



As Secretarias:

SECRETARIA DE CIDADANIA E PROMOÇÃO SOCIAL  
SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO GERAL  
SECRETARIA DE EDUCAÇÃO  
SECRETARIA DE SAÚDE

### *Informações em Recurso Administrativo*

Tomada de Preços nº 03/2018-SEAG

Assunto: Recurso Administrativo

Impetrante: DONATO FONTENELE & CIA LTDA ME

A Comissão de Licitação informa as Secretarias de Administração Geral, Secretaria de Saúde, Secretaria de Educação e Secretaria de Cidadania e Promoção Social, acerca do recurso administrativo impetrado pela referida empresa, que insurge contra a habilitação da empresa L A NEGREIROS, questionando que esta empresa não teria em sua ótica, o CNAE compatível com o objeto da licitação e ainda não teria pago a apólice de seguros ou não apresentou comprovante de pagamento, senão vejamos em seus dizeres transcritos.

- 1- Não tem o CNAE: 63.11-9-00 - Tratamento de dados, provedores de serviços de aplicação e serviços de hospedagem na internet, compatível com o objeto licitado - contratação de prestação dos serviços de digitalização, tratamento de dados e gerenciamento em sistema próprio de automação, de documentos pertencentes as diversas secretaria do município de Viçosa do Ceará-CE, conforme pesquisa anexa feita no site do IBGE.
- 2- (Em cumprimento ao item 4.2.5.5.1 linha c) a licitante não tinha pago a apólice do seguro garantia ou não estavam anexa no processo.

Já respondendo as alegações recursais da impetrante, em primeiro ponto quanto ao CNAE alegado como incompatível, discordamos, vez que a empresa apresentara CNAE, 8219-9/01 DIGITALIZAÇÃO PARA REPRODUÇÃO DE FOTOS e 8219-9/01 ESCANEAMENTO PARA REPRODUÇÃO DE CÓPIAS, 62.19-9199 - preparação de documentos e serviços especializados de apoio administrativo não especificados anteriormente, 82.99-7/07 - Salas de acesso à internet, todos compatíveis com o objeto da licitação.

A modalidade tomada de preços esta expressa na norma do Art. 22, paragrafo terceiro da Lei nº 8.666/93 e suas alterações, tem o seguinte conceito.

Art. 22. São modalidades de licitação:

§ 2º Tomada de Preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para



cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, **observada a necessária qualificação.**

Como regra, o objeto social das empresas participantes de licitação devem ser compatíveis com o objeto da licitação, ou seja, a habilitação jurídica deve guardar compatibilidade entre o objeto do certame e as atividades previstas no contrato social das empresas licitantes, bem como no CNAE registrado na Receita Federal.

O Tribunal de Contas da União em sua publicação, Licitações & Contratos - 3ª Edição, pag. 114, é enfático, senão vejamos:

***“Participação na licitação***

*Poderão participar da licitação quaisquer licitantes interessados que comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação e cujo objeto social da empresa, expresso no estatuto ou contrato social, especifique ramo de atividade compatível com o objeto da licitação.” Grifamos.*

Dentre as exigências mínimas para a habilitação em um processo licitatório está a Classificação Nacional de Atividades Econômicas — CNAE das empresas licitantes. Que é uma classificação usada com o objetivo de padronizar os códigos de identificação das unidades produtivas do país nos cadastros da administração pública, nas três esferas de governo, em especial na área tributária, contribuindo para a melhoria da qualidade dos sistemas de informação que dão suporte às decisões e ações do Estado, possibilitando, ainda, a maior articulação entre sistemas.

Conforme o Acórdão nº 1203/2011 do Tribunal de Contas da União – TCU, ocorreu o impedimento de participação de empresa apenas porque seu cadastro na Receita Federal do Brasil apontava atividade não pertinente à atividade licitada, embora houvesse grande proximidade entre ambas. O relator do processo argumentou que impedir que uma empresa participasse do certame com base nesse detalhe cadastral é levar a norma a limites muito além do necessário e diminuir a competitividade do certame, o que configura irregularidade grave. Além disso, a empresa apresentou seu Contrato Social onde fica bastante claro que atua no ramo de transporte de passageiros e de cargas.

Dessa forma, o TCU entendeu 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”,** observou o relator.

De acordo com o advogado e professor de Direito Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, a CNAE é a classificação nacional de atividade econômica composta de dígitos, que descrevem qual é a atividade econômica prestada pela empresa.

**“Esse tema está intimamente ligado às licitações públicas, uma vez que alguns editais de licitação vêm exigindo a apresentação da CNAE para comprovar que a**



licitante atua ou é especializada no ramo de atividade pertinente ao objeto da licitação. A Lei nº 8.666/1993, no § 9º do art. 22, exige a pertinência entre o objeto licitado e o ramo de atividade, o que justifica essa exigência”, afirma o professor.

Ocorre que, repetidamente, surgem questionamentos quanto à legalidade de exclusão de empresa com o fundamento de que a CNAE da empresa vencedora ou participante não era específica como solicitado pelo edital de licitação. Diante disso, segundo Jacoby, é necessário pontuar que, pode-se interpretar que restringir a participação do licitante pelo motivo de ausência da CNAE específica fere o princípio da competitividade.

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

De acordo com Jacoby Fernandes, 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, não haveria motivos para impedir a participação da empresa, como acabou por ocorrer”,** ressalta o advogado, que é ex-conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

Isto posto, da forma esclarecida e embasada, havendo a compatibilidade do objeto social com o objeto da licitação e a proximidade dos serviços dispostos no CNAE da licitante, basta para atendimento a compatibilidade exigida em lei para participação e concorrências em licitações públicas.

Já no que tange a afirmação de que a empresa não apresentando o comprovante de pagamento da apólice de seguro garantia estaria inabilitada por não cumprir o item 4.2.5.5.1 linha c, do edital, também não pode prosperar, o item editalício apenas exige a garantia por seguro garantia, em nome da contratante, em nada tratando sobre estar anexado comprovante de pagamento da apólice.

4.2.5.5.1 - Modalidades de Garantia:

c) SEGURO-GARANTIA - A apólice deverá ser emitida em favor da Contratante.

A garantia está em nome da licitante, senão veja a transcrição do texto inicial da Apólice: 10-0775-021855C e Proposta: 2129430

**A J. MALUCELLI SEG.URADORA S/A, CNPJ 84.948.157/0001-33. Código de Registro na SUSEP 05436, com sede na Rua Visconde de Nácar, 1.140 - Centro -- Curitiba - PR, por meio desta APÓLICE de Seguro Garantia, garante ao SEGURADO, MUNICIPIO DE VIÇOSA DO CEARA - CE, CNPJ 11.787.35110001-00, RUA JOSÉ SIQUEIRA,**



**396 CENTRO VIÇOSA DO CEARA CE, as obrigações do TOMADOR L A NEGREIROS, CNPJ 24.755.71110001-34, AV ANARIO BRAGA 70 DT MISSI IRAUCUBA CE, até o valor de R\$ 2.116,00 (dois mil e cento e dezesseis reais), na modalidade abaixo descrita.**

É claro e inequívoco o que se prega aqui, a lei não comporta palavras inúteis (sendo o edital a lei interna da licitação), porém não é mister que se interprete a legislação (edital) da forma que dela se quer tirar proveito, há que se coadunar com a realidade e a lógica de sentido que está implícita nesta, ou seja, se o edital não exige um determinado requisito, quem julga à licitação não deverá exigir, não sendo desta forma, cometer-se-á ilegalidade.

Isto posto, não há que se falar em entendimento diverso, é a máxima: **“Não é dado ao intérprete alargar o espectro do texto legal, sob pena de criar hipótese não prevista”** (Ivan Rigolin).

O professor Toshio Mukai, pontua **“Onde a lei não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo”**.

A licitação deverá pautar-se por um julgamento objetivo, ou seja, principalmente aquele previsto no instrumento convocatório, não há que se falar em atitude diversa, o julgamento deverá seguir o rito e as normas editalícias.

É mister salientar que a Lei nº 8.666/93, em seu art. 3º, caput, tratou de conceituar licitação, em conformidade com os conceitos doutrinários estabelecendo os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e igualdade como estritamente relevantes no julgamento das propostas e da habilitação:

***“A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”***

Assim, a luz dos enunciados alhures, não poderá a Comissão considerar inabilitada a empresa L A NEGREIROS, pelas razões já apontadas nesta peça, mormente em vista do descumprimento aos itens do edital regedor, posto que, se assim proceder, descumprirá o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, consagrado nas recomendações do Art. 41, caput, da Lei de Licitações Vigente, *ipsis verbis*:

**“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”**

Ao comentar o art. 41 acima transcrito, o Prof. Marçal Justen Filho, em sua obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, ensina:

***“O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública”. (pág. 382).***



No dizer do saudoso Prof. Hely Lopes Meirelles, em sua obra “Licitação e Contrato Administrativo”,

*“Nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital, porque é a lei interna da concorrência e da tomada de preços”* (pág 88).

É entendimento corrente na doutrina, como na jurisprudência, que o Edital, no procedimento licitatório, constitui lei entre as partes e é instrumento de validade dos atos praticados no curso da licitação.

Na escolha do vencedor da licitação deve-se verificar se todos os requisitos expostos no edital de convocação foram atendidos, sendo por óbvio que a melhor proposta para a Administração Pública é aquela que atende de forma perfeita ao edital de Convocação, senão não haveria motivos para a existência de tal edital, que sabemos ser fundamental na licitação.

Na percepção de Diógenes Gasparini, *“submete tanto a Administração Pública licitante como os interessados na licitação, os proponentes, à rigorosa observância dos termos e condições do edital”*.

Prossegue o ilustre jurista, nas linhas a seguir:

*“(...) estabelecidas às regras de certa licitação, tornam-se elas inalteráveis durante todo o seu procedimento. Nada justifica qualquer alteração de momento ou pontual para atender esta ou aquela situação.*

Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola os princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: o da legalidade, da moralidade e da isonomia.

Nesta seara vejamos entendimento do STJ:

**O STJ entendeu:** “O princípio da vinculação ao instrumento convocatório se traduz na regra de que o edital faz a lei entre as partes, devendo os seus termos serem observados até o final do certame, vez que se vinculam as partes.”

**Fonte:** STJ. 1ª turma, RESP nº 354977/SC. Registro nº 200101284066.DJ 09 dez. 2003. p. 00213

Outro princípio que seria descumprido é o não menos importante princípio do julgamento objetivo. A licitação tem que chegar a um final, esse final é o julgamento, realizado pela própria Comissão de Licitação ou pregoeiro, e no caso de convite, por um servidor nomeado. Esse julgamento deve observar o critério objetivo indicado no instrumento convocatório. Tal julgamento, portanto, deve ser realizado por critério, que sobre ser objetivo deve estar previamente estabelecido no edital ou na carta-convite. Portanto, quem vai participar da licitação tem o direito de saber qual é o critério pelo qual esse certame vai ser julgado, como assim o foi.



Verificamos que o princípio do julgamento objetivo encontra arrimo nas normas dos Art's. 40, inciso VII, 43, inciso V, 44 e 45 caput, todos da Lei nº 8.666/93 e suas alterações, *ipsis literis*:

**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 início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:**

**VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;**

**Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:**

**V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;**

**Art. 44 - *No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou no convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.***

**Art. 45 - *O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.***

**Zanella di Pietro**, explicando este princípio, afirma que, "Quanto ao julgamento objetivo, que é decorrência também do princípio da legalidade, está assente seu significado: *o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital.*"

Nesse exato pensar, confirma **Odete Medauar** que:

*"o julgamento, na licitação, é a indicação, pela Comissão de Licitação, da proposta vencedora. Julgamento objetivo significa que deve nortear-se pelo critério previamente fixado no instrumento convocatório, observadas todas as normas a respeito."*

Nesse diapasão, atender a impetrante seria ferir os princípios, da vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, quando não se poderá exigir requisito não previsto no edital, da legalidade quando estes princípios estão citados na legislação vigente, portanto não há mais o que se cogitar senão a permanência da habilitação da empresa L A NEGREIROS, já citada.



Os princípios constitucionais dirigem-se ao Executivo, Legislativo e Judiciário, condicionando-os e pautando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes. No Estado de Direito o que se quer é o governo das leis e não dos homens.

Não é por outro motivo que Celso Antonio Bandeira de Mello dá ênfase ao descumprimento desses princípios, assinalando que:

**"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada."**

Os princípios comentados estão estritamente estabelecidos em lei, como já comprovado, isto posto, inabilitar a licitante impetrada, seria ferir o princípio da Legalidade dos atos públicos, conforme abordado, e como facilmente se comprova pelos enunciados em tela.

O princípio da legalidade constitui-se basilar na atividade administrativa e segundo o qual a Administração está restritamente regulada pelo instituído em lei, ou seja, o administrador ou gestor público está jungido à letra da lei para poder atuar. Seu *facere* ou *non facere* decorre da vontade expressa do Estado (com quem os agentes públicos se confundem, segundo a *teoria da apresentação* de **Pontes de Miranda**), manifestada por lei. Nesse exato sentido é a lição de **Celso Ribeiro Bastos**:

**"... É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido. É ela criada pela Constituição e pelas leis como mero instrumento de atuação e aplicação do ordenamento jurídico. Assim sendo, cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei, cuja vontade deve sempre prevalecer."** (CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Saraiva, 2ª ed., São Paulo, 1996, p. 25.)

O Mestre MIGUEL SEABRA FAGUNDES, em sua obra "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", Saraiva, São Paulo, 1984, pág. 3, assevera:

***"Administrar é aplicar a Lei de Ofício."***

Desta feita, inabilitar a licitante recorrida seria incorrer em ilegalidade do ato administrativo, e, conseqüentemente, do procedimento licitatório, caso em que haveria de ser o mesmo anulado.

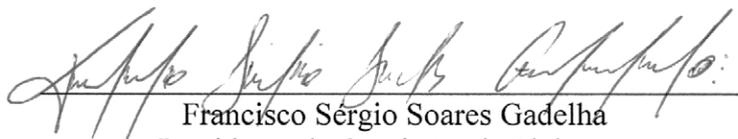
***"Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos, ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do direito***



***público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer destes casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei." (DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, RT, 12ª ed., São Paulo, p. 132)***

Desta forma, entendemos pela permanência da habilitação da empresa L A NEGREIROS pelas razões acima expostas, mantendo-se o julgamento dantes proferido como forma de preservar-se a legislação competente, mormente os princípios norteadores da atividade administrativa, tais quais, o da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

Viçosa do Ceará – Ce, 02 de agosto de 2018

  
Francisco Sérgio Soares Gadelha  
Presidente da Comissão de Licitação

+