

Ao Consórcio Público de Saúde da Microrregião de Aracati

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA OFICIAL,

SRA. EDVÂNIA VIANA MAIA

Processo Nº 009/2023

Modalidade: Pregão Eletrônico para Registro de Preços

Data de Abertura: 13/07/2023 Horário de Abertura: 08h00m

Assunto : INTERPOSIÇÃO DE RECURSO

A empresa **AL FONTELES SERVIÇOS-ME**, pessoa jurídica inscrita no CNPJ nº **09.625.604/0001-06**, com sede na Rua **Vila Grega, Projetada 11, nº 05, Aeroporto, Aracati-Ceará**, através de seu representante legal, Sr. Auricélio Lima Fonteles, inscrito no RG sob o nº: 92012000061-SSP-CE e CPF nº 510.910.543-04, email auriceliooficina@gmail.com, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, com supedâneo no art. 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/02 c/c art. 109, parágrafo 5º, da Lei nº 8.666/93, e 3.0 – Do credenciamento (Edital 009/2023), apresentar:

RAZÕES RECURSAIS

Face aos **ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA** QUE COMPÕEM O PROCESSO emitidos pelas empresas MICAL – MINADOURO IND. E COM. DE ÁGUA LTDA – ME E A EMPRESA H.F ROCHA DO VALE EMPREENDIMENTOS – ME, ALEGANDO QUE NOSSA EMPRESA PRESTOU OS SERVIÇOS COMPATÍVEIS AO OBJETO LICITADO E TENDO ATENDIDO TODOS OS REQUISITOS TÉCNICOS, QUALITATIVOS E QUANTITATIVOS EXIGIDOS PELAS EMPRESA, e não observância face ao Histórico de lances apresentados, quanto ao Lote 1, pelos fatos e fundamentos que passo a expor:

1. BREVE RESUMOS DOS FATOS

Trata-se de licitação na modalidade Pregão Eletrônico (nº 009/2023), tipo menor preço GLOBAL POR LOTE, que tem como objeto CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PREPARAÇÃO E INSTALAÇÃO DE TOLDO SOMBREADOR E BICICLETÁRIO PARA SEREM COLOCADOS NO ESTACIONAMENTO DA POLICLÍNICA DR. JOSÉ HAMILTON SARAIVA BARBOSA E DO CEO – CENTRO DE ESPECIALIDADES ODONTOLÓGICAS, DE RESPONSABILIDADE DO CONSÓRCIO PÚBLICO DE SAÚDE DA MICRORREGIÃO DE ARACATI – CPSMAR, tendo a Recorrente apresentado proposta inicial para participar do evento licitatório.

A Recorrente apresentou melhor preço para o Lote 1, sendo desclassificada por não apresentar CNAE compatível com o objeto da Licitação.

Desta forma, vem a Recorrente apresentar o presente recurso face à sua inabilitação para o Lote 1;

Vejamos o que menciona o Edital que rege a referida Licitação “ *item 3.0 – Do credenciamento e subitem 3.1 – Poderão participar desta licitação todas e quaisquer empresas ou sociedade regularmente estabelecida no País, que sejam **especializadas e credenciadas no objeto desta licitação** e que satisfaça com todas as exigência, específicas e normas contidas neste Edital e Anexos”; Habilitação Jurídica: 11.6.3 – Habilitação Técnica – Comprovação de Aptidão para o fornecimento de bens em **características, quantidades e prazos compatíveis com objeto da licitação** ou com o item pertinente, por meio de apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privados.”*

II. DO MÉRITO RECURSAL

Inicialmente cabe enfatizar que no referido Edital não consta a exigência específica de CNAE e sim que trata de “fornecimento de bem compatíveis, especializada e credenciadas no objeto desta licitação”.

Ocorre que apresentamos documentos hábeis e comprobatórios que já executamos serviços da mesma natureza que o objeto licitado e inclusive atendemos de forma satisfatórias nossos clientes.

Neste sentido, descabe a inabilitação desta licitante por NÃO APRESENTAR CNAE, considerando que não consta explícito tal exigência.

Não pode a Administração Pública inviabilizar a competitividade econômica do certame na busca pela melhor proposta, fazendo exigências que restrinjam tal objetivo.

O art. 3º da Lei nº 8.666/93 que regulamenta o art. 37. XXI da Constituição Federal estabelece:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, **a seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da proibição administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Texto original sem grifo)

Portanto, toda e qualquer contratação deve ser adotada a escolha mais vantajosa economicamente para a exploração dos recursos econômicos da titularidade da Administração Pública.

Cumprir reproduzir o artigo da Lei 8.666/93 que veda à Administração permitir a frustração ao caráter competitivo do certame:

“Artigo 3º (...) Parágrafo 1º É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustem o seu caráter competitivo...” (grifo nosso)

E ainda, deve ser resguardado o princípio da Isonomia o artigo 3º, caput, da Lei Federal nº 8.666/93, *in verbis*: “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia...”

Assim, a classificação da Recorrente se pauta na busca pela proposta mais vantajosa, competitividade e na qual não vislumbro o ferimento do princípio da impessoalidade e vinculação ao instrumento convocatório, já que a Supremacia do Interesse Público prevalece, podendo ser obtido valores até melhores que os ofertados pela supostamente declarada vencedora.

Aduz Marçal Justen Filho:

Por outro lado, não se pode ignorar a determinação constitucional de que as exigências deverão ser a mínimas possíveis. Quanto a CF/88, no art. 37, inc. XXI, determinou que as exigências seriam mínimas possíveis, isso significou submissão da Administração a limitação inquestionável. **Não cabe a Administração ir além do mínimo necessário a garantia do interesse público.** Logo, não se validam exigências que, ultrapassando o mínimo, destinam-se a manter a Administração em situação “confortável”. A CF/88 proibiu essa alternativa.

Pode afirmar-se que, em face da Constituição, o mínimo necessário á presunção de idoneidade é o máximo juridicamente admissível para exigir-se no ato convocatório. **Logo, toa a vez que for questionada acerca da inadequação ou excessividade das exigências, a Administração terá de comprovar que adotou o mínimo possível. Se não for possível comprovar que a dimensão adotada envolvia esse mínimo, a Constituição terá sido infringida.**

Se a Administração não dispuser de dados técnicos que justifique a caracterização da exigência como indispensável (mínima), seu ato será inválido. Não caberá invoca competência discricionária e tentar respaldar o ato sob argumento de liberdade na apuração do mínimo. É claro que a referência constitucional se reporta ao mínimo objetivamente comprovável – não aquilo que parece ser o mímimo em avaliação meramente subjetiva de um agente (...) (JUSTEM FILHO. Marçal. Comentários à Lei de Liciações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética 2002,2699 pg) (grifou-se)

Não obstante, é necessário frisar quanto a impossibilidade de exigir um CNAE específico para participação no certame, e a impossibilidade de aplicação do princípio da especialidade da personalidade jurídica, restringindo a sua atuação ao seu objeto social.

A Classificação Nacional de Atividade Econômica – CNAE , foi criada originariamente pela Resolução IBGE de 16/12/1994, e alterada pelas Resoluções IBGE/CONCLA 01 de 07 de maio de 2001 e 02 de 18 de maio de 2001, padroniza em termos classificatórios e por categoria as diversas atividades abrangidas pelo mercado brasileiro. **Sua finalidade é identificar as atividades submetidas a regulamentação e tratamento tributário diferenciados e assim, possibilitar o acompanhamento fiscal pelos órgãos de Administração Tributária.**

O CNAE, cujo órgão gestor é o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE vem sendo adotado pelo governo federal desde 1995 e pelos Estados e Municípios apenas a partir de 1998, quando a CNAE foi adaptada às necessidades das três esferas do governo por meio de detalhamento de subclasses.

O CNAE nada mais é do que o método de padronização das atividades econômicas para fins de estabelecimento das políticas tributárias nacionais. No entanto, o CNAE não se confunde com o objeto social das empresas, cuja previsão legal advém do art. 997, II, do Código Civil.

Em matéria de licitação, o art. 29, II, da lei 8.666/93, exige que o ramos de atividade do licitante seja compatível com o objeto contratual. Assim, é necessário que o licitante comprove haver compatibilidade entre o ramos econômico que atual e o objeto lícitado.

Desta forma, o CNAE e o objeto social descrevem as atividades exercidas pela empresa, onde o CNAE trata-se de uma classificação usada para padronizar os códigos de identificação das unidades produtivas e o objeto social por vezes não está contemplado na sua essência pela descrição tabelada do CNAE.

A classificação da CNAE passou a ser utilizada em licitações pelas três esferas do governo para comprovar que o licitante atua no ramo do objeto licitado, no entanto, é o único elemento a demonstrar que a Recorrente possui ou não objeto compatível com o exigido no certame.

Dentro dos quadros da Lei nº 8.666/93, o ato convocatório pode fixar requisitos que condicionem a participação de um licitante em potencial. Cada certame licitatório possui um objeto específico e persegue um determinado interesse de natureza coletiva. Isso justifica certas restrições e exigência para se atingir com plenitude o interesse coletivo sob a responsabilidade da Administração. Assim, para atingir a finalidade pública, o edital pode prever limitações porém, jamais poderá extrapolar os limites da Lei nº 8.666/83 e ferir o caráter competitivo da licitação.

Observa-se então, que a utilização de outros critérios, que não os já apresentados pela Lei, deve ser feita com o único intuito de contribuir para o sucesso da licitação, sem prejudicar ou reduzir a competição entre o particulares. De fato, criar empecilhos para a participação dos particulares pode, inclusive, acarretar prejuízos para a própria Administração.

Ao verificar o código CNAE, sob o caráter competitivo, buscando a proposta mais vantajosa e apta a realizar o interesse coletivo, deve ficar claro que a Interessada possui código compatível com o objeto licitado e que possuem atividades semelhantes em outro órgão, COMPROVANTE MUNICIPAL em que consta na lista de atividades **“SERVIÇOS DE METALÚRGICA”**.

Exigir um código específico pode excluir outras atividades com grande proximidade e com modo de execução muito semelhante à atividade em questão.

Através do Acórdão nº 1203/2011, o TCU verifica este problema o qual questiona um edital que objetiva a contratação de empresa especializada na prestação dos serviços de transporte de pessoas, documentos, cargas leves, cargas médias e cargas pesadas em veículos com características pré-determinadas. A empresa interessada foi inabilitada por possuir em seu CNPJ o código 4929.9-03 da CNAE (organização de excursões em veículos rodoviários próprios municipal) e com a justificativa de que o código CNAE compatível com a atividade licitada é o 4921-0/02 (transporte de passageiros e locação de automóveis com motorista). No caso exposto, a interessada foi impedida de participar somente porque seu CNPJ apresentava atividade não exatamente

idêntica á atividade licitada, ainda que houvesse grande proximidade entre as atividades e outros meios de provar sua aptidão. O TCU então corrigindo os atos administrativos, reprovou a exigência, em entendimento retratado no trecho seguinte:

Enfim, não havia razão jurídica ou administrativa para conferir-se arbitrariamente tamanha proeminência à formalidade de anotação cadastral, mais até que o conjunto de fatores que indicavam a aptidão da licitante a participar da competição e a oferecer propostas que aumentaria a sua competitividade. (Acórdão nº 1203/2011, Plenário re. Min. José Múcio Monteiro).

“A participação da empresa não foi aceita pelo pregoeiro sob o argumento de que o seu CNPJ apresentava atividade incompatível com o objeto da licitação, referindo-se ao Código CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas) constante na Ficha Cadastral de Pessoa Jurídica da representante junto à Receita Federal.

(...)

É certo que esse cadastro é um 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 simpres leitura do Contrato Social da empresa representante.” (Acórdão nº 1203/2011 – Plenário).

Versam os presentes autos sobre Tomada de Contas Especial (...)decorrentes da celebração do Contrato nº 078/2012 – resultante do Pregão Presencial nº 011/2012, sob a responsabilidade do então Prefeito Municipal, senhor (...).

(...) Ratifico o posicionamento da Área Técnica e do Ministério Público Especial de Contas, para tomar como razão de decidir a fundamentação exarada na Instrução Técnica Conclusiva ITC3522/2015 (FLS. 103/114), abaixo transcrita:

(...)2.2 – Contratação de empresa que não tem o CNAE específico para aluguel de máquinas, objeto do contrato

(...)não há que se confundir Objeto Social com Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE. O primeiro destina-se a definir a atividade da empresa devendo indicar com precisão e clareza as atividades a serem desenvolvida pela sociedade, ele é previsto no Contrato Social da empresa, conforme art. 53 Decreto nº 1.800/1996.

A CNAE, por sua vez, é o instrumento de padronização nacional dos códigos de atividade econômica e dos critérios de enquadramento utilizados pelos diversos órgãos da Administração Tributária do país. Não há um padrão pré-definido para a fixação da CNAE de uma empresa

e a própria Recita Federal entende que o objeto social (contratual) prevalece sobre o código da CNAE (conforme CNPJ)

(...) Assim, carece de fundamento a suposta irregularidade apresentada.

Fica claro, através deste Acórdão, que não é permitida a restrição de participação de uma empresa numa licitação com base apenas no seu registro CNAE ou mesmo nas atividades descritas em seu Contrato Social, pois o importante é a comprovação de experiência e competência para exercer a atividade que se está licitando. Dessa forma ciente de que o código CNAE da empresa não pode, por si só, constituir motivo para inabilitação/desclassificação em licitação, é de suma importante esclarecer que o **edital do presente certame não traz a exigência do Código CNAE como condição HABILITATÓRIA.**

Noutro caso, no ACÓRDÃO Nº 14-21415 de 17 de novembro de 2008, da 1ª Turma da DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL LDE JULGAMENTO EM RIBEIRÃO PRETO, o entendimento foi a que *“A indicação de atividade impeditiva pela CNAE fiscal, por si só, não é determinante da ocorrência da hipótese de exclusão.”*

Neste sentido, Marçal Justen Filho aduz:

“o problema do objeto social compatível com a natureza da atividade prevista no contrato se relaciona com qualificação técnica. Se um pessoa jurídica apresenta experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade, a ausência de previsão dessa mesma atividade no seu objeto social não poderia ser empecilho a Contratos Administrativos. 13º Ed. Pág. 396).

Assim é o entendimento da jurisprudência pátria. Verifica-se que no Recurso Necessário nº 599042074 da Primeira Câmara de Férias Cível do Tribunal de Justiça do RS a Ementa ficou assim:

“REEXAME NECESSÁRIO, MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. A INABILITAÇÃO TÉCNICA DE EMPRESA POR FALTA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA É RESTRITA AS HIPÓTESES DO ARTIGO 30 DA LEI 8666/93. O SIMPLES FATO DE O OBJETO SOCIAL DA EMPRESA NÃO COINCIDIR PRECISAMENTE COM O OBJETO CENTRAL DA LICITAÇÃO NÃO É MOTIVO SUFICIENTE PARA SUA INABILITAÇÃO. SENTENÇA CONCESSIVA DA SEGURANÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Reexame Necessário nº 599042074, Primeira Câmara de Férias Cível, Tribunal de Justiça do RS)”.

Inclusive a Procuradoria Geral do Município de São Paulo, através do Parecer/PGM/CGC Nº 031783340, EMENTA 12.160 – PGM assim concluiu:

EMENTA Nº 12.160 – PGM

Não pode ser exigido que empresa licitante liste de forma expressa, no seu objeto social, o objeto licitado. A análise de compatibilidade entre o objeto social da empresa licitante e o objeto licitado deve se restringir à verificação da inexistência de incompatibilidade entre os objetos, eis que a experiência e qualificação da licitante para a execução do serviço é avaliada por meio da habilitação técnica.

Desta forma, é importante repetir que o código CNAE não é o único meio de se provar a compatibilidade da atividade da interessada com o objeto licitado, muito embora importante sua verificação. O objetivo principal de tal limitação é comprovar que a empresa possui especialização prévia do ramo de atividade licitado, o que pode perfeitamente ser provado por meio do contrato social da empresa, atestados de qualificação técnica, nota fiscal ou contrato de prestação de serviços etc. Limitar tal comprovação à apresentação de um código CNAE específico e, ao mesmo tempo, não aceitar outro meio de comprovação, pode ferir o caráter competitivo do certame.

Este é o entendimento do TCU:

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 do contrato social (Acórdão nº 42/2014, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman).

“O Contrato Social é um instrumento idôneo para verificação do Ramo de Atuação da empresa, enquanto que o CNAE seria uma formalidade cadastral” (Acórdão nº 1203/2011 – TCU – Plenário. Processo nº TC-010.459/2008-9). (grifo nosso).

Por decorrência, conforme decidiu o TCU no Acórdão acima, o código CNAE é apenas um indicador, mas não pode ser tomado como prova absoluta acerca da compatibilidade ou não entre a atividade do licitante e o objeto licitado. No entanto, deve ser analisado caso a caso a compatibilidade do CNAE apresentado pela Interessada.

Assim, é necessária a verificação da compatibilidade da atividade da interessada com o objeto licitado. O objetivo principal de tal limitação é comprovar que a empresa possui especialização prévia no ramo de atividade licitada, o que pode perfeitamente ser provado por meio das atividades previstas no contrato social da empresa, na experiência e qualificação técnica do licitante. Repito, limitar tal comprovação à apresentação de um código CNAE específico e, ao mesmo tempo, não aceitar outro meio de comprovação, fere o caráter competitivo do certame, conforme já elucidado acima.

Segundo ensinamentos de MARÇAL JUSTEN FILHO, vai mais além, ele afirma que mesmo que determinada atividade não conste no contrato social, ainda assim a empresa poderá exercê-la, em razão da natureza jurídica, respeitando apenas as diferenças das sociedades comerciais, civis, associações civis, fundações, et. “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 (...)” (Comentários à Lei de Licitações, 9a ed. Dialética, p. 303).

Assim, o CNAE somente visa complementar as alegações feitas no sentido de que a Recorrente detém todas as condições necessárias não apenas para participar do certame licitatório, mas para entregar o objeto previsto.

É necessário ter em mente que o procedimento licitatório tem como objetivo a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, inclusive aquela na qual a contratada terá condições de executar.

Nestes sentido, deve ser garantida a isonomia, competitividade, legalidade, impessoalidade, igualdade, publicidade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, dentre outros, no certame licitatório, motivo pelo qual, faz-se necessária a reconsideração da decisão que inabilitou o Recorrente por não apresentar CNAE compatível com o objeto da licitação.

III. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer que seja conhecido o presente recurso para no mérito reconsiderar a decisão que inabilitou o Recorrente.

Caso entenda não ser o caso de reconsideração, requer a remessa da presente peça para a apreciação da autoridade máxima do Consórcio Público de Saúde da Microrregião Aracati.

Aracati, 17 de julho de 2023

AURICÉLIO LIMA FONTELES

RG 92012000061 SSPDC-CE

CPF 510.910.543-04

A.L FONTELES SERVIÇOS

CNPJ Nº 09.625.604/0001-06



Documento assinado digitalmente

AURICELIO LIMA FONTELES

Data: 18/07/2023 07:00:36-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>