

A
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUPEBAS
ATRAVÉS DA SECRETARIA MUNICIPAL DE PRODUÇÃO RURAL
POR INTERMÉDIO DA EXMA SRA PREGOEIRA FABIANA DE SOUZA NASCIMENTO
E EQUIPE DE APOIO DA CPL



~~EDITAL~~ EDITAL PREGÃO PRESENCIAL Nº 09/2017-5 SEMPROR

~~PALMIRA DE FÁTIMA MARTINS RIBEIRO - ME~~ (Viveiro Campo Lindo), empresa individual com sede na
~~Rodovia MG 120, KM 70 S/N, Dona Euzébia - MG~~, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 02.753.224/0001-08,
~~neste ato representada por seu Gerente Comercial, Sr. André Carlos Varela Fernandez~~, vem,
~~respeitosamente, perante Vossa~~ com fulcro no art. 4, inciso XVIII da Lei Federal 10.520/2002, e no item 66
do edital.

RECURSO ADMINISTRATIVO

Em face ao resultado do Pregão Presencial 09/2017-5 SEMPROR, esta licitante, interpõe RECURSO
ADMINISTRATIVO contra a decisão da Pregoeira em inabilitar a impetrante, pelos fatos e mediante as
razões de direito expostas a seguir, requerendo a reformulação integral da decisão, bem como o
seguimento das inclusas razões, a fim de que sejam apreciadas pelo Ilmo. Sr. Secretário da Secretaria
Municipal de Produção Rural, na qualidade de Autoridade Superior competente, a quem ora é requerida a
reformulação do julgamento sob exame.

Nestes Termos,
Pede deferimento,

Dona Euzébia, 28 de setembro de 2017.

| | |
|--|--|
| <p>REPRESENTANTE LEGAL</p>  <p>ANDRÉ CARLOS VARELA FERNANDEZ CPF 118.236.218-48 RG 22.557.748-3</p> | <p>CARIMBO DO CNPJ</p> <p>02753224/0001-08</p> <p>PALMIRA DE FÁTIMA MARTINS RIBEIRO - ME ROD. MG 120, S/N KM 70 PARTE ZONA RURAL - CEP 36784-000 DONA EUZÉBIA - MG</p> |
|--|--|

A
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUPEBAS
ATRAVÉS DA SECRETARIA MUNICIPAL DE PRODUÇÃO RURAL
POR INTERMÉDIO DA EXMA SRA PREGOEIRA FABIANA DE SOUZA NASCIMENTO
E EQUIPE DE APOIO DA CPL



EDITAL PREGÃO PRESENCIAL Nº 09/2017-5 SEMPROR

~~PALMIRA DE FÁTIMA MARTINS RIBEIRO - ME (Viveiro Campo Lindo), empresa individual com sede na Rodovia MG 120, KM 70 S/N, Dona Euzébia - MG, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 02.753.224/0001-08, neste ato representada por seu Gerente Comercial, Sr. André Carlos Varela Fernandez, vem, respeitosamente, perante V.Sa., com fulcro no art. 4, inciso XVIII da Lei Federal 10.520/2002, e no item 66 do edital.~~

RECURSO ADMINISTRATIVO

~~Em face ao resultado do Pregão Presencial 09/2017-5 SEMPROR, esta licitante, interpõe RECURSO ADMINISTRATIVO contra a decisão da Pregoeira em inabilitar a impetrante, pelos fatos e mediante as razões de direito expostas a seguir, requerendo a reformulação integral da decisão, bem como o seguimento das inclusas razões, a fim de que sejam apreciadas pelo Ilmo. Sr. Secretário da Secretaria Municipal de Produção Rural, na qualidade de Autoridade Superior competente, a quem ora é requerida a reformulação do julgamento sob exame.~~

I - DA TEMPESTIVIDADE

~~Antes do enfrentamento do mérito da questão em comento, cumpre destacar a tempestividade deste RECURSO ADMINISTRATIVO, tendo em vista que o prazo processual de 3 (três) dias úteis de que dispõe a impetrante para opor razões, teve início no dia 28.09.2017 (quinta-feira), quando foi publicada a Ata da Sessão do Pregão Presencial 09/2017-5 SEMPROR, permanecendo, portanto, íntegro até o dia 03.10.2017 (quinta-feira), conforme o disposto no artigo 4º, inciso XVIII da Lei Federal 10.520/2002.~~

II - DO MOTIVO DA INABILITAÇÃO

~~Em 28.09.2017 conforme Ata de Continuidade do Pregão Presencial 09/2017-5 SEMPROR, a Pregoeira inabilitou a impetrante por ter apresentado o requerimento de empresário individual vigente com as últimas alterações, não apresentando o requerimento de constituição e demais alterações, conforme exigência da "observação" do item 55.2 que trata da habilitação jurídica das empresas para o certame.~~

Diante da injusta inabilitação, sem apresentação do dispositivo legal para tal ação, informamos que a exigência de "observação" não é exclusiva do item 55.2, e sim, é referente aos itens da habilitação jurídica das empresas, onde constam:

55. Para habilitar-se, as empresas deverão apresentar a documentação abaixo, dentro do prazo de validade, em 01 (uma) via, que deverá estar dentro de um único envelope, e conter os seguintes documentos:

Habilitação Jurídica

55.1 - cédula(s) de identidade(s):

55.1.1- do(s) representante(s) legal(is) da empresa ou

55.1.2- da pessoa física, se for o caso;

55.2 - registro comercial, no caso de empresa individual;

55.3 - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor devidamente registrado, em se tratando de sociedades empresariais e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

55.4 - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

Observação: Os documentos em apreço deverão estar acompanhados de todas as alterações ou da consolidação respectiva;

Podemos verificar que a exigência de "observação" é referente à Habilitação Jurídica das empresas para o certame, dessa maneira utilizando-se da analogia, nenhuma empresa licitante apresentou as alterações ou consolidações dos documentos de identidade dos seus representantes legais ou das pessoas físicas. Ora vejamos, se a exigência de "observação" valeu para o item 55.2 também deveria valer para os itens 55.1, 55.1.1 e 55.1.2, dessa maneira todos os licitantes estariam inabilitados, pois nenhuma empresa apresentou as alterações, consolidações ou atualizações dos documentos de identidade conforme os itens informados.

Dessa maneira, é clara e evidente que a exigência de "observação" não se aplica para todos os subitens do item 55, é válida somente para aqueles que realmente existem juridicamente, neste caso específico aos itens 55.3 e 55.4.

III – DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA HABILITAÇÃO

Habilitação é a fase do procedimento em que a Administração verifica a aptidão do candidato para futura contratação. A inabilitação acarreta a exclusão do licitante da fase do julgamento das propostas, e embora seja uma preliminar desde, vale como um elemento de aferição para o próprio contrato futuro, que é, de regra, aliás, o alvo final da licitação. A Administração não pode fazer exigências indevidas e impertinentes para a habilitação do licitante. A própria Constituição, ao referir-se ao processo licitação, indica que este

Sociedade como titular

“somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (ar. 37 XXI). No sentido, já decidiu o STJ que as exigências na licitação devem compartilhar-se com seu objetivo; de modo que “a ausência de um documento não essencial para a afirmação do juízo sobre habilitação da empresa não deve ser motivo para afastá-la do certame licitatório.

O primeiro aspecto diz respeito à regularidade formal ou jurídica da licitante, sobretudo no que diz respeito à sua personalidade jurídica. Então, urge exibir, conforme o caso, a carteira de identidade, o contrato social ou sua inscrição no registro próprio etc., na habilitação jurídica se discute também questão da possibilidade jurídica de participar do certame. No que tange à habilitação jurídica, a Lei de Licitações 8.666, art. 28, III, determina que será exigida do empresário individual comprovação do registro comercial.

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

I – cédula de identidade;

II – registro comercial, no caso de empresa individual;

III – ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV – inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V – decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

Apesar de o mercado, vulgarmente, denominar qualquer documento inicial de constituição da empresa como “contrato social”, estes instrumentos têm nomes diferentes conforme a espécie societária, podendo ser registro comercial, ato constitutivo, estatuto etc.

É importante que o documento apresentado indique a situação atual da empresa, ou seja, que contemple todas as modificações que foram feitas no instrumento original.

A solicitação de alterações contratuais ou consolidação do contrato se faz necessária para as sociedades empresárias diferentes do empresário individual, diferentes na personalidade jurídicas, uma vez que em uma das alterações anteriores pode ter sido incluída alguma cláusula no contrato social que impeça a participação da empresa naquela licitação ou na execução do contrato pretendido.

Para um aprofundamento no assunto da personalidade jurídica em questão, é necessário que seja consultado o Código Civil Brasileiro, em seus artigos 966 ao 1.195, onde são dedicados ao Direito de Empresa, onde se encontram as disposições relativas aos empresários, as sociedades simples e empresárias, ao estabelecimento empresarial e institutos complementares.

O Código Civil promulgado em 2002 adotou a chamada teoria da empresa em substituição a ultrapassada teoria dos atos de comércio de origem francesa, que adotava como forma de distinção entre as sociedades civis e comerciais unicamente a natureza da atividade desenvolvida pelo empreendedor.

Na antiga teoria dos atos do comércio, base do Código Comercial Brasileiro de 1850, era necessário verificar se a atividade explorada pelo comerciante era um ato comercial ou um ato civil para, assim, defini-lo. Como exemplo, uma sociedade agrícola, mesmo possuindo organização dos fatores de produção, não era considerada sociedade comercial por ser, a agricultura, uma atividade civil. Eram considerados atos de comércio as operações de câmbio, banco, corretagem, os seguros, fretamentos, espetáculos públicos, entre outras.

A teoria da empresa, de origem italiana, adota como critério de identificação do empresário a forma de organização dos fatores de produção (capital, trabalho, insumos e tecnologia) para o exercício da atividade econômica com a finalidade de produção ou circulação de bens ou serviços. Na teoria da empresa a discussão sobre a natureza da atividade está na forma, ou melhor, na existência ou não de estrutura empresarial, em que o empreendedor exerce a atividade econômica.

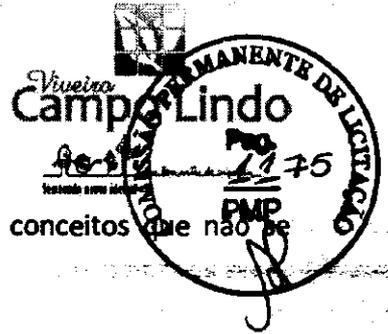
O Código Civil Brasileiro de 2002, assim como o Código Civil Italiano, também não estabeleceu o conceito de empresa, mas conceituou, em seu artigo 966, o empresário como sendo aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. Definiu também, no artigo 1.142, que estabelecimento empresarial é o complexo de bens organizados, para o exercício da empresa, por empresário ou sociedade empresária.

Portanto, verifica-se que, cabe ao jurista, a partir dos elementos contidos no conceito de empresário estabelecido no artigo 966 do Código Civil, extrair o conceito de empresa.

Diante do dilema sobre a formação do conceito de empresa, o jurista italiano, Alberto Asquini, apresentou empresa como sendo um "*fenômeno econômico poliédrico*" composto de ao menos quatro perfis: (i) perfil subjetivo, correspondente ao empresário ou sociedade empresária; (ii) perfil funcional, como a atividade organizada para produção e circulação de mercadorias ou serviços; (iii) perfil objetivo, ou patrimonial como o estabelecimento; (iv) perfil corporativo, a empresa como instituição.

Erasmu Valladão adverte que considerando empresa como um fenômeno poliédrico, apresentando-se ao Direito por diversos perfis, a palavra empresa é usualmente empregada de forma ambígua, pois, ora é utilizada no sentido de sujeito de direito, ora no sentido de estabelecimento e ora no seu sentido técnico de atividade.

A moderna doutrina comercial, diante dos ensinamentos de Asquini, entende que o conceito de empresa, em seu sentido técnico, encontra-se apenas no perfil funcional, visto que a empresa é tida como "a atividade econômica organizada pelo empresário com a finalidade de produção ou circulação de bens e serviços", apresentando-se os demais perfis como conceitos relativos a outros institutos jurídicos próprios, tais como o empresário, descrito no perfil subjetivo e o estabelecimento empresarial como sendo o perfil



objetivo. Assim, pode-se dizer que empresa, empresário e estabelecimento são conceitos que não se confundem.

O perfil corporativo, observa a empresa como uma instituição, não deriva exatamente de um conceito jurídico próprio, mas de ideologias, segundo as quais a empresa é unidade geradora de riquezas ao empresário e, ao mesmo tempo, ultrapassa os interesses próprios do empresário, pois o seu exercício atinge outros interesses conexos, tais como dos empregados, da comunidade que em que se localiza, entre outros.

Nas palavras de Sérgio Campinho, a empresa "manifesta-se como uma organização técnico-econômica, ordenando o emprego de capital e trabalho para a exploração, com fins lucrativos, de uma atividade produtiva". No mesmo passo, Fábio Ulhoa Coelho também conceitua empresa como atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens ou serviços e, sendo uma atividade, a empresa não tem natureza jurídica de sujeito de direito nem de coisa. Arnoldo Wald acrescenta que a empresa "configura-se como atividade econômica e envolve uma gama muito maior de interesses, tais como dos empregados, dos consumidores, do Fisco, etc".

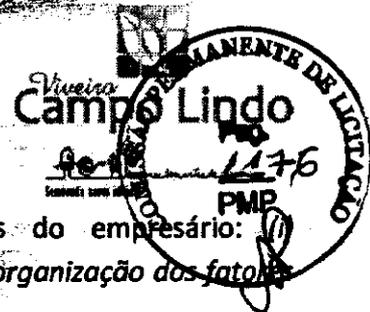
Conclui-se, portanto, que na moderna visão do direito comercial, a empresa é vista como a atividade exercida pelo empresário, este sim, sujeito de direito e obrigações, que organiza, de forma profissional, os fatores de produção (capital, trabalho, insumos e tecnologia) com a finalidade de produção ou circulação de bens ou serviços. A empresa, como atividade, não possui personalidade jurídica própria, ela é apenas a atividade exercida pelo empresário ou sociedade empresária.

O artigo 966 do Código Civil, em que está positivado o conceito de empresário, traz em sua redação as características essenciais da atividade empresarial e do empresário. *In verbis*:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Como se vê, o empresário deve exercer a sua atividade, a empresa, de forma organizada e profissional. Ou seja, ele deve organizar o caixa da empresa, o trabalho dos seus colaboradores, a utilização da matéria prima, entre outras necessidades da empresa para o regular exercício e, assim, produzir e circular bens ou serviços.

Importante destacar a lição de Túlio Ascarelli que, ao analisar o conceito de atividade, deixou claro que a atividade não significa um ato isolado, mas sim uma série de atos coordenáveis entre si, em função de uma finalidade comum. Neste mesmo sentido, Asquini diz que a atividade empresarial reduz-se, portanto, em uma série de operações (atos materiais e atos jurídicos) que se sucedem no tempo, ligadas entre si por um fim comum.



O artigo 966, supra, permite enumerar quatro elementos característicos do empresário: (i) *profissionalismo*; (ii) *atividade de produção ou circulação de bens ou serviços*; (iii) *organização dos fatores de produção*; (v) *economicidade*.

O *profissionalismo* consiste na personalidade e organização no exercício da atividade, bem como o domínio das informações sobre o produto ou serviço oferecido ao mercado. Engloba, também, a habitualidade, pois é necessário que a atividade seja realizada de forma habitual, já que não se considera atividade empresária a prática de atos isolados, mas sim a prática habitual e organizada dos atos necessários para o exercício da atividade econômica escolhida.

Como atividade, nos termos do art. 966, temos: (i) a produção/fabricação de produtos ou mercadorias; (ii) produção de serviços é a prestação de serviços (bancários, hospitalares, etc); (iii) a circulação de bens corresponde: (a) a distribuição e comercialização de bens e (b) circulação de serviços é a intermediação da prestação de serviços como, por exemplo, agência de turismo.

A atividade de produção ou circulação de bens ou serviços deve ser *atividade econômica* consistente na geração de receitas ao empresário, haja vista que a atividade de produzir ou circular bens ou serviços é passível de valoração econômica junto ao mercado consumidor e apta a gerar lucro ao empresário.

Além de ser uma atividade econômica, a empresa é uma *atividade organizada* fundada na organização dos fatores de produção (capital, mão-de-obra, matérias primas e tecnologia) que possibilitam a produção ou circulação de bens ou serviços e, por consequência, gerar riqueza ao empresário. Vale dizer, a atividade exercida pelo empresário deve ter caráter econômico.

Diante dos conceitos acima tratados, pode-se concluir que empresa é a atividade econômica organizada profissionalmente pelo empresário com a finalidade de produção ou circulação de bens e serviços.

Tendo em mente que empresa é a atividade exercida pelo empresário, este sim sujeito de direito titular das relações jurídicas, cabe, agora, discorrer sobre a natureza jurídica do empresário.

O exercício da empresa, como atividade, pode ser exercida de forma individual ou coletiva, sendo o primeiro caso exercido pelo empresário individual e, o segundo, pela sociedade empresária, em que duas ou mais pessoas se associam formando uma pessoa jurídica, que poderá ter personalidade e patrimônio próprio para ao exercício da empresa.

Segundo a legislação civil brasileira somente os sujeitos de direito, pessoa natural ou pessoa jurídica, possuem personalidade jurídica, o que significa dizer ter atribuição de ser titular de direitos e contrair obrigações.

Destaca-se que, muito embora o empresário individual seja equiparado, para fins fiscais, às pessoas jurídicas, ao contrário das sociedades empresárias e da empresa individual de responsabilidade limitada que são pessoas jurídicas por determinação legal esculpida no artigo 44, inciso II e VI, do Código Civil, o



empresário individual tem natureza jurídica de *pessoa natural*, pois o empresário individual é a própria pessoa natural, respondendo os seus próprios bens pelas obrigações que assumiu, quer sejam civis ou comerciais.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 487.995-AP(14), DJ 22/05/2006, de relatoria da E. Ministra Nancy Andrighi, já se pronunciou no sentido de que o empresário individual tem natureza jurídica de *pessoa natural*. Neste julgamento, a Ministra apresenta a esclarecedora lição de Carvalho de Mendonça:

"para quem a firma individual é uma mera ficção jurídica, com fito de habilitar a pessoa física a praticar atos de comércio, concedendo-lhe algumas vantagens de natureza fiscal. Por isso, não há bipartição entre a pessoa natural e a firma por ele constituída. Uma e outra fundem-se, para todos os fins de direito, em um todo único e indivisível. Uma está compreendida pela outra. Logo, quem contratar com uma está contratando com a outra e vice-versa. A firma do comerciante singular gira em círculo mais estreito que o nome civil, pois designa simplesmente o sujeito que exerce a profissão mercantil. Existe essa separação abstrata, embora aos dois se aplique a mesma individualidade. Se em sentido particular uma é o desenvolvimento da outra, é, porém, a mesma hamem que vive ao mesmo tempo a vida civil e a vida comercial".

O empresário individual no exercício da empresa utiliza-se de seu patrimônio pessoal e, como leciona o Manoel de Queiroz Pereira Calças, *"os bens da que o empresário individual emprega no exercício de sua atividade profissional não formam um patrimônio da empresa, mas integram, com os demais bens, o patrimônio individual do empresário e configuram a garantia de todas os credores de empresário"*.

E, como adverte Barbosa Filho, *"a empresa, em si mesma, não tem personalidade jurídica, de maneira que uma pessoa, a empresária, manifesta a sua vontade e comanda toda a atividade empresarial, assumindo obrigações e auferindo créditos. Esse sujeito de direito ostenta como características primordiais a iniciativa e o risco. É ele quem cria e gerencia toda a atividade empresarial, ditando, conforme suas decisões, seu desenvolvimento e o sucesso ou insucesso resultante, com a qual arcará, suportando os ônus dos prejuízos e nas benesses derivadas dos lucras"*.

Por essas razões, não existe a alienação de firma individual, pois, por se tratar de mera ficção jurídica, é impossível separar a pessoa natural do empresário individual, é, portanto, impossível que ocorra a alienação, em separado, da empresa individual.

A Câmara Especializa em Direito Empresarial do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, diante de um caso de alienação de quotas de empresário individual decidiu pela impossibilidade de formalização de contrato de cessão de empresa individual, já que, como referido, ela se confunde com a pessoa natural.

"Ação de rescisão contratual cumulada com perdas e danos. Compra e venda de 50% de firma individual. Improcedência na origem, tido na sentença o objeto do contrato como

perfeitamente lícito e determinável, não vedado por lei. Inadmissibilidade. Impossibilidade jurídica de transferência de quotas de firma individual. Nulidade dos ajustes destinados à cessão e transferência de quotas de firma mercantil se, no caso de empresário individual, inexistente a figura de cotas representativas que possam ser transferidas a outrem, como ocorre no caso das pessoas jurídicas, que têm personalidade jurídica diversa dos sócios que as constituíram. Ação julgada parcialmente procedente, com condenação à restituição do que foi pago, mas sem acolhimento do pedido de indenização por danos morais. Apelação provida em parte. Apelação nº 0004051-62.2007.8.26.0114 – Romeu Ricupero - Câmara Reservada de Direito Empresarial – j. 07/02/2012”

No entanto, importante ressaltar que na hipótese de continuação da empresa por incapaz, existe a possibilidade de divisão do patrimônio do empresário individual e da sociedade na data da interdição desde que autorizado judicialmente, como será tratado mais adiante.

Embora não seja objeto deste trabalho, imprescindível destacar a figura da empresa individual de responsabilidade limitada, introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei 12.470, de 11 de setembro de 2011, que inseriu um novo tipo de pessoa jurídica no ordenamento jurídico, adicionando o inciso VI no artigo 44 do Código Civil. Ao contrário do empresário individual, na empresa individual de responsabilidade limitada – ERELI existe a responsabilidade limitada do titular até o montante do capital subscrito, que deverá ser, no mínimo, de cem vezes o salário mínimo vigente em sua constituição, ou seja, na ERELI ocorre o surgimento de um novo sujeito de direito, a pessoa jurídica, com a constituição de patrimônio autônomo em relação ao seu titular, a pessoa natural.

Retornando ao tema em debate, o empresário deve promover a sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, cuja função é das Juntas Comerciais sob fiscalização e supervisão do Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC – “Instrução Normativa DREI nº 26, de 10 de setembro de 2014”. É nesta normativa que estabelece o requerimento de empresário e o único documento a que ele é obrigado a possuir, o seu requerimento de empresário.

Como bem assinala Pereira Calças, não é a inscrição do empresário na Junta Comercial que determina se ele é ou não empresário, mas, como acima tratado, a qualidade de empresário decorre da situação fática consistente na organização dos fatores de produção (capital, trabalho, insumo e tecnologia) com a finalidade de produção ou circulação de bens ou serviços.

A ausência de registro nas Juntas Comerciais caracteriza o empresário como empresário irregular ou de fato e, mesmo nesta situação, nos termos da Lei de Falências e Recuperação de empresas estará sujeito a falência, mas não lhe será permitido requerer a benesse da recuperação judicial e tampouco requerer a falência de seus devedores.

Daí decorre a distinção entre empresário regular e empresário irregular, sendo que, este último deixa de cumprir com o determinado no artigo 967 do Código Civil e tem como consequência a perda de determinados benefícios que um empresário devidamente inscrito na Junta Comercial possui, como a



Prefeitura
Campo Lindo

Secretaria Municipal de Administração

possibilidade de requerimento de falência ou entrar com pedido de recuperação judicial e limitação de responsabilidade dos sócios nos casos das sociedades limitadas, agora, no caso do empresário individual de responsabilidade limitada.

O empresário regular é aquele que, nos termos dos artigos 967 do Código Civil, procede com a sua inscrição na Junta Comercial competente, cujo requerimento deverá conter a qualificação do empresário, a firma, o capital, o objeto e a sede a empresa.

O registro mercantil tem como finalidade dar publicidade aos atos nele registrados, por este motivo tem apenas característica de ato declaratório e não constitutivo, uma vez que não consta no artigo 966 do Código Civil a expressão "devidamente inscrito no registro de comércio", mas apenas que empresário é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada com a finalidade de produção ou circulação de bens e serviços.

Como alhures tratado, o registro do empresário no registro mercantil tem, em regra, natureza declaratória, mas no caso do empresário rural a natureza do registro é constitutiva.

Assim, o empresário, mesmo não estando registrado no Registro Público de Empresas Mercantis, estará sujeito à falência e, por estar irregular, haverá indícios de crime falimentar, como ausência de escrituração. Segundo o Conselho da Justiça Federal, enunciado 199, da III Jornada de Direito Civil, o registro do empresário na Junta comercial não é requisito de sua caracterização, mas apenas requisito de sua regularidade.

O empresário individual que pretender abrir sucursal, filial e agência em local sujeito à jurisdição de outro Registro Público de Empresas Mercantis, deverá nele realizar a sua inscrição com prova do registro originário, sendo também obrigatório o registro de estabelecimento secundário no registro da respectiva sede.

Conclui-se que empresa, empresário singular ou coletivo e estabelecimento são conceitos jurídicos próprios que se diferem um do outro, sendo a empresa a atividade econômica organizada profissionalmente pelo sujeito de direito, o empresário ou sociedade empresária, e, o estabelecimento, como sendo o complexo de bens utilizado pelo empresário no exercício da atividade econômica.

Ainda, para que uma pessoa seja física ela ou jurídica, possa ser considerada empresária, deve a atividade por ela exercida ocorrer de forma organizada, habitual e profissional, com finalidade econômica de produção ou circulação de bens e serviços. Além disso, no caso de profissional da área intelectual ou artística, este somente será considerado empresário quando presente o elemento de empresa.

Quanto ao registro do empresário na Junta Comercial, este ato possui natureza declaratória, pois é o registro não é condição para a caracterização de empresário, que se não estiver devidamente registrado será tido como um empresário irregular. Novamente o empresário individual não se confunde com a novel figura da Empresa Limitada de Responsabilidade Limitada – ERELI, pois o empresário individual é pessoa



natural que se utiliza de seu patrimônio próprio para o exercício da atividade empresarial e, na se tratar de uma pessoa jurídica, existe um patrimônio autônomo que responderá pelas obrigações assumidas.

Relembrados esses pontos, da mais alta relevância para o entendimento do assunto em questão, passamos à análise da prática de atos que tenham por objeto a consolidação do contrato social, exemplificando uma alteração com modificações do objeto social, retirada de sócios, ingresso de novos sócios, mudança da administração, do nome empresarial, etc.

O DNRC, na instrução de nº 98/2006 - Capítulo 3 - subitem 3.2.6, sugere a consolidação do contrato social, realizadas quaisquer alterações, exceto se o ato praticado referir-se à transferência de sede ou do Registro Civil para a Junta Comercial, onde, obrigatoriamente, o contrato social deverá ser apresentado de forma consolidada.

A sugestão não deve ser entendida como um ato imperativo (obrigatório), salvo a exceção já mencionada. A inclusão desse dispositivo deve ser olhada como uma contribuição ao empresariado, para simplificação da comprovação de sua existência legal, em um único documento.

Portanto, diz a norma do DNRC:

"SUGERE-SE"

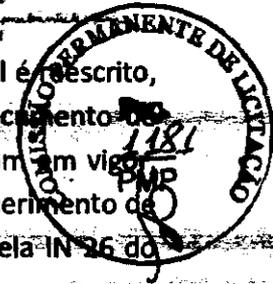
Constantemente são formalizados atos de mudanças, seja o nome empresarial, endereço da sede, com instalações adequadas para um melhor atendimento e expansão dos negócios, novos sócios etc. Todos esses fatos requerem alterações no contrato original. As medidas são imperativas do ponto de vista legal, pois é no Registro do Comércio que a sociedade de pessoas vai buscar toda e qualquer informação a respeito de uma empresa.

A simplificação é base de tudo. Por isso, o DNRC, com muita sensibilidade e lucidez, recomenda esse procedimento à **SOCIEDADE EMPRESARIA**, a consolidação.

Indiscutível que a medida é benéfica ao empresário, pois, se a cada alteração contratual ele promover a consolidação do seu diploma legal, estará racionalizando, reduzindo quantidade de documentos, custos, etc. Em resumo, todos os atos estarão instrumentalizados em um único ato. Simples, econômico e ágil. Todos ganham e todos continuarão ganhando.

Consolidar nada mais é do que reunir em um único instrumento todos os atos anteriormente registrados, acrescidos de todos aqueles que foram objeto da alteração, onde, também, foi decidida a consolidação do contrato social.

Vimos, no início desta exposição as exigências do artigo 997 do Código Civil, combinadas com as normas do DNRC constantes da Instrução Normativa n/ 98/2006. Nessa linha de raciocínio, o colégio de vogais



entende e fundamenta sua decisão nas disposições retro mencionadas, onde o contrato social é descrito, ou seja, todas as alterações anteriores registradas e mesmo aquelas que compõem o documento de alteração e onde os sócios aprovaram a consolidação, são matérias anteriores que continuam em vigor, passando a integrar um documento, ou seja, o contrato consolidado, diferentemente do requerimento de empresário individual, pois não possui sócios e seu documento de registro é padronizado pela IN 26 do DREI de 2014.

Por isso, ao reescrever o documento, a qualificação dos sócios e da sociedade são partes integrantes do diploma legal, associadas às respectivas cláusulas e se constituem em uma única peça, da qual nenhuma dessas partes podem ser omitidas. Assim, em todas as vezes que o empresário formalizar alterações em seu contrato social e ao mesmo tempo decida pela sua consolidação, deverá incluir novamente no instrumento de alteração o preâmbulo, com a qualificação de todos os sócios e da própria sociedade.

A consolidação passa a reunir, num só ato, todas as cláusulas que originaram o contrato social e suas alterações. A consolidação não é e não pode ser entendida como ato de alteração do contrato social, e, sim, de aglutinação de atos anteriores, transpostos para um único documento, e que passam a substituir os documentos anteriores.

Ressalte-se, também, que a boa técnica na elaboração de documentos recomenda a adoção desse procedimento. O preâmbulo é a apresentação da sociedade, mostrando quem são os sócios, com a certificação de sua existência legal junto ao Registro do Comércio.

Estabelecendo a diferenciação entre as personalidades jurídicas de sociedade empresaria empresário individual, a Administração deve estar ciente às atualizações tecnológicas e normativas infra-legais que, na maioria das vezes, não é acompanhada pela Lei nº 8.666/93 (E nem se poderia esperar isso, já que esse estatuto se destina a disciplinar normas gerais de licitação, não devendo descer a minúcias do processo licitatório em si), caso como ocorrido neste certame, onde os subitens 55.1, 55.2, 55.3 e 55.4 referem-se ao art. 28 da Lei 8.666, exclusivamente e o campo de "observações" foi inserido sem que seja verificado a qual item se aplica.

Dentro desse contexto é necessária atenção acerca da habilitação jurídica dos empresários individuais. Atualmente, a formalização do MEI não exige a entrega de qualquer documento físico às juntas comerciais. Em atenção à Lei nº 11.598/2007 (Estabelece diretrizes e procedimentos para a simplificação e integração do processo de registro e legalização de empresários e de pessoas jurídicas, cria a Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – REDESIM) e Resolução nº 16/2009 do CGSIM, a formalização desses empresários passou a ser disponibilizada integralmente em ambiente virtual. Tal procedimento está devidamente normatizado no art. 3º da Resolução nº 16/2009 do CGSIM, em especial em seus incisos III, IV, VII.

Dessa maneira a apresentação de documento simplificado para o empresário individual, durante o procedimento licitatório é cumprida a exigência do art. 28, II, da Lei de Licitações de forma adequada à nova realidade de boa parte dos empresários individuais, anteriormente só previstos no Código Civil.



Com a nova regulamentação, os empresários individuais e MEI estão dispensados de manter contabilidade formal, a exemplo do que se exige, em regra, das sociedades empresárias.

Diante de todos os aspectos da personalidade jurídica que o empresário individual aqui é estabelecido, tanto pela IN-26 do DREI como no art. 997 do CC, fica evidente que o requerimento de empresário individual não possui enquadramento na "observação" do item 55, uma vez que não possui condição técnica jurídica, para emissão de documentos de alterações ou consolidação das mesmas, pelo simples fato de não existir tal documento em âmbito legal para o empresário individual.

Por fim, como atestado de verificação de qualquer alteração do requerimento de empresário individual, a Junta Comercial emite a Certidão Simplificada onde constam os últimos arquivamentos realizados pelo empresário individual.

IV - DO TRATAMENTO DIFERENCIADO, SIMPLIFICADO E FAVORECIDO.

O Código Civil fixa que haverá um tratamento diferenciado, simplificado e favorecido ao pequeno empresário, como fixado no seu artigo 970:

Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.

A referida norma evidencia a existência de duas questões. A primeira refere-se à afirmação de que a simplificação e o tratamento diferenciado estão circunscritos à inscrição e aos efeitos daí decorrentes. Ao falar em inscrição, estamos nos remetendo ao ato de registro do empresário individual na junta comercial.

Além do art. 970 do CC, temos também a Lei Complementar 147/2014 em seu art. 1º, § 3º:

Ressalvado o disposto no Capítulo IV, toda nova obrigação que atinja as microempresas e empresas de pequeno porte deverá apresentar, no Instrumento que a instituiu, especificação do tratamento diferenciado, simplificado e favorecido para cumprimento.

Confirmasse novamente que o tratamento para o empresário individual é diferenciado da personalidade jurídica de sociedade empresária, legislação que o próprio edital faz referência em seu preâmbulo.

V - PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL E DO JULGAMENTO OBJETIVO

Estabelecidos no Edital os procedimentos e os critérios de habilitação e julgamento das propostas, estes obrigam tanto as empresas proponentes quanto a promotora da licitação, sendo vedada a utilização de qualquer procedimento ou critério diverso do que fora previamente previsto.

Neste sentido é imperiosa a transcrição dos artigos 3º (caput), 41 (caput) e 45 (caput), todos da Lei Federal 8.666/1993, ao estabelecerem que:

“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 probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

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

“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.”

Dentre as principais garantias, pode-se destacar a vinculação da Administração ao edital que regulamenta o certame licitatório. Trata-se de uma segurança para o licitante e para o interesse público, extraída do princípio do procedimento formal, que determina à Administração que observe as regras por ela próprias lançadas no instrumento que convoca e rege a licitação.

Segundo Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, o instrumento convocatório

“é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto dos licitantes. Esse princípio é mencionado no art. 3º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo art. 41 da mesma lei que dispõe que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.416)”

O mesmo autor prossegue no exame da questão, e reforça sua argumentação a respeito da vinculação do edital com o art. 41, §2º, da Lei 8.666:

“Ali, fixa-se prazo para que o licitante possa impugnar os termos do edital. Expirado esse prazo, decalra o participante da licitação do direito de impugná-lo. Isto significa dizer que quem participa da licitação não pode esperar pela sua inabilitação ou desclassificação para,

somente então, impugnar a regra contida no edital que levaria à sua exclusão do processo (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.417)."

Ainda sobre a vinculação ao edital, Marçal Justen Filho afirma que:

"Quando o edital impuser comprovação de certo requisito não cogitado por ocasião de cadastramento, será indispensável a apresentação dos documentos correspondentes por ocasião da fase de habilitação". (Pregão. Comentários à Legislação do Pregão Comum e do Eletrônico, 4ª ed., p. 305)."

Como exemplo de violação ao referido princípio, o referido autor cita a não apresentação de documento exigido em edital e/ou a apresentação de documento em desconformidade com o edital (como documento enviado por fac-símile sem apresentação dos originais posteriormente)

Também quanto à observância universal do princípio da vinculação ao edital nos processos de licitação, Hely Lopes Meirelles teve a oportunidade de afirmar:

"A vinculação ao edital é princípio básico de toda a licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação das licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu." (Direito Administrativo Brasileiro, Contratos Administrativos e Licitações, Hely Lopes Meirelles, editora Malheiros, 20ª edição, pág. 249 e 250) grifo nosso.

Desenvolvendo o tema o citado professor destacou:

"A vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórios para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora." (Hely Lopes Meirelles, Licitação e Contrato Administrativo, 12ª edição, Malheiros Editores) grifo nosso.

Sobre o tema, igual orientação pode ser encontrada no Supremo Tribunal Federal (STF), no Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) e no Tribunal de Contas da União, como será a seguir demonstrado.

O STJ já se manifestou diversas vezes a respeito do tema (por exemplo: RESP 595079, ROMS 17658). No RESP 1178657, o tribunal decidiu:



ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. REQUISITO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO CUMPRIDO. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA DIFERENTE DA EXIGIDA. O Tribunal de origem entendeu de forma equivocada pela ausência de cumprimento do requisito editalício. Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital; esta exigência é expressa no art. 41 da Lei nº 8.666/93. Tal artigo veda à Administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sendo assim, se o edital prevê, conforme explicitado no acórdão recorrido (fl. 264), "a cópia autenticada da publicação no Diário Oficial da União do registro do alimento emitido pela Anvisa", este deve ser o documento apresentado para que o concorrente supra o requisito relativo à qualificação técnica. Seguindo tal raciocínio, se a empresa apresenta outra documentação - protocolo de pedido de renovação de registro que não a requerida, não supre a exigência do edital. Aceitar documentação para suprir determinado requisito, que não foi a solicitada, é privilegiar um concorrente em detrimento de outros, o que feriria o princípio da igualdade entre os licitantes.

Além dos tribunais judiciais, mister trazer à baila a posição do TCU sobre a matéria aqui discutida. Há centenas de acórdãos do TCU que tratam da vinculação ao edital, com orientação alinhada àquela apresentada neste parecer e que podem ser sintetizadas na recomendação apresentada pelo tribunal:

ACÓRDÃO 483/2005 - OBSERVE COM RIGOR OS PRINCÍPIOS BÁSICOS QUE NORTEIAM A REALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS, ESPECIALMENTE O DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E O DO JULGAMENTO OBJETIVO, PREVISTOS NOS ARTIGOS 3º, 41, 44 E 45 DA LEI Nº 8.666/1993".

Decisões recentes reforçam essa posição do TCU, como se constata no sumário dos acórdãos a seguir transcritos:

ACÓRDÃO 4091/2012 - SEGUNDA CÂMARA: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇO. EXIGÊNCIA DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA EM PERCENTUAL MÍNIMO DE 50% PARA TODOS OS ITENS LICITADOS. ILEGALIDADE. ACEITAÇÃO DE ATESTADOS DOS VENCEDORES EM DESACORDO COM O PRÓPRIO EDITAL. MALFERIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. APLICAÇÃO DE MULTA AOS RESPONSÁVEIS. DETERMINAÇÕES. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO

ACÓRDÃO 966/2011 - PRIMEIRA CÂMARA: REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM PREGÃO ELETRÔNICO. CONSTATAÇÃO DE ALGUMAS FALHAS RELACIONADAS À INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÃO.



ACÓRDÃO 668/2005-PLENÁRIO: OBSERVE O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, PREVISTO ARTIGOS 3º E 54, § 1º, DA LEI 8.666/1993, ABSTENDO-SE DE EFETUAR PRORROGAÇÕES DE CONTRATOS REGRAS DISTINTAS DAS FIXADAS NO EDITAL.

ACÓRDÃO 1705/2003-PLENÁRIO: OBSERVE RIGOROSAMENTE O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL, PREVISTO NOS ARTS. 30 E 41 DA LEI N. 8.666/1993, ABSTENDO-SE DE EFETUAR PRORROGAÇÕES DE CONTRATOS NÃO PREVISTAS (...).

O STF (RMS 23640/DF) tratou da questão em decisão assim ementada:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PROPOSTA FINANCEIRA SEM ASSINATURA. DESCLASSIFICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO. 1. Se o licitante apresenta sua proposta financeira sem assinatura ou rubrica, resta caracterizada, pela especificação, a inexistência do documento. 2. Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência. 3. A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade. 4. É imprescindível a assinatura ou rubrica do licitante na sua proposta financeira, sob pena de a Administração não poder exigir-lhe o cumprimento da obrigação a que se sujeitou. 5. Negado provimento ao recurso.

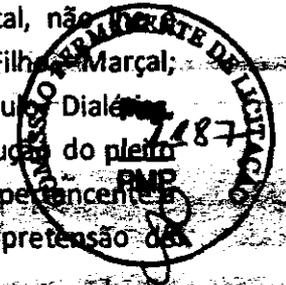
O TRF1 também já decidiu que a Administração deve ser fiel ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (AC 199934000002288):

"Pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada" (Lei nº 8.666/93, art. 3º, 41 e 43, I). O edital é a lei da licitação. A despeito do procedimento ter suas regras traçadas pela própria Administração, não pode esta se furtar ao seu cumprimento, estando legalmente vinculada à plena observância do regimento.

O mesmo TRF1, noutra decisão (AC 200232000009391), registrou:

Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º [Lei nº 8.666/93], pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. (...) O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública. Nem mesmo o vício do edital justifica a pretensão de ignorar a disciplina por ele veiculada. Se a

Administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não facultado para e simplesmente ignorá-las ou alterá-las (...)"(Justen-Filho e Marçal; Comentários à lei de licitações e contratos administrativos; 8ª ed., São Paulo: Dialética, comentários ao art. 41, pgs. 417/420). A conduta da Administração na condução do pleito foi de estrita observância e vinculação ao edital, sendo o direito prejudicado pelo terceiro que não observou as prescrições editalícias, sendo descabida a pretensão de beneficiar-se de sua desídia.



O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração e o licitante a observarem as regras e condições previamente estabelecidas no edital

Por todo o exposto, conclui-se que a Administração Pública, no curso do processo de licitação, não pode se afastar das regras por ela mesma estabelecidas no instrumento convocatório, pois, para garantir segurança e estabilidade às relações jurídicas decorrentes do certame licitatório, bem como para se assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes, é necessário observar estritamente as disposições constantes do edital ou instrumento congêneres.

Diante disto, é possível constatar que Comissão de Licitação agiu equivocadamente ao inabilitar a empresa PALMIRA DE FÁTIMA, pois não observou os critérios legais e os procedimentos previstos no edital e na legislação específica para julgamento das empresas proponentes.

VI - DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E O EXCESSO DE FORMALISMO

A prática dos operadores do direito, tem experimentado no último decênio de vigência da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que em vários casos, há uma forte tendência à supra valoração do princípio da razoabilidade.

Entretanto, muitas vezes isso ocorre em prejuízo da aplicação de outros princípios de origem constitucional e legal. Estes, por opção do legislador, uma vez positivados na norma, devem animar preferencialmente a atividade administrativa na condução de processos de licitação.

O "caput" do art. 37 da CF/88 enumera os princípios gerais regentes da Administração Pública. São os "princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência".

O Estado tem o dever de licitar a compra, o fornecimento e a contratação de bens, obras ou serviços. Tal obrigação é orientada pelo princípio da licitação pública, ao qual explicitou o Ministro Ilmar Galvão, do STF, quando disse:



A constituição Federal, no art. 37, instituiu princípios destinados à orientação do administrador, na prática dos atos administrativos, de molde a garantir a boa administração que se consubstancia na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos, no interesse coletivo, com o que também assegura aos administrados o seu direito a práticas administrativas honestas e probas. (Cf. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 561) (sem grifos no original)

Entre eles, figura o princípio da licitação pública, previsto no inciso XXI do mencionado artigo, conforme o qual, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei...".

Constitui este corolário do princípio da moralidade pública e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público.

Aliter, frisa-se que a partir deste modelo constitucional, a Lei n. 8.666/93, editada para regulamentar o inciso XXI do art. 37 da Constituição, prevê em seu art. 3º, que 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".

Pelo exame sistemático dos dispositivos constitucionais e legal acima transcritos, é possível enumerar diversos princípios que o legislador positivou como norte para a atividade administrativa em procedimentos licitatórios.

Insta informar que o princípio da eficiência, inserido no texto constitucional a partir da Emenda nº 19, de 04 de junho de 1998, portanto instituído depois da edição da Lei de Licitações, reforçou a tendência já existente na prática, na doutrina e na jurisprudência, de busca pela qualidade nas contratações públicas. Realçou o entendimento de que o mais vantajoso nem sempre é o mais barato, e que o mais barato pode não ser o melhor ou o mais eficiente.

Enleio aos princípios constitucionais e legais positivados pelo legislador para a regência dos processos de licitação, encontra-se analogicamente o da razoabilidade, na vereda da Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo, que sendo posterior a Lei de Licitações, inova, trazendo ao contexto o disposto, no seu art. 2º, vejamos:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

[...]

IV - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

[...]

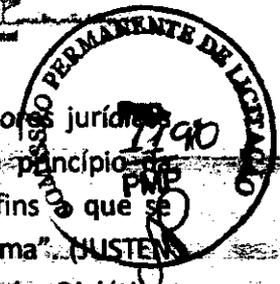
XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Por este diapasão legal, então, percebe-se implicitamente que o princípio da razoabilidade é notado na concepção mais moderna do Direito Administrativo, razão esta que contempla que princípios jurídicos não positivados no diploma especial licitatório pelo legislador, como procedimentais das licitações públicas, também são aplicáveis no processo licitatório, de maneira subsidiária, a fim de dar lugar à aplicabilidade ao princípio da economicidade.

Profícuo, assim, é declarar que o Direito em geral e o Direito Administrativo são riquíssimos em princípios jurídicos de regência. Todos eles construídos sobre sólidos fundamentos filosóficos, e que podem servir de instrução ao aplicador da Lei, no momento de uma decisão sobre matéria de fato que não tenha sido objeto de previsão legal.

Merece, pois, pacificar, contudo, que os princípios não mencionados nos dispositivos aplicáveis às licitações, subsidiariamente podem instruir a atividade administrativa nos certames públicos, principalmente quando se simplifica atos que não prejudicam a concorrência, e se facilita procedimentos em favor da máquina estatal.

O preceptivo e a definição dos princípios regentes da atividade administrativa em matéria de licitação pública já são objeto de farta doutrina. Para uma melhor compreensão destas palavras, porém, é bom que se diga apenas que o princípio da razoabilidade deriva do princípio da proporcionalidade, originário do Direito alemão.



O princípio da razoabilidade recomenda, em linhas gerais, uma certa ponderação dos valores jurídicos tutelados pela norma aplicável à situação de fato. Como diz o Marçal Justen Filho, o princípio da proporcionalidade, prestigia a "instrumentalidade das normas jurídicas em relação aos fins a que se orientam" e "exclui interpretações que tornem inútil a(s) finalidade(s) buscada(s) pela norma". (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9a Ed., São Paulo: Dialética, 2002, p. 66- 67).

A razoabilidade é comumente invocada para deixar de inabilitar ou de desclassificar concorrentes em certames licitatórios, ainda quando presentes motivos reais e suficientes para as suas exclusões das licitações. Na maior parte das vezes, o princípio da razoabilidade fundamenta decisões de caráter subjetivo mais que espraia finalidade contundente a gestão efetiva.

Na circunstância da vida, o fundamento de decisões no princípio da razoabilidade vem, habitualmente, associado à rejeição ao excesso de formalismo, quando do julgamento de documentos de habilitação ou de propostas técnicas ou comerciais apresentadas por licitantes. Daí porque esta explanação conjuga a abordagem do tema tanto no aspecto do princípio da razoabilidade, quanto no da rejeição ao rigorismo formal, quando da apreciação de documentos e propostas em licitações públicas.

O excesso de formalismo, com efeito, não deve permear as ações dos agentes públicos na execução das licitações. A doutrina e a jurisprudência repudiam o rigorismo formal e homenageiam as decisões administrativas que, a bem dos demais princípios regentes da Administração Pública, afastam a inabilitação e a desclassificação de concorrentes por fatos irrelevantes, que não afetam a objetividade e a efetividade de suas propostas perante o Poder Público e nem os põem em posição vantajosa em relação aos demais participantes.

As temáticas do excesso de formalismo, da irrelevância das falhas e da aplicação da razoabilidade em licitações públicas, foram objeto de decisão unânime no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

RMS 23714 / DF - DISTRITO FEDERAL
RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA
Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE
Julgamento: 05/09/2000
Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação
DJ 13-10-2000 PP-00021 EMENT VOL-02008-02 PP-00226
Parte(s)
RECTE. : UNISYS BRASIL LTDA

ADVDS. : SÉRGIO CARVALHO E OUTROS
RECD. : TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL
LIT.PAS. : PROCOMP INDÚSTRIA ELETRÔNICA LTDA
ADVDA. : LÚCIA REGINA TUCCI
ADVDS. : LUIZ CUSTÓDIO DE LIMA BARBOSA E OUTROS



Ementa

~~EMENTA: Licitação irregularidade formal na proposta vencedora que, por sua irrelevância, não gera nulidade.~~

~~Indexação: AD0634 LICITAÇÃO PÚBLICA; EDITAL, VIOLAÇÃO, ALEGAÇÃO, DESCABIMENTO, NULIDADE, INEXISTÊNCIA, TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, CONCORRÊNCIA, URNAS LETRÔNICOS, COMPONENTES, PREÇOS UNITÁRIOS, ENUMERAÇÃO, INSTRUMENTO EDITALÍCIO, EXIGÊNCIA, PARTE VENCEDORA, DESCUMPRIMENTO, MERA IRREGULARIDADE FORMAL, OCORRÊNCIA~~

Legislação

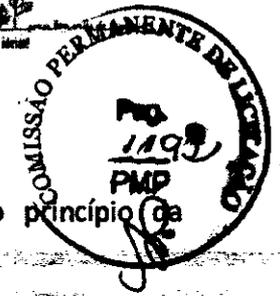
LEG-FED CF ANO-1988
ART-00037 INC-00021
CF-1988 CONSTITUIÇÃO FEDERAL
LEG-FED LEI-008666 ANO-1993
ART-00003 ART-00007 PAR-00002 INC-00003
ART-00047 ART-00065 PAR-00003
LEG-FED LEI-009893 ANO-1999

Observação

Votação: unânime.
Resultado: desprovido.
Acórdão citado: ADIMC-651; RTJ-143/502.
N.PP.:(16). Análise:(LNT). Revisão:(RCO/AAF).
Inclusão: 16/02/01, (MLR).
Alteração: 13/09/04, (NT).

Doutrina

OBRA: TRATADO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, VOL-3
AUTOR: JOSÉ CRETILLA JÚNIOR
EDIÇÃO: 1967 PÁGINA: 108
OBRA: DIR. CONSTITUCIONAL POSITIVO
AUTOR: JOSÉ AFONSO DA SILVA



PÁGINA: 561

fim do documento

Pelo transcrito é facilmente perceptível a orientação do entendimento do STF pelo princípio da razoabilidade, na questão em debate.

E, ainda, a doutrina mais autorizada assenta que o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade dele derivado instruem o exercício do poder discricionário do agente público. A discricionariedade, porém, em termos de licitação pública, não é absoluta e está pautada pelos limites que a própria Lei de Licitações impôs ao seu exercício. Em diversos pontos a Lei n. 8.666/93 faculta ao agente público agir de uma maneira ou de outra, permite impor aos licitantes e à própria Administração requisitos mais ou menos rigorosos, faculta também a formulação de exigências variáveis de acordo com a complexidade e a relevância do objeto licitado, sempre respeitada a espinha-dorsal da Lei.

O exercício dessas opções deve se dar na fase interna da licitação, quando a Administração definirá, de acordo com suas necessidades e com o interesse público subjacente, o objeto a ser licitado, sua especificação, quantidade, qualidade, prazo de execução ou de fornecimento, etc. Definirá também quais exigências serão opostas aos pretensos concorrentes, para que assim se minimizem os riscos de contratar com licitantes incapazes de concretizar o objeto, e se assegure a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração dentre aquelas formuladas por concorrentes aptos a contratar com o Poder Público o objeto licitado.

Nesse momento, a atividade do administrador deve ser instruída pelos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da rejeição ao excesso de formalismo, além de outros igualmente relevantes; tudo dentro da pauta da Lei, mas sempre objetivo de ampliar ao máximo o espectro de concorrentes capazes de contratar com a Administração.

Bem instruída, estão assim, as bases da já sólida jurisprudência pátria, porque pelo qual não se deve apenar servidores que de tudo fazem para prevalecer a finalidade da licitação, qual seja, a concorrência e a isonomia, fundamentada na perspectiva de ação do poder público, que muito das vezes fica entredado por falta de ser alavancado em procedimentos demorados, pelo princípio da simplicidade, para alcançar-se a efetividade tão esperada e prestigiada quando os resultados do interesse coletivo são atendidos. E, que só podem ser feitos pelo caminho da discricionariedade de agentes intrépidos e sagazes, que por um enfoque distorcido acabam sendo vítimas de ações de improbidade infundadas.

Poderia neste caso específico ser aplicada a razoabilidade em verificar que "observações" não está sendo aplicado para o item 55.2 e sim para os demais que formação de sociedade empresaria juridicamente estabelecida através de contrato social ou estatuto, e não para o requerimento de empresário individual, pois não existe documento de consolidação e ou alterações anteriores para esse tipo de pessoa jurídica.



V – DO PEDIDO

Mais uma vez, pelo exposto constata-se a total procedência dos argumentos apresentados pelo impetrante, pois é plenamente demonstrado que atendeu ao exigido no instrumento convocatório e na legislação para sua habilitação.

Ante aos fatos narrados e as razões de direito aduzidas a impetrante requer Comissão de Licitação que seja reconhecida e declarada a total procedência do recurso ora impetrado e a reformulação integral da decisão sob exame, ante a constatação de que foram incorretos os critérios aplicados na sua inabilitação.

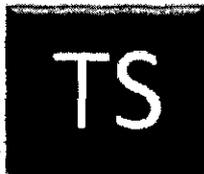
Outrossim, caso o recurso ora impetrado seja remetido para a Autoridade Superior, a impetrante requer a apreciação das razões acima expostas, a fim de que seja reformulado o julgamento proferido originalmente pelo Exma. Sra. Pregoeira Fabiana de Souza Nascimento.

Nestes Termos,

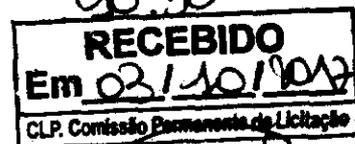
Pede Deferimento,

Dona Euzébia, 28 de setembro de 2017.

| | |
|--|--|
| <p>REPRESENTANTE LEGAL</p>  <p>ANDRÉ CARLOS VARELA FERNANDEZ CPF 118.236.218-48 RG 22.557.748-3</p> | <p>CARIMBO DO CNPJ</p> <p>02753224/0001-08</p> <p>PALMIRA DE FÁTIMA MARTINS RIBEIRO NE RCD. MG 120, 800 KM 70 PARTE ZONA RURAL - CEP 36784-000 DONA EUZÉBIA - MG</p> |
|--|--|



ALBUQUERQUE COMÉRCIO E SERVIÇOS - ME



ILUSTRÍSSIMO SENHOR(A) PREGOEIRO(O) DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 9/2017
005SEMPROR DA PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUPEBAS/PA

OBJETO: Registro de Preços para aquisição de mudas e sementes frutíferas para atendimento do Projeto de Fruticultura da Secretaria Municipal de Produção Rural do Município de Parauapebas, Estado do Pará.

PROCESSO Nº 9/2017 – 005SEMPROR.

T S ALBUQUERQUE COMÉRCIO E SERVIÇOS - ME , pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ – 19.786.624/0001-04, com sede no município de Belém, neste ato representada por seu representante legal, vem perante Vossa Senhoria , com o respeito e acatamentos devidos, interpor, tempestivamente.

RECURSO

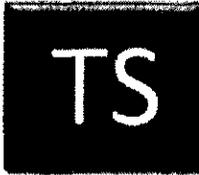
CONTRA DECISÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO DOS ITENS QUE HAVIA APRESENTADO O MENOR PREÇO NO PROCESSO, não obstante este licitante ter apresentado a Planilha de Exequibilidade com o custo unitário de produção, haja vista que o mesmo tem a atividade econômica de produtor de mudas. Também protesta por todos os meios quanto a CLASSIFICAÇÃO da Empresa AGROMINAS COMÉRCIO DE PLANTAS LTDA – EPP, uma vez que a mesma encontrava-se INIDÔNEA por ocasião do início da abertura do certame.

1 – DOS FATOS E FUNDAMENTOS

1.1 – DA DESCLASSIFICAÇÃO DOS ITENS

A subscrevente apresentou o melhor preços, economicamente viável tanto para a administração pública quanto para a licitante, por isso tem o interesse de continuar legalmente na competição do certame, tendo o direito de sagrar-se vencedor dos itens 005, 006, 021, 023, 024, 027 e 029 da PLANILHA DE FORMAÇÃO DE PREÇOS, por ter apresentado a devida comprovação da Planilha de Exiquibilidade, demonstrando que todos os itens mencionados, encontravam-se dentro das condições econômicas exequíveis de produção.

Endereço: Rua F6, Qd. 113, Lt. 38 – Cidade Jardim – Parauapebas/PA
CEP : 68.515-000



ALBUQUERQUE COMÉRCIO E SERVIÇOS - ME



Vale destacar que quando da apresentação da Planilha de Exequibilidade solicitada, oportunidade em que foi devidamente demonstrado o custo de produção unitário de cada item, informamos que o custo unitário de produção era em função de que a licitante iria produzir as próprias mudas, de acordo com as solicitações editalícias.

Todas as despesas, taxas e impostos encontram-se devidamente discriminados em nossa planilha, não existindo qualquer anormalidade que pudesse levar a sua desclassificação.

Todavia, a fim de que não reste quaisquer dúvidas sobre os custos de produção unitário informado, fazemos anexar a composição de cada item a ser produzido, onde fica demonstrado não haver qualquer alteração do custo apresentado na Planilha de Exequibilidade, sobre a viabilidade de produção.

Desta forma, pelos fatos apresentados entendemos que esta licitante deva ser reconduzida à condição de classificada, sagrando-se vencedora dos itens mencionados, por ser uma condição justa e legal, devido a licitante ter apresentado as solicitações e composições inerentes ao certame.

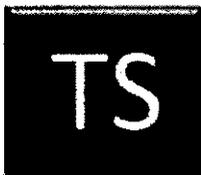
Por conseguinte, invocamos o bom senso dessa Comissão julgadora, para que sob a luz da legalidade, rever a decisão proferida e reconduzir a licitante à categoria de CLASSIFICADA nos itens 005, 006, 021, 023, 024, 027 e 029 da PLANILHA DE FORMAÇÃO DE PREÇOS, por ser uma questão de direito.

1.2 - DA CLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA AGROMINAS COMÉRCIO DE PLANTAS LTDA - EPP

A empresa AGROMINAS COMÉRCIO DE PLANTAS LTDA - EPP, na data de abertura da licitação (04/08/2017) encontrava-se impedida de contratar com a Administração Pública nos termos da Lei de Licitações, por ter sido declarada INIDÔNEA, haja vista o cometimento de atos irregulares em processo de Licitação.

O item 10.2 do edital veda a participação de empresas que estejam a sanção de punibilidade junto à administração pública de qualquer esfera: "10.2 - empresas que, na data designada para a apresentação da documentação e das propostas, estejam suspensas de participar de licitações e/ou impedidas de contratar com o Município de PARAUAPEBAS, ou tenham sido declaradas inidôneas por qualquer órgão da Administração Pública, direta ou indireta, Federal, Estadual, Municipal ou do Distrito Federal, não tendo sido ainda reabilitadas" (Grifo Nosso).

Fazemos anexar publicação do Diário Oficial da União sobre a punição aplicada à AGROMINAS COMÉRCIO DE PLANTAS LTDA - EPP, confirmando que a mesma, na época da abertura do certame, encontrava-se impossibilitada de contratar com a Administração Pública.



ALBUQUERQUE COMÉRCIO E SERVIÇOS - ME



2 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, o RECURSO apresentado requerer junto a essa julgadora a recondução da licitante T S ALBUQUERQUE COMÉRCIO E SERVIÇOS – ME à condição de classificada dentro do certame, por ser um direito líquido e certo.

3 - DO REQUERIMENTO

Ante o exposto e pelo que haverá de ser suprido pelo saber técnico de Vossas Senhorias, requer-se dessa COMISSÃO:

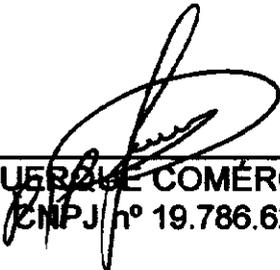
A - Seja recebida o presente RECURSO;

B - Após vistas deste RECURSO, seja dado provimento ao mesmo, REFORMANDO A DECISÃO PROLATADA, e RECONDUZINDO a empresa T S ALBUQUERQUE COMÉRCIO E SERVIÇOS – ME à condição de classificada e vencedora dos itens anteriormente informados.

C – Que seja verificada a situação da empresa AGROMINAS COMÉRCIO DE PLANTAS LTDA – EPP sob a luz da inidoneidade a qual se encontrava, quando da abertura do certame.

D - Que seja informada sobre a decisão dessa D. Comissão de Licitação à licitante.

Parauapebas/PA, 02 de Outubro de 2017.



T S ALBUQUERQUE COMÉRCIO E SERVIÇOS - ME

CNPJ nº 19.786.624/0001-04