

DECISÃO
PREGÃO PRESENCIAL Nº 44/2017

RAZÕES DO RECURSO

Trata-se de recurso administrativo interposto pela empresa **NOVA FONTE SERVIÇOS E TRANSPORTE LTDA ME** em face da decisão proferida em sessão de licitação ocorrida aos 20 dias do mês de setembro deste ano que teve como objeto **CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE ESCOLAR** a fim de **revogar** da decisão que desclassificou a empresa recorrente e decretar a **inabilitação** das empresas **SCATENA AGENCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA EPP** e **WEST SIDE AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA**.

Alega a recorrente que a decisão que a desclassificou deve ser revogada porque se trata de decisão subjetiva que contraria a legislação porque não observou a competitividade e eficiência que devem haver nas licitações. Que a proposta apresentada observou todas as regras editalícias e seguiu o modelo indicado no instrumento convocatório. Que qualquer decisão inversa a classificação da recorrente seria ilegal e viciada porque desvinculada do edital do certame. Que deveria ter sido observado ainda o princípio da isonomia para garantir a igualdade de condições sem qualquer vantagem a outros participantes. E, portanto, que deve então ser classificada para a fase de lances por preencher os requisitos legais para tanto.

Em suas razões de recurso, aduz também que a empresa **SCATENA AGENCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA EPP** deve ser inabilitada por erro na proposta apresentada: **a)** não observância do piso salarial do motorista e monitor estabelecido na Convenção Coletiva de Trabalho vigente; e **b)** utilização como base de cálculo as alíquotas diferenciadas para empresas optantes do SIMPLES NACIONAL embora não se trate de empresa optante do SIMPLES. Por sua vez que a empresa **WEST SIDE AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA** deve ser inabilitada porque: **a)** apresentar balanço patrimonial em desconformidade com as exigências do edital sem assinatura do representante da empresa e do contador; **b)** apresentar atestado de experiência incompatível com o objeto licitado já que não contem 50% do exigido no certame; **c)** não apresentar atividade compatível com o objeto da licitação. Não anexou documentos.

CONTRARRAZÕES DO RECURSO

Nos termos do inciso XVIII do art. 4º da Lei 10.520/2002 as demais licitantes foram devidamente intimadas para apresentação de contrarrazões, tendo a empresa **SCATENA AGENCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA EPP** apresentado contrarrazões por meio do processo nº 4998/2017 e a empresa **WEST SIDE AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA** por meio do processo nº 5014/2017.

Contrarrazões da Empresa Scatena

Aduziu, em síntese, que o recurso apresentado pela recorrente em face da empresa recorrida Scatena é inepto na medida em que os fatos deveriam ter sido abordados em sessão pública, conforme itens 10.4 e 10.4.4 do edital convocatório, de modo que, ao deixar de apontar qualquer irregularidade em face da recorrida a recorrente decaiu de seu direito e não poderia fazê-lo em sede de recurso.

No que se refere salários apresentados que estariam abaixo do piso salarial estabelecido pela Convenção Coletiva de Trabalho aduz que os valores estão em conformidade com o Acordo Coletivo de Trabalho 2017-2018 firmado com os condutores de veículos rodoviários de Itu e Região (na qual Iperó está incluído), conforme cópia anexada com as contrarrazões, e que os tributos indicados na proposta apresentada estão em conformidade com a legislação tributária a que está sujeita.

Por fim, quanto à desclassificação da empresa recorrente alega que a decisão da Pregoeira foi acertada porque deixou a empresa de demonstrar claramente a viabilidade do contrato como um todo conforme exigência constante do item 7.7 do edital.

Requer, portanto, a manutenção da decisão proferida pela Pregoeira e equipe de apoio na sessão pública que desclassificou a recorrente e que não seja conhecido o recurso administrativo em face da empresa recorrida Scatena.

Contrarrazões da Empresa West Side

Inicialmente, afirma que o recurso interposto pela recorrente não foi suficiente para comprovar suas alegações e que tem como único objetivo tumultuar o certame.

Em síntese, aduz a recorrida West Side que a atividade pretendida é pertinente ao objeto licitado e que em momento algum exigiu a municipalidade de forma expressa que a atividade de transporte escolar estivesse contida no objeto social e ainda que possui capacidade de exercer os serviços exigidos no edital conforme pode ser confirmado pelo disposto no contrato social da empresa.

No que tange ao balanço patrimonial, a recorrida West Side alega que o documento foi apresentado no formato do Sistema Público de Escrituração Digital - SPED, nos termos do Decreto Federal nº 6.022/2007, razão pela qual não há que se falar em assinatura física dos livros contábeis e sim em assinatura digital, nos exatos termos do art. 2º e parágrafo único da Instrução Normativa RPF nº 1420/2013. Que os documentos apresentados no certame foram devidamente assinados digitalmente, de modo que atende plenamente ao disposto no edital e na legislação vigente.

Quanto à comprovação da plena capacidade técnica, a empresa recorrida West Side aponta que atendeu totalmente ao edital na medida em que a exigência previa que o atestado de capacidade técnica deveria conter apenas o tipo do serviço executado, a quantidade de veículos operados, a quantidade de quilômetros percorridos mensalmente e o tempo da prestação de serviço. Que, diferentemente do alegado pela recorrente, não previa o edital o tipo de quantitativo. E que, portanto, o atestado apresentado está em conformidade com os termos editalícios. Que o percentual citado pela empresa recorrente somente seria aplicado se houvesse exigência expressa no instrumento convocatório.

Requer, portanto, a manutenção da decisão proferida pela Pregoeira e equipe de apoio na sessão pública com a improcedência das razões recursais e consequente homologação e adjudicação do objeto em favor da empresa West Side.

DECISÃO

Da Tempestividade do Recurso

Dada a tempestividade do recurso administrativo, esta Presidente da Comissão de Licitações, analisando as razões apresentadas pela recorrente e contrarrazões das recorridas, passa ao mérito.

Do Mérito

O recurso apresentado não merece provimento, conforme se evidenciará no decorrer desta decisão.

De início, vale destacar que pela leitura dos termos convocatórios, pode-se concluir que a Administração Municipal, por intermédio de sua Pregoeira, buscou confeccionar um edital contendo todas as exigências mínimas necessárias a garantir a boa e fiel execução dos serviços.

Definiu, portanto, de maneira precisa as exigências em conformidade com os ditames legais, buscando a proposta mais vantajosa e evitando a redução do universo de participantes do procedimento licitatório, de modo a preservar o interesse público.

Da Desclassificação da Recorrente Nova Fonte

De início, há que se evidenciar que a empresa Nova Fonte foi desclassificada do certame por descumprimento do item 7.7 do edital e, conseqüentemente, pela afronta ao princípio da vinculação ao edital, vejamos:

A Pregoeira juntamente com sua equipe de apoio faz constar que a empresa NOVA FONTE SERVIÇOS E TRANSPORTES LTDA fica desclassificada pelo descumprimento parcial do item 7.7 do edital, não tendo apresentado o fluxo de caixa econômico exigido juntamente com a proposta de preço, em evidente afronta ao princípio da vinculação ao edital inerente à Administração Pública (art. 3º da Lei Federal nº 8.666/1993).

Da simples análise do consignado na ata da sessão resta evidente que a desclassificação da empresa recorrente não foi fundamentada nos incisos VIII e IX do art. 4º da Lei nº 10.520/2002 na forma que pretendeu fazer crer a recorrente.

O trecho consignado no recurso interposto, em verdade, faz menção a continuidade da sessão para a fase de lances e não tem relação com os fundamentos e motivos que ensejaram a desclassificação da recorrente.

Por sua vez, no que tange a desclassificação propriamente dita, importante a transcrição do item 7.7:

A proposta deverá vir acompanhada da respectiva planilha de custo que a determinou, bem como, do fluxo de caixa econômico que tem por objetivo demonstrar claramente a viabilidade do Contrato como um todo.

E, há que se destacar também o que estabelece o inciso VII do art. 4º da Lei Federal nº 10.520/2002:

Art. 4º. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório

Da leitura do item 7.7. e da norma legal, indiscutível, que a manutenção da desclassificação da empresa recorrente deve permanecer, posto que deixou de apresentar o fluxo de caixa econômico exigido, consequentemente, desrespeitando o previsto em edital.

Frise-se que, por ocasião do recurso, não logrou êxito a recorrente em comprovar a apresentação do fluxo de caixa exigido e limitou-se a consignar que seguiu o modelo indicado no instrumento convocatório e que tal fato significaria o cumprimento dos requisitos editalícios.

Ocorre que, apesar dos argumentos lançados, fato é que caberia ao representante da empresa recorrente tomar os cuidados necessários, antes da participação da licitação, para verificar se estava em posse de todos os documentos determinados no edital, inclusive, porque tem ciência de que se trata de fase eliminatória do certame a não entrega dos documentos necessários naquele momento.

Nesse passo, a decisão da Pregoeira e equipe de apoio foi devidamente motivada e considerou, de fato, aquilo que realmente estava previsto no instrumento convocatório, nos exatos termos de suas atribuições e com fulcro no cumprimento das regras licitatórias impostas. E, demonstrado restou, que não houve o preenchimento de tais regras pela empresa recorrente, sendo, portanto, a desclassificação a consequência lógica diante do descumprimento.

Importante rememorar ainda que o edital faz lei entre as partes e não foi impugnado pela empresa recorrente no momento oportuno, de forma que aceitou sujeitar-se às regras nele previstas, sendo certo que foi fixado no item 7.7 os critérios a serem preenchidos na proposta.

Logo, não há dúvida de que desclassificar, no caso em tela, licitante que não apresentou, no tempo e forma fixados pelo edital, a documentação exigida, significa agir em conformidade com os princípios estabelecidos na Lei de Licitações e Contratos e ao disposto no inciso VII, do art. 4º da Lei Federal nº 10.520/2002.

Da Proposta da Recorrida Scatena

Igualmente, não merece reparo a decisão da r. Pregoeira no que tange à habilitação da empresa Scatena.

Conforme bem consignado nas contrarrazões da empresa recorrida Scatena, a questão relativa ao objeto não foi apontada no momento da sessão, de modo que, em tese, teria a empresa recorrente deixado transcorrer o momento para a interposição do recurso em face da empresa Scatena, conforme previsto nos itens 10.4 e 10.4.4 do edital e no inciso XX do art. 4º da Lei Federal nº 10.520/2002.

Isso porque, o próprio art. 4º da Lei Federal nº 10.520/2002 em seu inciso XVIII estabelece que:

Art. 4º. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

XVIII - declarado o vencedor, **qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer**, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho¹ ensina:

¹ Manual de Direito Administrativo. 25. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Atlas, 2012.

O ato de declaração do vencedor pode ser objeto de recurso por parte de qualquer licitante. **Deverá o interessado manifestar-se quanto à sua intenção de recorrer tão logo o pregoeiro faça a declaração, sob pena de ocorrer preclusão, inviabilizando a interposição do recurso.** Exige a lei que tal manifestação seja feita motivadamente. Em nossa opinião, deve interpretar-se a exigência da forma menos rigorosa possível, tendo em vista que, a ser diferente, pode ser obstaculizado o próprio direito ao contraditório e à ampla defesa, assegurado constitucionalmente. O que a lei quer evitar é apenas que o recurso seja interposto por mero capricho ou temerariamente. Assim, a intenção de recorrer pode ser justificada apenas com a informação de que o licitante analisará melhor, no recurso, a legalidade ou não do resultado, inclusive socorrendo-se de seu advogado ou de outros profissionais especializados na área.

Extraí-se dos preceitos legais mencionados, bem como do edital sub examine, que o recurso cabível após a declaração de vencedor do certame deve ser oposto em até 3 (três) dias, **desde que haja manifestação**, quando do encerramento da disputa, da pretensão de recorrer, sob pena de preclusão.

No que tange a empresa recorrida Scatena, a intenção de recorrer não foi manifestada estando precluso o direito da recorrente em face dela.

Apesar de tais considerações, ainda que não tivesse perdido o momento do recurso, não teria a recorrente melhor sorte, haja vista que deixou de comprovar que o piso salarial do motorista e monitor constante da proposta da empresa estaria em desconformidade com a Convenção Coletiva de Trabalho. Pelo contrário, alegou tais fatos e sequer conseguiu indicar o ato que deveria ser observado e sua vigência.

E mais, demonstrou a recorrida Scatena a regularidade dos valores indicados em sua proposta na medida em que apresentou o documento vigente e que regulamenta a questão e, no mesmo sentido, não conseguiu a recorrente evidenciar que os tributos constantes da proposta apresentada pela recorrida Scatena estariam em desconformidade com a legislação vigente.

Entrementes, deve a decisão adotada pela r. Pregoeira ser mantida, visto que a simples alegação sem quaisquer evidências ou provas se demonstra insuficiente para levar a decisão de desclassificação da empresa.

Do Balanço Patrimonial da Recorrida West Side

Conforme consignado, o Edital estabeleceu no item 8.6.2 que, para fins de comprovação de sua boa situação financeira, a empresa licitante deveria apresentar:

8.6.2. Balanço Patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, exigíveis e apresentados na forma da Lei, devidamente registrado no Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) ou transcritos em Livro Diário registrado, devidamente autenticado na Junta Comercial, e assinados por contabilista habilitado e pelo representante legal da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta.

A simples leitura do item citado faz constatar que houve exigência expressa quanto à uma ou outra modalidade, de forma que, optou a empresa recorrida West Side pela apresentação do Balanço devidamente registrado no Sistema Público de Escrituração Digital (SPED).

Considerando, portanto, que o edital do certame é o documento que rege as relações entre as partes, tratando-se de documento público que vincula a Administração e a contratada, por isso seus termos assumem caráter obrigatório. E assumindo seus termos caráter obrigatório, devem aqueles que se submetem a tal procedimento obedecer a todas as suas regras sem exceção.

No caso dos autos, o que se constata é que houve o atendimento ao referido item do edital pela recorrida West Side, pois apresentou os documentos referentes ao livro assinado digitalmente pelo Diretor e pelo Contador da empresa, vez que é optante pelo regime de tributação baseado no lucro real, o que a obriga a adotar a Escrituração Contábil Digital, nos termos da Instrução Normativa RFB nº 1420/2013.

Então, fato é que o SPED-Contábil se caracteriza pela substituição da escrituração em papel pela Escrituração Contábil Digital - ECD, também chamada de SPED-Contábil. Trata-se da obrigação de transmitir em versão digital os seguintes livros: I - livro Diário e seus auxiliares, se houver; II - livro Razão e seus auxiliares, se houver; III - livro Balancetes Diários, Balanços e fichas de lançamento comprobatórias dos assentamentos neles transcritos (art. 2º da Instrução Normativa RFB nº 1420/2013), sendo que tais documentos devem ser assinados digitalmente (parágrafo único do art. 2º da Instrução Normativa RFB nº 1420/2013).

Nesse cenário, da análise dos dispositivos legais, das regras editalícias e dos documentos apresentados pela empresa recorrida West Side, verifica-se, portanto, que foram cumpridas as exigências de qualificação econômico-financeira nas formas legais possíveis.

Aliás, se considerado o disposto em edital, inevitável seria concluir que a exigência tem por objetivo aferir e reconhecer a capacidade econômico-financeira da empresa para execução do objeto e não ater-se ao formalismo rigoroso.

Sobre o tema, oportunas as palavras de Marçal Justen Filho²:

(...) o fundamental reside na apresentação de documentos sérios, confiáveis e úteis. É imperioso ter em vista que o balanço é um instrumento para avaliação do preenchimento dos requisitos de habilitação. O documento, em si mesmo, nada prova. **O balanço é exibido para verificar se o licitante preenche os índices adequados. O relevante é o conteúdo do balanço, o qual tem de merecer inquestionável confiabilidade.** (...) O licitante tem de apresentar o balanço e as demonstrações contábeis, elaboradas de acordo com as regras próprias. Poderá exibir uma cópia autenticada ou uma via original ou a publicação realizada na imprensa. **Não há motivo razoável para negar-se a validade da exibição de um extrato dos documentos contábeis, contendo o balanço e demais informações, devidamente assinado pelo representante legal da empresa e de seu contador.** Mas não se pode exigir o “selo do contador” no balanço como requisito de comprovação da situação de regularidade do profissional perante o respectivo órgão.

Há, inclusive, precedentes do E. Tribunal de Justiça de São Paulo permitindo a relativização dos rigorismos do edital da licitação e vedando interpretações excessivamente restritivas, inclusive quanto a exigências relacionadas à apresentação do balanço contábil:

LICITAÇÃO. Inabilitação de participante porque o **balanço patrimonial apresentado não continha assinatura em todas as folhas**, mas só nos termos de abertura e de encerramento. INVIABILIDADE. **Rigor excessivo não previsto em lei e nem no edital. Interpretação da cláusula editalícia que acabaria limitando o número de participantes.** Segurança concedida. Recursos

² Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 14ª edição, São Paulo, Dialética, 2010, p. 473

desprovidos. (TJSP, *Apelação Cível* nº 9043432-82.2001.8.26.0000, *Rel. Des. Hamid Bdine*, 6ª Câmara de Direito Público; j. 17/10/2005).

In casu, a documentação foi apresentada na forma devida e em conformidade com o instrumento convocatório, mas, ainda que não fosse caberia a r. Pregoeira agir pautada nos postulados da razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, não há que se falar em inabilitação da recorrida West Side no que se refere ao item 8.6.2., posto que observou ao disposto na legislação vigente e ao edital convocatório.

Do Atestado de Capacidade Técnica da Recorrida West Side

Melhor sorte não alcança a alegação da recorrente no sentido de que o atestado de capacidade técnica não seria válido porque não está em conformidade com a súmula nº 24 do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ou seja, porque não contem 50% do objeto licitado.

Ora, o atestado de capacidade técnica contra o qual insurge-se a recorrente foi apresentado pela empresa recorrida em conformidade com as exigências do edital do certame, qual seja, o item 8.7.2. que estabelece:

8.7.2. Atestado(s) de experiência emitido em nome da licitante que comprovem que a empresa executou e/ou executa: transporte coletivo de passageiros em serviço público municipal, intermunicipal, interestadual ou internacional, transporte escolar ou em serviço privado autorizado de fretamento contínuo, emitido por órgão oficial e/ou entidade pública delegatária ou contratante privado do serviço, **onde conste a quantidade de veículos operados, a quantidade de quilômetros percorridos mensalmente, o número de passageiros transportados mensalmente e o tempo de prestação do serviço, nos termos da Súmula nº 24 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.**

Logo, diferentemente do que entendeu a recorrente, o item 8.7.2. não exigiu o quantitativo mínimo que autoriza a Súmula nº 24 do E. TCE SP.

A referida Súmula assim dispõe:

Súmula nº 24 - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

Dessa forma, no que tange à questão, resta evidente que para a comprovação de qualificação técnico-operacional não existe imposição legal que exija a discriminação de percentual. Pelo contrário, trata-se de faculdade concedida ao administrador público.

Nesse sentido, são as decisões constantes dos processos nº 14250.989.16-7, 14252.989.16-5, 14291.989.16- 8 e 14300.989.16-7, sob a relatoria do eminente Conselheiro Renato Martins Costa, julgados em sessão plenária de 07/12/2016, *in verbis*:

“Seguindo a conclusão da ATJ, SDG e d. PFE, também considero improcedentes os apontamentos que recaíram sobre a cláusula 13.1.4, que requer declarações ou atestados de qualificação operacional sem indicação de percentual mínimo, impondo-se às licitantes, tão somente, a comprovação de execução ou participação em serviços compatíveis ou de natureza similar ao objeto da contratação.

Afinal, a fixação dos percentuais reclamada pelos representantes é faculdade conferida ao Administrador que, se dela fizer uso, deverá necessariamente observar os patamares limítrofes estabelecidos na Súmula 24 deste Tribunal.”

No caso dos autos, optou a Administração Municipal por não estabelecer percentual mínimo, de modo que não poderia agora optar por sua fixação diante da simples alegação da recorrente. Se o fizesse estaria a descumprir o disposto em edital, conseqüentemente, ferindo o princípio da vinculação ao edital constante do art. 3º da Lei de Licitações.

Ora, a empresa recorrida West Side atendeu ao exigido em edital e apresentou atestado de capacidade contendo o tipo de serviço executado, a quantidade de veículos, a quantidade de quilômetros percorridos mensalmente, número de passageiros transportados mensalmente e o tempo de prestação de serviço. Demonstrou, portanto, sua aptidão e experiência para a execução do serviço objeto do certame.

Por tais razões, não há que se falar em sua inabilitação no que se refere a este item, especialmente, por que representa qualquer violação ao edital ou à Súmula do E. TCE SP.

Da Atividade da Recorrida West Side

Igualmente, não encontra respaldo a alegação da empresa recorrente no sentido de que o objeto social da recorrida West Side não é compatível com o objeto da licitação.

Para esclarecer a questão necessário transcrever o que dispôs o edital nos itens 4.1 e 8.7.3:

4.1. Poderão participar do certame licitatório todos os interessados do **ramo de atividade pertinente ao objeto da contratação** e que preencherem as condições de credenciamento, habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e qualificação econômica, por meio dos documentos relacionados e constantes deste Edital.

8.7.3. Comprovação de que a licitante tem no seu objeto social **atividade pertinente à operação de serviços de transporte escolar**.

A pertinência entre o objeto da licitação e o objetivo social deve ser verificada apenas através da análise do contrato social ou do estatuto social do licitante devidamente registrado na Junta Comercial ou em outros órgãos fixados em lei.

Daí a necessidade de se avaliar o que consta do contrato social da recorrida, vejamos:

Transporte rodoviário coletivo de passageiros, com itinerário fixo, municipal;
Transporte rodoviário coletivo de passageiros, com itinerário fixo, intermunicipal em região metropolitana; Transporte rodoviário coletivo de passageiros, com itinerário fixo, intermunicipal, exceto em região metropolitana; Transporte rodoviário coletivo de passageiros, sob regime de fretamento, intermunicipal,

interestadual e internacional e Outros transportes rodoviários de passageiros não especificados anteriormente.

Nessa seara, não nos parecer haver incompatibilidade entre as atividades da empresa e as que constam do contrato social da recorrida West Side.

Vale rememorar que a Lei de Licitações, no inciso II do art. 30 exige a pertinência entre o objeto licitado e o ramo de atividade, sendo que a exclusão de empresas com fundamento na ausência de Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE - específico não deve prosperar. Primeiro porque o CNAE não prevalece sobre o que consta do contrato social, conforme decisão proferida no Acórdão nº 09-2264, de 18/02/2009 pela Primeira Turma da Delegacia da Receita Federal de Juiz de Fora que asseverou que “O *objeto social para efeito de certificação da atividade econômica explorada, prevalece sobre o código do CNAE*.”. Segundo porque essa interpretação restringiria a participação de outros licitantes e representaria ofensa ao princípio da competitividade.

SIMPLES NACIONAL. OPÇÃO. INDEFERIMENTO. ATIVIDADE VEDADA. PREVALÊNCIA DO OBJETO SOCIAL SOBRE O CÓDIGO DA CNAE. **O objeto social, para efeito de certificação da atividade econômica explorada, prevalece sobre o código da CNAE.** É insubsistente o Termo de Indeferimento de Opção pelo Simples Nacional apoiado numa suposta base fática anunciada neste último, quando o objeto social aponta para outra realidade. (*Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre - 6ª Turma*)

A Administração Municipal, portanto, deve ter ponderação ao exigir condições para fins de habilitação e tais condições somente devem surgir quando sejam estritamente necessárias a fim de assegurar uma prestação de serviços adequada. A existência de previsão, ainda que genérica, compatível com a atividade licitada, é suficiente para atender os requisitos de habilitação jurídica impostos pela Lei Federal nº 8.666/93, que tem como um dos seus princípios basilares o da ampla concorrência.

Nesse sentido, cito a doutrina de Joel de Menezes Niebuhr³:

(...) a Lei nº 8.666/93, pelo menos no que tange à habilitação jurídica, não exige que o documento constitutivo preveja expressamente que o licitante se dedique especificadamente à atividade correspondente ao objeto da

³ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. Curitiba: Editora Zênite, 2008. p. 222.

licitação. No entanto, as pessoas jurídicas não devem atuar em atividades estranhas ao seu objeto social, que sejam incompatíveis com ele. Tanto isso é verdade que o inciso III do parágrafo único do art. 1.015 do Código Civil enuncia que o excesso por parte dos administradores das sociedades simples pode ser oposto a terceiros se ocorrer operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade. **Dessa sorte, a Administração deve verificar apenas se as atividades desempenhadas pelos licitantes como dispostas em seus documentos constitutivos são compatíveis, em linha geral, com o objeto da licitação. Licitante deve ser inabilitado apenas se houver incompatibilidade.** Repita-se que o documento constitutivo não precisa dispor expressa e especificamente sobre o objeto da licitação.

Cito também a orientação da consultoria Zênite⁴, por ser bastante esclarecedora:

(...) **O não credenciamento de determinado licitante em razão do objeto do contrato social da empresa que representa ser incompatível com aquele pretendido deve ser decidido de forma cautelosa, e somente nos casos em que for flagrante a disparidade constatada.** Para que seja possível decidir negativamente quanto ao credenciamento de representante e impedir a participação de licitante sob esse fundamento, deve o pregoeiro estar certo e seguro em relação à efetiva inviabilidade de o referido particular executar regularmente o objeto pretendido. **Essa constatação não pode decorrer de uma análise literal relativa à descrição do objeto licitado e aquele disposto no contrato social dos licitantes.** Isso porque não se pode exigir que os atos constitutivos das pessoas jurídicas licitantes apontem exatamente o objeto da licitação, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não consagra o princípio da especialidade no que diz respeito à personalidade das pessoas jurídicas. (...) **Caso um determinado licitante apresente contrato cujo objeto social não mencione exatamente aquele pretendido pela Administração, ele pode ser considerado habilitado, desde que as atividades por ele desenvolvidas sejam pertinentes com as finalidades descritas no ato constitutivo.** Em face disso, deve o pregoeiro averiguar com cautela a situação fática em que se encontra, no sentido de se certificar quanto à real impertinência existente entre a área de atuação do particular e o objeto licitado. (...) Por exemplo, não serão

⁴ [https://www.webzenite.com.br/documentosciente/a43bf4ac-d613-443f-8e46-b815698e4f38?ex="apontem exatamente o objeto da licitação"](https://www.webzenite.com.br/documentosciente/a43bf4ac-d613-443f-8e46-b815698e4f38?ex=)

observadas quaisquer irregularidades no ato que negar o credenciamento de determinado laboratório de medicamentos em certame que visa à contratação de serviços de manutenção predial. Nesse caso, há flagrante incompatibilidade entre o objeto descrito no contrato social e aquele almejado pela Administração. (...) Em suma, a conclusão da Consultoria Zênite se forma no sentido de que o indeferimento do credenciamento do representante e o impedimento à participação da empresa no certame, por conta da incompatibilidade do objeto descrito no seu contrato social e aquele pretendido pela Administração, deverão ser analisados detidamente. Essa decisão somente será regular se for evidente a impertinência havida entre o ramo de atuação e o objeto discriminado no edital.

De acordo com ensinamentos de Marçal Justen Filho, ***“se uma pessoa jurídica apresenta experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade, a ausência de previsão expressa desta mesma atividade em seu contrato social não pode ser empecilho a sua habilitação”***⁵.

Nesse sentido, o TCU, em diversos julgados, tem entendido que somente é viável a inabilitação de licitante cujo objeto social seja incompatível com o da licitação, a exemplo do que foi decidido nos Acórdãos nº 642/2014 - Plenário, nº 487/2015 - Plenário e nº 1.021/2007 - Plenário.

No presente caso, não se pode considerar que a atividade da empresa vencedor é incompatível com o objetivo licitado, afinal, a incompatibilidade ocorreria apenas em caso de operações evidentemente estranhas ao objeto social da empresa, o que não ocorre.

Nesse particular, o Tribunal de Contas da União considerou que fere o caráter da licitação a inabilitação de licitantes por falta de previsão expressa em seu contrato social do objeto licitado, nos seguintes termos:

(...) No que tange à questão de o objeto social ser incompatível com a atividade de transporte de pessoas, verifico uma preocupação exacerbada por parte dos gestores ao adotar a decisão de inabilitar a empresa. A administração procurou contratar uma prestadora de serviços devidamente habilitada para o exercício dos serviços terceirizados e, ao constatar que o objeto social da empresa Egel, na época da licitação, era ‘locação de veículos; locação de equipamentos; coleta, entrega e transporte terrestre de documentos e/ou materiais’, vislumbrou que

⁵ Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de licitações e Contratos Administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 553.

não estava incluída a possibilidade do transporte de pessoas. De fato, não está expressamente consignado no contrato social o serviço de transporte de pessoas almejado pela CNEN. Porém, constam dos autos três atestados de capacidade técnica apresentados pela Egel que comprovam a prestação dos serviços desejados para três distintas pessoas jurídicas de direito público. (fls. 90, 99 e 100)

Se uma empresa apresenta experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade, não seria razoável exigir que ela tenha detalhado o seu objeto social a ponto de prever expressamente todas as subatividades complementares à atividade principal.” (Acórdão nº 571/2006 – 2ª Câmara)

O Egrégio Tribunal de Contas de Minas Gerais também já decidiu situação similar:

DENÚNCIA. EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA PARA PRESTAR SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PACIENTES PARA CONSULTAS E PROCEDIMENTOS MÉDICOS. IRREGULARIDADES. ADMISSÃO DE RECURSO PRECLUSO INTERPOSTO PELA LICITANTE. **INABILITAÇÃO DA PRIMEIRA CLASSIFICADA NA LICITAÇÃO SOB O ARGUMENTO DE QUE SEU OBJETO SOCIAL ERA INCOMPATÍVEL COM O OBJETO DO CERTAME** E TAMBÉM POR SER OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. FALTA DE NEGOCIAÇÃO DO PREÇO COM A SEGUNDA CLASSIFICADA NO CERTAME. HOMOLOGAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO POR QUEM NÃO POSSUI LEGITIMIDADE PARA A PRÁTICA DO ATO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA DENÚNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA AOS RESPONSÁVEIS. RECOMENDAÇÃO. 1. A simples alegação de inexecutibilidade da proposta da licitante concorrente não pode ser interpretada como intenção de recorrer. O art. 4º, XVIII, da Lei n. 10.520/2002 exige para a interposição do recurso a manifestação imediata e motivada do licitante sobre a intenção de recorrer, logo após declarado o vencedor, sob pena de perda desse direito. 2. **Não há na Lei n. 8.666/93 nem em nosso ordenamento jurídico a exigência de que a descrição da atividade contida no ato constitutivo da empresa seja exatamente idêntica à registrada pela Administração no edital. A existência de previsão, ainda que genérica, compatível com a atividade licitada, é suficiente para atender**

os requisitos de habilitação jurídica impostos pela Lei n. 8.666/93, que tem como um dos seus princípios basilares o da ampla concorrência.

3. O sistema de arrecadação Simples Nacional não pode ser motivo para a inabilitação de empresa no certame. Os arts. 30, II, e 31, II, da LC n. 123/2006 preveem a possibilidade de regularização da situação tributária das empresas que se enquadrem em uma das hipóteses de vedação do art. 17 da mesma lei, mediante a exclusão do Simples Nacional. 4. Deve ser responsabilizado o agente público que homologou o processo licitatório sem possuir competência para tanto. Aplicação do inciso VI do art. 43 da Lei n. 8.666/93. (TCE-MG, Denúncia nº 887499, 1ª Câmara, 29ª Sessão Ordinária, Conselheira Relatora Adriene Andrade, D.J. 20/09/2016)

Entendo, portanto, que a atividade prevista no objeto social da recorrida West Side é de natureza perfeitamente compatível com o objeto licitado e de ramo pertinente, qual seja, o transporte de passageiros. E, consequentemente, impedir sua participação no certame com fundamento em dados cadastrais significaria levar a norma à extravagantes limites, extrapolando o necessário e diminuindo a competitividade do certame.

Aliás, quando a recorrente aduz em seu recurso que a atividade deve ser compatível, tem razão em fazê-lo. Não poderia a Administração admitir a contratação de empresa que não tenha capacidade técnica para atuar no ramo de transporte de passageiros. Entretanto, nada inviabiliza a homologação do certame e adjudicação do objeto em prol da recorrida West Side, visto que, devidamente comprovado está nos autos que detém capacidade técnica para a prestação dos serviços, bem como, diante do preenchimento das demais exigências editalícias.

Isto posto, com base em tais informações e considerando que as normas devem ser interpretadas a fim de garantir a competitividade do certame, não me parece haver motivos a impedir a habilitação da empresa recorrida West Side.

A simples alegação da empresa recorrente de que as atividades constantes do contrato social não se mostra compatível com o objeto do certame, por si só, não tem o condão de levar à desclassificação da empresa. Isso porque a análise do contrato social evidencia que as atividades contidas em seu objeto social e exercidas pela recorrida West Side são compatíveis e pertinentes ao objeto da licitação pois se tratam de serviços relacionados ao ramo de transporte e demais serviços relativos a essa atividade.

Ademais, as empresas, na qualidade de licitantes, estão vinculadas aos termos do edital e aos parâmetros ali fixados que não podem ser mudados durante o certame com vistas à adequação de tais exigências ao interesse de qualquer dos licitantes, o que implicaria em inobservância aos princípios da legalidade e moralidade que devem nortear os atos da administração pública.

Logo, a desclassificação da empresa vencedora seria medida excepcional que não se aplica ao caso dos autos, especialmente, diante da falta de comprovação das alegações da recorrente, dos argumentos lançados pelas recorridas e da doutrina e jurisprudência dominantes.

DA CONCLUSÃO

Por todo o exposto, considerando o Edital de Pregão, a Lei de Licitações e a Jurisprudência dominante, **CONHEÇO** o recurso apresentado pela empresa **NOVA FONTE SERVIÇOS E TRANSPORTES LTDA ME** por tempestivo e, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO** pelas razões e fundamentos já exarados.

Consequentemente, com o **IMPROVIMENTO DO RECURSO**, fica mantida a habilitação e declarada vencedora a empresa **WEST SIDE VIAGENS E TURISMO LTDA**, devendo os autos ser remetidos à autoridade competente para que determine a **ADJUDICAÇÃO** do objeto à empresa vencedora e a **HOMOLOGAÇÃO** do certame, nos termos do art. 4º, incisos XXI e XXII da Lei Federal nº 10.520/2002.

CIENTIFIQUEM-SE os interessados acerca desta decisão.

Iperó, 25 de outubro de 2017.

Beatriz de Godois Vieira
Presidente da CPL