial, desde que cumpridos os requisitos legalmente previstos, defere-se sua recuperação judicial, nos termos do artigo 58¹ da Lei nº 11.101/05.

Deferido o plano de recuperação, poderá a pessoa jurídica usufruir dos mecanismos estampados no rol exemplificativo do artigo 50 da Lei, com o escopo, repiso, **de manutenção da atividade empresarial**.

¹ Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei

Nesta toada, uma vez que o escopo fulcral da sistemática da recuperação judicial é **preservar a atividade empresarial**, não há razão lógica para impedir que as referidas empresas efetivem contratações junto à Administração Pública.

Prova disso é o fato de que o inciso II do artigo 52 da já citada Lei nº 11.101/05, contempla a possibilidade de contratação com o Poder Público, o qual, tem como antecessor obrigatório o processo administrativo de licitação.

Noutro giro, sem embargos da divergência doutrinária instaurada acerca do tema, fato é que, ao prever os documentos que poderão ser exigidos para fins de qualificação econômico-financeira, **o artigo 31 Lei nº 8.666/93 não previu a necessidade de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial.**

Obviamente, por ser anterior à própria criação do instituto da recuperação judicial, não haveria como o legislador, à época, antever a necessidade de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial para fins de habilitação.

Todavia, exigir dos licitantes documento que não está expressamente previsto na Lei de Licitações representa, a nosso viso, **interpretação extensiva do dispositivo legal em prejuízo dos licitantes, o que deve ser afastado.**

Mencione-se que o rol de documentos previstos na Lei de Licitação é exaustivo, ou seja, **tem caráter limitador em relação à Administração Pública, ao passo que esta só pode exigir, no máximo, os documentos ali previstos.**

Pontue-se, ainda, que conforme decidido pelo Augusto Superior Tribunal de Justiça, no bojo AREsp de nº 309.867, de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, o

fato de estar a licitante em recuperação judicial, *per si*, não é fundamento hábil à ensejar sua inabilitação, tampouco impedi-la de participar do certame.

Vejamos:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE. (...) 2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado. 3. À luz do princípio da legalidade, “é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa” (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016). **4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.** **5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.** 6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores. Documento: 83352589 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 08/08/2018 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça interesses dos credores. 7. A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica. 8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.(Grifei)

Pontue-se, inclusive, que analisando-se friamente os editais de licitação promovidos pelo egrégio Tribunal de Contas de Minas Gerais, órgão de controle externo direto do Município, percebe-se que, em atenção ao entendimento jurisprudencial dominante, **os editais daquele órgão sequer mencionam o termo**

recuperação judicial quando fazem menção à qualificação econômica financeira.

Para fins de exemplo, podemos citar o edital do Processo Licitatório de nº 05/2020, Pregão Eletrônico de nº 06/2020, cujo objeto é a “Contratação de empresa especializada na realização de serviços gráficos, conforme Termo de Referência” (em anexo).

Debruçando-se nas previsões do referido edital (em anexo), especialmente em seu item 5.4, constata-se que a vedação quanto a participação se restringe às empresas **com falência decretada**, não alcançando as que porventura estejam em recuperação judicial. Vejamos:

5 - Não poderá participar da presente licitação pessoa jurídica:

5.1 - suspensão de participar em licitação e impedida de contratar com o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais;

5.2 - declarada inidônea para licitar ou contratar com quaisquer órgãos da Administração Pública;

5.3 - impedida de licitar e contratar com o Estado de Minas Gerais;

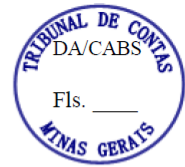
5.4 - com falência decretada;

5.5 - em consórcio³;

Na mesma toada, quando elenca os documentos necessários à qualificação econômico-financeira, mais uma vez, o instrumento convocatório da egrégia Corte de Contas faz menção, somente, **à apresentação de certidão negativa de falência**:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO
COORDENADORIA DE AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS



1.12 - certidão negativa de falência expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

1.13 - declaração expressa de que o licitante não emprega trabalhador menor nas situações previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição da República, assinada pelo representante legal do licitante, conforme modelo do **Anexo III**.

Percebe-se, portanto, que o próprio Tribunal de Contas de Minas Gerais aplica, em seus editais, entendimento diverso do constante no presente instrumento convocatório, com previsão que, nitidamente, amplia o leque de licitantes porventura interessados.

É inoidável que quando elencou os documentos indispensáveis à habilitação, o edital, de fato, ponderou que as empresas com plano de recuperação judicial devidamente aprovado **poderiam** ser considerada habilitadas, para fins do presente certame. Vejamos:

a) Certidão Negativa de Falência e de Recuperação Judicial e Extrajudicial (Falência e Concordata) expedida pelo Cartório distribuidor da comarca da sede da pessoa jurídica, emitida, a no máximo, 90 (noventa) dias da data prevista para entrega dos envelopes, de acordo com o inciso II do Artigo 31 da Lei Federal 8.666/93 e suas alterações.

a.1) A licitante que estiver com a Certidão Positiva de Recuperação Judicial ou Extrajudicial, se apresentar o plano de recuperação da empresa devidamente aprovado e homologado judicialmente, nos termos do art. 58, da Lei nº. 11.101/2005, poderá ser considerada habilitada, desde que demonstre e cumpra com todos os demais requisitos de habilitação exigidos neste edital.

Todavia, ao prever em momento anterior que as referidas empresas **estão impedidas de participar do certame**, cláusula que já é analisada na fase de credenciamento, logicamente, não existe possibilidade de a licitante nessa condição

sequer chegar à fase de habilitação, momento em que, nos termos do edital, **poderá** ser considerada habilitada.

Aliás, além de toda argumentação já sustentada, mencione-se que o termo “**poderá**” confere ao agente público certa margem de subjetividade, uma vez que não prevê com clareza em que situações a licitante poderá obter a habilitação. **Repise-se que, conforme já anotado no tópico anterior, da forma com que está prevista no edital de licitação, não é possível, sequer, que a empresa participe e chegue à fase de habilitação.**

Neste contexto, por todo o exposto, pugna-se pela retificação do instrumento convocatório, passando-se a permitir que empresas em recuperação judicial participem do certame, limitando-se a restrição às empresas com falência decretada. Sugere-se, ainda, a adoção das mesmas cláusulas utilizadas pelo TCE/MG no edital de licitação cuja cópia se encontra em anexo.

3.3 Da exigibilidade de apresentação do balanço patrimonial do exercício anterior

Consta do instrumento convocatório, especialmente dentre os documentos necessários à qualificação econômico-financeira, a necessidade de apresentação de balanço patrimonial do último exercício social:

b) 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. O balanço patrimonial e as demonstrações contábeis deverão estar assinados por contador ou outro profissional equivalente, devidamente registrado no Conselho Regional de Contabilidade.

b.1) No caso de empresa que ainda não encerrou seu primeiro exercício social, estando por essa razão, impossibilitada de apresentar o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis, será admitida (somente nesta hipótese) a apresentação de balanço patrimonial e demonstrações contábeis referentes ao período de existência da sociedade.

Denota-se que o instrumento convocatório é claro ao prever a necessidade de apresentação de balanço patrimonial do exercício anterior. Logo, exige-se a apresentação de balanço patrimonial referente ao exercício de 2019.

Nesta trilha, podemos conceituar o balanço patrimonial como

Balanço Patrimonial é a demonstração contábil destinada a evidenciar, qualitativa e quantitativamente, numa determinada data, a posição patrimonial e financeira da Entidade.

No balanço patrimonial, as contas deverão ser classificadas segundo os elementos do patrimônio que registrem e agrupadas de modo a facilitar o conhecimento e a análise da situação financeira da empresa.

De acordo com o § 1º do artigo 176 da [Lei 6.404/76](#), as demonstrações de cada exercício serão publicadas com a indicação dos valores correspondentes das demonstrações do exercício anterior, para fins de comparação.²

Em suma, o balanço patrimonial reflete a posição financeira da empresa, valendo-se do emprego de índices e critérios de classificação de débitos e dividendos, por meio do qual é possível averiguar a qualificação econômico-financeira da licitante.

Sua elaboração compete à assembleia geral da sociedade empresária, nos termos do artigo 1078 do Código Civil pátrio. Senão, vejamos:

Art. 1.078. A assembléia 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;
- II - designar administradores, quando for o caso;
- III - tratar de qualquer outro assunto constante da ordem do dia.

Uma vez que a assembleia geral, responsável pela deliberação acerca do balanço patrimonial, deve ser reunir nos quatro meses seguintes ao término do exercício social, via de regra, **o prazo para elaboração e consequente exigibilidade do balanço patrimonial é o último dia do mês de abril.**

² Balanço Patrimonial. Portal de Contabilidade, 2020. Disponível em: <http://www.portaldecontabilidade.com.br/quia/balancopatrimonial.htm>. Acesso em 16 de junho de 2020.

Entretanto, é público e notório que diversas medidas de enfrentamento foram promovidas em face dos impactos ocasionados pela pandemia do “COVID-19”.

Dentre as citadas medidas, adveio a Medida Provisória de nº 931/2020, a qual dispõe acerca de pontos relacionados à atividade empresária, inclusive, quanto ao prazo para reunião das assembleia geral.

Neste diapasão, assevera o artigo 4º da referida Medida Provisória, que

A sociedade limitada cujo exercício social se encerre entre 31 de dezembro de 2019 e 31 de março de 2020 poderá, excepcionalmente, **realizar a assembleia de sócios a que se refere o art. 1.078 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil no prazo de sete meses, contado do término do seu exercício social.**

Observa-se, portanto, que o prazo estampado no artigo 1078, originalmente de 04 (quatro) meses para deliberação acerca do balanço patrimonial, **passa, excepcionalmente, a ser de 07 (sete) meses.**

Logo, é inconcebível que se exija apresentação, por parte de qualquer licitante, do balanço patrimonial do exercício de 2019, uma vez que, existe previsão legal de sua elaboração até o último dia do mês de julho de 2020, consoante já explicitado.

É de bom alvitre destacar que, da forma estampada no instrumento convocatório, a apresentação do referido documento consubstancia-se em requisito indispensável para habilitação, ao passo que os licitantes que porventura deixarem de apresenta-lo estariam, de plano, inabilitados. Ocorre que a referida previsão do edital afronta a legislação.

Destaque-se que, caso o instrumento convocatório houvesse previsto a possibilidade de apresentação, tanto do balanço patrimonial do ano de 2018 quanto o

balanço patrimonial do ano de 2019, a situação estaria sanada, não necessitando de qualquer alteração.

Isso porque, as empresas que porventura já houvessem levado a efeito a reunião da assembleia geral para deliberação poderiam apresentar o balanço patrimonial anterior, enquanto, **as que optassem por utilizar a faculdade legal, apresentariam o balanço exigível, leia-se, do ano de 2018.**

Fato é que, além de afrontar previsão expressa estampada em Lei, o texto do instrumento convocatório restringe o leque de licitantes porventura interessados àqueles que já deliberaram acerca da elaboração do patrimonial.

Noutro giro, compulsando o instrumento convocatório, percebe-se que possibilitou-se a apresentação do balanço patrimonial através do Sistema SPED – Sistema Público de Escrituração Digital e a ECD:

d)A licitante que apresentar Balanço Patrimonial e/ou Demonstração do Resultado do Exercício em meio eletrônico, deverá atender:

d.1)A norma NBC T 2.8 - Das Formalidades da Escrituração Contábil em Forma Eletrônica, emitida pelo Conselho Federal de Contabilidade da República Federativa do Brasil; e

d.2) Seguir as normas quanto ao Sistema Público de Escrituração Digital SPED, disposto no Decreto Federal nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007 e na Instrução Normativa RFB nº 787, de 19 de novembro de 2007 da Receita Federal e suas alterações posteriores.

Registre-se que todas as empresas sujeitas à escritura contábil são obrigadas a adotá-lo, nos termos do artigo 3º da Instrução Normativa RFB nº 1.774/2017.

Ocorre que existe prazo próprio, estampado na própria instrução normativa, para apresentação da escrituração digital junto ao SPED. Originalmente, o interregno temporal se encerra no último dia do mês de maio do ano subsequente, com fulcro do artigo 5º Instrução Normativa.

Todavia, assim como o prazo escancarado no *códex* civilista, o prazo limite para apresentação da escrituração digital junto ao SPED, de igual forma, foi prorrogado, por força da Instrução Normativa RFB nº 1.950/2020, de 12 de maio de 2020.

Eis o teor do artigo 1º da referida Instrução Normativa:

Art. 1º O prazo para transmissão da Escrituração Contábil Digital (ECD) previsto no art. 5º da Instrução Normativa RFB nº 1.774, de 22 de dezembro de 2017, referente ao ano-calendário de 2019, **fica prorrogado, em caráter excepcional, até o último dia útil do mês de julho de 2020, inclusive nos casos de extinção, incorporação, fusão e cisão total ou parcial da pessoa jurídica.**

Vê-se, portanto, que a Receita Federal cuidou de unificar os prazos para apresentação da escrituração junto ao SPED, **o que reforça a impossibilidade exigir-se a apresentação de balanço patrimonial referente ao exercício anterior.**

Ora, Excelência, se o próprio instrumento convocatório prevê a possibilidade (que para algumas empresas é uma obrigação) de apresentação do balanço patrimonial na forma do SPED, não há razão, no nosso sentir, para exigir-se dos licitantes balanço patrimonial ainda não exigível, qual seja, do exercício anterior.

Do contrário, estar-se-ia exigindo que as licitantes desconsiderassem o prazo previsto na instrução normativa em seu benefício, única e exclusivamente para participar de um certame licitatório que, em verdade, nem sabe se será vencedor.

Em caso semelhante, apesar de anterior à nova instrução normativa, decidiu o egrégio Tribunal de Contas da União:

“Nos termos do art. 1.078 da Lei Federal 10.406/02 (Lei do Código Civil), o prazo para apresentação, formalização e registro do balanço é até o quarto mês seguinte ao término do exercício, ou seja, o prazo limite seria até o final de abril, nos termos transcritos a seguir:

(...)

No caso de empresas com regime tributário de lucro real, o prazo é até o final de junho, conforme Instrução Normativa da Receita Federal

787/2007.” (Acórdão 2669/2013-Plenário, TC 008.674/2012-4, relator Ministro Valmir Campelo, 02/10/2013.)

Frise-se, por oportuno, que os prazos do SPED foram unificados, seguindo o prazo estampado na Medida Provisória nº 931/20. Tal medida afastou, inclusive, possíveis questionamentos acerca da aplicabilidade ou não da referida instrução normativa ao certames licitatórios, haja vista se tratar de norma hierarquicamente inferior ao Código Civil pátrio, o qual prevê, originalmente, prazo nitidamente inferior para apresentação do balanço.

Em desfecho, pontue-se que a previsão do edital é, no mínimo, confusa, ao não acompanhar as nuances que acompanham as recentes alterações legislativas a respeito da matéria.

Assim sendo, tecidas tais considerações pugna para que seja o instrumento convocatório alterado para permitir que seja apresentado o balanço patrimonial do exercício 2018, nos termos da legislação anteriormente citada e não somente **do exercício anterior na forma prevista no edital.**

3.4 Da exigência de atestado de capacidade técnica – quantitativo mínimo desarrazoado

De outra banda, consta do edital de licitação, especialmente na alínea “b” do item de nº 13.6.4, a necessidade de apresentação, para fins de habilitação, de atestado de capacidade técnica pelas licitantes participantes do certame.

Eis o teor do aludido fragmento do instrumento convocatório:

b) Comprovação através de Atestado(s) de Capacidade Técnica, acompanhado da respectiva Certidão de Acervo Técnico – CAT, expedida pelo CREA, fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da Licitante ou dos responsáveis técnicos que fazem parte do quadro permanente da licitante, que comprovem ter executado NO MÍNIMO:

b.1) Prestação de serviços de Capina em vias e logradouros públicos incluindo limpeza de terrenos – mínimo 400.000 m².

b.2) Quantitativo exposto no tópico anterior, corresponde a 17,24% do estimado, conforme Planilha de Composição de Custo, o total estimado para capina é 2.320.000 m².

Nota-se, portanto, que o Município de Teófilo Otoni exige, para fins de habilitação, a apresentação de atestado de capacidade técnica com comprovem o desempenho de atividades semelhantes à do objeto do presente contrato, estabelecendo, ainda, a necessidade de comprovação de execução das parcelas mais relevantes da obra.

Na mesma toada, o referido instrumento convocatório elencou as atividades que considera de maior relevância, consoante se extrai do fragmento citado acima.

Contudo, analisando meticulosamente o objeto do presente certame, extrai-se, com clareza solar, que as referidas atividades exigidas, em verdade, não são capazes de aferir a capacidade técnica dos licitantes porventura interessados em participar do certame, fato que, sem sombra de dúvidas, tem o condão macular o edital de licitação publicado, *data máxima vênia*.

Isso porque, as exigências são bastante específicas, representando apenas uma das possibilidades de executar a mesma atividade. **Em outras palavras, existem licitantes que já executaram atividades de características semelhantes ou até mesmo superiores às exigidas, mas que, pela exigência específica, estariam inabilitadas.**

Em síntese, mantendo-se a exigência do instrumento convocatório, corre-se o risco de que empresas com aptidão superior ao exigido não estejam habilitadas pelo simples fato de, não terem em seus atestados de capacidade técnica as atividades especificamente previstas, apesar de terem executado objetos similares e até superiores ao licitado. Inconcebível.

Para fins elucidativos, alguma licitante porventura pode não ter executado especificamente a “*Prestação de serviços de Capina em vias e logradouros públicos incluindo limpeza de terrenos*”, mas pode ter desenvolvido as mesmas atividades em propriedade privadas, de igual ou superior complexidade.

Obviamente, serviços de capina podem ser desenvolvidos em diversas outras propriedade de natureza privada, e não somente em logradouros públicos, como prevê o edital.

Manter a referida previsão, a nosso visto, consubstancia-se em restrição ao caráter competitivo do certame licitatório, *permissa vênia*.

Nesse sentido, decidiu o egrégio TCU:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM CONCORRÊNCIA, COM VISTAS À CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA EXECUTAR OBRA DE AMPLIAÇÃO DO SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. **FALHAS RELACIONADAS À EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME.** PROCEDÊNCIA. AUDIÊNCIA. OITIVA. MULTA. DETERMINAÇÃO. **A restrição indevida ao caráter competitivo do certame por conta de exigências de qualificação técnica em desconformidade com os princípios constitucionais e legais que regem a licitação enseja a aplicação de multa aos responsáveis.** TCU 00965020121, Relator: MARCOS BEMQUERER, Data de Julgamento: 10/12/2012)(Grifei)

Por esta razão e por tudo que dos autos consta, fica claro que a cláusula do edital que assevera a necessidade de comprovação de aptidão técnica para os itens apontados é visivelmente restritiva, pugnando para sua alteração, passando a constar o desempenho das referidas atividades não somente em logradouros públicos, mas em qualquer outra que, de alguma forma, seja compatível com as atividades desenvolvidas e, consequentemente, comprovem a aptidão técnica dos licitantes.

3.5 Da exigibilidade de apresentação de índice de liquidez - ausência de justificativa – jurisprudência em sentido diverso

Consta do instrumento convocatório a exigência de índices de liquidez, com o escopo de comprovar a boa situação financeira das licitantes:

c) Comprovação da boa situação econômico-financeira da empresa, conforme índices de Liquidez Geral, Liquidez Corrente e Solvência Geral, extraídos das demonstrações financeiras do último exercício social ou do balanço patrimonial referente ao período de existência da sociedade recém-constituída, calculados conforme segue abaixo, sendo habilitadas as proponentes que alcançarem os índices relacionados abaixo (...)

Neste íterim, de fato é permitido que a Administração Pública exija, dentre os documentos indispensáveis à habilitação, a apresentação de índices que comprovem a boa situação financeira da empresa.

Inclusive, tal possibilidade está encrava no já citado artigo 31 da Lei de Licitações:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

(...)

§ 5º **A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação(..)**

Extrai-se do dispositivo legal em destaque, que inobstante seja possível a apresentação de índices comprobatórios da boa condição financeira da licitante, é imperioso que a exigência seja devidamente justificada. Ocorre que tal justificativa não foi localizada no instrumento convocatório.

Tamanha a importância da referida exigência, que o egrégio Tribunal de Contas da União editou o verbete sumular grafado sob o nº 289, o qual reafirma a previsão expressa da Lei:

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.

Destaque-se que a obrigação destinada à Administração Pública, se justifica pelo fato de que, os parâmetros de solvência e regularidade exigidos no certame devem pautar-se pelos índices praticados em mercados, com vistas à garantir maior amplitude no âmbito dos possíveis participantes do certame.

Além disso, como se sabe, é defeso aos órgãos públicos prever em seus editais, requisitos que não sejam comprovadamente necessários à comprovação da habilitação da licitante e, conseqüentemente, sua aptidão à executar o objeto porventura a ser contratado.

Isso porque, a exigência exacerbada de elementos de habilitação/classificação fere o princípio da competitividade.

Aliás, nesta linha de intelecção, o inciso I, do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93, veda aos agentes públicos:

admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5a 12 deste artigo e no art. 3da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. (grifei)

Na mesma toada, a Constituição Federal no inciso XXI do artigo 37 determina que só poderão ser exigidos “os documentos indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Quanto à possível argumentação de que, apesar de a justificativa não tenha sido prevista no edital, esteja presente no bojo do processo administrativo, ainda assim, em homenagem ao princípio da publicidade estampado no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, faz-se imprescindível que tal informação conste no instrumento convocatório.

Isso porque, garantindo-se o acesso à justificativa que ensejou a exigência dos índices, é possível que algum licitante que porventura não concorde com os parâmetros ali utilizados, insurja-se contra o ato praticado.

Sem a devida justificativa presente no bojo do edital, o licitante sequer saberá porque razão terá que apresentar o referido documento, quiçá poderá questionar os parâmetros utilizados, ferindo-se de morte princípios como o da publicidade, do contraditório e da ampla defesa, todos com guarida constitucional.

Nesse sentido, por todo o exposto, pugna pela retificação do instrumento convocatório para que deixe de constar a exigência de apresentação de índices que comprovem a boa situação financeira da empresa, uma vez que a plausibilidade da exigência não se encontra devidamente justificada no instrumento convocatório.

Subsidiariamente, caso não acolhido pedido principal, requer, ainda, que seja o edital retificado passando a constar a justificativa para a referida exigência, sendo concedido novo intervalo mínimo para análise cuidadosa das novas previsões do edital.

Por fim, ainda em caráter subsidiário, caso a devida justificativa esteja prevista em alguma parte do referido processo administrativo de licitação, roga para que seja franqueado aos licitantes acesso ao referido documento, sendo oportunizado, de igual forma, suspensão a sessão prevista para o dia 19 de junho de 2020, respeitando-se novo intervalo mínimo.

3.6 Da necessidade de nova publicação de edital frente às alterações necessárias

Noutro giro, prevalecendo os requerimentos supra relacionados, percebe-se que o instrumento sofrerá grandes modificações, alterando-se, inclusive, pontos relacionados à aptidão técnica.

Ocorre que dispõe o §4º do artigo 21 da Lei nº 8.666/93 que **“qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas”**.

Portanto, percebe-se, com clareza meridiana, que a alteração no edital sem a nova publicação, nitidamente ofende o dispositivo legal em destaque, bem como, **restringe o leque de licitantes porventura interessados**.

Isso porque, algum licitante que porventura não tinha interesse em participar do certame nos moldes anteriores, poderá passar a interessar-se em contratar com a Administração Pública da forma que o edital passará a ser previsto.

Além disso, o intervalo mínimo entre a publicação e a data da sessão tem o escopo de, justamente, **garantir aos licitantes tempo razoável para se adequarem aos moldes insculpidos no instrumento convocatório e concorrerem em igualdade de condições. Quando se altera o edital mas não se disponibiliza novo prazo para tal preparação, obviamente, os licitantes ficam prejudicados**.

Nesse sentido decidiu o egrégio TJMG:

LICITAÇÃO - EDITAL - PUBLICAÇÃO - ALTERAÇÃO POSTERIOR - EXIGÊNCIA DE NOVA PUBLICAÇÃO COM REABERTURA DE PRAZO - ART. 21, § 4º, DA LEI FEDERAL Nº 8.666/93. Nos termos do §4º, do art. 21, da Lei Federal nº 8.666/93, a modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, salvo quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas. (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0188.04.027842-9/001, Relator(a): Des.(a) Maria Elza , 5ª C MARA CÍVEL, julgamento em 15/09/2005, publicação da súmula em 14/10/2005)(Grifei)

Ademais, é de bom alvitre destacar que as alterações apresentadas, inquestionavelmente, alteram a formulação de propostas.

Mencione-se que a exceção prevista à nova publicação do edital só pode ser utilizada quando, a alteração não afetar a formulação das propostas. Aqui, anote-se que o termo “proposta” abrange o conjunto formado pela documentação de habilitação, e a proposta comercial.

Mesmo que a alteração do edital ocorra nos documentos de habilitação exigidos dos interessados em disputar o certame, sem nenhuma relação com a elaboração da proposta propriamente dita, a nova publicação é obrigatória, tal qual já está pacificado na doutrina e na jurisprudência.

Vale destacar que, inclusive quando a modificação é para diminuir as exigências de habilitação, é necessária a republicação do edital com reabertura de prazo, pois um interessado que não tinha condições de disputar com a regra inicial pode conseguir se habilitar com as novas exigências.

Nesse sentido, decidiu o egrégio TCU no Acórdão nº 1197/2010 – TCU – Plenário, Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti:

9.2.2. atente para a necessidade de divulgação, pela mesma forma que se deu o texto original, das eventuais alterações do instrumento convocatório, com a reabertura do prazo inicialmente estabelecido, mesmo em hipóteses que resultem na ampliação do universo de competidores, a fim de viabilizar que os novos possíveis interessados contem com tempo hábil para a elaboração de suas propostas, com vistas a dar pleno cumprimento ao disposto no § 4º do art. 21 da Lei 8.666/93;

Assim sendo, pelo exposto e por tudo que dos autos consta, faz-se imprescindível nova publicação do edital, sendo garantido novo interregno mínimo entre a publicação e a data para abertura dos envelopes de documentação e proposta, nos termos do artigo 21, §4º da Lei nº 8.666/93.

IV – DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Ante o exposto, requer:

- 1) Que sejam recebidas e devidamente autuadas as presentes razões de impugnação ao instrumento convocatório;
 - 2) Que seja **ATRIBUÍDO EFEITO SUSPENSIVO À IMPUGNAÇÃO**, até o julgamento definitivo;
 - 3) Pela **retificação do instrumento convocatório**, passando-se a permitir que empresas em recuperação judicial participem do certame, limitando-se a restrição às empresas com falência decretada. **Sugere-se, ainda, a adoção das mesmas cláusulas utilizadas pelo TCE/MG no edital de licitação cuja cópia se encontra em anexo;**
 - 4) **Que seja o instrumento convocatório alterado** para permitir que seja apresentado o balanço patrimonial do exercício 2018, nos termos da legislação anteriormente citada e não somente do exercício anterior na forma prevista no edital;
 - 5) **Que seja alterado o instrumento convocatório**, para que passe a constar a comprovação de desempenho das referidas atividades não somente em logradouros públicos, mas em qualquer outra que, de alguma forma, seja compatível com as atividades desenvolvidas e, conseqüentemente, comprovem a aptidão técnica dos licitantes.
 - 6) **Pugna pela retificação do instrumento convocatório**, para que deixe de constar a exigência de apresentação de índices que comprovem a boa situação
-
-

financeira da empresa, uma vez que a plausibilidade da exigência não se encontra devidamente justificada no instrumento convocatório.

6.1 Subsidiariamente, caso não acolhido pedido principal, requer, ainda, que seja o edital **retificado passando a constar a justificativa para a referida exigência, sendo concedido novo intervalo mínimo para análise cuidadosa das novas previsões do edital.**

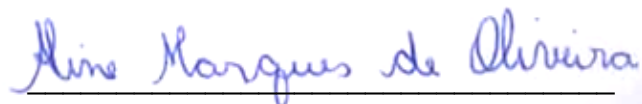
6.2 Por fim, ainda em caráter subsidiário, caso a devida justificativa esteja prevista em alguma parte do referido processo administrativo de licitação, roga **para que seja franqueado aos licitantes acesso ao referido documento, sendo oportunizado, de igual forma, suspensão a sessão prevista para o dia 19 de junho de 2020, respeitando-se novo intervalo mínimo;**

7 **Que seja realizada nova publicação, com o respeito do intervalo mínimo entre a última publicação e a data de abertura dos envelopes de documentação e proposta, nos termos do §4º do artigo 21 da Lei nº 8.666/93**

Termos em que,

Pede e espera deferimento.

[Teófilo Otoni/MG, 16 de junho de 2020.



ALINE MARQUES DE OLIVEIRA

CPF de nº 082.447.556-95

IMPUGNANTE
