

SERVIÇO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS DO TOCANTINS

CONCORRÊNCIA Edital de Licitação nº 009/2014

ASSUNTO: Pedido de Reconsideração oferecido pela empresa ACTIO PROJETOS TURÍSTICOS LTDA EPP.

DECISÃO EM PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

Trata-se de decisão de PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO interposto pelo licitante **ACTIO PROJETOS TURÍSTICOS LTDA EPP** na Concorrência nº 009/2014, a qual tinha como objeto a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de consultoria voltada para a realização de diagnóstico e planejamento turístico nos municípios participantes do Projeto Turístico e Produção Associada no Estado do Tocantins, conforme especificações do objeto constante no anexo I do Edital.

Apresentamos ao longo desta decisão o histórico, as argumentações apresentadas pelo recorrente, bem como o exame e decisão das condições insculpidas no instrumento convocatório.

I – HISTORICO

Inicialmente o Edital de Concorrência em epígrafe estabeleceu para efeitos de habilitação e classificação das propostas de preços dos licitantes, a adoção de critérios de avaliação, entre outros:

2. DO OBJETO

2.1 Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de consultoria voltada para a realização de diagnóstico e planejamento turístico nos municípios participantes do Projeto Turístico e Produção Associada no Estado do Tocantins, conforme especificações do objeto constante no anexo I deste Edital.

5.1 Poderão participar deste procedimento licitatório as empresas legalmente constituídas no país, cujo ramo de atividade seja

compatível com o objeto da licitação, observadas as condições inerentes à habilitação.

Na sessão pública de abertura dos envelopes e julgamento das propostas, o licitante aparentemente havia atendido a todas às condições do edital e tal empresa foi declarada como vencedora do certame. Contudo duas outras empresas licitantes **ESPIRAL CONSULTORIA E INSTRUTORIA LTDA ME** e **TRADETUR CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA ME** manifestaram a intenção de interpirem Recurso sob o fundamento que o CNAE da empresa habilitada, a saber, **ACTIO PROJETOS TURÍSTICOS LTDA EPP** não é compatível com o objeto da licitação.

Ao analisar os recursos das empresas, foi verificado que a empresa **ACTIO PROJETOS TURÍSTICOS LTDA – ME** declarada à vencedora por ter apresentado a melhor proposta e no momento da licitação fora habilitada, porém a mesma não possui em seu CNAE habilitação para prestar **serviço de consultoria**, ademais é optante pelo Simples Nacional, e pelo fato de ser optante, atualmente não poderia prestar serviços na área de consultoria, **visto que a atividade de consultoria é expressamente proibida pela Lei Complementar 123/2006 em seu artigo 17, inciso XIII**, o que desta forma não atenderia ao objeto da licitação que é **prestação de serviços de consultoria**, além de que o processo licitatório não estaria sendo realizado de forma isonômica, de modo que a referida empresa estaria claramente obtendo vantagens tributarias em relação às demais concorrentes, que por terem em seu CNAE a atividade de consultoria, que até o presente momento não pode enquadrar no simples nacional.

Deve ser levado em consideração que a lei 123/06 ainda encontra-se em vigor, e não revogada conforme explanado erroneamente pelo Recorrente, pois a Lei Complementar 147/2014 que fez algumas alterações da Lei Complementar 123/06 entrou em vigor em partes, sendo que a parte que se refere à autorização da empresa que exerce atividade de consultoria, somente poderá ser optante pelo Simples Nacional no próximo exercício, ou seja, a partir de janeiro de 2015, devendo dessa forma tal legislação ser atendida.

A handwritten signature in blue ink, located at the bottom right of the page, next to the typed name and professional information.

Dessa forma não há que se falar em excesso de formalismo por parte da Administração Pública ao impor o cumprimento às exigências editalícias. Ordenar que os licitantes preencham todos os itens estabelecidos resguarda os princípios da legalidade e da isonomia, permitindo, pois, a prevalência do Interesse Público.

II – RAZÕES DO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

Inconformado com a decisão dos Recursos Administrativos em que inabilitaram a empresa **ACTIO PROJETOS TURÍSTICOS LTDA – ME**, por não atender ao objeto da licitação que é prestação de serviços de consultoria, interpôs “Pedido de Reconsideração”, pelos fundamentos nele expresso, na tentativa de afastar sua desclassificação sob alegação que sua natureza jurídica permite a pratica da atividade.

III - DA ANÁLISE DO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

Cumprе registrar, antes de adentrar aos tópicos aventados pela recorrente, que o provimento recursal decorre, inicialmente, do Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.

Em conformidade com o artigo 3º da Lei de Licitações preleciona que tanto a Administração Pública como **os interessados ficam obrigados à observância dos termos e condições previstos no Edital.**

Por sua vez, o Instrumento Convocatório é claro ao objeto da licitação, conforme item no subitem 2.1 do item 2 do edital:

2. OBJETO

2.1 Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de consultoria voltada para a realização de diagnóstico e planejamento turístico nos

munícipios participantes do Projeto Turístico e Produção Associada no Estado do Tocantins, conforme especificações do objeto constante no anexo I deste Edital.

Ressalta-se que, a previsão em comento não fere qualquer princípio do direito administrativo estando, pois, amparada na legalidade.

Para a compreensão do aspecto peculiar conferido ao Pedido de Reconsideração nas licitações dos Serviços Sociais Autônomos, também chamados de Sistema "S", deve-se preliminarmente analisar a natureza jurídica dos entes de cooperação e as implicações advindas da condição de ente privado.

De tal caráter privado derivam nuances da legislação específica que rege os procedimentos licitatórios do Sistema "S", em contraposição as disposições da Lei Geral de Licitações (Lei n.º 8.666/93), que fundamenta os certames da Administração Pública.

Destaque-se que a doutrina é unânime quanto à natureza privada dos Serviços Sociais Autônomos, sendo este caráter privado ratificado pela legislação em geral, que os concebe totalmente desvinculados da Administração Pública, tanto em seu regime jurídico como em sua estrutura organizacional. Neste sentido é a lição de Hely Lopes Meirelles:

Os serviços sociais autônomos são pessoas de direito privado, criados ou autorizados por lei, geridos em conformidade com seus estatutos, geralmente aprovados por decreto, podendo ser subvencionados pela União ou arrecadar em seu favor contribuições parafiscais para prestar serviço de interesse social ou de utilidade pública, sem, entretanto, figurarem entre os órgãos da Administração direta ou entre as entidades da indireta.

Após a consolidação pelo ordenamento jurídico da natureza privada dos Serviços Sociais Autônomos, a doutrina conceituou os mesmos, como entes paraestatais, de cooperação como Poder Público, juntamente com outras entidades de

A handwritten signature in black ink, appearing to be "M. A. S.", is located at the bottom left of the page.

José Jackson Pacini Leal Júnior
Advogado
OAB/TO 5844

natureza jurídica diametralmente oposta, como as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações.

Tal conceituação foi de pronto rechaçada por incluir na mesma classificação entidades de naturezas jurídicas tão diversas.

Repise-se que as entidades do Sistema "S" não integram a administração pública direta ou indireta, tampouco prestam serviço público delegado, mas sim atividade privada de interesse público, sendo por essa razão apoiadas financeiramente pelo Poder Público.

Em face da pré-falada natureza jurídica de direito privado dos Serviços Sociais Autônomos, os órgãos de controle, encabeçados pelo Tribunal de Contas da União (TCU), decidiram que estas entidades não se submeteriam aos ditames da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei Geral de Licitações).

Em conformidade com a Constituição Federal somente os órgãos da Administração Direta e Indireta submetem-se a ao processo licitatório nos moldes da Lei n.º 8.666/93, não se aplicando os dispositivos deste regramento aos Serviços Sociais Autônomos, uma vez que estes não pertencem à Administração Pública.

Todavia, não podem os entes de cooperação contratar de forma totalmente livre, devendo elaborar Regulamentos de Licitação próprios orientados pelos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade, **vinculação ao instrumento convocatório**, julgamento objetivo e outros correlatos, inadmitindo-se critérios que frustrem o caráter competitivo das licitações.

Tal entendimento restou assentado a partir da Decisão 907/97 – Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU) (Ata 53/97): "A partir da Decisão 907/97-Plenário (Ata 53/97), firmou-se o entendimento de que os Serviços Sociais Autônomos não se subordinam aos estritos termos da Lei 8.666/93 e sim aos seus regulamentos próprios". (Acórdão n.º 1.337/2003).

Conforme Fernanda Marinela:

O TCU adotou uma solução de consenso, admitindo a adoção de um regulamento próprio para licitações e contratações administrativas, com regras próprias simplificadas, previamente aprovadas pelo próprio órgão, o que denominou Regulamento Simplificado do Sistema "S", que foi aprovado no julgamento dos autos TC – 001.620/98-3, publicado no DOU de 7.8.1998.

O Regulamento de Licitações e Contratos tem arcabouço e regras comuns a todos os Serviços Sociais Autônomos, seu propósito é conferir maior celeridade e menor burocracia às contratações do Sistema "S", desta feita é uma legislação simplificada, que por muitas vezes, na aplicação do caso concreto, dá origem a lacunas.

Na ocorrência de tais lacunas busca-se amparo na Lei Geral de Licitações – Lei n.º 8.666/93, em consonância com o Acórdão n.º 3.454/2007 – 1ª Câmara, de 06/11/07:

Com o advento da Decisão n.º 907/97 – Plenário, a jurisprudência desta Corte foi alterada e os órgãos integrantes do Sistema "S" passaram a não estarem obrigados a seguir as disposições da Lei n.º 8.666/93. Os Serviços Sociais Autônomos deve, nas contratações de bens e serviços, observar os princípios da Administração Pública em seus regulamentos.

*A exigência de que o Estatuto das Licitações e Contratos seja observado por entidades do Sistema "S" pode ser justificada em duas hipóteses: ausência de regra específica no regulamento próprio da entidade ou dispositivo, do mesmo regulamento, que **contrarie os princípios gerais da Administração Pública e os específicos relativos às licitações e os que norteiam a execução da despesa pública.** (grifos nossos).*

Assim, havendo contradição entre regras do Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema "S" e da Lei Geral de Licitações (Lei n.º 8.666/93), observa-se o



José Jackson Pacini Leal Júnior
Advogado
OAB/TO 5844

Regulamento Próprio, em face da regra hermenêutica de que lei especial derroga lei geral.

Tem-se que nas licitações, regidas pela Lei n.º 8.666/93, o Pedido de Reconsideração é aplicável quando há imputação da penalidade de declaração de idoneidade, com a finalidade de solicitar que a autoridade que a determinou, reveja tal imposição, desde que atendidos certos requisitos, como o ressarcimento ao Erário.

No campo das licitações do Sistema "S" o Pedido de Reconsideração é previsto nos procedimentos afetos ao Pregão na modalidade presencial ou eletrônica, e tem por objetivo, possibilitar que a comissão de licitação seja compelida a rever seus atos de desclassificação das propostas e assim conferir celeridade ao processo licitatório, sendo assim, o Pedido de Reconsideração não é a medida cabível para reanálise da decisão tomada no referido certame.

Conforme dito na decisão do recurso, a empresa **ACTIO PROJETOS TURÍSTICOS LTDA – ME** não possui em seu CNAE habilitação para prestar serviço de consultoria, ademais é optante pelo Simples Nacional, e pelo fato de ser optante, atualmente não poderia prestar serviços na área de consultoria, **visto que a atividade de consultoria é expressamente proibida pela Lei Complementar 123/2006 em seu artigo 17, inciso XIII**, o que desta forma não atenderia ao objeto da licitação que é **prestação de serviços de consultoria**, além de que estaria tendo vantagens tributárias que as demais concorrentes não teriam, estando assim em desconformidade com o princípio da isonomia.

Embora não seja exaustivo, pois normas anteriores e superiores o complementam, ainda, que não reproduzidas em seu texto, como bem diz Hely Lopes Meirelles, o edital é "a matriz da licitação e do contrato"; daí não se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital.

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a

A handwritten signature in black ink, appearing to be "J. Pacini", is located at the bottom right of the page.

José Jackson Pacini Leal Júnior
Advogado
OAB/TO 5844

regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administração ou judicial.

O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.

Outrossim, não há o que se falar em excesso de formalismo por parte da Administração Pública ao impor o cumprimento às exigências editalícias. Ordenar que os licitantes preencham todos os itens estabelecidos resguarda os princípios da legalidade e da isonomia. Permitindo, pois, a prevalência do Interesse Público.

A somar, o entendimento do Tribunal de Contas da União é claro ao refutar os casos em que a Administração Pública não obedece às diretrizes traçadas no Edital. Vejamos:

Pedido de reexame. Representação. Violação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Negativa de provimento

[VOTO] 4. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, expresso no caput do art. 41 da Lei nº 8.666/1993, dispõe: "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada".

5. O edital torna-se lei entre as partes, assemelhando-se a um contrato de adesão cujas cláusulas são elaboradas unilateralmente pelo Estado. Em sendo lei, o edital e os seus termos atrelam tanto a Administração, que estará estritamente subordinada a seus próprios atos, quanto as licitantes - sabedoras do inteiro teor do certame.

6. Somente em situações atípicas o edital pode ser modificado depois de publicado, observado o procedimento adequado para

A handwritten signature in black ink, appearing to be "J. Pacini", is located at the bottom right of the page.

tanto. É o princípio da inalterabilidade do instrumento convocatório.

7. Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola vários princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: da legalidade, da moralidade e da isonomia, além dos já citados anteriormente. AC-2367-34/10-P Sessão: 15/09/10 Grupo: I Classe: I Relator: Ministro VALMIR CAMPELO – Fiscalização”. (grifos apostos)

Como se pode verificar no subitem 5.1 do item 5 do edital estão estabelecidas as condições de participação no certame, conforme abaixo:

5. Condições de participação

5.1 Poderão participar deste procedimento licitatório as empresas legalmente constituídas no país, **cujo ramo de atividade seja compatível com o objeto da licitação**, observadas as condições inerentes à habilitação.

Por fim, cumpre esclarecer que a Licitação é um procedimento composto de uma série de atos que obedecem a uma sequência determinada pelo Regulamento e tem por **objetivo selecionar a proposta mais vantajosa ao SEBRAE/TO**, mediante condições fixadas e divulgadas no edital, em face da necessidade da entidade comprar, alienar ou contratar a prestação de um determinado serviço, **vale dizer que a licitação é realizada no interesse do SEBRAE/TO.**

Pelo exposto, em face das razões expendidas acima decido CONHECER DAS RAZÕES DO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO interposto pela licitante ACTIO PROJETOS TURÍSTICOS LTDA – ME, e **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo a decisão inicial de inabilita-lo do Processo licitatório CONCORRÊNCIA nº 009/2014, eis que imperiosa a preservação do caráter competitivo do procedimento e a garantia do melhor serviço ao menor preço, contudo obedecendo aos princípios da legalidade, moralidade,



José Jackson Pacini Cent Junior
Advogado
OAB/TO 5844



eficiência administrativa e da vinculação ao instrumento convocatório, que regem entre outros princípios os atos institucionais do SEBRAE-TO.

Palmas, 06 de Novembro de 2014.



MARCIA RODRIGUES DE PAULA

Diretora Superintendente

Adv. Jackson Pacini Leal Júnior
Advogado
OAB/TO 5844