

## Pregão Eletrônico

### ▪ Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões

#### **CONTRA RAZÃO :**

ILMO. SENHOR PREGOEIRO DO MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO.

Ref: PREGÃO ELETRÔNICO nº 06/2019 (Processo nº 55000.018834/2018-09)

INSTITUTO GEMOLÓGICO DO BRASIL LTDA., participante do Pregão em epígrafe, por seu representante legal ao final firmado, diante do Recurso Administrativo apresentado pela licitante CERES - CONSULTORIA E SERVIÇOS PARA SEGURO RURAL E RENEGOCIAÇÕES LTDA. neste certame, vem, respeitosamente, com base no art. 4º Inciso XVIII da Lei 10.520/02 (Lei do Pregão) e Legislação suplementar, interpor CONTRARRAZÕES, pelas razões de fato e de direito que seguem.

PRELIMINAR – SERVIDOR PÚBLICO NA CONDIÇÃO DE SÓCIO-ADMINISTRADOR DA SOCIEDADE.

Ao que tudo indica, o Sr. JOSE PERES VIEIRA que consta como Sócio Administrador da CERES CONSULTORIA (inclusive assinando o Recurso Administrativo), ora Recorrente, é também funcionário público.

Informação essa que é facilmente confirmável por esse Ministério da Agricultura.

Desse modo, ainda que a atual arrematante seja desclassificada, ainda assim a Recorrente não lograria êxito e NÃO POSSUI O MENOR OBJETIVO EM PLEITEAR ESSA DESCLASSIFICAÇÃO que não seja CAUSAR INSTABILIDADE E TUMULTO AO PREGÃO, uma vez que possivelmente o seu sócio administrador é servidor público.

Em assim sendo, e estando IMPEDIDO PELA LEGISLAÇÃO E PELA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (que manda PENALIZAR, INCLUSIVE, A EMPRESA), a nossa desclassificação NENHUMA VANTAGEM TRAZ PARA ESSE MAPA.

Essa preliminar é feita com base no Art. 117, inciso X da Lei nº 8.112/1990; Art. 9º, inciso III da Lei nº 8.666/1993 e no Item 6.2.3 do Edital, que EXPRESSAMENTE VEDAM TAL SITUAÇÃO.

A Lei nº 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008

Quando ao mesmo dispõe a Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações):

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

(...)

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Ainda, um dispositivo do próprio Edital:

6.2. Não poderão participar desta licitação os interessados:

(...)

6.2.3. que se enquadrem nas vedações previstas no artigo 9º da Lei nº 8.666, de 1993;

Por fim, a jurisprudência do TCU (grifamos com maiúsculas):

Portanto, É O CASO DE SE RESPONSABILIZAR APENAS A CONSTRUTORA ZAMBONI LTDA., uma vez que o Sr. Ivo Zamboni, à época sócio-gerente e responsável pelos atos formais da sociedade perante a universidade, NÃO APENAS IGNOROU DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA (ART. 9º, INCISO III, DA LEI Nº 8.666/1993), como também emitiu declaração falsa (fl. 66) NA QUAL ATESTARA A INEXISTÊNCIA DE FATOS IMPEDITIVOS ACERCA DA PARTICIPAÇÃO DA ALUDIDA PESSOA JURÍDICA NUMA DAS LICITAÇÕES QUESTIONADA NOS AUTOS (Tomada de Preços nº 4/2006), CONDUTA ALTAMENTE REPROVÁVEL.

12. Reputo aplicável, assim, a proposta consistente em, considerada a falta grave, DECLARAR-SE A INIDONEIDADE DA MENCIONADA SOCIEDADE EMPRESÁRIA PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÕES, NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL, COM AMPARO NO ART. 46 DA LEI Nº 8.443/1992. TODAVIA, NO QUE SE REFERE À DOSIMETRIA DA PENALIDADE, JULGO SUFICIENTE QUE A SANÇÃO DEVA LIMITAR-SE AO INTERREGNO DE 2 (DOIS) ANOS, em razão de algumas atenuantes que constam a seu favor, como:

i. inexistirem elementos probatórios capazes de indicar conluio entre o ex-servidor e agentes públicos, visando à obtenção de benefício pessoal ou de terceiros, direta ou indiretamente;

ii. o fato de a irregularidade ter se verificado em dois certames licitatórios, durante um período de somente 6 (seis) meses; e

iii. a providência adotada pelo responsável de ter alterado sua situação de sócio-gerente para sócio-cotista em razão da posse no cargo público.

13. Tal medida põe-se em consonância com a jurisprudência deste Tribunal, v.g. Acórdão nº 294/2007-Plenário, conforme enfatizado pela unidade técnica; veja-se:

“(...)

A OMISSÃO EM DECLARAÇÃO PRESTADA PERANTE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE DETERMINADA CIRCUNSTÂNCIA IMPEDITIVA DE LICITAR, no caso a presença de servidor do órgão ou entidade licitante no quadro societário da empresa declarante, É MOTIVO SUFICIENTE A CONFIGURAR FRAUDE À LICITAÇÃO, ENSEJANDO A DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DA EMPRESA PARA LICITAR.”

14. Por fim, cumpre determinar à Universidade Federal do Espírito Santo que

instaure, se ainda não o fez, MECANISMOS RIGOROSOS DE OBSERVÂNCIA AO COMANDO INSERTO NO ART. 9º, INCISO III, DA LEI Nº 8.666/1993, COM VISTAS A COIBIR A PARTICIPAÇÃO DE SERVIDOR, DIRETA OU INDIRETAMENTE, EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DE SUA ALÇADA.

Pelas razões expostas, acompanhando, em parte, a proposta vazada pela unidade instrutiva, VOTO no sentido de que seja adotado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

(TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 13 de abril de 2011 - AUGUSTO NARDES – Relator - ACÓRDÃO Nº 934/2011 – TCU – Plenário - 1. Processo nº TC 021.144/2010-9 (c/ 1 anexo). 2. Grupo II – Classe VII – Assunto: Representação).

Dito isso, passemos ao MÉRITO RECURSAL.

I – A QUESTÃO DO RESPONSÁVEL TÉCNICO NÃO SER AGRÔNOMO E O CONTRATO SOCIAL NÃO ESPELHAR, SUPOSTAMENTE, EXPERIÊNCIA NO OBJETO REQUERIDO PELO EDITAL.

A Lei de Licitações, ao contemplar a qualificação técnica dos licitantes, traduziu em seu artigo 30 a vontade do legislador de não impedir a participação de interessados que possuíssem capacidade e experiência anterior de objeto semelhante ao que é licitado.

Reza o artigo 30, inciso II:

“A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)

II – comprovação de APTIDÃO PARA DESEMPENHO DE ATIVIDADE PERTINENTE E COMPATÍVEL EM CARACTERÍSTICAS, quantidades e prazos com o objeto da licitação, ...”

A regra descrita na norma legal vigente PERMITE EXIGIR DO LICITANTE APENAS DESEMPENHO ANTERIOR DE OBJETO SIMILAR, vedadas quaisquer exigências que inibam a participação na licitação, nos termos do art. 30, § 5º, do citado diploma federal:

“§ 5º É VEDADA A EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE OU DE APTIDÃO com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, OU QUAISQUER OUTRAS NÃO PREVISTAS NESTA LEI, QUE INIBAM A PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO.”

O indigitado dispositivo legal visa instruir o julgamento do administrador público para que evitem a inclusão de critérios que inibam a participação e a competitividade.

Nesse caso, a Recorrente apega-se excessivamente à questão da suposta exigência de um engenheiro agrônomo (insinuando a necessidade de ter esse profissional em QUADRO PERMANENTE) quando se sabe que é necessário apenas TER À DISPOSIÇÃO UM PROFISSIONAL que irá desempenhar as funções técnicas requeridas e exigidas do Contrato, não se podendo exigir do licitante (e ENQUANTO LICITANTE) que já o tenha disponível, e em quadro próprio, tal profissional.

Depois, quando CONTRATADA for, a licitante poderá ser exigida em relação a esse profissional, antes não. Não se pode, pois, para efeitos de PARTICIPAÇÃO ter de

contar (e ter os custos decorrentes) com esse engenheiro desde o ingresso no certame.

Ademais, esta Recorrida JÁ ESTÁ PROVIDENCIANDO tal contratação.

Uma exigência desse tipo, caso tivesse sido feita (e não foi), restringe a competição, diminui o universo de competidores e frustra o objetivo maior da licitação – obtenção da proposta mais vantajosa.

Versou o art. 3 , da Lei 8.666/93:

“Art. 3 – ...

§ 1o É vedado aos agentes públicos:

I – ADMITIR, PREVER, INCLUIR OU TOLERAR, NOS ATOS DE CONVOCAÇÃO, CLÁUSULAS OU CONDIÇÕES QUE COMPROMETAM, RESTRINJAM OU FRUSTREM O SEU CARÁTER COMPETITIVO 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;”

Portanto, a exigência que a Recorrente TENTA ENXERGAR NO EDITAL, e que não existe, feriria flagrantemente a Lei. E sequer está sendo exigida por esse Ministério da Agricultura.

Ainda, a Recorrente enxerga “divergência entre o Contrato Social e o cartão CNPJ desta Recorrida”, sugerindo que esta não possua habilitação – no seu objeto social – para o desempenho dos serviços pertinentes à Área de Agronomia, tal como exigido pelo Edital.

O objeto, como se sabe, é a prestação dos “serviços agronômicos para execução das atividades de suporte técnico operacional que serão demandadas, relativas a levantamento de informações para subsidiar a estruturação e condução de políticas da Secretaria da Agricultura Familiar”.

E o objeto social desta Recorrida, além de ter sido registrado na sua Quarta Alteração do Contrato Social MENCIONADA PELA PRÓPRIA RECORRENTE (ou seja, ESTÁ PREVISTO NAQUELA ALTERAÇÃO), é também aquele objeto mencionado no CNAE 7210-0/00 que descreve a seguinte atividade: “PESQUISA E DESENVOLVIMENTO EXPERIMENTAL EM CIÊNCIAS FÍSICAS E NATURAIS”, também mencionada pela própria Recorrente.

Todos sabemos que as exigências mínimas para a habilitação numa licitação são definidas genericamente pela Lei, em relação aos limites da discricionariedade que tem o gestor público para aceitar ou recusar tal habilitação.

Elas ficam – ou deveriam ficar – ao prudente arbítrio do administrador público. E aí entra a questão da CNAE. A CNAE é uma classificação usada com o objetivo de padronizar os códigos de identificação das empresas nos cadastros e registros da Administração Pública, com especial enfoque para a área tributária.

Com base nessa CLASSIFICAÇÃO as empresas são enquadradas em classes e subclasses, que são definidas e atualizadas periodicamente sob a coordenação da Secretaria da Receita Federal, mas com a participação de representantes das administrações tributárias estadual e municipal e também do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o IBGE.

Por essa classificação, as atividades econômicas das empresas são identificadas por números.

Com efeito, alguns editais de licitação exigem a apresentação da CNAE para comprovar que a licitante atua ou é especializada no ramo de atividade pertinente ao objeto da licitação.

O que não é o caso do Edital do Pregão Eletrônico nº 06/2019, desse Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento que, em momento algum, faz essa exigência.

A Lei Geral das Licitações, de fato, exige similaridade e pertinência entre o objeto licitado e o ramo de atividade, o que poderia justificar essa exigência editalícia.

Então a pretensão de inabilitação ou desclassificação desta Recorrida decorre, tão só, da inconformidade daquela Recorrente.

Sobretudo quando tentar essa restrição em relação a um licitante que atende ao Edital, acaba ferindo o chamado princípio da competitividade.

O edital pode e deve prever exigências que estejam em acordo com o art. 27 e seguintes da Lei de Licitações.

Qualquer outra "criação" do gestor público ou de um concorrente inconformado; principalmente se não for constante do edital, 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 Tribunal de Contas da União no seu Acórdão nº 1203/2011 examina um caso em que ocorreu o impedimento da participação de uma empresa pelo simples fato de que o seu CNAE enquadrava-se numa atividade não EXATAMENTE IGUAL à atividade licitada, embora sendo próxima daquela, que é precisamente o que ocorre aqui, na alegação da Recorrente, entre a atividade envolvendo AGRONOMIA desta Recorrida e o OBJETO deste Pregão.

Diz aquele Acórdão (grifamos com maiúsculas):

"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. Além disso, e principalmente, a empresa [...] apresentou seu Contrato Social onde fica bastante claro que atua no ramo de transporte de passageiros e de cargas.

Entendemos que o cadastro de atividades na Receita Federal do Brasil não é motivo suficiente para impedir a participação da empresa, ainda mais que tal cadastro não era totalmente discrepante do objeto do certame. 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.

Caberia aos responsáveis a formação de juízo crítico com base em todas as informações apresentadas, especialmente a simples leitura do Contrato Social da empresa representante. Com base nessas informações, e considerando que em licitação as disposições editalícias devem ser interpretadas a fim de garantir a competitividade do certame, conforme preceitua o parágrafo único, art. 4º, Anexo I, Decreto nº 3.555/2000, não haveria motivos para impedir a participação da empresa Dantas, como acabou por ocorrer."

Ora, Senhor Pregoeiro, esse impedimento não pode existir especialmente quando, NA PRÁTICA, esta Recorrida efetivamente comprova que prestou serviços mediante a forma expressamente eleita pelo Edital para essa comprovação, que são os ATESTADOS emitidos por entidades avalizando isso. O Edital consigna expressamente "pertinente" e "compatível".

Descabe, assim, a alegação da Recorrente no sentido de que esta Recorrida não apresenta compatibilidade com as atividades previstas nas Resoluções do CONFEA e do CREA que mencionou. Não procede, já que esta Recorrida apresentou ao Pregão todos os documentos hábeis a isso, e emitidos pelas autoridades competentes.

Em relação ao CNAE 7210-0/00, desta Recorrida, o mesmo já traz no seu enunciado a "AGRONOMIA; pesquisa e desenvolvimento..." o que já consta no enunciado dessa classificação (antes transcrito) e também nas SUBCLASSES, cujas NOTAS EXPLICATIVAS deixam claro que "Esta subclasse compreende: - as atividades de pesquisa e desenvolvimento realizadas no âmbito das ciências da vida, tais como: medicina, biologia, bioquímica, farmácia, AGRONOMIA e conexas".

A palavra "AGRONOMIA" aparece duas vezes, no título do enunciado do CNAE 7210-0/00 e nas Notas Explicativas da mesma classificação, não havendo qualquer divergência entre o objeto do Contrato Social e o cartão do CNPJ, especialmente quando considerada aquela classificação CNAE 7210-0/00.

Esta Recorrente possui, sim, a devida AUTORIZAÇÃO e a REGULARIDADE para prestar os serviços e isso não decorre da simples e literal classificação do seu objeto social, uma vez que não desempenha nenhuma atividade ilícita e/ou contrária à Legislação.

Sobre o entendimento do TCU, há correntes que apontam em sentido contrário àquele apresentado pela mesma Recorrente.

Além daquele Acórdão que já transcrevemos acima um outro, mais recente (Acórdão nº 42/2014 — Plenário), vai no seguinte sentido:

"Considerando que diante do decidido no precedente Acórdão 1.203/2011 - Plenário, segundo o qual o CNAE não deveria, sozinho, constituir motivo para a inabilitação em processo licitatório, havendo outros meios de comprovação da compatibilidade do ramo de atuação da empresa com o objeto da licitação, a exemplo o contrato social, o Relator determinou a realização de diligência ao Senac/MG, com vistas à obtenção de cópia do contrato social da licitante vencedora da licitação, bem assim, objetivando o envio de outras informações (...)"

A própria Receita Federal já entendeu que o objeto social da empresa deve prevalecer sobre o código da CNAE (e a própria Recorrente, neste caso, reproduz o objeto social listado em nossa Quarta Alteração do Contrato Social):

"EMENTA: 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."

Esta Recorrida tem a ambos, o CNAE e o objeto social em vias de registro do seu Contrato Social, atualmente em trâmite na Junta Comercial, agora FORMALMENTE mencionados no seu objeto.

Como todos sabemos, o que uma empresa que irá prestar serviços à Administração

Pública necessita é de profissionais que ESTEJAM À DISPOSIÇÃO para a prestação dos serviços e não que sejam registrados no contrato social ou em QUADRO PERMANENTE das empresas licitantes.

Praticamente todos os serviços que esta Recorrida presta são executados através de parcerias com os profissionais autônomos, por meio de contrato de prestação de serviços (o que a LEGISLAÇÃO PERMITE E NÃO IMPEDE), sem a necessidade de incluí-los como responsáveis técnicos permanentes pela Empresa, o que não justifica a alegação da Recorrente de que "a empresa precisa de um know-how básico para orientação e instrução das atividades a serem desempenhadas". Esta Recorrida POSSUI ESSE KNOW-HOW.

Esta Recorrida atua em diversos segmentos (geologia, meio ambiente, topografia, agronomia, etc.), e inclusive nos "serviços agrônômicos" exigidos pelo Edital, dispondo de ampla e comprovada experiência nessa área nos últimos 30 anos de atuação.

Também porque a inabilitação ou a desclassificação desta Recorrida não podem se dar porque o objeto social desta no desenvolvimento do treinamento voltado INCLUSIVE à área de SERVIÇOS AGRONÔMICOS (e agora expressamente constantes da ALTERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL) se enquadra – tecnicamente – no objeto do Edital deste Pregão.

É PERTINENTE e COMPATÍVEL, como quer o Edital.

Tal pertinência já está comprovada e, mais do que isso, esta Recorrida EMPENHA-SE EM SE ADAPTAR A TODAS AS CONDIÇÕES DO EDITAL, com as mesmas concordando expressamente, o que significa que CUMPRIRÁ O CONTRATO.

Também pelas razões já expostas não cabe à Recorrente alegar que, em relação ao subitem 9.2.1 do Edital, esta Recorrida "praticou vício, pois não poderia ter emitido Notas Fiscais de Serviços (apensadas na documentação enviada para o G3) para atividade agrícola, visto que, esses serviços realizados no ano de 2016, não eram objeto do contrato social da empresa, como também não possuía, e nem possui, responsável técnico agrônomo junto ao CREA".

Não há vício algum, como se viu do nosso CNAE antes mencionado.

A Recorrente; que comparece aqui REPRESENTADA E ASSINADA POR UM PROVÁVEL SERVIDOR PÚBLICO, vem agora alegar "ESTRANHEZA" em relação às notas fiscais que apresentamos por serem as "vias do cliente" e porque o serviço prestado à Mineração Rio do Sal consta como "serviço de perícia para seguro agrícola", visto que o serviço de perícia para seguro agrícola seria realizado – ela própria diz que é VIA DE REGRA, o que significa que NÃO NECESSARIAMENTE - por uma seguradora. As seguradoras TERCEIRIZAM esses serviços, caso a Recorrente desconheça esse fato.

Então, não importa a forma que consta, por ora, na descrição do objeto social do respectivo Contrato se, na prática, a natureza dos serviços que foram prestados (e comprovados) por esta Recorrida é rigorosamente a mesma.

Mesmo que a atividade desta Recorrida não fosse compatível com o OBJETO deste Pregão Eletrônico (e, no entanto, é compatível), a descrição da atividade no contrato social não pode se constituir num impedimento para a prática de atos pela pessoa jurídica.

Conforme MARÇAL JUSTEN FILHO (Comentários à Lei de Licitações, 9a ed. Dialética, p. 303) "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 precisos. A pessoa jurídica tem personalidade jurídica ilimitada” (grifamos).

Para efeitos de prestação de serviços à Administração Pública, ou mesmo para entidades de direito privado, nada impede que uma empresa cujo CNAE consigne que a atividade é, como neste caso, “Prestação de serviços de cursos, consultoria, certificação e pesquisa nas áreas de hidrogeologia, geologia, meio ambiente, gemologia e mineração. Prestação de serviços de pesquisa, exploração e comercialização de bens minerais, materiais utilizados na construção civil, venda de produtos de origem mineral e representações comerciais”, realize a atividade de serviços agrônômicos que são DIRETAMENTE DECORRENTES da consultoria que esta Recorrida presta, no mesmo ramo, às empresas.

Sob o ponto de vista do direito societário, nada impede, para esta, a prática de tal atividade.

Há, neste particular, uma prevalência do exercício de fato da atividade sobre a forma contratual. E de fato, esta Recorrida lida também com consultoria e com operações agrônômicas, mediante a contratação de profissionais especializados, e com os cuidados que são inerentes a estas operações.

O que se precisa averiguar, antes de tudo, é se a natureza jurídica da pessoa jurídica permite a prática da atividade. E no caso presente não temos a menor dúvida de que permite.

Não se pode admitir que uma sociedade civil (gênero que se dedica exclusivamente a prestação de serviços) pretenda participar de um certame no qual o objeto é o fornecimento de mercadorias (que exigiria a natureza jurídica de sociedade comercial, por exemplo). Isso não ocorre aqui.

Assim como não se poderia, por exemplo, pretender o exercício de atividade privativa de determinada categoria profissional, como um contabilista prestar serviços de assessoria jurídica, posto que tal atividade é privativa de advogados inscritos na OAB.

Afora isso, não se pode invalidar, de modo automático, a prática de determinada atividade por uma sociedade de prestação de serviços pelo simples fato que aquela atividade não está inserida especificadamente no rol das suas atividades que constam do Contrato Social.

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 para sua habilitação.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu 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)

Os Tribunais compreendem a questão da mesma forma (grifamos):

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA:

Reexame Necessário em Mandado de Segurança n. 2013.050824-5, de Braço do Norte

Relator: Des. Subst. Francisco Oliveira Neto



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 ATIVIDADES COMPATÍVEIS COM OS EXIGIDOS PELO EDITAL. SENTENÇA DE CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM MANTIDA. REMESSA DESPROVIDA.

"O edital de licitação não pode ser interpretado restritivamente, sob pena de impedir a escolha da proposta mais vantajosa à Administração Pública. Nesse sentido, as exigências consideradas irrelevantes podem ser abrandadas, de forma a propiciar a participação do maior número de concorrentes, sem que a prática configure ofensa ao princípio da vinculação do certame ao instrumento convocatório" (ACMS n. 2008.038949-8, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 11.11.08).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário em Mandado de Segurança n. 2013.050824-5, da comarca de Braço do Norte (1ª Vara Cível), em que é impetrante Retrans Reciclagem e Transporte Ltda, e impetrados Prefeito Municipal de São Ludgero e outro:

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar provimento à remessa. Custas de lei.

O julgamento, realizado no dia 12 de novembro de 2013, foi presidido pelo Excelentíssimo Desembargador Nelson Schaefer Martins, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Desembargador Cid Goulart.

Florianópolis, 13 de novembro de 2013.

Francisco Oliveira Neto  
Relator  
(...)

Apelação Cível n. 2013.019309-9, de Xanxerê  
Relator: Des. Jaime Ramos

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO (PREGÃO) PARA AQUISIÇÃO DE MATERIAL DIDÁTICO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE APOIO TÉCNICO-PEDAGÓGICO PARA O SISTEMA DE ENSINO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO BÁSICA - ENTIDADE LICITANTE COM PROPOSTA VENCEDORA INABILITADA E EXCLUÍDA DO CERTAME - AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO EXATA DO OBJETO LICITADO EM SEU ATO CONSTITUTIVO (ESTATUTO) - ÁREA DE ATUAÇÃO E CAPACITAÇÃO TÉCNICA DEMONSTRADAS CONFORME PREVISÕES EDITALÍCIAS - SENTENÇA QUE ANULOU O ATO ADMINISTRATIVO MANTIDA.

"Verificado que a empresa licitante atingiu a finalidade visada pelos requisitos estabelecidos no edital, é de ser garantida a sua participação em todas as etapas do certame. 'O interesse público reclama o maior número possível de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilhada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para a habilitação' (STJ, MS n. 5.693/DFR, Min. Nilton Luiz Pereira)". (ACMS n. 2003.015947-9, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 19/04/2005)" (TJSC, Reexame Necessário em Mandado de Segurança n. 2009.071325-2, de Joaçaba, Rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 27-03-2012).

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL:

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, II, da Lei nº 8.666/93. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70033139700, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 26/05/2010)

(...)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. REALIZAÇÃO DE CERTAME PARA A CONTRATAÇÃO 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. (Agravado de Instrumento Nº 70014499818, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 31/05/2006)

Portanto, no caso presente esta Recorrida possui similaridade ao objeto do Edital no seu Contrato Social e, agora, está incluindo na Quarta Alteração desse Contrato a EXATIDÃO dessa atividade.

No entanto, AINDA QUE NÃO A POSSUÍSSE, a doutrina e a jurisprudência não autorizam a inabilitação de um licitante por expressa falta de previsão, no contrato social dessa licitante, de um objeto idêntico àquele que está sendo exigido pelo Edital.

## II – A QUESTÃO DA SUPOSTA INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA.

A Recorrida questiona tal exequibilidade da nossa proposta, sendo que dos 30 (TRINTA) itens ofertados ao Pregão ESTA RECORRIDA ARREMATOU 19 (DEZENOVE) POR VALORES SUPERIORES AOS QUE ELA PRÓPRIA, RECORRENTE, OFERTOU E HOVE EMPATE EM 4 (QUATRO) ITENS, restando apenas 7 (SETE) itens que a Recorrente arrematou por valores superiores aos desta Recorrida.

Quer dizer, NA PRÁTICA NÃO HÁ INEXEQUIBILIDADE ALGUMA e, se houvesse, seria em relação aos preços ofertados PELA PRÓPRIA RECORRENTE, em sua maioria.

Não se consegue compreender de onde parte essa alegação infundada de suspeita de “inexequibilidade” da proposta desta Recorrida, já que ela foi apresentada em absoluto acordo com os quantitativos e critérios unitários expressamente exigidos no Edital E NA MAIOR PARTE DAS VEZES COM PREÇOS MAIORES QUE OS DA PRÓPRIA RECORRENTE.

O autor MARÇAL JUSTEN FILHO ensina que:

“Se o particular puder comprovar que sua proposta é exequível, não se lhe poderá interditar o exercício do direito de apresentá-la. É inviável proibir o Estado de

realizar contratação vantajosa. A questão é de fato, não de direito. Incumbe o ônus da prova da exequibilidade ao particular.” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14º Ed, São Paulo: Dialética, 2010, p. 660)

O Tribunal de Contas da União corroborou isso ao julgar que (grifamos em maiúsculas):

“3. A PROPOSTA DE LICITANTE COM MARGEM DE LUCRO MÍNIMA OU SEM MARGEM DE LUCRO NÃO CONDUZ, NECESSARIAMENTE, À INEXEQUIBILIDADE, POIS TAL FATO DEPENDE DA ESTRATÉGIA COMERCIAL DA EMPRESA. A DESCLASSIFICAÇÃO POR INEXEQUIBILIDADE DEVE SER OBJETIVAMENTE DEMONSTRADA, a partir de critérios previamente publicados, após dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta.

Representação de empresa participante de pregão eletrônico conduzido pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), destinado à contratação de serviços terceirizados e continuados de limpeza, asseio e conservação, APONTARA A DESCLASSIFICAÇÃO INDEVIDA DA PROPOSTA DA REPRESENTANTE, SOB ALEGAÇÃO DE INEXEQUIBILIDADE DE PREÇOS, FUNDAMENTADA “APENAS NA INFORMAÇÃO DE QUE A SUA MARGEM DE LUCRO SERIA DE 0,1%”. Realizadas as oitivas regimentais após a suspensão cautelar do certame, o relator, alinhado à unidade técnica, rejeitou as justificativas apresentadas, destacando a Súmula-TCU 262 segundo a qual “o critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas ‘a’ e ‘b’, da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexecução de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta”. Mencionou ainda outras deliberações do Tribunal no sentido de que “a desclassificação de proposta por inexecução de preços deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados” (grifos do relator). Sobre a questão da margem de lucro, o relator lembrou o Acórdão 325/2007-Plenário que, no seu entendimento, poderia ser aplicado para a contratação de serviços continuados: “Dependendo da escolha da estratégia comercial, a empresa pode ser bem agressiva na proposta de preços, relegando a segundo plano o retorno do investimento considerado para o contrato ...

As motivações para perseguir o sucesso em uma licitação em detrimento da remuneração possível pela execução da obra variam: a empresa pode estar interessada na obra específica por sinergia com suas atuais atividades; pode haver interesse em quebrar barreiras impostas pelos concorrentes no mercado ...; pode haver interesse em incrementar o portfólio de execução de obras da empresa; pode haver interesse na formação de um novo fluxo de caixa advindo do contrato ... Esses exemplos podem traduzir ganhos indiretos atuais para empresa ou mesmo ganho futuro, na ótica de longo prazo para o mercado. Assim, é possível que empresas atuem com margem de lucro mínima em propostas para concorrer nas contratações ..., desde que bem estimados os custos diretos e indiretos.”. Por fim, destacou o relator, “não há norma que fixe ou limite o percentual de lucro das empresas”, de forma que “atuar sem margem de lucro ou com margem mínima não encontra vedação legal, depende da estratégia comercial da empresa e não conduz, necessariamente, à inexecução da proposta”. O Tribunal, seguindo o voto da relatoria, considerou procedente a Representação e fixou prazo para a anulação do ato de desclassificação da proposta da representante.

(Acórdão 3092/2014-Plenário, TC 020.363/2014-1, relator Ministro Bruno Dantas, 12.11.2014).

Outro equívoco comum; e que talvez esteja levando a Recorrente a um raciocínio absolutamente equivocado, é a aplicação da inexecução de preços, na forma usualmente defendida na licitações (que é aquela feita com base no Artigo 48, inciso II da Lei 8.666/93) e que diz respeito unicamente a obras e serviços de Engenharia, o que a

própria Lei consigna no Parágrafo Primeiro daquele mesmo Artigo 48.

O que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entendeu, na Apelação Cível nº 70041640509, da Segunda Câmara Cível, julgada em 28 de agosto de 2013, da seguinte forma:

"A Administração Pública está obrigada a buscar, sempre, a proposta que lhe for mais vantajosa. E, no caso em comento, NÃO HÁ INDÍCIOS DE QUE A PROPOSTA APRESENTADA PELA DEMANDADA NÃO FOSSE MAIS VANTAJOSA PARA O MUNICÍPIO DO QUE AQUELA FORMULADA PELA PARTE AUTORA.

Quanto às alegações da apelante, no sentido de que o transporte do maquinário até o local de abastecimento seria feito de forma irregular, tampouco há, nos autos, qualquer prova a ampará-las. Ademais, não cabe ao Poder Judiciário avaliar se a contratação da empresa vencedora foi conveniente e oportuna ao Município, sob pena de adentrar-se na esfera de discricionariedade da Administração Pública.

Outrossim, NÃO CABE AO MUNICÍPIO FISCALIZAR A ATIVIDADE EMPRESARIAL DA RÉ, mas tão somente proteger o interesse público. Sobre o assunto, transcrevo trecho do parecer do Procurador de Justiça, Dr. Luís Alberto Thompson Flores Lenz (fls. 261/266):

"Nessa matéria, ao contrário do que foi assinalado na peça vestibular, o exame da inexecutabilidade da proposta impõe prudência e a prévia oitiva dos interessados, como bem assinalou MARÇAL JUSTEN FILHO, verbis:

## 5) A QUESTÃO DA INEXEQUIBILIDADE

O tema comporta uma ressalva prévia sobre a impossibilidade de eliminação de propostas vantajosas para o interesse público. A desclassificação por inexecutabilidade apenas pode ser admitida como exceção, em hipóteses muito restritas. Nesse ponto, adotam-se posições distintas das anteriormente perfilhadas. O núcleo da concepção ora adotada reside na impossibilidade de o Estado transformar-se em fiscal da lucratividade privada e na plena admissibilidade de propostas deficitárias.

### 5.1) A DISTINÇÃO ENTRE INEXEQUIBILIDADE ABSOLUTA (SUBJETIVA) E RELATIVA (OBJETIVA)

Discorda-se do entendimento de que todas as hipóteses de inexecutabilidade comportam tratamento jurídico idêntico. AO CONTRÁRIO, DEVE IMPOR-SE UMA DIFERENCIAÇÃO FUNDAMENTAL, DESTINADA A AVERIGUAR SE A PROPOSTA PODE OU NÃO SER EXECUTADA PELO LICITANTE, AINDA QUE O SEU VALOR SEJA DEFICITÁRIO. A QUESTÃO FUNDAMENTAL NÃO RESIDE NO VALOR DA PROPOSTA, POR MAIS ÍNFINO QUE O SEJA – O PROBLEMA É A IMPOSSIBILIDADE DE O LICITANTE EXECUTAR AQUILO QUE OFERTOU.

A formulação desse juízo envolve uma avaliação de capacidade patrimonial do licitante. SE ELE DISPUSER DE RECURSOS SUFICIENTES E RESOLVER INCORRER EM PREJUÍZO, ESSA É UMA DECISÃO EMPRESARIAL PRIVADA. Não cabe à administração a tarefa de fiscalização da lucratividade empresarial privada. Sob esse ângulo, chega a ser paradoxal a recusa da Administração em receber proposta excessivamente vantajosa (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 10ª edição, 2004, p. 447)".

O Edital desse Pregão não estabelece qualquer critério para a admissão, ou não, dos preços unitários, considerando-os "fora do padrão", como alega a Recorrente.

A Planilha do Anexo 4 do Termo de Referência estabelece, tão somente, que as licitantes apresentem os preços unitários propostos para cada item e, na outra coluna, o preço total.

Desse modo não existe, no Edital, a exigência de uma PLANILHA DE FORMAÇÃO DE CUSTOS, apenas a discriminação dos preços unitários e que determina a apresentação, ao seu final, de um preço global por Lote e pelos respectivos itens em cada Lote.

E esta Recorrida apresentou tais preços unitários e globais, na estrita forma do Anexo 4.

E o preâmbulo do Edital diz claramente que o critério é o MENOR PREÇO. E se se esse critério for respeitado, ele admite a aceitação da proposta deste licitante.

Então, Senhores, a Recorrente "criar" agora essa exigência, após o Pregão encontrar-se no seu pleno andamento, é INOVAR NO EDITAL desse MAPA com uma exigência que não constou do seu texto original.

O que contraria frontalmente o texto da Lei.

Assim como aquele antes transcritos, há outros precedentes dos Tribunais a amparar o posicionamento adotado (grifamos), especialmente quando não houver, no próprio Edital da licitação, um critério para a admissão (ou para a não admissão) dos preços unitários:

LICITAÇÃO. CONVITE. MENOR PREÇO. PREÇO GLOBAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. As propostas dos licitantes que (I) não atendam às exigências do edital, (II) cujo valor global for superior ao limite estabelecido ou (III) com preços manifestamente inexequíveis serão desclassificadas. Art. 48 da Lei 8666/93. 2. Ausente previsão expressa no edital de critério para a admissão dos preços unitários informados pelos licitantes, afigura-se legal a decisão que leva em conta o menor preço global. A adjudicação, portanto, do objeto ao licitante que apresentou o menor preço global - ainda que não tenha preenchido corretamente alguns itens das planilhas de composição de preços - não constitui violação ao direito do concorrente classificado em segundo lugar. Decisão que não é apta a gerar direito à reparação de danos. Hipótese em que não há prova inequívoca da inexequibilidade da proposta formulada pela licitante vencedora. 3. Nas causas em que não houver condenação, os honorários advocatícios são fixados de acordo com a apreciação equitativa do juiz. Hipótese em que a verba honorária deve ser mantida. Recursos desprovidos. (Apelação Cível Nº 70043329176, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 28/07/2011)

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. IMPUGNAÇÃO AO EDITAL. INTEMPESTIVIDADE. ART. 41, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. CONDIÇÕES DE PAGAMENTO PREVISTAS NO EDITAL DE FORMA ESCALONADA. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NOS CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DO ADMINISTRADOR. INEXEQUIBILIDADE DO CONTRATO NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE. SEGURANÇA DENEGADA. APELO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70040951113, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 27/07/2011)

LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO. PROPOSTA INEXEQUÍVEL. FALTA DE PROVA. ILEGALIDADE DA INABILITAÇÃO. Não há omissão no julgado. Conforme referido no acórdão, a licitação visa a contratação de empresa de engenharia para o serviço de consultoria ambiental, modalidade menor preço. Não havendo previsão de custo

mínimo. A inexecuibilidade manifesta da proposta é demonstrada pelos preços excessivamente baixos, nos prazos de entrega, na inviabilidade técnica da oferta e nas condições irrealizáveis de execução, considerando a realidade do mercado. Como a decisão administrativa não comprova nenhuma dessas condições, não há fundamento para a inabilitação da proposta que contém o menor preço. Segurança concedida. Embargos rejeitados. (Embargos de Declaração Nº 70038904462, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 20/10/2010)

E a REALIDADE DO MERCADO; a ser considerada conforme o que foi decidido no Julgado transcrito logo acima, tem a ver diretamente com a prática verificada por esta licitante em serviços similares ao presente Pregão, o que a Recorrida já comprovou e até a própria Recorrente não contraria na medida em que na maioria dos itens oferta preços MAIORES do que os desta Recorrida e em outros até EMPATAM !!!

Esta Licitante participa de licitações nas quais o PREÇO ESTIMADO pela Administração; em relação ao preço OFERTADO pelos então licitantes, talvez fosse considerado como sendo inexecuível, o que parece ser a preocupação da Recorrente neste caso específico, embora aquela se baseie em itens vagos (e não previstos no Edital) como "RECEITA ESPERADA"; "INCERTEZAS"; "OUTRAS DESPESAS NÃO CONSIDERADAS", "SOLUÇÕES DE T.I." chegando a uma suposta "RECEITA/DEFICIT PROVÁVEL" calculado sabe-se lá com base em que "criativos" cálculos da Recorrente.

Sem explicar a motivação para a alegação ou bases razoáveis para alegar isso. E, no entanto, os preços que ofertamos usualmente à Administração não são inexecuíveis, sendo tais preços aceitos e depois assinados os respectivos contratos.

Como dissemos antes, o critério para a efetiva "inexecuibilidade" previsto na Legislação é aplicável para obras e serviços de Engenharia mas, mesmo assim, esta Recorrida não se afastou a tal ponto dos preços estimados por esse Ministério da Agricultura.

Nesse contexto, é importante salientar que o estabelecimento de preço mínimo em uma licitação, assim como a fixação de uma faixa de variação em relação ao preço de referência são vedados, conforme estabelece o inciso X, do Art. 40, da Lei 8.666/93, abaixo transcrito (grifamos):

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para o início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

X – o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos, e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48. (grifo nosso)

Portanto, essa questão da impossibilidade da fixação de PREÇOS MÍNIMOS, somada ao fato do licitante comprovar a perfeita regularidade de serviços similares em outros contratos (comprovados mediante os atestados que apresenta ao Pregão), devem servir para atestar uma REGULARIDADE CONTRATUAL que garante não apenas o cumprimento desses mesmos serviços como também PREÇOS EXEQUÍVEIS, o que também o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

apoia, na sua Jurisprudência (grifamos):

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE INEXEQUIBILIDADE. DESCABIMENTO. OFERTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. A pretensão da parte autora encontra óbice no art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93, que afasta a possibilidade de previsão de preço mínimo, critérios estatísticos ou faixas de variações das propostas em processo de licitação. Princípio da indisponibilidade do interesse público. Não há qualquer indício de que a proposta oferecida pela ré Acco & Acco seja inexequível, tanto é que o contrato vem sendo regularmente cumprido. Impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário na esfera da discricionariedade da Administração Pública. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70041640509, Segunda Câmara Cível - Serviço de Apoio Jurisdição, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 28/08/2013)

Já o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Contas da União é que essa vedação à utilização de critérios estatísticos e preços mínimos em relação ao preço de referência corresponde à utilização desses critérios para a desclassificação sumária da proposta, ou seja, como forma de presunção absoluta de inexequibilidade.

Tal parâmetro pode ser utilizado apenas para presunção relativa da inexequibilidade naquilo que alguns doutrinadores denominam de critérios para "suspeição de inexequibilidade" (e não para a sua decretação absoluta, sem a análise do contexto em que os preços são ofertados).

Isso é verificável no voto condutor do Acórdão TCU 964/2010, o qual faz referência a trecho do Acórdão 697/2006 daquele Tribunal de Contas, em que se discutia a possibilidade de a Administração valer-se unicamente dos critérios do art. 48, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 (que são critérios para contratos de obras e serviços de Engenharia) em certame destinado à "contratação de empresa especializada na prestação de serviços de apoio, acessórios e complementares em atividades de Administração, Recursos Humanos e Recursos Financeiros, com o objetivo de atender as necessidades de desempenho das atribuições do Ministério das Cidades":

"[...]

15. Como visto, esta Corte deliberou pela validade de utilização geral dos mencionados critérios (nota: os critérios do artigo 48 da Lei das Licitações), a juízo da administração, e reafirmou que desses parâmetros não decorre a formulação de um juízo de presunção absoluta de inexequibilidade, mas, antes, de presunção relativa, elidida pelo licitante ou pela própria administração. (grifo nosso) (Acórdão TCU 964/2010 – Primeira Câmara)

Nessa linha de raciocínio, se vê que o confronto entre o PREÇO ESTIMADO nos Editais e os preços efetivamente OFERTADOS E ACEITOS pelos respectivos órgãos não determinam a sua inexequibilidade.

Além disso, no caso do presente Pregão, o MENOR PREÇO ofertado por todos os licitantes, critério do Edital, andou próximo na sua fase de lances, inclusive no caso dos preços ofertados pela própria Recorrente que ofertou, em alguns casos, PREÇOS MAIORES que o desta Recorrida.

Então essa "inexequibilidade" alegada não pode ser levada em consideração no caso presente, porque ela não existe.

Ou seja, sob esse aspecto, a nossa classificação – que está sendo questionada pela Recorrente em função dos preços unitários apresentados - deverá ser mantida.

Também outros julgados do mesmo TCU, mais antigos, abordam a questão da preservação da FINALIDADE DA LICITAÇÃO (que é o INTERESSE PÚBLICO), acima das questões FORMAIS que não interferem nessa mesma finalidade.

Especialmente nos casos – como o deste Pregão do Ministério da Agricultura – em que o objeto principal não requer planilhas de custos dos serviços que vêm “embutidos” no MENOR PREÇO atribuído ao objeto licitado.

É o que diz o Acórdão 4.621/2009 – 2º Câmara, daquele TCU (grifamos):

“Quando se realiza licitação PELO MENOR PREÇO GLOBAL, interessa primordialmente para a administração O VALOR GLOBAL APRESENTADO PELOS LICITANTES. é com base nestes valores que a administração analisará as propostas no tocante aos preços [...].Exemplifico. Digamos que no quesito férias legais, em evidente desacerto com as normas trabalhistas, uma licitante aponha o percentual de zero por cento. Entretanto, avaliando-se a margem de lucro da empresa, verifica-se que poderia haver uma diminuição dessa margem para cobrir os custos de férias e ainda garantir-se a exequibilidade da proposta.[...] em tendo apresentado essa licitante o menor preço, parece-me que ofenderia os princípios da razoabilidade e da economicidade desclassificar a proposta mais vantajosa e exequível por um erro que, além de poder ser caracterizado como formal, também NÃO PREJUDICOU A ANÁLISE DO PREÇO GLOBAL [...].Afirmo que a falha pode ser considerada um erro formal porque a sua ocorrência não teria trazido nenhuma consequência prática sobre o andamento da licitação. Primeiro, porque não se pode falar em qualquer benefício para a licitante, pois O QUE INTERESSA TANTO PARA ELA QUANTO PARA A ADMINISTRAÇÃO É O PREÇO GLOBAL CONTRATADO. [...]Em suma, penso que seria um formalismo exacerbado desclassificar uma empresa em tal situação, além de caracterizar a prática de ato antieconômico.”

Também vai nessa linha o Acórdão 963/2004 – Plenário:

“Sobre a DESNECESSIDADE DE DETALHAMENTO DOS ITENS QUE COMPÕEM OS ENCARGOS SOCIAIS E TRABALHISTAS NA PLANILHA DE PREÇOS UTILIZADA COMO MODELO NO EDITAL, penso que a presumida omissão não traz problemas para o órgão contratante, pois, segundo explicado pela unidade técnica, O CONTRATADO É OBRIGADO A ARCAR COM AS CONSEQUÊNCIAS DAS IMPRECISÕES NA COMPOSIÇÃO DOS SEUS CUSTOS. Não é demais lembrar que a Administração não pagará diretamente pelos encargos trabalhistas indicados na planilha, pois são eles de responsabilidade da contratada. Não interessa para a contratante, por exemplo, se em determinado mês a contratada está tendo gastos adicionais porque muitos empregados estão em gozo de férias ou não. À contratante interessa que haja a prestação de serviços de acordo com o pactuado.”

Por esse tanto, DESCABEM AS ALEGAÇÕES da Recorrente nesse sentido.

Não tem razão, a Recorrente.

É de ser IMPROVIDO tal Recurso.

O PEDIDO.

Assim, face às razões anteriores, REQUER este INSTITUTO GEMOLÓGICO DO BRASIL LTDA., por aplicação da RAZOABILIDADE e também da LEGALIDADE, o julgamento pela IMPROCEDÊNCIA DO RECURSO ADMINISTRATIVO APRESENTADO PELA Recorrente CERES - CONSULTORIA E SERVIÇOS PARA SEGURO RURAL E RENEGOCIAÇÕES LTDA, em relação aos argumentos que lançou contra a proposta apresentada por esta Recorrida, mantendo esta CLASSIFICADA, uma vez que, como



antes demonstrado, esta apresentou oferta tecnicamente válida e de acordo com a Legislação e o Edital, com as devidas comprovações, em todos os seus itens.

Pede Deferimento.

Brasília, DF, 02 de julho de 2019.

INSTITUTO GEMOLÓGICO DO BRASIL LTDA.

Tiago Amaro de Souza

Sócio – Gerente de Projetos

**Fechar**