

A

COMISSÃO DE LICITAÇÕES

COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DE MARICÁ S.A. – CODEMA

IMPUGNAÇÃO

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 0006104/2022 MODALIDADE: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO FECHADO, ORÇAMENTO ABERTO, PRESENCIAL, CRITÉRIO DE JULGAMENTO MELHOR PROPOSTA EM RAZÃO DA COMBINAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE MAIOR OFERTA PELA OUTORGA DA CONCESSÃO COM O DE MELHOR TÉCNICA, na forma do disposto no artigo 15 da Lei Federal nº8.987/1955/1995. TIPO: MELHOR PROPOSTA EM RAZÃO DA COMBINAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE MAIOR OFERTA PELA OUTORGA DA CONCESSÃO COM O DE MELHOR TÉCNICA. OBJETO: CONCESSÃO ONEROSA PARA EXPLORAÇÃO, POR PARTICULARES, DO SERVIÇO DE ESTACIONAMENTO ROTATIVO EM VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE MARICÁ. PRAZO DA CONCESSÃO: 20 (VINTE) ANOS.

MJCOM Comércio e Representações Ltda – ME, inscrita no CNPJ/MF sob nº **22.992.654/0001-81**, localizada na Rua Antônio Calandriello, 164 – Bairro Moinho Velho, nesta capital do estado de São Paulo, vem, por meio de seu representante legal, **Marco Antonio Pinhal**, portador do RG nº 15.550.156-2, inscrito no CPF/MF sob nº 099.408.078-6, vem, mui respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, por intermédio de seu representante legal ao final subscrito, com supedâneo no que lhe faculta o *edital*, oferecer a presente impugnação.

É poder-dever do Administrador Público conhecer e rever, de ofício, aqueles atos administrativos que afrontem a legislação pátria, eis que a existência de ilegalidades nestes atos, caso não sejam sanadas em tempo hábil, fatalmente ensejarão no fracasso do certame licitatório, seja por macular todas suas fases sucessivas, seja por eivar o próprio contrato dela decorrente de nulidade, causando enormes prejuízos à Administração Pública, o que não é admissível.

1. DA LEGITIMIDADE DA MEDIDA IMPUGNATIVA

As empresas devem deter todas as possibilidades legais de tomarem conhecimento do disposto no Edital e, ato contínuo, estabelecerem leitura perfunctória, pondo abaixo excessos e equívocos.

Tal direito é inerente ao processo de isonomia e da busca pela alta competitividade, sendo dependente do prazo de atuação expresso, fixado por lei.

Justamente por tal regra, a lei de licitações estipula DOIS PRAZOS (duas espécies de prazos) cuja finalidade é a de se consubstanciar atuação profilática para correção perfunctória de excessos.

O prazo de cinco dias úteis, antes da disputa, é atribuído para qualquer cidadão orientar – por textos – impugnações corretoras do Edital.

Considerando que às empresas licitantes devem possuir VANTAGEM e mais CHANCES CORRETIVAS, em comparação com meros cidadãos que NÃO poderão participar da disputa, a mesma lei apresenta prazo de DOIS DIAS ÚTEIS reservados a licitantes para que elas ponham em xeque o Edital.

Destaca-se que a ausência deste prazo exposto implica em *DANO IN RE IPSA*, ou seja, minorou-se a possibilidade (potencialidade) de empresas analisarem o Edital, causando, portanto, perda de direito essencial para a GARANTIA DA COMPETITIVIDADE futura.

Para o TCU, é DEVER do servidor, na construção do Edital, fixar instrumentos para respeito indelével aos prazos do texto legal:

A Administração deve observar o prazo para análise e decisão dos recursos em procedimentos licitatórios, sob pena de responsabilidade dos servidores encarregados da tarefa.

Acórdão 536/2011-Plenário | Relator: AROLDO CEDRAZ

A par disso, A EMPRESA LICITANTE INTERESSADA em participar da concorrência poderá **IMPUGNAR** na aplicação da lei, dentro do prazo de até **02 DIAS ÚTEIS ANTERIORES** à entrega dos envelopes de habitação e proposta. **PORTANTO, A MEDIDA IMPUGNATIVA ENCONTRA-SE TEMPESTIVA** uma vez que a abertura do certame se dará dia 25/11/2022 e ainda, oportuniza caso seja entendido pelo íncrito signatário do edital, o exercício da retratação no prazo de 24 HORAS, fazendo corrigir o edital em comento, evitando assim, intervenções do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

Somado ao direito impugnativo pelo rito ordinário da LLC, também se faz uso do direito de petição. No tocante ao “direito de petição” a Constituição Federal assegura por meio do art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, e, inciso LV, da Constituição Federal/88, a garantia da manifestação constitucional e, dela, ser garantido contra ato de ilegalidade e abuso de poder, bem como ser assegurado o direito ao contraditório e direito à ampla defesa. Também devemos citar que o art. 5º da Constituição Federal elenca direitos fundamentais da pessoa - humana, ou seja, que não se incluíam as pessoas jurídicas. Essa orientação inclusive já foi defendida por Pontes de Miranda. Contudo, atualmente não há mais espaço para este debate, pois, vários direitos previstos nos incisos do art. 5º referem-se às pessoas jurídicas, como a proteção às associações.

Vejamos:

“à pesquisa no texto constitucional mostra que vários dos direitos arrolados nos incisos do art. 5º se estendem às pessoas jurídicas”, tais como o “**PRINCÍPIO DA ISONOMIA, O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, O DIREITO DE RESPOSTA**”, o direito de propriedade, o sigilo da correspondência e das comunicações em geral, a inviolabilidade

de domicílio, a garantia do direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, assim como a proteção jurisdicional e o direito de impetrar mandado de segurança”. Há até direito que é **PRÓPRIO DE PESSOA JURÍDICA**, como o direito à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintos como logotipos e nome fantasia. Assim, as pessoas jurídicas também podem fazer uso do direito de petição, que, na esfera infraconstitucional, foi regulamentada pela Lei nº 9.784/95. O art. 6º estabelece os requisitos do requerimento inicial. Note-se que a lei não exige mais que requisitos mínimos para que se estabeleçam uma relação jurídica processual entre o administrado e a administração pública. A bem da verdade, não exige nenhuma formalidade específica e, por vezes, admite a solicitação oral, que, reduzida a termo, será tombada em processo administrativo. Merece destaque a previsão do parágrafo único, que veda à Administração a **RECUSA IMOTIVADA** de recebimento de documentos, em clara proteção ao cidadão. Sendo assim, o direito de petição por pessoa física ou jurídica, tem como objetivo precípuo assegurar o exercício das prerrogativas típicas de um Estado Democrático de Direito que não tolera abusos ou arbitrariedades, permitindo ao cidadão.

2. DA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA E DE ATO JUSTIFICANDO A CONVENIÊNCIA DA CONCESSÃO.

O contrato não envolve simplesmente a transmissão de um serviço simples ou a aquisição de um produto comum, mas, de fato, busca **REPASSAR PARA UMA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO A ATUAÇÃO TIPICAMENTE PÚBLICA**, na busca por agrado de um **DIREITO FUNDAMENTAL** que é o da locomoção, atrelado ao interesse público.

Justo por isso, tal espécie de transpasse de serviço essencial possui uma lei própria, com princípios de direito difuso que asseguram a continuidade razoável de eventual execução futura.

A lei citada é a de número 8.987/95, em comunicação com a Carta Magna, e que, por isso fixa, como requisito de prosseguibilidade de um processo licitatório, que a comunidade deva ter sido partícipe de um “palco condutor de políticas públicas”.

Tal oportunidade de participação pré-concessão é chamada de **AUDIÊNCIA PÚBLICA**.

A Lei nº 8.987, de 13/02/1995, trata do "regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos", a que se refere o art. 175 da Constituição da República. Embora não contemple, expressamente, a audiência pública, contém vários dispositivos que demandam a sua realização, tais o art. 3º (para implementação da "cooperação dos usuários"), o art. 7º, I e II (para que os usuários possam exercer o direito de receber o serviço adequado e as informações para defesa de interesses individuais e coletivos do poder concedente ou da concessionária), o art. 21 (para colocar à disposição dos interessados "os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização"), o art. 29, XII (para "estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço") e no art. 30, parágrafo único (para escolha dos representantes dos usuários na comissão encarregada de fiscalizar o serviço periodicamente).

O Edital, ao arrepio de regra cogente citada, NÃO veio acompanhado de qualquer indicativo da referida audiência, ainda que cite expressamente a lei concessões como determinante técnica da continuidade do processo.

Além do mais, outro elemento complementar da própria audiência, que acabou prejudicado pela falta dela, é o ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, nos termos do artigo abaixo extraído da lei supramencionada:

Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

A ausência de ambos os institutos verificada no caso é seríssima, causante de nulidade do processo "no pé", por anulação substancial, no entorno de entrechoques constitucionais.

O tema é referendado pelo TCU:

Nas audiências públicas que precedem as concessões de serviços públicos, devem ser incluídas nas discussões as informações técnicas, econômico-financeiras, ambientais e jurídicas constantes

dos estudos de viabilidade, disponibilizando-se ao público documentos que permitam identificar claramente as metodologias, premissas e estimativas aferidas, calculadas e utilizadas na tomada de decisão.

Acórdão 925/2016-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES

A audiência pública não é ato discricionário no caso de arrendamento de áreas de porto, devendo ser exigida para licitação cujo valor ultrapasse o limite estipulado nas normas específicas da Agência Nacional de Transporte Aquaviário (Antaq) e no art. 39 da Lei 8.666/1993, considerando para tanto a receita total estimada do arrendamento. Quando exigível, a audiência pública é condição de validade do procedimento, além de proporcionar maior publicidade e transparência para a atividade administrativa e auxiliar no controle da legalidade e da conveniência das licitações públicas.

Acórdão 2243/2007-Plenário | Relator: UBIRATAN AGUIARD
aí absolutamente nulo o procedimento licitatório em comento.

3. COMPROVAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL OU PATRIMÔNIO LÍQUIDO ACIMA DO PERMITIDO EM LEI.

A exigência de capital mínimo ou de faturamento é MEDIDA CAUTELAR serviente para GARANTIR que pessoas jurídicas que pretendam prestar serviços públicos mostrem-se aptas a promover o objetivo-fim do contrato, sem comprometimento financeiro em seu capital, com reflexos na execução.

Por tal regra, deve-se evitar exigências financeiras oriundas de base de cálculo exagerada, e, sobretudo, no que toca a contratos que possuam validade anual com eventual prorrogação, **é sobre esse lapso temporal que deve incidir a expectativa financeira.**

O motivo óbvio é o de que, pelo princípio da ANUALIDADE, presente no Direito Financeiro, os orçamentos públicos são construídos ANUALMENTE, após discussão entre os poderes e, demais, por meio de LOA.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu Art. 5º é preclaro:

Art. 5º O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar:

I - conterá, em anexo, demonstrativo da compatibilidade da programação dos orçamentos com os objetivos e metas constantes do documento de que trata o § 1º do art. 4º.

O ORÇAMENTO ANUAL gera EXPECTATIVA contábil e, portanto, apenas sobre tal lapso de tempo é que a regra de comprovação cautelar de capital deve ser tomada.

Vejamos, por exemplo, a Súmula 37 do TCE-SP foi forjada EXATAMENTE por tal motivo, de modo que, nada obstante a afirmação SEM MOTIVAÇÃO TÉCNICA, pelo órgão promotor da licitação, de que, *in casu*, não seria “aplicável”, **consideramos que é preciso seguimento ESCORREITO de sua regra**, evitando-se **limitação à competitividade por exigência incompatível com as regras orçamentárias da LOA**.

Vejamos o teor da súmula:

SÚMULA Nº 37

Em procedimento licitatório para contratação de serviços de caráter continuado, os percentuais referentes à garantia para participar e ao capital social ou patrimônio líquido devem ser calculados sobre o valor estimado correspondente ao período de 12 (doze) meses.

A Súmula 37 do TCE-SP não tem **“livre aplicação conforme a conviência”** do gestor público, vez que sua relação coercitiva é **sobre o GÊNERO “procedimento licitatório” e, portanto, aplicável em TODAS as espécies ou modalidades que subsidiaram um procedimento**.

A limitação do patrimônio líquido aos doze meses tem, como objetivo *sine qua non*, a impossibilidade de sua majoração (exigência) **para além do definido no quantitativo máximo sugerido por lei**, como sumulado pelo TCU:

SÚMULA TCU 275: 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 1321/2012-Plenário | Relator: VALMIR CAMPELO

Ainda para o TCU, a exigência de capital mínimo em face de valores absurdos, muito além da expectativa orçamentário anual, apenas é possível com uma JUSTIFICATIVA TÉCNICA e PARECER CONTÁBIL explicando o risco de tal excepcionalidade.

Usar, como base, o VALOR ESTIMADO de toda a contratação, INDO ALÉM DO LAPSO DA LOA (de um ano), apenas é possível com EXPLICAÇÃO TRANQUILA de restrição da competição entre empresas interessadas:

A fixação, para fins de habilitação, de percentual de patrimônio líquido mínimo em relação ao valor estimado da contratação (art. 31, §§ 2º e 3º, da Lei 8.666/1993) deve ser justificada nos autos do processo licitatório, realizando-se estudo de mercado com vistas a verificar o seu potencial restritivo, sob pena de violação ao art. 3º, § 1º, inciso I, do Estatuto de Licitações.

Acórdão 1321/2020-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER

O TCU inclusive CORROBORA O TEOR DA SÚMULA 37 DO TCE-SP, justamente considerando o prazo de 12 (doze) meses, como segue possante julgado:

O requisito de qualificação econômico-financeira deve pautar-se sobre o valor estimado para o período de 12 (doze) meses, mesmo quando o prazo do contrato for superior a este período.

Acórdão 1335/2010-Plenário | Relator: JOSÉ MUCIO MONTEIRO

O termo “valor estimado” da contratação, presente no Art. 23 da lei 8.666 de 1993 e no Art. 69 § 4º da lei 14.133 de 2021, não pode ser entendido como o sugerido em Edital (NO TOTAL ESTIMADO DO CONTRATO), tendo em conta o MÁXIMO PRETENDIDO, ao arrepio dos limites da lei orçamentária anual.

Valor estimado não significa valor de expectativa de execução do contrato, vez que, uma vez inserto na LOA (doze meses), há GARANTIA de repasse, de modo que cabe à empresa comprovar que possui exequibilidade CAUTELAR para a manutenção do instrumento por tal período.

4. REQUERIMENTO.

Logo, claramente os itens levantados **FEREM A COMPETITIVIDADE** e põe em risco a legalidade intrínseca do certame, pelo acima exposto.

Considerando que a busca pela salutar JUSTIÇA, não ofende, nem mesmo lesa nenhum dos servidores públicos do Município de **Maricá, Estado do Rio de Janeiro**, porque “*Qui jure suo utitur neminem laedit*”, isto é, “Quem usa o seu direito, não lesa ninguém”, apenas se busca pela aplicabilidade da justiça. Finalmente, diante do exposto REQUER seja:

- a) **SEJA RECEBIDA A MEDIDA IMPUGNATÓRIA** pelo cumprimento dos requisitos

de admissibilidade, legalidade e tempestividade e, no mérito, seja reconhecido a:

Requer a **IMEDIATA SUSPENSÃO** do certame.

Na oportunidade desta **medida IMPUGNATÓRIA**, em que pesem as manifestações e embates praticados apenas no campo das ideias e dentro do ordenamento jurídico, protesto a mais elevada estima e distinta consideração por este ínclito Município de Maricá, Estado do Rio de Janeiro, em especial, ao (a) ínclito (a) Presidente da CPL/Pregoeiro (a), Departamento de Licitação e Contratos, Departamento Jurídico, Departamento de Trânsito, Controladoria Interna e Chefe do Poder Executivo, Senhor (a) Prefeito (a).

Nestes termos, com o respeito devido e habitual, pede o deferimento

“à Justiça é uma constante e perpétua vontade de viver honestamente, não prejudicar a outrem e dar a cada um o que lhe pertence.”

Termos em que

Pede deferimento.

São Paulo, 18 de novembro de 2022.



Marco Antônio Pinhal
CPF: 099.408.078-64
Diretor

22 992 654 / 0001 – 81
MJCOM Comércio e Representações Ltda – ME
Rua Antônio Calandriello 164 - Cep 04283-070
Bairro: Moinho Velho – São Paulo – SP