
À Comissão Permanente de Licitação da VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A

Ref.:Concorrência Pública nº 014/2017

A empresa de razão social W. DE SOUZA PONCIANO COSTA EPP, nome fantasia QUAESITOR ASSESSORIA CONTÁBIL, inscrita no CNPJ sob o nº 19.059.338/0001-47, com sede na rua Doutor Samuel Lins, 93, 1º Andar, bairro: Casa Forte, Cidade: Recife, Estado: Pernambuco, por seu representante legal, vem, nos termos da Lei nº 8.666/93, apresentar contrarrazões ao recurso administrativo apresentado pela empresa AG CAPITAL.

- DO TEOR DO RECURSO ADMINISTRATIVO -

Alegou a empresa AG CAPITAL que:

- 1 – A Quaesitor não possui funcionários, por este motivo a Valec corre sérios riscos em relação à efetivação dos serviços prestados;**
- 2 – O Atestado de Capacidade técnica apresentado deve ser considerado apenas na pontuação de uma única empresa, a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte;**
- 3 – A servidora Arilda Barbosa não possui permissão para assinar atestados e declarações pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte;**
- 4 – A Quaesitor não apresentou a cópia autenticada do contrato firmado com a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte;**

- DOS FATOS –

As alegações da empresa AG CAPITAL são desarrazoáveis e não se mostram pertinentes. A Quaesitor possui funcionários capacitados, e possui plena capacidade técnica para executar os serviços de acordo com o exigido pela Valec. O atestado emitido pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte fala por si só. Entretanto, apenas o seu responsável técnico consta nos atestados de capacidade técnica da empresa, sem a menor necessidade de incluir os demais membros da equipe. Essa é uma política da Quaesitor e não cabe julgamento de terceiros.

Esclarecemos que a Prefeitura de Belo Horizonte, assim como todas as demais Prefeituras Brasileiras, é composta pelas entidades da Administração direta e indireta. A Administração Pública é o conjunto de pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos que exercem a *função administrativa*.

Com efeito, a função administrativa é instrumento de realização direta e imediata dos direitos fundamentais, por meio do qual a Administração Pública executa as leis para prestar serviços à população ou gerencia a máquina administrativa. Por exemplo: quando um órgão faz uma licitação pública, estará exercendo a função administrativa. Da mesma forma, quando o INSS presta o atendimento de segurados do regime geral de previdência social, estará exercendo a função administrativa. Por fim, quando um empresa pública presta o serviço público de distribuição de energia elétrica, estará exercendo a função administrativa.

Em que pese a função administrativa seja realizada principalmente pelos órgãos do Poder Executivo, precisamos saber que há órgãos responsáveis por essa função nos demais poderes. Assim, as “secretarias” ou “mesas” encarregadas da função administrativa nos Poderes Legislativo e Judiciário também se enquadram no conceito subjetivo. Da mesma forma, os Tribunais de Contas e o Ministério Público, quando exercem a função administrativa (ex.: quando realizam um concurso público para ingresso de servidores), também se enquadram no conceito subjetivo, formal ou orgânico. Esses órgãos integrantes dos Poderes e responsáveis pela função administrativa fazem parte da Administração direta ou centralizada, pois estão subordinados diretamente às pessoas jurídicas políticas (União, estados, municípios e Distrito Federal).

Contudo, devemos saber que a função administrativa não é realizada somente de forma centralizada. As entidades políticas podem criar entes descentralizados, as

chamadas entidades administrativas, que são entes com personalidade jurídica própria e que formam a Administração indireta ou descentralizada. No Brasil, os entes administrativos são: autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Portanto, podemos dizer que a expressão “Administração Pública”, em sentido formal, subjetivo ou orgânico, compreende os agentes públicos, os órgãos da Administração direta e as entidades integrantes da Administração indireta.

Desta feita, cada entidade constante no atestado de capacidade técnica apresentado pela Quaesitor possui corpo de servidores próprio e a contagem realmente deve ser realizada de forma distinta.

A servidora Arilda Barbosa foi designada como gestora do nosso contrato, e todo o serviço foi fiscalizado pela mesma, por este motivo, tanto os secretários quanto a Arilda Barbosa possuem permissão legal para tal.

Pelo visto a empresa AG CAPITAL não costuma prestar serviços para órgãos públicos com contratos oriundos de processos licitatórios.

A cópia autenticada do contrato foi apresentada na fase de habilitação. Na proposta técnica esse tipo de documento não foi exigido.

Mais uma vez alertamos para a incompatibilidade do objeto da empresa AG CAPITAL com o exigido no edital, no que tange à compatibilidade entre o objeto licitado e aqueles constantes no contrato social dos licitantes, há que se considerar que muitas vezes algumas das atividades exercidas pela empresa não constam em seu objeto social.

A esse respeito, JUSTEN FILHO posiciona-se afirmando que:

[...] Entre nós, não vigora o chamado “princípio da especialidade” da personalidade jurídica das pessoas jurídicas. Esse princípio restringe a possibilidade jurídica da atuação das pessoas jurídicas aos limites do seu objeto social. [...] A fixação de um objeto social, contida no ato constitutivo da sociedade, não produz invalidade dos atos exorbitantes que vierem a ser eventualmente praticados. O ato praticado fora do objeto social é tão existente quanto aquele que se insira dentro dele. Não se verifica, de modo automático, a invalidade do ato em virtude da mera ausência de inserção do ato no objeto social.

[...] A fixação do objeto social destina-se, tão somente, a produzir efeitos de fiscalização da atividade dos administradores da sociedade. Os sócios podem pretender que os administradores sejam responsabilizados quando aplicarem o patrimônio social em atividades fora do objeto social.

[...] A situação pode ser diversa quando existirem regras específicas acerca do exercício de certa atividade ou quando a atuação fora do objeto social submeter-se a reprovação em virtude de outra específica. Assim, por exemplo, uma sociedade simples não pode exercitar atividades empresariais e vice-versa. O motivo é que, ao dedicar-se a atividades de outra natureza, estará sujeita a regime jurídico diverso, inclusive no tocante à formalização de sua inscrição. Uma associação (sociedade simples sem fins lucrativos) não pode dedicar-se à atividade especulativa.

[...] Nesses exemplos, há regras específicas vedando o desempenho da atividade e submetendo-a uma espécie de autorização por parte de autoridade competente¹.

Deste modo, segundo o escólio acima, se uma pessoa jurídica licitante apresentar a experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade, a ausência de previsão expressa desta mesma atividade em seu objeto social não poderia ser empecilho a sua habilitação, devendo tal fato ser vencido através da apresentação dos atestados de capacidade técnica.

Explica-se: se uma pessoa jurídica apresenta experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade, por meio da apresentação de atestado de capacidade técnica, por exemplo, a ausência de previsão expressa desta em seu objeto social não pode ser empecilho à sua habilitação. Impedimento haverá, contudo, quando existirem regras específicas acerca do exercício de certa atividade ou quando a atuação fora do objeto social submeter-se a reprovação em virtude de outra norma ou atuação específica.

Contudo, não é o posicionamento de nossas Cortes de Contas nem possui amparo diante da própria legislação.

¹JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 657-658

De modo específico, o art. 967 do Código estabelece ser obrigatória a inscrição do empresário, contendo seu objeto (art. 968), antes do início de sua atividade. E que as posteriores alterações societárias devem ser devidamente arquivadas no Registro Público de Empresas Mercantis, especialmente, se a empresa decidir mudar de atividade empresarial, ampliá-la ou restringi-la.

É, portanto, dever legal da sociedade empresária de promover a alteração de seu objeto social e do respectivo registro antes de iniciar a prática dessas novas atividades, conforme leitura sistêmica dos art. 982, 985 e 1.150 do Código Civil.

Acrescente-se ainda que 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 da legislação geral civil, deve constar do respectivo registro de seu ato constitutivo (e das alterações posteriores).

Na mesma esteira, o art. 1015, parágrafo único, inciso III, também do Código Civil e o art. 158, inciso II, da Lei 6.404/1976, 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.

É justamente com base nestes dispositivos que se impõe o reconhecimento normativo em linha de defesa para proteger os sócios, credores e terceiros que se relacionam com as sociedades empresárias, da prática de atos comerciais que violem ou extrapolem o objeto social dessas entidades (atos ultra vires societatis) e que representam riscos para todos os atores acima descritos.

Assim, 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.

Não sem razão, portanto, o Tribunal de Contas da União (TCU), por meio do Acórdão 1.021/07 – Plenário, bem como, por meio do Acórdão 642/14 – Plenário, firmou o entendimento no sentido de que 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.

Veja-se:

Sumário: (...) 1. 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.

2. Para fins de habilitação técnica nas licitações, os atestados apresentados devem não apenas demonstrar uma situação de fato, mas, necessariamente, demonstrar uma situação fática que tenha ocorrido em conformidade com a lei e com o contrato social das empresas licitantes. (...) Voto: (...) 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 lei².

O TCU, a toda evidência, tange especificamente a compatibilidade entre o objeto social das empresas licitantes e o objeto licitado sob os auspícios de que a pessoa jurídica deve praticar atos consonantes aos objetivos consignados em seu ato constitutivo, caracterizando, conforme preceituado no art. 1.015, parágrafo único, inc. III, da Lei 10.406/02 (Código Civil), abuso de poder a prática de atos estranhos aos negócios da sociedade.

Infere-se, assim, que o descompasso entre as atividades de fato desempenhadas pela empresa e aquelas previstas no contrato social traz repercussões no direito civil, especialmente no que tange à responsabilização pessoal do gestor da empresa, mas também, no direito público, impondo óbice à contratação da empresa pela Administração Pública.

²TCU. Acórdão 642/14. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman. DOU: 19/03/14.

Isto porque é dever de a Administração privilegiar a legalidade, observando a ordem jurídica como um todo e não fazendo vistas grossas aos demais setores normativos.

Assim, a contratação de empresas para a execução de serviços não previstos em seu contrato social constitui situação de risco não só em face de contratação de quem não é do ramo, mas também em razão da possibilidade de a empresa vir a se eximir da responsabilidade pelos atos praticados por seu gerente.

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.

Sob o marco legal da Lei Federal nº 8.666/1993, além de exigir o contrato social para fins de habilitação jurídica (art. 28, inciso III), exige, 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.

O próprio edital da licitação, conforme a legislação setorial geral, em deverá determinar que poderá participar da licitação as empresas cujo objeto social seja compatível com o objeto da licitação e que tenham como atividade principal serviços compatíveis com o objeto licitado.

Nesse ponto, a licitante, já na fase de contratação que o processo licitatório representa, já deveria ter em seu contrato social as atividades objeto do certame, ainda que os atestados de capacidade técnica apresentados na licitação referem-se à prestação desses serviços no período anterior e para outros entes da administração pública.

E seus atestados não apenas devem dar conta da demonstração de uma situação de fato, mas, necessariamente, a demonstração de uma situação fática que tenha ocorrido em conformidade com a lei e com o contrato social.

Ambos são necessários: a) a circunstância fática; e b) a conformidade legal.

Se o atestado remete à prestação de serviços em desacordo com o contrato social da empresa e, portanto, em desacordo com a lei, conforme já disposto nos itens 33 a 39 acima, não podem ser considerados válidos para fins de comprovação perante a Administração.

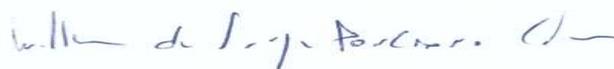
Destarte, ao se aceitar o atestado, poder-se-ia, além de convalidar uma irregularidade, estar inobservando o princípio da isonomia entre os licitantes, de grande importância nas licitações públicas, colocando no mesmo nível empresas em situação irregular e licitantes que cumprem ordinariamente suas obrigações tributárias.

Bem assim, repita-se, o descompasso entre as atividades de fato desempenhadas pela empresa e aquelas previstas no contrato social traz repercussões no direito civil, especialmente no que tange à responsabilização pessoal do gestor da empresa, mas também, no direito público, impondo óbice à contratação da empresa pela Administração Pública.

- DA CONCLUSÃO -

DIANTE DO EXPOSTO, respeitosamente, solicitamos que a Comissão de Licitação da VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A negue provimento ao recurso interposto pela empresa AG CAPITAL.

Recife, 29 de Novembro de 2017.



**W. DE SOUZA PONCIANO COSTA EPP
QUAESITOR ASSESSORIA CONTÁBIL
Wilker de Souza Ponciano Costa
/Representante Legal
CPF 074.198.844-55**

,