

Oficio: 03/2018

Origem: Instituto de Gestão de Políticas Sociais - Instituto Gesois

Destino: Associação Executiva de Apoio a Gestão de Bacias Hidrográficas Peixe Vivo -

AGB Peixe Vivo

Assunto: RECURSO

Ref.: ATO CONVOCATÓRIO Nº 024/2017 -

CONTRATO DE GESTÃO IGAM Nº 002/2012

Prezados Senhores;

INSTITUTO DE GESTÃO DE POLÍTICAS SOCIAIS, também designado INSTITUTO GESOIS, inscrito no CNPJ sob o número: 07.571.815/0001-70, com sede na Avenida José Candido da Silveira, 447, bairro Cidade Nova, Belo Horizonte/MG, CEP: 31.170-193, representado por seu Presidente, HILDEMANO TEIXEIRA AMORIM NETO, brasileiro, inscrito no CPF sob nº 465.492.426-4, vem através deste apresenta o recurso referente ao Ato Convocatório supracitado acima.

Sem mais para o momento, colocamo-nos a disposição para quaisquer esclarecimentos.

Belo Horizonte, 31 de Janeiro de 2018

Atenciosamente

Hildemano Teixeira Amorim Neto Instituto Gesois CNPJ: 07.571.815/0001.70

Contatos:

gesois@gesois.org.br - Email Geral

leogurg@gmail.com - Dr. Leonardo Gurgel (Advogado)

Tel.: (31)3291-8866 Cel.: (31)99201-2382





ILMO. PRESIDENTE DA COMISSÃO DE SELEÇÃO E JULGAMENTO DA AGB PEIXE VIVO

ATO CONVOCATÓRIO Nº 024/2017 CONTRATO DE GESTÃO Nº 002/IGAM/2012

INSTITUTO DE GESTÃO DE POLÍTICAS SOCIAIS, também designado INSTITUTO GESOIS, inscrito no CNPJ sob o número: 07.571.815/0001-70, com sede na Avenida José Candido da Silveira, 447, bairro Cidade Nova, Belo Horizonte/MG, CEP: 31.170-193, representado por seu Presidente, HILDEMANO TEIXEIRA AMORIM NETO, brasileiro, inscrito no CPF sob nº 465.492.426-4, vem, nos termos do que dispõe o item 8.1 e 8.2 do Ato Convocatório e com fundamento no artigo 109, I da Lei 8.666/93 e artigo 44 da Resolução Conjunta SEMAD/IGAM nº 1.044, de 30 de outubro de 2009, apresentar, RECURSO CONTRA INABILITAÇÃO, pelos termos que passa a expor:

DA TEMPESTIVIDADE

O item 8.1 do edital diz que o prazo para recurso será de 05 (cinco) dias uteis a contar da ciência da decisão de inabilitação. A sessão que inabilitou a recorrente ocorreu no dia 25/01/18, uma quinta feira. Portanto, por ter tido ciência dessa decisão na mesma sessão, o prazo para interposição do recurso é dia 01/02/18, sendo, portanto, tempestivo.

DA DESCRIÇÃO DO CERTAME

Trata-se o presente certame de Seleção de Propostas que tem por objetivo a contratação de Pessoa Jurídica para: "CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA ESPECIALIZADA PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO PROJETO HIDROAMBIENTAL, NA UTE RIBEIRÃO JEQUITIBÁ, MINAS GERAIS", conforme Termo de Referência.

A Recorrente Impugnou o edital, tendo a sua Impugnação sido indeferida, por alegação de intempestividade. Na bem da verdade, a Recorrente já tinha conhecimento da posição dessa Comissão, visto que na Impugnação ao ATO CONVOCATÓRIO Nº 020/2017, já havia tido as suas mesmas razões de Impugnação rechaçadas, na qual essa mesma comissão da AGB Peixe Vivo disse: "Quanto à exigência do capital social mínimo atende aos requisitos da norma e das atividades (objeto) que serão contratadas. Ademais está previsto no Ato Convocatório."

Por considerar ilegal a previsão no ato convocatório dessa disposição, a requerente apresenta suas razões de recuso abaixo, para que a Comissão reveja a sua posição e considere a recorrente habilitada.







DA EXIGÊNCIA DE CAPITAL SOCIAL MÍNIMO OU PATRIMÔNIO LIQUIDO

O item de do título "6.6 - Qualificação econômico-financeira" assim diz:

d) Comprovação de possuir Capital Social mínimo de 10% (dez por cento) do valor estimado para a contratação, na forma da lei.

A Resolução Conjunta SEMAD/IGAM nº 1.044, de 30 de outubro de 2009, informa, no Art. 24, a documentação referente à qualificação econômico-financeira que pode ser exigida das Concorrentes:

Art. 24 - A documentação relativa à qualificação econômico-financeira será exigida para obras e serviços de valor superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais), e limitar-se-á a:

I - 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 por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou recuperação judicial expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física.

Tal exigência, certamente, está seguindo o que diz o art. 31, §2º e 3º da Lei nº 8.666/1993, colacionado abaixo, visto que, isso não consta na Resolução, a qual a Licitante deve seguir *a priori* nesse procedimento:

- Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
- § 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no §1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.
- § 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

Ocorre que, a Lei 8.666/93 diz que podem ser exigidos o Capital Social <u>OU</u> o Patrimônio Liquido. Ou seja, **O EDITAL É MAIS RESTRITIVO** que a Lei e a Resolução.

Vejamos Recorrente é uma entidade privada sem fins lucrativos, integrante do que se convencionou chamar de terceiro setor, que é composto por entidades não governamentais, que possuem gestão própria, são voluntárias, sem fins lucrativos e legalmente constituídas, ou seja, institucionalizadas.



No Brasil, as associações e fundações são consideradas, no artigo 44 do Código Civil, como pessoas jurídicas de direito privado. Cumpre observar que todos os termos utilizados (instituto, ONG, organização, etc.) referem-se sempre a uma associação ou fundação. No caso da impugnante, a mesma é classificada como OSCIP.

Com tal qualificação, é do seu objeto promover as ações dispostas no seu estatuto social, que são condizentes com o objeto desse Ato Convocatório. Cumpre observar que, diferente das sociedades, às associações e fundações não possuem a obrigação de serem constituídas por meio de capital social, sendo certo que o Código Civil, nos artigos. 53 e 62, não criou essa exigência.

Já Patrimônio Líquido, que é um conceito contábil, todas as pessoas jurídicas tratadas no artigo 44 do Código Civil possuem. Segundo as NORMAS BRASILEIRAS DE CONTABILIDADE APLICÁVEIS AO TERCEIRO SETOR (NBC T 10.19.1.3), cuja cópia segue anexa, o conceito básico de Patrimônio Líquido é o mesmo tanto nas empresas quanto no terceiro setor. Assim, a equação patrimonial clássica (ativo-passivo) não se altera.

O Ato Convocatório diz em seu objeto que o mesmo é destinado à contratação de PESSOA JURÍDICA, sendo que no seu 2.3, diz ser vedada a participação de interessados cuja atividade não seja compatível com o objeto desta seleção.

Já no item 2.5, enumera hipóteses de vedação de participação. Em nenhum trecho do Ato Convocatório, há a vedação de participação de associações e fundações nem ao menos de quaisquer outras das pessoas jurídicas citadas no artigo 44 do Código Civil.

Com isso, a razão de existir dessa disposição é tão somente comprovar a capacidade econômica e financeira de executar o contrato. A recorrente apresentou o seu Balanço, no qual comprova que possui Patrimônio Liquido de R\$ 269.247,70, sendo que o valor Global do Contrato é R\$ 270.708,70. Ou seja, o PL da recorrente É PRATICAMENTE IGUAL AO VALOR GLOBAL PREVISTO PARA CONTRATAÇÃO.

PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO E DILIGÊNCIAS:

Vale a pena verificar o disposto no § 1°, do artigo 3°, da Lei nº 8.666/93:

"Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos."

"§ 1º - É vedado aos agentes públicos:



I - admitir, prever, incluir ou tolerar nos atos de convocação, cláusulas que comprometam restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo 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"

Dentro desse contexto, imprescindível trazer a baila o escólio do Douto Jessé Torres Pereira Júnior, acerca da competitividade. Cite-se:

"A nenhum servidor da Administração Pública é dado, por qualquer modo, violar o caráter competitivo da licitação. Este é de sua essência, é a razão de existir do instituto. Deveria figurar entre os princípios referidos no caput do art. 3º, embora se possa presumir sua presença entre os correlatos, tanto que será inexigível licitação 'quando houver inviabilidade de competição (art.25)" (IN COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, P.66,2006).

Oportuno, ainda, é o magistério de José dos Santos Carvalho Filho. Vejamos:

"(...) princípio da competitividade, correlato ao princípio da igualdade. Significa que a Administração não pode adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação. Em outras palavras, deve o procedimento possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção se faça da melhor forma possível. Fácil é verificar que, sem a competição, estaria comprometido o próprio princípio da igualdade, já que alguns se beneficiariam à custa do prejuízo de outros. "MANUAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO, P.223, 2007.

A melhor doutrina e jurisprudência apontam pela necessidade da adoção por parte dos entes públicos do chamado PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO, o que também possibilita que haja sempre competitividade no certame, já que não é recomendável a exclusão de licitantes por conta de questões menores (excesso de formalismo).

Deve-se buscar sempre a seleção de uma proposta mais vantajosa por parte da Administração, o que somente será possível se preservada a competitividade. O ato administrativo deve ser sempre vinculado ao princípio da razoabilidade.

O próprio Tribunal de Contas da União – TCU, a seu turno, tem prestigiado e exigido a adoção do mencionado PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO, como também a possibilidade de saneamento de eventuais falhas ao longo do procedimento licitatório:

"No curso dos procedimentos licitatórios a administração pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados(...)." (TCU. Processo nº 032.668/2014-7. Acórdão nº 357/2015-plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas)



Ou seja, as exigências para o fim da habilitação dos interessados em licitar, devem ser sempre compatíveis com o objeto do edital, afastando-se formalismos inúteis.

Ademais, sempre que possível, deve a Comissão Licitante lançar mão da sua faculdade de promover diligências destinadas a esclarecer quaisquer questões e ou dúvidas, tendo sempre em vista o interesse de se preservar a natureza competitiva das licitações.

Não é mais aconselhável que por meros formalismos ou acomodação em não diligenciar, licitantes capazes de oferecer boas propostas sejam afastados abruptamente das disputas, reduzindo a desejada competição dos certames, o que muitas das vezes leva a administração pública a contratar em piores condições.

Por todas essas razões, <u>abusa do formalismo</u> e é desarrazoada tal exigência do capital social e não aceitação do Patrimônio Liquido para comprovar a qualificação econômico e financeira, sendo que a sua a inabilitação, após ter apresentado proposta tempestivamente e comprovado que tem condições de executar o contrato, tão somente com base nisso, é completamente contrária a esse princípio.

Dessa forma, a exigência de Capital Social tão somente, sem que exista a possibilidade de tal exigência ser suprida pelo Patrimônio Liquido, não possui amparo legal e nem ao menos justificação técnica, portanto, se mantida, configura restrição indevida à competitividade, razão pela qual, deve ser incluído nesse item o texto ou patrimônio liquido, a fim de corrigir tal equívoco.

DOS REQUERIMENTOS

Diante disso que foi exposto, a AGB <u>DEVE</u> habilitar Recorrente, com fundamento na legislação, nos julgados do TCU, visto que a mesma comprovou a sua capacidade econômica e financeira com o seu Patrimônio Liquido.

Requer também, que seja dada ciência aos demais licitantes do resultado do julgamento do presente Recurso.

Por fim, adverte que, em caso de indeferimento sumário ou julgamento injustificado pela improcedência do presente Recurso, por se tratarem as questões aqui elencadas de posicionamento contrário à jurisprudência dos órgãos de controle, a Impugnante não envidará esforços para buscar a correção das ilegalidades do presente certame, perante o Tribunal de Contas da União e o Poder Judiciário, no que couber.

Belo Horizonte, 31 de Janeiro de 2018.

Hildemano Teixeira Amorim Neto

Instituto Gesois CNPJ: 07.571.815/0001.70 LEONARDO GURGEL MACHA

Avenida José Cândido da Silveira, nº 447 Bairro Cidade Nova Cep: 31.170-193 - Telefone: (31) 3481.8007 www.gesois.org.br