ILUSTRISSÍMO SENHOR PREGOEIRO DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA DE ESPINOSA/MG.

Processo Administrativo nº 74/2023
Pregão Presencial nº 20/2023

O **INSTITUTO CENTRAL DE DESENVOLVIMENTO SOCIAIS - ICDS**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 09.047.969/0001-92, com sede à Rua Tiradentes, nº 60, bairro Centro, Central/BA, por do seu representante legal o Sr. Ilmario Miranda Caetano, inscrito no CPF sob o nº 006.739.235-09, vem a presença interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

Contra decisão dessa digna Comissão de Licitação quanto a sua HABILITAÇÃO da empresa **EXAME AUDITORES & CONSULTORES LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 04.976.094/0001-90 com supedâneo nos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir delineados para desprover os recursos interpostos.

1. DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, cabe destacar que a Lei 10.520/2002 no artigo 4º prevê o prazo de 03 (três) dias para apresentar recurso administrativo:

> Art. 4º (...) XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o **prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso,** ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos (grifo nosso).

O prazo citado acima foi rechaçado no edital da presente licitação no item 7.8.1:

> 7.8.1. Declarada a vencedora, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 03 (três) dias úteis para apresentação das razões do recurso, que serão formalizados conforme condições estabelecidas no presente Edital, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do Recorrente.

Portanto, a empresa apresentou interesse de recurso no ato da sessão realizado no dia 11/12/2023 findando o prazo no dia 14/12/2023, para apresentar suas razões, razão pela qual o seu prazo ainda está em curso.

2. DOS FATOS

Trata o presente de recurso de irresignação do Recorrente em face da decisão da Comissão Julgadora de Licitações, na qual a licitante **EXAME AUDITORES & CONSULTORES LTDA** foi declarada vencedora e habilitada no certame em apreço.

Diante das irregularidades contidas nos documentos de habilitação da empresa vencedora, faz-se necessária uma avaliação pormenorizada, a fim de que, ao final seja a empresa declarada **INABILITADA**.

3. DAS RAZÕES PARA REFORMA DA DECISÃO

O presente instrumento pretende ser sucinto e conciso em todos os pontos, uma vez que é sabido, que a Administração e o licitante devem observar rigorosamente as regras e condições previamente estabelecidas no edital.

Nesse passo, o processo seletivo de seleção de fornecedores em questão contém vícios passíveis de ensejar a nulidade do certame e cercear a Administração licitante da escolha da proposta mais vantajosa, pelo que, à luz do sumulado poder de autotutela administrativa, impera-se o acolhimento das razões abaixo lançadas, pelos seus legítimos e jurídicos fundamentos.

a) DA AUSÊNCIA DA ATIVIDADE NO CNAE, DESVIO DA FINALIDADE SOCIAL DA EMPRESA E DO PREÇO INEXEQUÍVEL.

Em apertadas sínteses a Recorrida **NÃO POSSUI** sua atividade compatível com o objeto licitado. Verifica-se no CNAE e em seu Contrato Social, a **absoluta incompatibilidade**. A Licitação é para contratação de serviços para organizar e planejar a realização de concurso público, vejamos o cnae:

NÚMERO DE INSCRIÇÃO 04.976.094/0001-90 MATRIZ	COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL	DATA DE ABERTURA 19/03/2002

NOME EMPRESARIAL
EXAME AUDITORES & CONSULTORES LTDA

TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA)	PORTE
EXAME AUDITORES & CONSULTORES	EPP

CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL
85.99-6-04 - Treinamento em desenvolvimento profissional e gerencial

CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDÁRIAS
70.20-4-00 - Atividades de consultoria em gestão empresarial, exceto consultoria técnica específica

CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA
206-2 - Sociedade Empresária Limitada

Se o objeto social e no CNAE não prevê a atividades profissionais e cientificas para a realização do concurso, NÃO PODE EXERCER A ATIVIDADE necessária a atender o presente certame, porque é uma afronta ao que disciplina o edital:

> 2.1. Poderão participar desta licitação as **pessoas jurídicas do ramo pertinente ao objeto licitado**, que atendam a todas as condições e disposições contidas neste Edital e respectivos anexos.
>
> 2.5. Não será admitida nesta licitação a participação de empresas que:
> (...)
> 2.5.6. **Cujo objeto social não seja pertinente e compatível** com o objeto desta licitação;

Algumas empresas procedem não estabelece todas atividades no seu objeto social para obter benesses tributárias e outras, burlando a legislação. Acontece que algumas empresas se aproveitam de subterfúgios escusos para obter vantagens ilícitas como, por exemplo, usar objeto social de comércio de mercadorias OU MESMO SERVIÇOS, para se utilizar de regime tributário mais favorável, o que, aliás, consequentemente, causa prejuízos aos cofres públicos. Por si só, tal fato, invalida sua participação como assevera o edital e, como consequencia impede a contratação de tal empresa.

Nesse sentido, como declinam os doutrinadores a atividade empresarial deve ser regular e habitual, quando a empresa não disciplina sobre atitividade no objeto social/cnea significa que a empresa exerce a atividade de forma esporádica, o que pode gerar prejuízo ao erário público:

> A atividade desenvolvida pela sociedade empresária deve ainda ser habitual, profissional (não ocasional), contínua no tempo, ou seja, não pode constituir atos isolados. Além disso, é necessário que a sociedade empresária tenha nome próprio e pratique a atividade em seu próprio nome. (https://www.migalhas.com.br/depeso/81000/criacao-de-nova-sociedade-a-importancia-da-escolha-correta-da-natureza-juridica-e-tipo-societario-adequado)

ASSIM, CORRETO AFIRMAR QUE A recorrida NÃO TEM ATIVIDADE PARA REALIZAR CONCURSO PÚBLICO E SEU OBJETO SOCIAL É INCOMPATÍVEL COM ESTE CERTAME, POIS ENCONTRA-SE EM ATIVIDADE NÃO PREVISTA EM SEU OBJETO SOCIAL E A EXERCENDO DE FORMA ILEGAL.

Verifica-se ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PELO DESVIO DA FINALIDADE SOCIAL DA EMPRESA.

Isto porque, a Recorrida pratica ilegalidade ao realizar negócios estranhos aos definidos em seu objeto social se fazendo de empresa apta para realizar concursos público que

quando, na verdade, é apenas empresa que faz apenas treinamento de pessoal como assim definido pelo cnae da empresa. Nem se diga que há permissivo jurisprudencial ou parecerista sobre a distorção do CNAE, pois in casu, o objeto social TAMBÉM É INCOMPATÍVEL COM O OBJETO DA LICITAÇÃO.

Corroborando com o exposto, o acórdão 642/2014 do plenário do TCU, obriga ter registrado no contrato social e na Junta Comercial o objeto social que a empresa desenvolve, para que se tenha a comprovação de que a licitante esteja de acordo com a atividade empresarial exigida no certame, como também que a faz de forma regular:

> (...) 31. Ocorre que o art. 28, inciso III, da Lei 8.666/1993 inclui o contrato social, devidamente registrado, entre os documentos exigíveis para fins de comprovação da habilitação jurídica. Tal exigência visa justamente à comprovação de que a licitante tem a atividade comercial compatível com o objeto licitado.
> 32. O objeto social da empresa delineado no contrato social devidamente registrado comprova não apenas o exercício da atividade empresarial requerida na licitação, mas também que a empresa o faz de forma regular. E nesse ponto ressalto que a Administração deve sempre prestigiar a legalidade. Não basta que a licitante detenha a capacidade comercial de fato, faz-se necessário que ela esteja em conformidade com a lei.
> (...)
> 36. Assim, visando a mitigar esses riscos, o art. 50 do Código descreve como abuso da personalidade jurídica os atos que caracterizem desvio da finalidade social da empresa, a qual, como disposto nos arts. 45 e 46, inciso I, deve constar do respectivo registro de seu ato constitutivo (e das alterações posteriores). Esse artigo, assim como o art. 1015, parágrafo único, inciso III, também do Código Civil e o art. 158, inciso II, da Lei 6.404/1976 (lei das sociedades por ações), tem como objetivo determinar a responsabilidade pessoal dos agentes em razão de danos decorrentes de atos em desacordo com o objeto social das pessoas jurídicas.
>
> (...)
> **O próprio edital da licitação em questão exigiu em sua cláusula 4.1.b que somente poderia participar da licitação as empresas "cujo objeto social seja compatível"** com o objeto da licitaçãi e que "tenham como atividade principal serviços de digitalização" (grifo nosso).

No mesmo sentido, o Tribunal de São Paulo decidiu no mandado de segurança Civil que é inviável a habilitação do licitante cujo o objeto é incompátivel com a licitação porque configura desvio de finalidade, vejamos:

> (...) A jurisprudência do Tribunal de Contas da União aponta ser inviável a habilitação de licitante cujo *objeto social seja incompatível com o da licitação* (Acórdão n.º 1021/2007-Plenário).
> Não basta que a entidade apresente, em seus estatutos, o requisito de ser constituída sem fins lucrativos; deve ser verificado se, a forma como a

> entidade vai executar os serviços do certame, não implicará desvio de finalidade. Haverá, por exemplo, desvio de finalidade se a entidade atuar em objeto incompatível com os suas finalidades estatutárias ou como mera intermediadora ou locadora de mão de obra na prestação de serviços.

E para que não pairem dúvidas quanto ao entendimento anterior se tratar de posicionamento arcaico do Tribunal de Contas da União, eis a seguir entendimento recente, proferido pelo excelentíssimo Ministro-Substituto Augusto Sherman sobre a importância da compatibilidade do Objeto do Contrato Social com o objeto licitado:

> Para fins de habilitação jurídica nas licitações, faz-se necessária a compatibilidade entre o objeto do certame e as atividades previstas no contrato social das empresas licitantes.
> Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman no Acórdão 503/2021 Plenário

Alem disso, esclarece Marçal Justen Filho " entre nós não vigora o chamado **'princípio da especialidade'** da personalidade jurídica das pessoas jurídicas. Esse princípio restringe a possibilidade jurídica de atuaçãi das pesssoa jurídicas aos limites do seu objeto social.

Contratar com empresas que exerçam atividades em desconformidade com o seu Objeto Social, devidamente registrado, seria aceitar a atuação de empresas que agem contrária às leis, expondo inclusive o erário a risco, vez que a contratação com quem não é do ramo poderia eximir a empresa da responsabilidade pelos atos práticos, conforme se pode depreender do trecho extraído do Acórdão a seguir:.

> [...] ao exercer atividades em desconformidade com seu objeto social, devidamente registrado, a empresa também está agindo de forma contrária à lei, expondo a riscos todos os atores que com ela se relacionam [...] Acórdão 642/2014-Plenário, TC 015.048/2013-6, relator Ministro Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 19.3.2014

É **ilegal** a atitude da Administração contratr empresa com objeto incompátivel com a licitação, já sendo determinado no Acordão 1760/2021:

> 19.**Considero ilegal a adjudicação da contratação a empresa cujo contrato social é incompatível com o fornecimento contratado. Nesse sentido, transcrevo o trecho do contrato social da empresa** (peça 10, fl. 48):
>
> (...) 21.A contratação de empresas para a execução de objeto não previsto em seu contrato social constitui situação de grande risco. O que se espera de uma empresa séria e confiável é que, nos termos da lei, defina seu ramo de atuação, registre-o no respectivo contrato social e somente então ofereça os respectivos serviços ao mercado.

> 22.A Lei 8.666/1993, além de exigir o contrato social para fins de habilitação jurídica (art. 28, inciso III) , requer, para fins de comprovação de regularidade fiscal (art. 29, inciso II) , prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual.
> 23.O art. 28, inciso III, da Lei 8.666/1993 inclui o contrato social, devidamente registrado, entre os documentos exigíveis para fins de comprovação da habilitação jurídica. Tal exigência tem por finalidade justamente a comprovação de que a licitante possui a atividade comercial compatível com o objeto a ser contratado.
> **24.O objeto social da empresa delineado no seu ato constitutivo devidamente registrado comprova não apenas o exercício da atividade empresarial requerida na licitação, mas também que a empresa o faz de forma regular.** E nesse ponto ressalto que a administração deve sempre prestigiar a legalidade. Portanto, não basta que a licitante detenha a capacidade comercial de fato, faz-se necessário que ela esteja também em conformidade com a lei.
> 25.Visando a mitigar os riscos de prejuízos a terceiros, o art. 50 do Código Civil descreve como abuso da personalidade jurídica os atos que caracterizem desvio da finalidade social da empresa, a qual, como disposto nos arts. 45 e 46, inciso I, deve constar do respectivo registro do ato constitutivo (e das alterações posteriores) .
> 26.Esse artigo, assim como o art. 1.015, parágrafo único, inciso III, também do Código Civil e o art. 158, inciso II, da Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações) , tem como objetivo determinar a responsabilidade pessoal dos agentes em razão de danos decorrentes de atos em desacordo com o objeto social das pessoas jurídicas.

Dessa forma, a Administração Pública não pode corroborar com atuação de desvio de finalidade, haja vista que poderá responder tambem por improbidade administrativa, visto que não pode frustrar a licitude do processo licitatório indo de enconto com o edital elaborado pelo orgão.

> Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:
> (...) VIII - **frustrar a licitude de processo licitatório** ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou **dispensá-los indevidamente**, acarretando perda patrimonial efetiva;

A Administração não pode dispensa a inscrição no objeto social e CNAE da atividade licitada, visto que foi por ela mesmo solicitada no seu edital, tal possibilidade INCABÍVEL perante a impossibilidade de tratamento diferenciado entre os licitantes e pode ainda responder por ato de improbidade administrativa:

> "Lei 8.666/93:
> 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 (grifo nosso)".

Não basta-se, que a legislação vigente exige como requisito de habilitação a empresa possuir objeto social/cnea a atividade do objeto da licitação, o edital foi claro quanto a sua exigência tamém, incluindo como condições de participação, agora o que é de estranhar, é porque Administração exige esse requisito e porque mesmo assim Administração não possuiu a atitude de inabilitar a empresa?

Essa atitude da Administração é uma afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e a Constituição Federal por que ocasiona tratamento diferenciado entre os licitantes, é inclusive esse o posicionamento dos tribunais superiores:

> (...) Providência que viola o princípio da vinculação ao edital, pois desatende o quanto lá determinado, e também o princípio da igualdade, ao prejudicar injustificadamente os licitantes que diligenciaram para satisfazer, a tempo e a contento, os requisitos constantes na lei fundamental do certame. Concessão da ordem que se impunha. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. (Reexame Necessário Nº 70050947910, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 30/04/2013)
>
> Nas dispensas de licitação fundadas no art. 4º da Lei 13.979/2020, **é irregular a contratação de empresa para realização de fornecimento estranho e incompatível com o seu objeto social**, por afronta aos arts. 26, parágrafo único, inciso II, 28, inciso III, e 29, inciso II, todos da Lei 8.666/1993. Acórdão 1760/2021-Plenário (grifo nosso).

Ademais, há que se ter em mente que, a apresentação do Contrato Social, com objeto correlato ao licitado, não se trata meramente de aferir a capacidade técnica da empresa, uma vez que tal mensuração pode ser realizada através do Atestado de Capacidade técnica, aliás, é esta a função do atestado, mas trata-se também da averiguação da regularidade da empresa.

Dessa forma, quando uma empresa exerce a função que não esta prevista no seu objeto social está praticando exercício irregular da função, a receita federal possui cnae especifico para realização de concurso público:

Código	Descrição
7490-1/99	ASSESSORIA E CONSULTORIA EM CULINÁRIA
7490-1/99	ASSESSORIA E CONSULTORIA EM MODA E IMAGEM PESSOAL
7490-1/99	ASSESSORIA E CONSULTORIA EM PROJETOS CULTURAIS
7490-1/99	ASSESSORIA E CONSULTORIA EM SAÚDE E MEDICINA DO TRABALHO
7490-1/99	ASSESSORIA E CONSULTORIA NA PRODUÇÃO DE PROGRAMAS DE TELEVISÃO
7490-1/99	ASSESSORIA EM ESPORTE
7490-1/99	AVALIAÇÃO DE ANTIGUIDADES; SERVIÇOS DE
7490-1/99	AVALIAÇÃO DE JÓIAS; SERVIÇOS DE
7490-1/99	AVALIAÇÃO NÃO-IMOBILIÁRIA; SERVIÇOS DE
7490-1/99	CONSULTORIA EM ESPORTES
7490-1/99	CONSULTORIA EM ESTATÍSTICA; SERVIÇOS DE
7490-1/99	CONSULTORIA EM QUESTÕES DE SUSTENTABILIDADE DO MEIO AMBIENTE
7490-1/99	CONSULTORIA EM SISTEMAS DE SEGURANÇA; SERVIÇOS DE
7490-1/99	CONSULTORIA MÉDICA EM MEDICINA DO TRABALHO
7490-1/99	CONSULTORIA NA ÁREA DE ESTATÍSTICA
7490-1/99	CONSULTORIA, ASSESSORIA EM PROJETOS DE MEIO AMBIENTE; SERVIÇOS DE
7490-1/99	ELABORAÇÃO DE PROGRAMA DE CONTROLE MÉDICO DE SAÚDE OCUPACIONAL (PCMSO); SERVIÇOS DE
7490-1/99	ELABORAÇÃO DE PROGRAMA DE PREVENÇÃO DE RISCOS AMBIENTAIS (PPRA); SERVIÇOS DE
7490-1/99	ELABORAÇÃO DE QUESTÕES PARA PROVAS; ATIVIDADES DE
7490-1/99	ERGONOMIA; ASSESSORIA E CONSULTORIA EM
7490-1/99	LOCUTOR; SERVIÇOS DE
7490-1/99	LOCUÇÃO; SERVIÇOS DE
7490-1/99	METEOROLOGIA; SERVIÇOS DE
7490-1/99	ORGANIZAÇÃO DE CONCURSOS PÚBLICOS; SERVIÇOS DE

A legislação Penal (Dec. 3.688/1941) é clara que é exercício irregular da função quem exerce profissão sem preencher as condições prevista em lei:

> Art. 47. Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício:

O fato da empresa não ter previsão do objeto no seu cnae é uma afronta ao que disciplina o código civil, portanto a empresa exerce até o presente momento a profissão de forma irregular.

Não bastasse isso, a empresa responde por vários processo judiciais diante da vasta pratica habitual em realizar o procedimento de concurso público.

Processo nº 320XXXX-32.2023.8.13.0000

Felipe Couto Bicalho Braga x Exame Auditores & Consultores LTDA - EPP

TJMG · Tribunal de Justiça de Minas Gerais, MG

Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público - Concurso Público / Edital - Classificação...

VER PROCESSO

Processo nº 525XXXX-40.2023.8.13.0024

Fernanda Neves Rosa x Exame Auditores & Consultores LTDA - EPP

TJMG · Belo Horizonte, MG

Direito Processual Civil e do Trabalho (8826) - Tutela Provisória (9192) - Liminar (9196

VER PROCESSO

Processo nº 500XXXX-61.2023.8.13.0629

Felipe Couto Bicalho Braga x Exame Auditores & Consultores LTDA - EPP

TJMG · São João Nepomuceno, MG

Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público

VER PROCESSO

<u>Convém colecionar aos autos que a empresa Recorrida já esta respondendo por processo de IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:</u>

TJ-MG - Ap Cível/Rem Necessária: AC XXXXX20012470001 MG

Jurisprudência • Acórdão • MOSTRAR DATA DE PUBLICAÇÃO

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA - RECURSO DE APELAÇÃO - AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - ALEGAÇÃO DE FRAUDE NO CONCURSO PÚBLICO DA CÂMARA MUNICIPAL DE DIVISA ALEGRE - OFENSA AOS PRINCÍPIOS - DOLO NÃO DEMONSTRADO - CONTRATAÇÃO DE EMPRESA MEDIANTE DISPENSA DE LICITAÇÃO - LESÃO AO ERÁRIO - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CULPA GRAVE - AUSÊNCIA - MERA ILEGALIDADE IN CASU - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - SENTENÇA CONFIRMADA NA REMESSA NECESSÁRIA - RECURSO DOS RÉUS PROVIDO. 1. Não basta, para a caracterização da improbidade administrativa, a configuração da ilegalidade do ato praticado pelo agente público, sendo necessária a presença do elemento volitivo, seja na figura do dolo, para fins da corporificação das condutas tipificadas nos artigos 9º e 11 , da Lei nº 8.429 /1992 - enriquecimento ilícito e ofensa aos princípios da administração pública -, ou ao menos na figura da culpa, no tocante às condutas tipificadas no art. 10 , do mesmo Diploma Legal - prejuízo ao erário. 2. Inexistindo nos autos prova robusta hábil a demonstrar que os candidatos foram aprovados ilicitamente, em decorrência de fraude ocorrida no concurso público municipal, mediante a demonstração, por exemplo, de que modo teria se arquitetado o esquema fraudulento e como os candidatos obtiveram nota suficiente para aprovação, afigura-se inviável o reconhecimento da prática de improbidade administrativa. 3. A contratação direta da empresa realizadora do concurso público, em virtude de procedimento de dispensa de licitação, muito embora esteja eivada de ilegalidade, eis que o preço da contratação sobeja o limite previsto em lei, não configura, de per si, ato de improbidade administrativa, eis que não demonstrada, in casu, a culpa grave dos administradores públicos. 4. Sentença confirmada na remessa necessária, prejudicada a análise do recurso voluntário. Recurso de apelação interposto pelos réus provido. V.P.V.: REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBL ICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PELA CÂMARA MUNICIPAL DE DIVISA ALEGRE COM DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO - PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO. PENALIDADE DESARRAZOADA - ADEQUAÇÃO. -Nos termos do posicionamento reiterado do STJ o prejuízo ao erário, no caso de ilegalidade da dispensa de procedimento licitatório é in re ipsa, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta e, portanto, caracterizado o ato de improbidade administrativa, tipificado no art. 10 , VIII , da Lei 8.429 /92. -Considerando que houve a contratação da empresa **Exame Auditores** e **Consultores Ltda**. com dispensa indevida de

Ademais, o preço final proposto pela Recorrida mostra-se com indícios de inexequivel. A Administração apresentou no termo de referência valores de referência de R$ 342.576,00 e na fase de lances a Recorrida ofertou R$ 136.400,00 baixou para mais 50% do valor orçado.

Nesse contexto, um dos problemas que a Administração Pública se depara com frequência reside na oferta pelo particular de preços irrisórios ou insuficientes para assegurar a remuneração do licitante. Destarte, a inexequibilidade do preço consiste na

insuficiência da remuneração pretendida pelo licitante para a execução do objeto descrito no edital.

Ressalva-se que não pode confundir preço vantajoso de preço inexequível:

> • Preço vantajoso é o valor reduzido, mas suficiente para a cobertura das despesas diretas e indiretas relativas à contratação;
>
> • Preço inexequível é aquele insuficiente para remunerar os custos incorridos para a execução da prestação.

Nesse teor, o TCM/BA afirma que a "proposta inexequível é aquela que não se reveste de condições de ser cumprida, porquanto gera mais ônus ao licitante do que vantagens ao contratar com a Administração Pública, tornando a proposta sem condições de ser executada."

Elucidadora é a reflexão do Prof. Joel de Menezes Niebuhr, em seu artigo intitulado "PROPOSTAS INEXEQUÍVEIS", 2008, divulgado pela Consultoria Zênite em seu site oficial:

> O que importa à Administração Pública é que a licitação e o contrato lhe propiciem resultado concreto. Para tanto, é imprescindível avaliar se as propostas lançadas pelos licitantes possuem condições concretas de ser executadas (se são exequíveis). Não basta selecionar a proposta com o menor preço ou com a melhor técnica; é imperioso verificar se ela pode ser mantida, ou seja, se o licitante tem meios para adimplir a obrigação a ser assumida. A proposta inexequível afeta, sobremaneira, o princípio da eficiência.

Seguindo, as decisões vigente a proposta é inexequível quando o preço ofertado é muito abaixo do normalmente praticado no mercado, como é caso da empresa Recorrida, o valor é impraticavél na realidade:

> APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA COM **PREÇO INEXEQUÍVEL**. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. O indeferimento de prova pericial não caracteriza cerceamento de defesa quando existem outros meios mais simples e eficientes para a parte demonstrar a veracidade de suas alegações. 2. A decisão de desclassificação de concorrente que apresenta proposta considerada **inexequível** (por equivaler a 13% do valor da proposta vencedora) é prevista no art. 48 , II , da Lei nº 8.666 /93. **Assim, não há que se falar em formalismo ou ausência de razoabilidade na decisão administrativa, que apenas cumpriu a lei ao excluir do certame um participante que não teria condições de cumprir o contrato com preço muito abaixo do que normalmente é praticado no mercado**. 3.

> Redução dos honorários advocatícios para R$ 1.500,00. 4. Agravo retido não provido. Apelação parcialmente provida.

Consoante dispõe Celso Antônio Bandeira de Mello, in Curso de direito Administrativo, 15ª ed. Malheiros Editores. Rio de Janeiro: 2003, p. 547, "As propostas inexequíveis não são sérias, ou, então, são ilegais, porque terão sido efetuadas com propósito de dumping, configurando comportamento censurável, a teor do art. 173, § 4º, da Constituição, segundo o qual: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Portanto, o comportamento esperado pela Administração pe a exclução da proposta inexequível, como prediz o Professor Marçal Justen Filho "(...) Desclassificação por Inexequibilidade. A comissão deverá excluir do certame as propostas que apresentem preços diminutos a ponto de inviabilizar a execução do objeto licitado (art. 44,§ 3º). A Lei reprova as propostas com preços ínfimos. Obviamente, a reprovação da Lei não se dirige contra o preço reduzido. A desproporção entre a estimativa de custo e a oferta autoriza a presunção da inviabilidade da execução da proposta. O preço irrisório não oferece vantagem para a Administração Pública, pois o particular não terá condições de executar as prestações que lhe incumbem. A Administração sofrerá maior prejuízo, consistente na frustração dos cronogramas, prestações mal-adimplidas, necessidade de nova licitação etc. A licitação visa selecionar a proposta de menor preço, mas economicamente executável. Observe-se que não há vedação à desclassificação fundada em irrisoriedade do preço. (...)".

Além da empresa não poder exercer a função de organizadora de concurso, que é motivo por si só da sua inabilitação, ainda ofertou preço inexequível, que também enseja a obrigação da Administração desclassificar sua proposta, dessa forma, a Administração não pode dar continuidade a esta contratação sob pena de responder por improbidade Administrativa.

Portanto, a Administração pode incorrer em erros, por fatos alheios a sua vontade, mas tem o dever de repara-los, se for o caso, a fim de garantir a segurança e estabilidade às relações jurídicas decorretes do certame licitatório, não desrespeitar os direitos de outrem e evitar medidas judiciais que visam a resguardar esses direitos:

> Súmula 473 – STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Dessa forma, diante das afrontas claras ao edital requeremos que o Douto Pregoeiro reconsidere a sua decisão para INABILITAÇÃO as empresas citadas.

4. DOS PEDIDOS

Dessa forma, requeremos a esta Comissão SEJA PROVIDO O RECURSO ADMINISTRATIVO para suspensão imediata da decisão da Pregoeira em HABILITAR a empresa **EXAME AUDITORES & CONSULTORES LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 04.976.094/0001-90 por atender ao edital e legislação vigente, requeremos a DESCLASSIFICAÇÃO da proposta e INABILITAÇÃO da empresa **EXAME AUDITORES & CONSULTORES LTDA** pelos motivos já acima apresentados.

Outrossim, lastreada nas razões recursais, requer-se que o Pregoeiro reconsidere sua decisão e, na hipótese não esperada disso não ocorrer, faça este subir, devidamente informados, à autoridade superior, em conformidade com o § 4°, do art. 109, da Lei n° 8666/93.

Nestes Termos, espera Deferimento.

Irecê/BA, 12 de dezembro de 2023.

gov.br Documento assinado digitalmente
ILMARIO MIRANDA CAETANO
Data: 12/12/2023 17:51:22-0300
Verifique em https://validar.iti.gov.br

INSTITUTO CENTRAL DE DESENVOLVIMENTO SOCIAIS - ICDS
CNPJ sob o nº 090479690001-92