



398
B

DECISÃO ACERCA DA FASE DE HABILITAÇÃO

PREGÃO PRESENCIAL Nº 001/2018

RECORRENTE:

- NOZ EMPREENDIMENTOS INDUSTRIAIS E IMOBILIÁRIOS LTDA-ME
(NOZ)

CONTRARRAZÕES:

Nenhuma contrarrazão apresentada.

I – DAS PRELIMINARES

Cumpridas todas as formalidades legais, registra-se que foi dada a devida ciência a todos os licitantes, da existência e trâmite do recurso administrativo interposto, através de e-mails enviados aos endereços constantes nas documentações apresentadas, sendo que estes foram devidamente intimados, em tempo, acerca dos prazos de interposição de recurso e apresentação de contrarrazões.

Recurso administrativo, interposto tempestivamente, pela licitante.

A



399
18

II – BREVE HISTÓRICO DOS FATOS

No dia vinte e seis de fevereiro do ano de dois mil e dezoito, se deu a sessão de abertura do Pregão Presencial 001/2018. Participaram do certame as seguintes empresas: Hytron-Indústria e Comércio e Assessoria Tecnológica em Energia e Gases Industriais Ltda. (“Hytron”), com representante na sessão: Sr. Daniel Gabriel Lopes e Noz Empreendimentos Industriais e Imobiliários Ltda. - ME (“Noz”), com representante na sessão: Sr. Carlos Nogueira da Gama Junior. Foi aberta a etapa de lances, da qual restou a seguinte classificação:

LICITANTE	VALOR GLOBAL
1ª Classificada (NOZ)	R\$ 106.000,00 (cento e seis mil reais)
2ª Classificada (HYTRON)	R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais)

Na sequência, passou-se para a abertura do invólucro de Documentação de Habilitação da licitante primeira classificada, a partir do que verificou-se o que segue: o atestado de capacidade técnica fora emitido pela empresa Atalaia Alimentos, que atesta a prestação dos serviços para pessoa jurídica distinta: Abatedouro Pradense Ltda. Isto posto, a sessão foi suspensa para diligências. Em doze de março do ano de dois mil e dezoito, se reuniram, com a finalidade de dar andamento à diligência mencionada, a pregoeira, o apoio técnico Sra. Ana Carolina Silveira Perico Garcia, a Srta. Helenise Wanier Silva - Supervisão de Suprimentos e o Sr. Carlos Nogueira da Gama Junior, representante da empresa Noz, já que o mesmo havia solicitado o agendamento de uma reunião para “apresentar as informações”. Assim, passou-se à análise da questão do atestado de capacidade técnica, que foi emitido pela empresa Atalaia Alimentos, porém comprova a prestação dos serviços para pessoa jurídica distinta: Abatedouro Pradense Ltda.: a CPL imprimiu o cartão de CNPJ da empresa Atalaia Alimentos, onde restou claro que “Frango Atalaia” é o nome fantasia do “Abatedouro Pradense Ltda.” Importante destacar que, nesta oportunidade, também, a empresa Noz apresentou alguns documentos dentre um rol solicitado pela Diretoria, e

A

B



400
Bz

fez uma breve apresentação de sua empresa. Nesta reunião pôde-se verificar que, no que diz respeito ao atestado apresentado na fase habilitatória, o mesmo atendeu ao Edital, inclusive conforme apontado em parecer técnico interno, feito pela área requisitante. Assim, foi agendada nova data para continuidade da sessão de habilitação e julgamento, devidamente comunicado aos licitantes participantes, a qual ocorreu em três de abril do ano de dois mil e dezoito, só estando presente o representante da empresa Noz: Sr. Carlos Nogueira da Gama Junior. Assim, após análise realizada pela Pregoeira e Equipe de Apoio, embasado na diligência realizada e no parecer do apoio técnico, constatou-se que a empresa Noz cumpriu com todas as exigências editalícias, e, portanto, foi declarada VENCEDORA na presente licitação. Assim, nesta ocasião, restou por oportuno à pregoeira a ADJUDICAÇÃO do certame à Noz Empreendimentos Industriais e Imobiliários Ltda. – ME. Ato contínuo, o processo completo foi encaminhado à Autoridade superior para HOMOLOGAÇÃO, a qual se deu em 03 de abril de 2018.

III – DA ANÁLISE DO APOIO TÉCNICO

Importante constar desta decisão que a análise da compatibilidade do objeto social da licitante NOZ com o objeto licitado foi devidamente analisado pela área requisitante (apoio técnico) o qual, a princípio, entendeu ter se cumprido tal requisito, embasando a pregoeira na habilitação da licitante, ora recorrente.

Ora, também conforme entendimento constante do Parecer Jurídico emitido pela empresa Zênite, a ser referido posteriormente: “Considerando que o edital deve contemplar regras claras a respeito do julgamento, tem-se que os parâmetros para aferição da compatibilidade entre o objeto licitado e o objeto social da empresa devem ser indicados pela área competente pela definição dos requisitos de habilitação tidos como mínimos e essenciais para assegurar o correto desenvolvimento do futuro contrato (normalmente, os setores requisitantes). Com isso, a pregoeira pode adotar as razões apresentadas pela área competente para decidir, salvo se houver dúvida sobre a legitimidade do parâmetro adotado”.

Bz J



401
Bj

IV- DAS RAZÕES INICIAIS DA PREGOEIRA EM HABILITAR A EMPRESA NOZ

Quando da habilitação da empresa Noz, ora recorrente, após análise dos documentos apresentados, não identificamos, SALVO MELHOR JUÍZO, razão para inabilitação da mesma, no tocante ao seu objeto social, já que entendemos que o mesmo, ao mencionar "consultoria empresarial e técnica", comprovou compatibilidade com o objeto do certame. Tampouco identificamos evidente discrepância entre ambos os objetos que pudesse ensejar na inabilitação da licitante. Importante ressaltar, também, que a área requisitante (apoio técnico), que conhece, e especificou, o serviço a ser contratado, também não identificou razão para inabilitação imediata desta licitante, em razão do seu objeto social.

Ora, desconhecemos existir na **Lei de Licitações**, ou em outro dispositivo legal, a exigência de que o objeto social da empresa deva contemplar exatamente o que está sendo pretendido pela Administração, mas, tão somente, devem ser compatíveis, "refinando-se" a comprovação da experiência da empresa através da apresentação de atestados de capacidade técnica, conforme, inclusive, é o entendimento de Marçal Justen Filho. Assim, entendemos que a empresa comprovou sua aptidão técnica para executar o objeto da licitação por meio da apresentação de atestado de capacidade técnica, conforme exigência editalícia.

Ante o exposto, quando da habilitação da empresa, entendemos que havia compatibilidade do objeto social com o objeto licitado, e que restou comprovada que a empresa detém capacidade suficiente para executar o objeto licitado ao comprovar a sua capacidade técnico-operacional, através da apresentação de atestado que comprovou que atuou efetivamente no ramo e já executou atividade compatível ao objeto da licitação.

Além disto, por se tratar de análise à luz dos Direitos Civil e Comercial, é preciso atentar – se que, no Direito pátrio, não vige o princípio da especialidade no que diz respeito à personalidade das pessoas jurídicas. Por força desse princípio, as pessoas jurídicas estariam limitadas apenas ao exercício das atividades literalmente descritas em seus atos constitutivos, o que vai de encontro à dinâmica das atividades comerciais. Assim, não é necessário que conste especificamente no contrato social da empresa licitante a atividade que está sendo licitada pela Administração. A existência

A
Bj



de previsão genérica, condizente com a atividade licitada, já é suficiente (Revista Zênite ILC, 2005, p. 334 apud MENDES, 2015)."

Ora, "(...) 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. (NIEBUHR, 2011, p. 372.) (Grifamos.)"

V- DO PARECER JURÍDICO INTERNO

Após a adjudicação do objeto à licitante Noz, o processo foi encaminhado pela Supervisora de Suprimentos à Assessoria Jurídica para a elaboração de contrato, ocasião em que foi expedido um parecer jurídico, fundamentando que a empresa declarada vencedora não preencheu os requisitos de habilitação jurídica, já que o objeto social da empresa não seria compatível com o objeto da licitação.

Dentre as motivações constantes do Parecer Jurídico expedido, constam as seguintes:

"Analisando o estatuto social da empresa Noz Empreendimentos Indústrias e Imobiliário Ltda. – ME, fl. 194, vê-se que objeto social é obra de montagem industrial incluindo projeto e montagem de metálica, caldeira e componentes, caldeira e componentes industriais em local próprio, fornecimento de mão de obra em local de terceiros, locação de equipamentos e insumos em geral para montagem eletromecânica em geral, elaboração de projetos arquitetônicos, design de ambientes, civis, elétricos e mecânicos, consultoria empresarial e técnica e outras também não colacionadas com o objeto a ser contratado.

Neste diapasão vê-se que a preponderância das atividades empresariais da empresa supra diz respeito a projeto e montagem industrial em metálica, eletromecânica, civil, elétrico e locação de



403
B

materiais, o que leva a crer que a consultoria destacada no objeto social seja correlacionada com tais assuntos e, por conseguinte, não guardam qualquer correlação com o objeto ora licitado (...)"

"(...) Ademais, cabe mencionar, ao menos pela retórica, ainda que se apoiasse na atividade de consultoria para habilitação no presente caso o documento de fls. 228. Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral, excetua consultoria técnica específica, o que é o caso da contratação. (...)"

"(...) Ante o exposto, s.m.j., a Assessoria Jurídica entende que a empresa Noz Empreendimentos Industriais e Imobiliários Ltda. – ME não preenche o requisito de habilitação jurídica determinado no subitem 4.2.1.2 do item 4.2 do Edital de Pregão Presencial 001/2018."

"(...) o ato que declarou a empresa habilitada é nulo, pois afronta o inciso do art. 27 da Lei 8666/93, razão pela qual sugerimos, com fundamento nas Súmulas 346 e 473 ambas do STF, a sua nulidade, bem como dos demais atos dele decorrentes, devendo a Pregoeira voltar à sessão de habilitação e julgamento inabilitando a empresa Noz Empreendimentos Industriais e Imobiliários Ltda. – ME."

VI- DA RATIFICAÇÃO PELA DIRETORIA DO PARECER JURÍDICO INTERNO E ANULAÇÃO DOS ATOS DE ADJUDICAÇÃO, HOMOLOGAÇÃO E DEMAIS DECORRENTES

O parecer foi ratificado pela Diretoria, culminando na anulação dos atos de adjudicação, homologação, e demais deles decorrentes. Retornamos a sessão de habilitação, e, baseado no parecer jurídico e ratificação da Diretoria, inabilitamos a empresa Noz, outrora declarada vencedora, e habilitamos a empresa que era a 2ª

A
B



Classificada. Assim, abrimos o prazo recursal, no qual foi interposto o recurso anexo pela empresa Noz.

404
B

VII – DO MÉRITO E FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO INTERPOSTO

RECURSO INTERPOSTO PELA EMPRESA: NOZ EMPREENDIMENTOS INDUSTRIAIS E IMOBILIÁRIOS LTDA. – EPP (anexo ao processo)

• RAZÕES RECURSAIS:

A NOZ requer que se dê provimento ao recurso administrativo interposto, declarando-se “nula a decisão que inabilitou a ora Recorrente e culminou com a anulação/impedimento de atos de homologação e adjudicação, reintegrando-se a Recorrente no processo licitatório, declarando-se a mesma vencedora do certame”, pelas razões a seguir transcritas:

- *o parecer elaborado pela assessoria jurídica encontra-se eivado de equívocos;*
- *(...) a empresa precisaria estar habilitada para proceder à análise de projeto civil, uma vez ser imprescindível o conhecimento de terraplanagem, vias de acesso, fundação e drenagem. No objeto social da ora Recorrente há a previsão de “**Elaboração de projeto civil**”.*
- *(...) a empresa precisaria ter conhecimento de projetos mecânicos para ser hábil a definir qual estrutura metálica capaz de suportar os módulos fotovoltaicos e eventual subestação. No objeto social da ora Recorrente há a previsão de “**Elaboração de projeto mecânico**”.*
- *A licitante que assumir o objeto da licitação precisará deter conhecimento referente a projetos elétricos para dimensionamento dos equipamentos*

A
B



405
Bj

elétricos, módulos, inversores, transformadores e afins. No objeto social da ora Recorrente há a previsão de **"Elaboração de projeto elétrico"**.

- (...) a licitante que se sagrar vencedora precisaria ter aptidão para a montagem eletromecânica até mesmo para poder especificar o custo da implantação. No objeto social da ora Recorrente há a previsão de **"Montagem Eletromecânica"**.
- Da mesma forma, a licitante vencedora precisará ter conhecimento em atos atinentes à construção civil para definir justamente o custo da construção. No objeto social da ora Recorrente há a previsão de **"Construção civil"**.
- Para saber dimensionar os materiais e equipamentos, no objeto social da ora Recorrente consta o **fornecimento de materiais civil e elétrico** (fornecimento de sistemas de energia), o que é o caso da Usina Fotovoltaica;
- Para análise técnica e financeira, há no objeto social da Licitante Recorrente a previsão de **"Consultoria técnica e comercial"**.
- Da mesma forma, dispõe a Recorrente em seu contrato social de capacidade para análise do terreno, indicada como o objeto de **"Incorporação imobiliária"**.
- A licitante recorrente detém 50% da participação na empresa Central Fotovoltaica, empresa que comprovada e legitimamente realiza a importação de módulos fotovoltaicos.
- Não obstante o atendimento óbvio às questões editalícias, ainda que pairasse alguma dúvida sobre tal fato, a privação da participação e habilitação da ora Recorrente jamais poderia ser objeto de qualquer impedimento.
- 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
Bj



406
B

- 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 documentação exigida para habilitação, em se tratando de sociedades comerciais, que pretendam contratar com o poder público é a comum para contratação em geral, que será o ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado-o que foi apresentado sem qualquer senão.
- Portanto, podem contratar com a Administração Pública em geral aquelas empresas vencedoras no certame e que estejam legalmente constituídas nos termos da lei, com seus atos constitutivos registrados na junta comercial, e que preencham os requisitos para contratação de modo geral.
- A descrição da atividade no contrato social, portanto, não será uma amarra para a habilitação jurídica da pessoa jurídica.
- MARÇAL JUSTEN FILHO, in Comentários à Lei de Licitações, 9a Ed. Dialética, p. 303, explica que no Direito Brasileiro não vigora o princípio da especialidade da pessoa jurídica, de tal modo que o contrato social não confere “poderes” para a pessoa jurídica praticar atos dentro de limites preciosos. A pessoa jurídica tem personalidade jurídica ilimitada.
- 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

J
B



407
B

habilitação jurídica apenas o preenchimento dos requisitos do Art. 28 da Lei 8.666/93.

- Por outro lado, a exigência de que o objeto social da empresa seja compatível com a atividade buscada no edital também não presta favor aqueles que a justificam na necessidade de se demonstrar a capacidade técnica da licitante em atender o interesse do órgão público.
- É sabido que, o critério adotado para analisar a capacidade técnica dos licitantes definitivamente não é 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.
- No caso em tela a capacidade técnica da ora Recorrente restou comprovada, inclusive por DILIGÊNCIA ESPECÍFICA PARA ESTE FIM!
- De ponto se vê a importância do tema, o qual merece a atenção por parte das empresas que vez ou outra tenham como hábito e como nicho de mercado a participação em licitações. E também pela Administração em Geral, uma vez que muitos equívocos podem ser cometidos no momento do julgamento das habilitações.
- 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 definitiva no Edital, seguindo o disposto no Art. 30 da Lei 8.666/93.
- O objeto social da 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, nesse caso, as Pessoas Jurídicas que estejam sendo atingidas em situações como as

J
B



408
Bj

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 a inabilitação da Recorrente, especialmente em momento tão posterior ao reconhecimento de seu êxito e, ainda, após diligência que COMPROVOU sua capacidade de atender o objeto editalício, com base apenas em divergência entre as atividades descritas em seu Contrato Social, ou mesmo no seu Cadastro junto a Receita Federal, com o objetivo da licitação.*
- Frustrando-se a via administrativa e por evidenciarem-se elementos de verossimilhança entre o que se requer e o que ocorreu, não restará a esta Recorrente medida que não a via judicial para fazer valer seu direito inatacável de restar habilitada e ter o objeto legalmente adjudicado.*

VIII – DA SOLICITAÇÃO DE PARECER JURÍDICO EXTERNO

Considerando a divergência entre o entendimento inicial do pregoeiro ao habilitar a licitante, ora recorrente, e o entendimento da Assessoria Jurídica constante do parecer jurídico referido, assim como a anterior homologação do processo, seguido por sua anulação e posterior inabilitação da recorrente, assim como considerando as razões do recurso interposto, a pregoeira achou por bem, alinhada com a Supervisão de Suprimentos e com a Assessoria Jurídica, e a fim de se evitar um julgamento injusto, não razoável, que se ferisse algum outro princípio ou dispositivo legal, ou mesmo as exigências do instrumento convocatório, solicitar um parecer jurídico externo a respeito das seguintes questões:

DOS QUESTIONAMENTOS:

1. A exigência da compatilidade do objeto social têm sido feita da seguinte forma nos nossos editais:

4.1.1. “Será vedada a participação de empresa:

(...)

A
Bj



409
Bz

4.1.1.1. cujo estatuto ou contrato social não inclua o objeto deste Pregão.
(...)"

(...)

(grifamos)

4.1.2. Poderão participar da presente licitação:
(...)

4.1.3. se enquadrem no ramo de atividade pertinente ao objeto da licitação, de maneira com que o Objeto Social seja compatível com o objeto licitado e devidamente comprovado; (...)"
(grifamos)

1.1. Tal exigência seria abusiva ou ilegal?

1.2. Tal exigência encontra respaldo?

1.3. Esta exigência tem sido realizada por outros órgãos? Se sim, de que forma?

1.4. É recomendável que continuemos fazendo tal exigência em edital?

1.5. Qual a melhor forma de se fazer tal exigência, para se evitar questionamentos?

2. Da análise da compatibilidade do objeto social com o objeto licitado:

2.1. É essencial a verificação do objeto social das licitantes, como requisito para habilitação?

2.2. A análise da compatibilidade do objeto social não resguarda um certo grau de subjetividade?

Bz



410
B

2.3. A análise do objeto social deve ser feita de forma restritiva (devendo constar exatamente o objeto licitado no objeto social), ou ampla (resguardando-se a ampla competitividade), caso o tenha sido exigido em edital? Se o entendimento é de que a análise seja ampla, qual o liame para identificarmos se há a compatibilidade?

2.4. Os empregados aptos a fazerem tal análise seriam os setores requisitantes técnicos que compreendem do serviço? Se sim, caso entendam restar compatibilidade entre ambos os objetos, basta os mesmos justificarem e a pregoeira se apoiar nesta justificativa, tão-somente, para habilitar ou inhabilitar a licitante?

2.5. Qual o entendimento majoritário sobre a inabilitação das licitantes por incompatibilidade do objeto social com o objeto licitado? Seria majoritário o entendimento, conforme o do Marçal, de que a compatibilidade do objeto social deveria ser relacionado à qualificação técnica, não sendo a ausência de previsão expressa desta mesma atividade em seu contrato social não pode ser empecilho para sua habilitação?

2.6. Caso não haja uma evidente discrepância entre o objeto licitado e o objeto social, como por exemplo ser o objeto licitado a contratação de um parecer jurídico e ser o objeto social da licitante comércio de móveis, é lícita a inabilitação das licitantes, ainda que a mesma tenha comprovado sua aptidão técnica através dos atestados?

2.7. Caso estejamos licitando "assessoria", não seria compatível o objeto social caso preveja "consultoria"? Devemos entrar neste mérito de distinguir para efeito de compatibilidade de objeto social, assessoria de consultoria? Se sim, no caso da licitação 1: estávamos contratando um "estudo" e no objeto social constava "consultoria"... podemos concluir compatibilidade entre ambos?

2.8. Na licitação 1: o objeto licitado era prestação de serviços de estudo de alternativas e viabilidade econômica-financeira, ambiental e técnica do projeto de geração fotovoltaica. O fato de termos entendido que o item do objeto social: "Prestação de serviços de consultoria técnica" resguardaria alguma compatibilidade com o objeto licitado, ainda que nada no objeto diga respeito à geração fotovoltaica, está equivocado? Podemos fazer a análise da compatibilidade do objeto analisando se a predominância de atividades constantes do Contrato Social seja correlacionada o objeto licitado?

2.9. A análise constante da Licitação 1, realizada pela Assessoria Jurídica, de que as atividades constantes do cartão do CNPJ excetuam consultoria técnica específica são aptas a inhabilitar a licitante? Tal análise encontra respaldo legal?

2.10. Devemos analisar a compatibilidade entre as atividades constantes do cartão do CNPJ com o objeto licitado, ou somente em caso

J

B



411
B

que restarem dúvidas? A incompatibilidade entre as atividades constantes do cartão de CNPJ e o objeto licitado são aptos a inabilitar uma licitante?

2.11. Os julgamentos realizados pela pregoeira nas licitações acima foram corretos, legais e imparciais?

2.12. Teria a pregoeira argumentos para defender suas decisões acima, nas licitações 1 e 2, caso seja questionada judicialmente?

2.13. Devido aos vários questionamentos às licitações acima, com relação à compatibilidade do objeto social, não deveríamos "anular" estas licitações, de modo a retificar o edital com relação a esta exigência, ou alinhar a melhor forma para análise destas questões, de forma igualitária e imparcial, até porque se procedeu a uma anulação de adjudicação e homologação?

Necessário ressaltar que o prazo de análise dos recursos foi suspenso para a obtenção do parecer jurídico, e devidamente comunicado às licitantes.

IX – DAS CONSIDERAÇÕES CONSTANTES DO PARECER JURÍDICO EXTERNO

Dentre as considerações constantes do parecer jurídico expedido pela empresa Zênite, destaco as seguintes, para embasar a decisão desta pregoeira:

*"A questão em apreço passa pela compreensão desse ponto. Por se tratar de análise à luz dos Direitos Civil e Comercial, é preciso atentar – se que, no Direito pátrio, **não vige o princípio da especialidade no que diz respeito à personalidade das pessoas jurídicas**. Por força desse princípio, as pessoas jurídicas estariam limitadas apenas ao exercício das atividades literalmente descritas em seus atos constitutivos, o que vai de encontro à dinâmica das atividades comerciais. Justamente por isso, a Consultoria Zênite já apresentou conclusão no sentido de que **'não é necessário que conste especificamente no contrato social da empresa licitante a atividade que está sendo licitada pela Administração**. A existência de **previsão genérica**, condizente com a atividade licitada, já é suficiente" (Revista Zênite ILC, 2005, p. 334 apud MENDES, 2015)."*

(...)

J
B



412
Bj

"(...) 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. (NIEBUHR, 2011, p. 372.) (Grifamos.)"

(...)

"Seguindo a mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça exarou os seguintes Acórdãos: Contrato Social – Descrição detalhada do objeto licitado – Desnecessidade (STJ, REsp nº 512179/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 28.10.2003.)

O STJ entendeu pela desnecessidade de conter a descrição detalhada do objeto licitado no contrato social do licitante. (STJ, REsp nº 512.179/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 28.10.2003.) (MENDES, 2015.) No mesmo sentido, o TCU entendeu necessário que seja compatível (e não idêntica) a descrição das atividades constantes no contrato social com o objeto licitado: 3. Para fins de habilitação jurídica, faz-se necessária a compatibilidade entre o objeto do certame e as atividades previstas no contrato social das empresas licitantes. Para habilitação técnica, os atestados apresentados devem não apenas demonstrar uma situação de fato, mas, necessariamente, uma situação fática que tenha ocorrido em conformidade com a lei e com o contrato social."

(...)

De todo o exposto até aqui, compreende-se que a não apresentação de contrato social que contemple o ramo idêntico ao objeto licitado não tem o condão de, por si só, inabilitar o licitante. O que se exige é a existência de compatibilidade. Aliás, os documentos referentes à sua qualificação técnica auxiliarão a Administração a analisar se, de fato, o particular tem condições técnicas para executar o objeto da licitação, em atenção ao ramo de atividades previsto no seu contrato social.

Lembramos que os requisitos de qualificação técnica têm como finalidade verificar se os licitantes contam com condições técnicas mínimas e indispensáveis para a execução do objeto."

(...)

Diante o exposto, conclui-se objetivamente que a não apresentação de contrato social que contemple o ramo idêntico ao objeto licitado não tem o condão de, por si só, inabilitar o licitante. Em verdade, a Administração deve verificar apenas se as atividades desempenhadas pelos licitantes como dispostas em seus documentos constitutivos são compatíveis com o objeto da licitação. Os documentos referentes à qualificação técnica poderão auxiliar a Administração nessa avaliação. Se os ramos de atividades forem completamente distintos, não existindo qualquer relação,

J

Bj



413
Bj

seguindo a racionalidade apresentada no Acórdão nº 642/2014 –Plenário do TCU, caberia a inabilitação."

(...)

Somado às considerações acima, cumpre destacar que o exame acerca da compatibilidade do objeto social com o objeto licitado não deve se pautar exclusivamente pelo registro no CNPJ, posto que a inscrição e a situação cadastral perante a Receita Federal têm como finalidade precípua o controle das atividades desenvolvidas pelo particular no que tange aos seus aspectos fiscais. Não por outro motivo, a apresentação de CNPJ constitui requisito relativo à regularidade fiscal.

Assim, para fins de aferição da compatibilidade entre o objeto licitado e aquele prestado pelos particulares, é preciso atentar-se aos termos dos atos constitutivos, estatutos e contratos sociais dos licitantes, entre outras informações afetas à sua atuação que possam refletir regularidade da atuação da empresa no segmento do objeto pretendido pela Administração.

(...)

Sob esse viés, no primeiro caso descrito pela Administração, tem-se que, embora o objeto social da licitante contemple diversas outras atividades que não estejam relacionadas com serviços de estudos de viabilidade econômicofinanceira, fato é que consta do objeto social a indicação genérica de "consultoria empresarial e técnica" e os atestados confirmam a atuação da empresa no ramo do objeto licitado.

Nesse passo, tudo indica que, no que diz respeito à habilitação jurídica, não havia motivo para excluir a licitante que detém em seu objeto social atividades de "consultoria empresarial e técnica" e que apresentou atestado de capacidade referente à atividade pertinente ao objeto licitado.

(...)

DAS CONCLUSÕES OBJETIVAS DO PARECER JURÍDICO EXTERNO

1 - Considerando que não vige no nosso ordenamento o princípio da especialidade, a Administração deve evitar a exigência de indicação expressa do objeto licitado no bojo do objeto social da licitante. Basta que haja a compatibilidade entre as atividades licitadas e aquelas listadas no objeto social da empresa.

1.1 - Exceto em situações extraordinárias em que a regulação normativa aplicável ao segmento demanda que os atos constitutivos das empresas expressem objetivamente o exercício de determinada atividade, não se mostra razoável a exigência de objeto social com atividade idêntica à licitada.

1.2 - Como regra, a exigência de objeto social com atividade igual ao objeto licitado não encontra respaldo legal.

P

Bj



414
Z

1.3 - Não é raro que órgãos exijam a identidade entre o objeto social e o objeto licitado. Contudo, tal circunstância conduz a decisões desarrazoadas que ordinariamente são revertidas no Poder Judiciário e questionadas nos órgãos de controle. Assim, em atenção às diretrizes doutrinárias, jurisprudenciais e dos órgãos de controle, deve a Administração prever no edital a demonstração da compatibilidade do objeto social com o objeto licitado.

1.4 e 1.5 - Entende-se pertinente que o item 4.1.4.1 do edital mencionado pela Administração seja adequado à cláusula constante do item 4.1.6, a manter a uniformidade quanto ao parâmetro que deve ser adotado na análise da questão, qual seja: avaliação da compatibilidade (e não identidade) do objeto social com o objeto licitado.

2.1 - A verificação da compatibilidade do objeto social com o objeto licitado é essencial para determinar a efetiva capacidade de direito da empresa de assumir negócios jurídicos de tal natureza.

2.2 - A análise da compatibilidade do objeto social com o objeto licitado apresenta certo grau de subjetividade se tomada isoladamente. Considerando que a orientação é no sentido de verificar se as atividades executadas são compatíveis com aquelas constantes do ato constitutivo da empresa à luz dos atestados de experiência anterior e de outras informações pertinentes à atuação da empresa, tem-se como reduzida essa margem de subjetividade.

2.3 - A análise do objeto social não deve ser feita de forma restritiva de modo a resultar na exigência de descrição exata do objeto licitado no objeto social. Diversamente, deve ser ampla. Não há um parâmetro específico a ser aplicado, devendo a Administração atuar com razoabilidade em cada caso concreto.

2.4 - Considerando que o edital deve contemplar regras claras a respeito do julgamento, tem-se que os parâmetros para aferição da compatibilidade entre o objeto licitado e o objeto social da empresa devem ser indicados pela área competente pela definição dos requisitos de habilitação tidos como mínimos e essenciais para assegurar o correto desenvolvimento do futuro contrato (normalmente, os setores requisitantes). Com isso, a pregoeira pode adotar as razões apresentadas pela área competente para decidir, salvo se houver dúvida sobre a legitimidade do parâmetro adotado.

2.5 - O entendimento majoritário versa sobre a análise da compatibilidade do objeto social conjugada à luz da qualificação técnica, não cabendo inabilitação automática em razão da ausência de previsão expressa desta mesma atividade em seu contrato social.

2.6 - Se houver uma evidente discrepância entre o objeto licitado e o objeto social (a licitação visa à contratação de parecer jurídico e o objeto social da licitante é comércio de móveis), será lícita a inabilitação das licitantes, ainda que a mesma tenha comprovado sua aptidão técnica por meio de atestados.

2.7 - Não parece razoável decidir pela incompatibilidade do objeto social com o objeto licitado, quando aquele se refere à "consultoria" e este último à "assessoria". Ambas as atividades se relacionam com desenvolvimento de estudos, levantamento de dados, elaboração de relatórios e proposição de soluções, de modo que a distinção entre ambas para fins de habilitação seria excesso de formalismo. Logo, no caso descrito, tudo indica que, para

J
B



48-
B

fins de habilitação jurídica, a indicação no objeto social de "consultoria" se mostra pertinente e compatível com "estudo".

2.8 - Para fins de habilitação jurídica, não há necessidade de que o objeto social se remeta expressamente a estudos de alternativas e viabilidade econômico-financeira, ambiental e técnica do projeto de geração fotovoltaica. Seria suficiente fazer a análise da compatibilidade do objeto analisando se a predominância de atividades constantes do Contrato Social seja correlacionada o objeto licitado, especialmente a realização de estudos de viabilidade econômico-financeira, ambiental e técnica.

2.9 - A falta de indicação expressa das atividades licitadas no bojo dos dados relativos ao objeto social, ao CNPJ e ao CNAE não é suficiente para determinar o afastamento da licitante classificada em primeiro lugar. É preciso avaliar se as atividades executadas são compatíveis com aquelas constantes do seu ato constitutivo, o que requer uma análise conjunta do objeto social com atestados e outras informações pertinentes à atuação da empresa.

2.10 - A princípio, não se verifica a necessidade de avaliar a compatibilidade entre as atividades constantes do cartão do CNPJ com o objeto licitado, uma vez que dizem respeito a critérios distintos de habilitação. Assim, somente quando houver dúvida é que se impõe a busca de outros dados para aferição da compatibilidade entre o objeto social e o objeto licitado.

2.11 - Considerando as diretrizes indicadas acima, é possível que o afastamento dos licitantes nos dois casos citados pela Administração sejam alvos de questionamento, uma vez que, ao que parece, não havia motivo para determinar, de plano, a incompatibilidade entre o objeto licitado e o objeto social.

2.12 - Em caso de demandas judiciais questionando a atuação da pregoeira, a defesa se restringiria à vinculação estrita ao instrumento convocatório, o que, vale ressaltar, pode não ser suficiente para manter a decisão, uma vez que outros princípios devem orientar a atuação do Poder Público, tais como da finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, ampla competitividade, vantajosidade, etc.

2.13 - Considerando o disposto no item 4.1.6, entende-se possível defender a manutenção da licitação sob o argumento de que não há nulidade sem prejuízo. Se o edital contemplou cláusula que remetia à análise da compatibilidade do objeto social com o objeto licitado, é possível que tal diretriz tenha sido considerada pelos interessados. Assim, se não houve restrição indevida à competição em vista de eventual incongruência, a Administração pode dar prosseguimento à licitação, ajustando eventualmente as decisões que escapem das diretrizes acima indicadas.

P
B



416
B

X – DA FUNDAMENTAÇÃO DA PREGOEIRA:

Ante a exposição dos fatos supracitados, e das razões apresentadas, relevante reiterar que os procedimentos adotados para a condução deste certame foram baseados na lisura, na transparência, e sempre buscando atingir os objetivos e princípios propostos pela Administração Pública, ressaltando ainda o cumprimento às leis que norteiam a licitação, em especial a Lei nº. 8.666/93.

Porém, considerando os apontamentos da Consultoria externa, com os quais concorda esta Pregoeira, sem se entrar no mérito de se defender a habilitação ou inabilitação da licitante ora recorrente, ou das razões recursais, entende-se que não restou claro no edital a questão da “compatibilidade” do objeto social com o objeto licitado, itens a seguir transcritos:

4.1.4. *“Será vedada a participação de empresa:*

(...)

4.1.4.1. *cujo estatuto ou contrato social não inclua o objeto deste Pregão.*

(...)”

(...)

(grifamos)

4.1.5. *Poderão participar da presente licitação:*

(...)

4.1.6. *se enquadrem no ramo de atividade pertinente ao objeto da licitação, de maneira com que o Objeto Social seja compatível com o objeto licitado e devidamente comprovado; (...)*

(grifamos)

Neste sentido abordou o parecer jurídico expedido pela Zênite, relatado anteriormente, item grifado em cinza, quando afirmou que “Entende-se pertinente que

B

B



o item 4.1.4.1 do edital mencionado pela Administração seja adequado à cláusula constante do item 4.1.6, a manter a uniformidade quanto ao parâmetro que deve ser adotado na análise da questão, qual seja: avaliação da compatibilidade (e não identidade) do objeto social com o objeto lícitado.

Ora, em se considerando tais dispositivos editalícios, os quais vem sendo adotado nos nossos editais, pode-se afirmar, salvo melhor juízo, que o edital não apresentou regras claras a respeito do julgamento, neste quesito do objeto social, podendo acarretar potencial prejuízo no julgamento da documentação dos licitantes.

Importante destacar, também, que a partir desta licitação, se vem sendo revisado tais itens nos Editais, já que a própria Assessoria Jurídica entendeu uma certa divergência em tais dispositivos editalícios, na forma com o eram.

Aplicando-se a questão a situações concretas:

- Em se considerando o item 4.1.4.1 do edital, deveriam ser inabilitadas as empresas que em seu objeto social não estivesse incluído o objeto da licitação – neste caso ficaria a dúvida: a simples compatibilidade entre os objetos poderia ensejar a habilitação da empresa?;
- Por outro lado, em se considerando o item 4.1.6, que possui duas tratativas distintas dentro do próprio item, que dividimos em duas partes: 1. Poderiam participar da licitação empresas que se enquadrem no ramo de atividade pertinente ao objeto da licitação – mesma dúvida anterior: a simples compatibilidade entre os objetos poderia ensejar a habilitação da empresa ou deveria se ter expressamente o ramo de atividade do objeto lícitado expresso no objeto social?; 2. Poderiam participar da licitação as empresas em que o Objeto Social seja compatível com o objeto lícitado e devidamente comprovado – mesma dúvida anterior: a simples compatibilidade entre os objetos poderia ensejar a habilitação da empresa? E com relação à disposição “devidamente comprovado”?
- Tais dispositivos editalícios, tal como o foram, não poderiam ter “impedido” outras potenciais licitantes de participarem da concorrência, visto não possuírem em seu objeto social a correlação, ou exata



418
B

previsão, do objeto licitado em seu objeto social, conforme a interpretação adotada?

- Qualquer que fosse a decisão adotada por esta pregoeira, baseada nestes dispositivos, não seria potencial alvo para questionamentos, já que não possui regras claras de julgamento neste quesito do objeto social, podendo ocasionar em julgamento injusto, ilegal, e que infringisse o princípio da vinculação ao instrumento convocatório?

Ora, da forma como o foi previsto a questão, esta pregoeira não tem segurança objetiva para decidir, podendo se ferir direitos, princípios, ou incidir em um julgamento equivocado. Assim, poderia –se dizer que é possível que se esteja diante de uma possível “ilegalidade” nos termos de edital, e da consequente “ilegalidade” do julgamento, já que a licitação é um ato administrativo vinculado, ou seja, é uma sucessão de atos, cuja validade de um ato depende da validade dos anteriores.

Não se seria prudente dar andamento na licitação, “vendando-se os olhos” para tal questão, já que pode se estar diante de causas para um possível anulação do processo, conforme prevê o art. 49 da lei 8666/93:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

(grifo nosso)

Inclusive, no que diz respeito à anulação de atos administrativos, a Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal resguarda que:

A

B



"A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que se tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; (...)"

419
B

Assim, a Administração Pública possui o poder-dever de rever os próprios atos, quando eivados de ilegalidade. Tal poder é chamado, doutrinariamente, de autotutela, sem qualquer prejuízo, porque dela não se origina direitos, ou se gera obrigação de indenizar, salvo melhor juízo.

Assim, ainda que se ponderasse que a eventual anulação e posterior ocorrência de nova licitação poderia acarretar um grande prejuízo à Administração e, por conseguinte, ao interesse público, pois haveria uma grande demora na realização destes novos procedimentos, não se pode "aventurar" em uma decisão equivocada, "atropelando" direitos e princípios.

Desta feita, o anteriormente exposto embasa a decisão da pregoeira, no item seguinte exposta.

XI – DA DECISÃO:

Assim, visto que a Pregoeira não possui competência para anular o processo licitatório, com fulcro nos fundamentos de fato e de direito já expostos, a mesma vem, por meio deste, **RECOMENDAR, à Autoridade Competente, A ANULAÇÃO do Pregão Presencial 001/18.**

É importante destacar que a presente decisão não vincula a decisão superior acerca da conveniência e oportunidade do ato de anulação da licitação, mas, tão-somente faz uma contextualização fática e documental, com base naquilo que foi carreado a este processo, fazendo um paralelo com as disposições da lei acerca do tema em apreço.

A

B



Contudo vem somar, no sentido de fornecer subsídios à Autoridade Administrativa Superior, a quem cabe a análise desta e a decisão pela anulação.

420
B

É o que temos a declarar, salvo melhor juízo.

Poços de Caldas, 17 de julho de 2018.

Fabiana Dias Generoso de Oliveira - Pregoeira

 *Ac Silveira*
Ana Carolina Silveira Perico
Supervisora de Comercialização de Energia
Matrícula 16