

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA
PREFEITURA DE MURIAE - MG.**

REF.: EDITAL DE CONCORRÊNCIA 008/2020.

IBIZA CONSTRUTORA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n. 05.000710/0001-35, por seu representante legal, infra assinado, vem tempestivamente, à presença de Vossa Excelência, a fim de interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO,

contra a decisão da CPL que julgou inabilitada a RECORRENTE, ao arrepio da legislação que regulamenta o procedimento licitatório.

I - PRELIMINARMENTE

Convém ressaltar os atos administrativos que ofenderem a boa administração, ou seja, aqueles que violarem a ordem institucional, o bem comum, os princípios de justiça e equidade, podem e devem ser invalidados pela própria Administração.

A Administração não o fazendo, devem ser os mesmos anulados pelo Tribunal de Contas de Minas Gerais e encaminhados ao Ministério Público para adoção das medidas necessárias.

Com efeito, tecemos considerações para que a Administração Pública assegure permanentemente ao particular o exercício de sua vigilância quanto aos princípios que regem a atuação administrativa.

II – DAS RAZÕES DA REFORMA

Acudindo ao chamamento dessa Instituição para o certame, a recorrente apresentou toda documentação exigida para participação no prazo estipulado.

O procedimento licitatório em comento tem como objeto a contratação de empresa especializada para construção de pavimentação asfáltica com concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ) em várias ruas dos bairros Alterosa, Colety, João XXIII e São Gotardo no município de Muriaé/MG.

A – DO OBJETO SOCIAL DA EMPRESA

Sucedendo que, após a análise da documentação de habilitação apresentada pela licitante, a CPL inabilitou a recorrente sob o argumento de que não apresentou objeto social pertinente ao objeto licitado, supostamente conforme consulta ao CONCLA/IBGE.

A habilitação é a etapa do procedimento licitatório em que a Administração Pública verifica se os particulares interessados em contratar possuem condições pessoais para executar o objeto licitado. Para tanto, em conformidade com o disposto nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93, devem os licitantes comprovar que reúnem uma série de condições jurídicas, técnicas, econômico-financeiras e fiscais necessárias e suficientes à correta execução do objeto.

Especificamente no que tange à habilitação jurídica, permite a Lei nº 8.666/93 que a Administração exija os seguintes documentos:

“Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

I- cédula de identidade;

II – registro comercial, no caso de empresa individual;
III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV – inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V- decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.”

Tais exigências habilitatórias têm por objetivo atestar se os particulares interessados em participar da licitação possuem personalidade e capacidade jurídica suficientes para serem titulares de direitos e obrigações perante a Administração Pública, razão pela qual, o ato constitutivo das pessoas jurídicas deve contemplar objeto social compatível com aquele que está sendo regularmente licitado.

Quanto a este aspecto, é preciso esclarecer que as sociedades empresariais não estão adstritas a somente executar as atividades expressamente previstas em seu ato constitutivo. Tal entendimento é incompatível com a realidade empresarial brasileira, que hoje é bastante dinâmica. Assim, é possível que as pessoas jurídicas desenvolvam as mais variadas atividades/relações jurídicas, desde que sejam elas, ainda que indiretamente, ligadas à finalidade que justificou a sua criação.

Nesse sentido, inclusive, estabelece o Código Civil de 2002 em seus arts. 47 e 1.015, parágrafo único, nos seguintes termos

“Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

Art. 1.015 No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses: I - se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade; II - provando-se que era conhecida do terceiro; III - tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.”

Ao tratar da questão em análise, Marçal Justen Filho explica que, atualmente, no direito brasileiro, **“não vigora o chamado ‘princípio da especialidade’ da personalidade jurídica das pessoas jurídicas”**, que “restringe a possibilidade jurídica da atuação das pessoas jurídicas aos limites do seu objeto social.” Ao revés, “essas concepções foram superadas pela evolução sociocultural. **A regra é que as pessoas jurídicas não recebem ‘poderes’ para praticar atos dentro de limites precisos. A pessoa jurídica tem personalidade jurídica ilimitada**, inclusive para praticar atos indevidos e reprováveis.” **FILHO, Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 469-470.**

Em vista disso, nas licitações realizadas pela Administração Pública, o que deve ser avaliado é se o particular atua na área do objeto licitado, a partir da análise de seu ato constitutivo. A existência de uma previsão, ainda que genérica, compatível com o objeto do certame licitatório, é suficiente para demonstrar que o licitante está apto a desempenhá-lo, não havendo a necessidade de que a descrição constante do ato constitutivo corresponda integralmente à efetuada pela Administração no edital.

Inclusive, ressalte-se que o Tribunal de Contas da União, em recente Acórdão publicado em seu informativo semanal de licitações e contratos, acabou ratificando o entendimento acima esposado ao objetivamente determinar que **“para fins de habilitação jurídica nas licitações, faz-se necessária a compatibilidade entre o objeto do certame e as atividades previstas no contrato social das empresas licitantes.”** TCU. Acórdão nº 642/2014 – Plenário.

A previsão expressa do objeto licitado no contrato social da empresa torna-se relevante apenas nos casos em que existir norma específica limitando o exercício de certa atividade prescrita no ato constitutivo da pessoa jurídica, a exemplo de associação civil sem fins lucrativos, que não pode realizar atividade econômica (art. 53 do Código Civil), ou de impor o desempenho de certa atividade a determinada categoria profissional, como no caso de serviços advocatícios que são privativos de advogados ou sociedade de advogados regularmente inscritos na OAB.

Todavia, como se não bastasse, conforme se nota no CNPJ, a atividade principal da empresa é construção de rodovias e ferrovias, vejamos:

NÚMERO DE INSCRIÇÃO 05.000.710/0001-35 MATRIZ	COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E SITUAÇÃO CADASTRAL	DATA DE ABERTURA 27/03/2002
--	---	---------------------------------------

NOME EMPRESARIAL IBIZA CONSTRUTORA LTDA

TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA) IBIZA CONSTRUTORA	PORTE EPP
--	---------------------

CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL 42.11-1-01 - Construção de rodovias e ferrovias
--

Ademais, para ratificar ao objeto social compatível vemos, em pesquisa ao sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, foi possível notar o seguinte:

Hierarquia

Seção:	<u>F</u>	CONSTRUÇÃO
Divisão:	<u>42</u>	OBRAS DE INFRA-ESTRUTURA
Grupo:	<u>42.1</u>	Construção de rodovias, ferrovias, obras urbanas e obras-de-arte especiais
Classe:	<u>42.11-1</u>	Construção de rodovias e ferrovias
Subclasse:		4211-1/01 Construção de rodovias e ferrovias

Tal constatação foi feita através de análise dos documentos apresentados quando da fase de habilitação, tais como: CNPJMF, ATESTADO, CERTIDÃO SIMPLIFICADA emitida pela JUCEG; ULTIMA ALTERAÇÃO CONTRATUAL.

É sabido que, o critério adotado para analisar a capacidade técnica dos licitantes definitivamente não é o contrato social da empresa. A capacitação técnica é prevista no Art. 30 da Lei 8.666/93 e deve estar expressamente justificada suas razões e motivos no Edital, que a definirá de forma clara e com critério de julgamento objetivo.

Vale ressaltar também que o atestado de capacidade técnica acostados aos autos demonstra que a empresa executa serviços de obras urbanas, até porque, se constrói o gênero rodovias, evidentemente tem habilitação e capacidade para construir pavimento asfáltico em qualquer localização.

Definitivamente, não há na Lei de Licitações e nem no ordenamento jurídico do Brasil a exigência de que o objeto social da empresa contemple exatamente ao que está sendo pretendido pela Administração. A exigência é somente que a empresa demonstre estar devidamente cadastrada na esfera pertinente, com seus atos constitutivos registrados, que é a habilitação jurídica, o que não se confunde com a capacitação técnica, como já dito, que é a demonstração de ter a licitante condições efetivas de entregar ou executar o que está sendo licitado, cuja prova deverá vir de forma clara e objetiva definida no Edital, seguindo o disposto no Art. 30 da Lei 8.666/93.

Sobre o tema a jurisprudência mais abalizada assim se posiciona:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LICITAÇÃO. ATESTADO DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA. COMPLEXIDADE SUPERIOR AO OBJETO LICITADO. POSSIBILIDADE. É competente a Justiça Federal para julgar mandado de segurança em que a autoridade coatora é serviço social autônomo, de natureza privada, mas que recebe recursos oriundos de contribuição arrecadada pela Previdência Social. Não se pode inabilitar licitante que apresenta atestado de capacidade técnica com experiência de superior complexidade ao objeto licitado, sem desabono algum à qualidade dos serviços prestados, na esteira do contido no artigo 30, § 3º, da Lei nº 8.666/93. Remessa oficial improvida.

(TRF-4 - REO: 6969 PR 98.04.06969-5, Relator: HERMES SIEDLER DA CONCEIÇÃO JÚNIOR, Data de Julgamento: 04/04/2000, QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 19/04/2000 PÁGINA: 101)

A tese de incompatibilidade do objeto do contrato social com aquela prevista para o objeto da licitação, algumas vezes utilizadas por entes públicos para declarar a inabilitação de empresa participante do certame licitatório, não é uma tese muito fácil de defender por parte do ente público contratante.

É Princípio da Licitação a ampla concorrência. Portanto a desclassificação de participantes exclusivamente por ausência de similitude do objeto social com aquele indicado como de interesse de aquisição pela Administração não encontra respaldo na legislação de regência

A orientação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que “As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa.” (Mandado de Segurança 5.606-DF).

O Art. 28 da Lei 8.666/93 que trata da documentação relativa a habilitação jurídica é taxativo (numerus clausus) e não comporta interpretação extensiva de modo, principalmente, a restringir a participação do maior número possível de concorrentes.

A propósito essa discussão sobre o objeto social e o escopo da licitação, inclusive já está superada em nossos Tribunais, onde prevalece a tese citada, de que não há previsão em nosso ordenamento jurídico do princípio da especialidade da personalidade jurídica, bastando para habilitação jurídica apenas o preenchimento dos requisitos do Art. 28 da Lei 8.666/93.

O objeto social de empresa licitante divergente, não poderá constituir motivo por si só de impedir a sua participação em licitação, sob pena de estar rompendo

com os Princípios da Licitação. Restará, neste caso, as Pessoas Jurídicas que estejam sendo atingidas em situações como as aqui previstas, socorrerem-se dos recursos previstos em lei, seja no próprio âmbito administrativo ou até mesmo judicialmente, ingressando com a Ação judicial cabível na espécie.

Sem dúvida alguma é ilegal o impedimento à participação de licitantes com base apenas em divergência entre as atividades descritas em seu Contrato Social, ou mesmo no seu Cadastro junto a Receita Federal, com o objeto da licitação

O sumário do Acórdão nº 642/2014 estabelece o seguinte:

Para fins de habilitação jurídica nas licitações, faz-se necessária a compatibilidade entre o objeto do certame e as atividades previstas no contrato social das empresas licitantes.

Para fins de habilitação técnica nas licitações, os atestados apresentados devem não apenas demonstrar uma situação de fato, mas, necessariamente, demonstrar uma situação fática que tenha ocorrido em conformidade com a lei e com o contrato social das empresas licitante.

Diante disso, ressalta-se que a habilitação é um requisito objetivo, demonstrável mediante documentação própria. A exigência de que o contrato social do licitante tenha nexos com o objeto da licitação permite que a Administração Pública avalie se a pessoa jurídica pode ser contratada e se pode cumprir todo o objeto.

E ainda, importante mencionar o art. 41, caput, da Lei nº 8.666/93: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada”. O edital, neste caso, torna-se lei entre as partes, assemelhando-se a um contrato de adesão cujas cláusulas são elaboradas unilateralmente pelo Estado. Este mesmo princípio dá origem a outro que lhe é afeto, qual seja, o da inalterabilidade do instrumento convocatório.

Em sendo lei, o Edital com os seus termos atrelam tanto à Administração, que estará estritamente subordinada aos seus próprios atos, quanto às concorrentes – sabedoras do inteiro teor do certame.

As leis e princípios que cingem os processos licitatórios, bem como a contratação, neste caso especialmente o da vinculação ao instrumento convocatório, ressalvam a liberdade para a Administração definir suas condições, entretanto, concomitantemente, estrutura-lhes de modo a restringir a discricionariedade a determinadas etapas.

Assim sendo, o julgamento merece ser modificado, tendo em vista que não coaduna com as determinações da lei, jurisprudência e doutrina mais abalizada sobre o caso em comento.

Na Administração Pública não há liberdade de vontade, deve haver embasamento legal para a referida inabilitação. Nesta esteira, Hely Lopes Meirelles, pai do Direito Administrativo Brasileiro leciona que **”Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto, na Administração pessoal é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe. Na Administração Pública só é permitido fazer aquilo que a lei autoriza.”**.

Por essa razão, toda e qualquer exigência que venha a restringir a competição no certame licitatório, deve ater-se ao que permite a lei, face ao princípio da legalidade. Ademais, devem ser evitados formalismos e requisitos desnecessários, de modo a não ocasionar uma restrição ainda maior à competitividade.

B – DA DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO CONSTANTE NO ENVELOPE 1.

A peticionante enviou a certidão simplificada dentro do envelope de habilitação, o fato de o documento estar dentro do envelope e não fora, não deve ensejar a exclusão dos benefícios concedidos pela Lei 123/06, em atendimento à ampla competitividade. Nessas situações, o excesso de rigor deve ser evitado.

Por se tratar da modalidade concorrência pública, todos os documentos pertinentes à habilitação devem constar dentro do envelope de habilitação, inclusive é desnecessária a presença de representante, podendo ser encaminhado por correio, o que traria toda documentação dentro do invólucro 1.

Não há disciplina legal que veda o envio dos envelopes via correio ou que exija um representante legal para a participação nas licitações. Uma vez que os envelopes sejam entregues em tempo hábil, a Comissão não poderá alijar o licitante da licitação.

Acerca do assunto, a jurista Vera Monteiro leciona:

“Eventuais propostas enviadas pelo Correio ou entregues por portador sem poderes para formular propostas e praticar atos durante a sessão não devem, a despeito da falta de específica representação, ser eliminadas de pronto do pregão... Tais propostas devem ser consideradas e devidamente analisadas na fase de julgamento, com a ressalva de que o autor da proposta não terá chance para dar lance ou praticar qualquer ato em seu

favor durante a sessão” (in Licitação na Modalidade de pregão, cit., pag. 177).

Conforme se verifica, o único prejuízo seria para a modalidade pregão presencial, onde o licitante não poderá dar lances ou manifestar intenção de recursos.

Da mesma forma é o pensamento dos juristas Marçal Justen Filho, Jessé Torres Pereira Junior e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes.

O TCU manifestou-se sobre o tema no seguinte sentido:

3.19. evitar, nos editais de licitação, a exigência de apresentação das propostas através de representante legal, impedindo o seu encaminhamento por via postal, por se tratar de prática vedada pelo art 3º, parágrafo 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93 (Decisão nº 653/96, Plenário, Rel. Min. Iram Saraiva. DOU de 04/11/1996 pag. 22.684)

“O edital não pode conter restrições ao caráter competitivo do certame, tais como a proibição do envio de documentos via postal; exigência de balanços patrimoniais do próprio exercício da licitação; exigência de comprovação da capacidade de comercialização no exterior e de certificado profissional, em caso de profissão não regulamentada.” (Acórdão nº 1.522/2006, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo).

É válido ressaltar uma passagem da Revista do Tribunal de Contas da União no sentido da aceitação da participação do certame mesmo sem um representante legal.

“Falta de credenciamento impossibilita o representante de praticar atos concernentes à licitação em nome da empresa licitante e, no caso específico de pregão presencial, de participar da etapa de lances verbais, mas não de participar das sessões públicas de abertura dos envelopes.

No pregão presencial, a ausência de credenciamento não impede o licitante de participar do certame com a proposta escrita.” (Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília/DF – 2010)

Assim sendo, forçoso concluir que a licitante poderia ter apenas protocolado os envelopes, ou até mesmo encaminhado pelos Correios, que toda documentação deverá ser considerada, mesmo que inserida no envelope de habilitação, como foi o caso da certidão simplificada.

Portando, a licitante deve ter concedidos os benefícios da lei 123/06, principalmente ao previsto no artigo 44:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

III – DO PEDIDO

Diante disso, com fundamento nas razões precedentemente aduzidas, requer-se o provimento do presente recurso, para que seja anulada a decisão em apreço, na parte atacada neste, declarando a empresa recorrente habilitada para prosseguir no certame, tendo em vista que o objeto social é pertinente e totalmente compatível com o licitado, devendo ainda ter concedidos os benefícios da Lei 123/06, tendo em vista que a certidão simplificada foi devidamente apresentada no envelope de habilitação.

Outrossim, lastreada nas razões recursais, requer-se que a CPL reconsidere sua decisão e, na hipótese não esperada disso não ocorrer, faça este subir, devidamente informado, à autoridade superior, em conformidade com o § 4º, do art. 109, da Lei nº 8666/93.

Pede deferimento.

Goiânia – GO, 22 de abril de 2020.

IBIZA CONSTRUTORA LTDA