



PREFEITURA MUNICIPAL DE NAZARÉ PAULISTA

Estado de São Paulo

JULGAMENTO AO RECURSO ADMINISTRATIVO

PROCESSO Nº 207/2019

PREGÃO PRESENCIAL Nº 012/2019

OBJETO: SERVIÇOS DE TRANSPORTE ESCOLAR EM VEÍCULOS TIPO VANS, PERUAS OU SIMILARES, CONFORME TERMO DE REFERÊNCIA –ANEXO I.

RECORRENTE: COOPERNAZA COOPERATIVA DE TRANSPORTE ESCOLAR E PASSAGEIROS DE NAZARÉ PAULISTA

I. DAS PRELIMINARES

Trata-se de manifestação de interposição de recursos administrativo interposto pela empresa licitante COOPERNAZA COOPERATIVA DE TRANSPORTE ESCOLAR E PASSAGEIROS DE NAZARÉ PAULISTA, na qual manifestou oposição à decisão do pregoeiro, quanto ao credenciamento da empresa COOPERATIVA DOS MOTORISTAS DE TRANSPORTES AUTONOMOS DE BARUERI.

A doutrina aponta como pressuposto dessa espécie de recurso administrativo, cuja existência concreta deve ser preliminarmente aferida: a manifestação tempestividade, a inclusão de fundamentação e do pedido de reforma da decisão recorrida.

A Lei nº 10.520/04, em seu art. 4º, assim disciplinou:

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 contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos.

A manifestação e motivação da intenção em recorrer foram registradas pela recorrente na própria sessão pública do Pregão em referência, sendo-lhe concedido o prazo de três dias para apresentação da



PREFEITURA MUNICIPAL DE NAZARÉ PAULISTA

Estado de São Paulo

fundamentação das suas alegações, e igual prazo concedido aos demais licitantes para a apresentação das contrarrazões a partir do término do prazo da recorrente, caso entendam necessário. Dentro do prazo legal foram apresentadas as razões de recurso, portanto, tempestivos. Não foram apresentadas contrarrazões.

II. DAS RAZÕES DA RECORRENTE

A recorrente alega em síntese que a licitante COOPERATIVA DOS MOTORISTAS DE TRANSPORTES AUTONOMOS DE BARUERI, deveria ser desclassificada, visto que não possui em seu CNPJ ou em seu ato constitutivo a atividade de “transporte de alunos”. Assim não atenderia o disposto no item 2.1 do edital, no que diz respeito ao seu ramo de atividade.

Alega ainda a recorrente que o preço ofertado nos itens 1, 5 e 6 encontram-se inexequíveis.

Por fim, pede:

Seja declarada desclassificada a empresa COOPERATIVA DOS MOTORISTAS DE TRANSPORTES AUTONOMOS DE BARUERI, prosseguimento do certame e declarando inválidos apenas os atos insuscetíveis de aproveitamento de forma que sejam considerados os lances efetuados sem sua participação.

III. DA ANÁLISE DAS RAZÕES DO RECURSO

Cumprir dizer, desde logo, que as decisões tomadas no contexto deste processo licitatório, cujo instrumento convocatório é o Edital nº 012/2019, estão em perfeita consonância com o que determina a legislação vigente, tendo sido observada a submissão aos princípios da Legalidade, da Razoabilidade, Celeridade e Eficiência.

a) Quanto à atividade constante no Objeto Social:

O edital pode prever exigências em consonância com os arts. 27 e seguintes da Lei de Licitações e Contratos. Vedações sem motivação baseada em interesse público, no entanto, não podem ocorrer. A Administração Pública deverá ter ponderação ao exigir as condições para habilitar, de modo que sejam estritamente necessárias para assegurar uma prestação de serviço adequada.

O STJ já decidiu:

1. As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à



PREFEITURA MUNICIPAL DE NAZARÉ PAULISTA

Estado de São Paulo

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.

2. Não há de se prestigiar posição decisória assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração da habilitação jurídica, da qualificação técnica, da qualificação econômica-financeira e regularidade fiscal.

(MS n. 5.606/DF, Rel.Min.José Delgado, DJU 10.08.1998).

Para corroborar as observações, apresenta-se o Acórdão nº 1203/2011 do TCU. Nesse caso, ocorreu o impedimento de participação de empresa apenas porque seu cadastro na Receita Federal do Brasil apontava atividade não pertinente à atividade licitada, embora houvesse grande proximidade entre ambas.

O relator do processo na análise argumentou o seguinte:

A participação da empresa não foi aceita pelo pregoeiro sob o argumento de que o seu CNPJ apresentava atividade incompatível com o objeto da licitação, referindo-se ao Código CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas) constante na Ficha Cadastral de Pessoa Jurídica da representante junto à Receita Federal. É certo que esse cadastro é uma imposição legal e deve estar atualizado, porém em nenhum momento há previsão legal de impedir uma empresa de participar em virtude de uma discrepância desse cadastro.

Impedir que uma empresa participasse do certame com base nesse detalhe cadastral é levar a norma extravagante a limites muito além do necessário e diminuir a competitividade do certame, o que configura irregularidade grave.(g.n.)

(Acórdão TCEU nº 1203/2011 - Plenário)

Na verdade, desde que não haja prejuízo ao interesse público, e em atenção ao princípio da finalidade do procedimento licitatório – que é a eleição da proposta mais vantajosa –, além do princípio da competitividade, a licitante não deve ser descredenciada ou inabilitada em razão de seu CNPJ ou Ato Constitutivo não se referir expressa e diretamente ao objeto licitado, **mesmo porque não vigora no ordenamento jurídico pátrio o princípio da especialidade da personalidade jurídica.**

De acordo com a doutrina de Marçal Justen Filho:

*Entre nós não vigora o chamado 'princípio da especialidade' da personalidade jurídica das pessoas jurídicas. Esse princípio restringe a possibilidade jurídica de atuação das pessoas jurídicas aos limites do seu objeto social. **A fixação de um objeto social, contida no ato constitutivo da sociedade, não produz invalidade dos atos exorbitantes que vierem a ser eventualmente praticados. O ato praticado fora do objeto social é tão existente quanto aquele que se insira dentro dele. Não se verifica, de modo automático, a invalidade do ato em***



PREFEITURA MUNICIPAL DE NAZARÉ PAULISTA

Estado de São Paulo

virtude de mera ausência de inserção do ato no objeto social.

A fixação do objeto social destina-se, tão somente, a produzir efeitos de fiscalização da atividade dos administradores da sociedade. Os sócios podem pretender que os administradores da sociedade sejam responsabilizados quando aplicarem o patrimônio social em atividades fora do objeto social. A situação pode ser diversa quando existirem regras específicas acerca do exercício de certa atividade ou quando a atuação fora do objeto social submeter-se a reprovação em virtude de outra regra específica. Portanto, o problema do objeto social compatível com a natureza da atividade prevista no contrato relaciona-se com qualificação técnica. Se uma pessoa jurídica apresenta experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade, a ausência de previsão dessa mesma atividade em seu objeto social não poderia ser empecilho a sua habilitação. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 553). (g.n.)

Ademais, os requisitos relativos à habilitação jurídica são específicos e taxativos, limitando-se à constituição e ao registro da empresa licitante, nos termos do art. 28 da Lei Federal nº 8.666/1993, *in verbis*:

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.

Como se verifica, deve ser considerada em situação de habilitação jurídica a empresa licitante que apresentar seu contrato social válido e em vigor, devidamente registrado, não havendo necessidade de que o objeto do contrato social seja o mesmo objeto do edital de licitação. Ainda que o ato convocatório possa conter exigências para se atingir com plenitude o interesse coletivo, jamais poderá extrapolar os limites da Lei Federal nº 8.666/93 e ferir o caráter competitivo da licitação.

A exigência de que na descrição do objeto social da empresa conste expressamente o objeto do certame, tal qual exposto no Edital, vem sendo reiteradamente rechaçada pelos nossos Tribunais, como se verifica dos seguintes julgados, por se tratar de exigência excessivamente rígida e prejudicial à livre competição, *in litteris*:



PREFEITURA MUNICIPAL DE NAZARÉ PAULISTA

Estado de São Paulo

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. HABILITAÇÃO TÉCNICA. SERVIÇOS MÉDICOS. COMPROVAÇÃO. LIMINAR CONCEDIDA. 1. A qualificação técnica depende de comprovação documental da idoneidade para execução do objeto do contrato licitado, mediante a demonstração de experiência anterior na execução de contrato similar. 2. Caso em que a mera análise do objeto social da empresa licitante não justifica sua inabilitação, porque demonstrada a prestação anterior de serviços similares, nos termos do art. 30, inciso II, da Lei nº 8.666/93. Agravo de Instrumento provido. Unânime. (Segunda Câmara Cível do TJRS. Agravo de Instrumento nº 70033139700, j. em 26/5/2010. Rel. Des. Denise Oliveira Cezar). (g.n.)."

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. REALIZAÇÃO DE CERTAME PARA A CONSTATÇÃO DE SERVIÇO DE PRESTAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. CONTRATO SOCIAL. RIGIDEZ EXCESSIVA. CAPACIDADE PLENA PARA A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. LIÇÃO DOUTRINÁRIA. Tratando-se de prestação de serviços na área de realização de concursos públicos, mostra-se a APESC (mantenedora da Universidade de Santa Cruz do Sul), plenamente capaz, em termos técnico-logísticos, de assumir o objeto do contrato a ser celebrado pela administração, pois, na lição precisa do doutrinador Marçal Justen Filho (7ª Ed. p. 315), se uma pessoa jurídica apresenta experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade, a ausência de previsão dessa mesma atividade em seu objeto social não poderia ser empecilho a sua habilitação. Ademais, poder-se-ia enquadrar com facilidade o serviço buscado pela parte agravada, em seu objeto social. Recurso improvido. (Primeira Câmara Cível do TJRS. Agravo de Instrumento nº 70014499818, j. em 31/5/2006. Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal). (g.n.)."

"EXIGÊNCIA QUE O OBJETO LICITADO CONSTE EXPRESSAMENTE DO CONTRATO SOCIAL DA EMPRESA – OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E RAZOABILIDADE. [...] A exigência de que o objeto licitado conste expressamente do contrato social da empresa, não vem amparada por lei, ferindo direito líquido e certo da impetrante de participar do certame licitatório. Em reexame necessário mantém-se a sentença. (TJMG – Apelação Cível nº 000.314.874-9/00. Relator: Des. Antônio Carlos Cruvinel. Julgado em 22/04/2003). (g.n.)."

"REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EXCLUÍDA DO CERTAME, SOB A ALEGAÇÃO DE QUE O SEU RAMO DE ATIVIDADE NÃO SE COADUNAVA COM O OBJETO DA LICITAÇÃO. EXIGÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRIAGEM QUE FRUSTOU O CARÁTER COMPETITIVO DA DISPUTA. COMPROVAÇÃO DE REALIZAÇÃO ANTERIOR DE



PREFEITURA MUNICIPAL DE NAZARÉ PAULISTA

Estado de São Paulo

ATIVIDADES COMPATÍVEIS COM OS EXIGIDOS PELO EDITAL. SENTENÇA DE CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM MANTIDA. REMESSA DESPROVIDA. TJ-SC - Reexame Necessário em Mandado de Segurança : MS 20130508245 SC 2013.050824-5 (Acórdão) - Relator: Des. Subst. Francisco Oliveira Neto – DJ 13/11/2013. (g.n)”

“REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. A inabilitação técnica de empresa por falta de qualificação técnica é restrita às hipóteses do artigo 30 da Lei n. 8.666/93. O simples fato de o objeto social da empresa não coincidir precisamente com o objeto central da licitação não é motivo suficiente para sua inabilitação. Sentença concessiva da segurança mantida em reexame necessário. (Primeira Câmara de Férias Cível do TJRS. Reexame Necessário nº 599042074). (g.n).”

No caso em tela, o entendimento de que o objeto licitado deve estar expressamente contido no objeto social registrado pela sociedade empresária em seu instrumento constitutivo, notadamente, restringe o caráter competitivo do certame, tão preconizado pela legislação vigente.

Isto porque, é plenamente possível que a execução do objeto licitado se dê por licitantes que atuem em **áreas afins, compatíveis com a finalidade do certame**, e que se mostrem capazes, em termos técnico-logísticos, de assumir a execução do objeto licitado em estrita obediência às condições editalícias.

É importante ainda trazer à baila a Lei Federal nº 8.666/93, que em seu art. 3º traz os preceitos elementares que deverão permear qualquer certame licitatório:

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, 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:
l - 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 §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; [...] (grifo nosso).



PREFEITURA MUNICIPAL DE NAZARÉ PAULISTA

Estado de São Paulo

Portanto, nos instrumentos convocatórios não podem ser inseridas cláusulas desnecessárias, supérfluas ou excessivas, que reduzam indevidamente o universo de licitantes. A orientação do Colendo 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).

Observa-se, então, que a utilização de outros critérios, que não os já apresentados no edital, pode ser feita com o único intuito de contribuir para o sucesso da licitação, sem prejudicar ou reduzir a competição entre os particulares. De fato, criar empecilhos para a participação dos particulares pode, inclusive, acarretar prejuízos para a própria Administração. É o que se pode tomar com ensino de Marçal Justen Filho, por analogia:

“Ora, a Administração necessita tanto de segurança quanto de vantajosidade em suas contratações. A finalidade da licitação é selecionar a proposta com a qualidade adequada, pelo menos (sic) preço possível. A conjugação de ambos os valores conduz à necessidade de ponderação nas exigências de habilitação. Não é correto, por isso, estabelecer soluções extremadas. É indispensável estabelecer requisitos de participação seria desastrosa. Mais tais requisitos devem ser restritos ao mínimo necessário para assegurar a obtenção de uma prestação adequadamente executada.” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo, 15ª ed. Dialética, 2010, p. 459/460).

O mesmo autor diz ainda que o contrato social não limita a atuação da empresa, que tem personalidade jurídica ilimitada. O objeto social destina-se apenas a produzir efeitos de fiscalização da atividade dos administradores da sociedade.

Não obstante, faz-se necessário esclarecer que o Parágrafo único do Artigo 170 da Constituição Federal assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Com base no acima exposto, cumpre ressaltar que a empresa recorrida foi devidamente credenciada para participar da fase de lances do certame. Vale ainda destacar, que a habilitação apenas é analisada em caso da licitante se sagrar vencedora da etapa de lances, momento em que deverá comprovar a sua capacidade nos termos do artigo 30, inciso II da Lei 8.666/93.

b) Quanto à alegação de preço inexequível:



PREFEITURA MUNICIPAL DE NAZARÉ PAULISTA

Estado de São Paulo

Na modalidade pregão, não existe, se não for por demais acintosa, gritante, a figura do preço inexequível, uma vez que é conferido ao licitante a oportunidade de reduzir ou não seus lances, dentro de seus próprios critérios, cabendo ao mesmo determinar seu limite de preço necessário para conseguir atender às exigências editalícias e cumprir o contrato.

Neste sentido, o ilustre jurista MARÇAL JUSTEN FILHO leciona:

*"No entanto, deve-se ter em vista que a inexecuibilidade apenas deve ser pronunciada quando se evidenciar risco à efetiva viabilidade de execução do contrato. Vale dizer, **se uma proposta de valor irrisório for plenamente executável por um particular, não estará em jogo interesse. A proposta não deverá ser excluída do certame**" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 15ª Edição, p. 522) (grifo nosso)*

Além do mais, a disputa de lances tem o fim precípua de conseguir o melhor preço para Administração, de modo que os licitantes apresentem o melhor e menor preço possível capaz de garantir a execução do objeto do certame.

Neste sentido, a obra "Licitações e Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU" assim estabelece:

*"Merecem destaque, com relação à fase de lances do pregão, as seguintes considerações:
Lances podem ser formulados em qualquer valor e tantas vezes quantas o licitante desejar;" (4ª edição. Revista, ampliada e atualizada. Brasília, 2010) (grifo nosso)*

Ainda sobre o tema, o Colendo Tribunal de Contas da União decidiu:

*"No tocante à preocupação com o surgimento de preços insignificantes, acredita-se que existem outras fórmulas para inibir tal prática, sem frustrar o caráter competitivo da licitação. **Em qualquer licitação, cabe aos proponentes estabelecerem seus próprios limites, por sua conta e risco, computando seus custos e a margem de lucro desejada no negócio em que estão participando, e não ao pregoeiro ou agente público.** O pregoeiro deve estar ciente do preço mínimo exequível, praticado no mercado fornecedor, para que possa garantir o adimplemento do futuro contrato." (Acórdão 399/2003 Plenário – Relatório do Ministro Relator) (grifo nosso).*

Temos ainda que, a empresa aqui recorrente aproveita-se da fase de recurso para "recorrer" contra a si mesma, no tocante ao preço ofertado na fase de lances. Conforme consta da sua peça, todas as licitantes foram devidamente alertadas, ainda no início da fase de lances, para se atentarem aos seus limites de preços. Assim, deduz o pregoeiro, que a recorrente ofertou seus lances dentro de seus limites, se não o fez,



PREFEITURA MUNICIPAL DE NAZARÉ PAULISTA

Estado de São Paulo

foi por sua conta e risco. Ademais, se a recorrente ofertou seus lances apenas no intuito de “eliminar” seu concorrente, para posteriormente alegar a inexequibilidade de seu preço, temos que a recorrente agiu de má fé, estando assim incorrendo nas penalidades previstas no ato convocatório.

Com relação às planilhas apresentadas pela recorrente, temos que é de conhecimento público que a recorrente possui outros contratos com a Administração, assim, a forma de cálculo dos seus custos/despesas – diluindo pela projeção de km a serem rodados nos itens em que se sagrou vencedor – não é a melhor maneira de se fazer, haja vista que os custos são mensais e a recorrente possui outros contratos em vigor, não me parecendo justo que os custos sejam diluídos apenas pelos itens em que se sagrou vencedor neste certame. No mais, a recorrente apresenta os valores em sua planilha, porém não apresenta nenhum documento comprobatório de tais custos e/ou despesas.

Caso a licitante não atenda aos requisitos do edital, bem como, caso não cumpra as cláusulas do contrato, incorrerá nas penalidades previstas no ato convocatório e no instrumento contratual, tratando-se de evento futuro, devendo ser discutido em momento oportuno.

IV. DA DECISÃO SOBRE O RECURSO

Assim sendo, não há que se retificar a decisão adotada por este pregoeiro. Neste contexto, firme nesses argumentos, conheço do recurso impetrado pela **COOPERNAZA – COOPERATIVA DE TRANSPORTE ESCOLAR E PASSAGEIROS DE NAZARÉ PAULISTA**, para no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

Assim, encaminho o presente processo à autoridade superior competente, para sua análise, consideração e julgamento final do Recurso Administrativo em pauta, para posterior comunicado do resultado aos interessados, na forma e prazo previstos no ato convocatório.

Nazaré Paulista, 22 de maio de 2019.

DOUGLAS ANTONIO DE ALMEIDA SANTOS

Pregoeiro