

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA CÂMARA MUNICIPAL DE ASSIS, ESTADO DE SÃO PAULO.

REF.: PREGÃO PRESENCIAL Nº 005/2016

A MV&P TECNOLOGIA EM INFORMÁTICA LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda (CNPJ/MF) sob o nº 03.012.197/0001-77, sediada na Rua Humaitá, 231, sobreloja, Vila Mendonça, cidade de Araçatuba, Estado de São Paulo, através de representante legal credenciado que a este subscreve, vem, *data maxima venia*, com supedâneo no artigo 4º Inciso XVIII da Lei nº 10.520/02, à presença de Vossa Excelência, tempestivamente, nos termos do item 8.1 do Edital de Pregão Presencial 005/2016, apresentar

RAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO

Conforme motivos registrados em ata durante sessão do processo licitatório em epígrafe, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

DOS FATOS

A Ilustre Administração desta Câmara promoveu em 26 de Outubro de 2016 a abertura da sessão do Pregão Presencial 005/2016, cujo escopo é a execução de serviços de locação de *softwares* de contabilidade pública e AUDESP, planejamento e



orçamento, tesouraria, portal da transparência, gestão de recursos humanos, ouvidoria pública, frotas, compras e licitação, patrimônio e administração de estoque.

Durante a sessão, após criteriosa análise dos documentos de habilitação apresentados, a empresa ora recorrente constatou e fez apontar irregularidade presente na documentação apresentada por AMÊNDOLA & AMÊNDOLA SOFTWARE LTDA-EPP, representante comercial da empresa FIORILLI SOCIEDADE CIVIL LTDA. SOFTWARE, notadamente pela modelo societário adotado por esta, que não admite a existência de representação comercial, o que resulta no desatendimento editalício em seu item 3.1.1.a. Além disso, foi verificado que o licitante não anexou aos documentos de habilitação (envelope 2) cópia do contrato social válido, conforme exigência do item 6.1.1.b.

Ao final da abertura dos envelopes, a sessão do pregão foi suspenso para apresentação de memoriais de recurso.

É a síntese do necessário.

DOS FUNDAMENTOS

Objetiva a contratação, como já copiado no presente recurso, a locação de softwares nas diversas áreas da Câmara Municipal, estando aptas a participar todos os interessados que preencherem as condições estabelecidas no Edital e seus anexos.

Do item 3.1.1.a, que trata do credenciamento, destacamos:

3. DO CREDENCIAMENTO

3.1. Para o credenciamento deverão ser apresentados os seguintes documentos:

3.1.1. Quantos aos representantes:

a) *tratando-se de representante legal: instrumento constitutivo da empresa registrado já Junta Comercial, ou tratando-se de sociedade simples, o ato constitutivo registrado no Cartório de Registro Civil de Pessoas jurídicas, no qual estejam expressos seus poderes para exercer direitos e assumir obrigações em decorrência de tal investidura;*

(...)

Mais adiante, lê-se do item 6 - DO CONTEÚDO DO ENVELOPE "DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO":

(...)

6.1.1. HABILITAÇÃO JURÍDICA

b) ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedade empresária ou simples, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição e seus administradores;

Pois bem.

Em breve esboço doutrinário, sociedades empresárias são aquelas que realizam sua atividade econômica organizada através de fatores de produção (capital, mão de obra, insumos e tecnologia), circulando bens e serviços e, conseqüentemente, riqueza. É senão o que rege o art. 966 do Código Civil.

De outro modo, não se considera empresário aquele que exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir **elemento de empresa**. (art. 966, parágrafo único, NCPC).

Logo, o que define se uma sociedade é ou não empresária **NÃO É O SEU RAMO DE ATIVIDADE**, e sim **COMO A SOCIEDADE DESENVOLVE SUAS**

ATIVIDADES - se de forma organizada ou não. Ou seja, ainda que exerça atividade intelectual, a sociedade pode ser empresária se verificado que desenvolve a atividade por meio de fatores organizados de produção. E esta constatação é melhor feita pela análise da **prática da empresa no mercado**, sendo o órgão de inscrição e registro o menos apto para realizar tal julgamento.

A empresa recorrida alega representar comercialmente a empresa FIORILLI SOCIEDADE CIVIL LTDA. SOFTWARE, desenvolvedora dos softwares oferecidos por aquela no presente certame. Contudo, analisando contrato social da empresa que representa, registrado no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas de Mirassol/SP verifica-se estar constituída como Sociedade Simples.

Assim, podemos entender que a sociedade simples caracteriza-se pela união de esforços e obrigações recíprocas entre seus sócios, com o escopo de contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e partilha entre si dos resultados, conforme inteligência dos arts. 981 e 986 do Código Civil. Ou seja, na sociedade sociedade simples a atividade econômica é desenvolvida por seus próprios sócios, ainda que em concurso com auxiliares, contudo que não apresenta fatores organizados de produção. É o caso dos escritórios de advocacia, contabilidade e médicos.

Conforme já ponderado, não obstante os profissionais da área de tecnologia da informação não gozem de regulamento próprio, nada impede a constituição de sociedade simples ou empresária para exercício da atividade. Contudo, o que difere uma da outra é exatamente a forma como a sociedade desenvolve sua atividade, e se o exercício da profissão constitui elemento de empresa, ou seja, situação em que **a atividade profissional é absorvida pela atividade empresarial.**

Sendo absorvida pela atividade empresarial, seus sócios já não mais se dedicam ao exercício da atividade profissional em si, mas sim, à administração da sociedade da qual cabe aos colaboradores a execução de seu objeto. Haverá a busca e necessidade pela expansão dos negócios, o que dá ensejo a abertura de filiais e a comercialização de seus

bens e serviços por terceiros, **por meio de representantes comerciais e/ou canais de distribuição.**

Analisando a realidade da empresa FIORILLI SOCIEDADE CIVIL LTDA – ME, é de clara percepção sua irregular constituição como sociedade civil, a fim de usufruir dos benefícios contábeis e fiscais concedidos a sociedades desta natureza pela legislação pátria, apresentando-se no mercado como concorrente desleal às demais empresas do ramo legal e regularmente constituídas. Tais benefícios influenciam diretamente nos preços ofertados pela representada e seus representantes comerciais.

Afinal, não cabe à uma sociedade civil o desempenho das atividades organizadas de circulação de bens e serviços, sobretudo na figura de **representantes comerciais**, sendo que **apenas no Estado de São Paulo, a FIORILLI possui nada menos que 16 (DEZESSEIS) representantes comerciais**, conforme disponibilizado em seu próprio site institucional (<http://fiorilli.com.br/site/site.htm>), incluindo a seguinte legenda: “Representante: **comercializa e dá suporte para usuários finais**”. Considerando a contagem total de representantes informados no endereço eletrônico, a FIORILLI se apresenta em 20 (vinte) estados brasileiros por meio de **44 (QUARENTA E QUATRO) REPRESENTANTES COMERCIAIS!!!**

Ou seja, em suas próprias palavras, **FIORILLI DECLARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EMPRESARIAL** e assim, estando constituída como sociedade simples, não se apresenta regular no mundo jurídico-empresarial.

Deste entendimento, chegamos a dois caminhos lógicos a serem seguidos: a primeira é de que, sendo de fato a FIORILLI considerada regularmente constituída, não lhe é permitido desenvolver atividade empresarial, notadamente por meio de representantes comerciais tal como a empresa recorrida, sendo ilegal sua contratação pelo Poder Público nestas condições; de outro modo, sendo considerada irregularmente constituída, é da mesma forma defeso a FIORILLI sua participação em licitações e contratar com a Administração – quer seja de forma direta ou indireta – cuja irregularidade afeta a proposta apresentada por seus representantes comerciais. OU seja, em qualquer das

hipóteses aventadas, **É IRREGULAR A PARTICIPAÇÃO DA FIORILLI EM PROCESSOS LICITATÓRIOS, QUER SEJA DIRETAMENTE OU POR MEIO DE REPRESENTANTES COMERCIAIS!**

Sendo a questão analisada do âmbito do Pregão 17/2016, é portanto de se considerar que a recorrida FIORILLI, enquanto **SOCIEDADE CIVIL** que se apresenta, **NÃO PODE SER REPRESENTADA COMERCIALMENTE POR OUTRA EMPRESA**, OU, enquanto **SOCIEDADE EMPRESÁRIA QUE É**, está **IRREGULARMENTE CONSTITUÍDA** E não pode ter seus produtos e serviços oferecidos em certames licitatórios por ela mesma ou por intermédio de terceiros. Assim, sua representação por meio da recorrida AMÊNDOLA E AMÊNDOLA não é apenas inválida, é deveras **ILEGAL!**

De mesma maneira, em vista ao estudo dos requisitos para constituição das sociedades simples e empresárias, a recorrida TAMBÉM se encontra irregularmente constituída, uma vez que não desempenha atividade intelectual. **PELO CONTRÁRIO, SENDO REPRESENTANTE, A MESMA DESEMPENHA ATIVIDADE PURAMENTE COMERCIAL, QUAL SEJA A DE FAZER CIRCULAR BENS E SERVIÇOS PRODUZIDOS POR TERCEIRO**, constituindo sua configuração como sociedade simples verdadeira **ABERRAÇÃO JURÍDICA!**

De forma bem sucinta, o instrumento convocatório de um certame compõe-se pelo conjunto de regras a serem observadas pelas participantes interessadas. Denominado Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, a Lei 8.666/93, com aplicação subsidiária à Lei 10.520/02, dispõe em seu art. 3º, caput:

*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.*

(Grifamos)

O art. 41 da Lei 8.666/93 estipula ainda que o princípio à Vinculação ao Instrumento convocatório também deve ser observado pela Administração:

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

Ensina o mestre HELY LOPES MEIRELLES, *verbis*:

*"A vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo e participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e proposta 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, Malheiros, 18ª ed., São Paulo, 1993, p. 250) **(grifamos)***

Assim sendo, para a participação no processo licitatório, tanto a Administração, quanto as empresas interessadas precisam conhecer, respeitar e preencher os requisitos estipulados pelo edital do certame em sua integralidade.

É com esse espírito que o legislador, ao redigir da Lei 10.520/02 que regulamenta o Pregão, no intuito de garantir a celeridade do rito e, previamente, afastar sujeitos dotados de postura de má-fé, e ainda garantir a efetividade da prestação dos serviços pelo futuro vencedor, determina a apresentação pelas licitantes da respectiva declaração de atendimento aos requisitos de habilitação, em seu art. 4º, VII:

*"Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
(...)*

*VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, **apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação** e entregarão os envelopes*

contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;"

(grifo nosso)

Assim, caso ciente de que não representa empresa legalmente constituída - e portanto, impedida de participar de licitações e prestar serviços ao poder público - e tampouco sua própria constituição se encontra regular tendo em vista não ter sido realizada no órgão competente, a empresa AMÊNDOLA & AMÊNDOLA não só deve ser considerada de plano **INABILITADA**, como também incorre solidariamente à FIORILLI nas cominações legais pela **apresentação de declaração falsa no certame**, conforme já transcrito art. 7º da Lei 10.520/02, bem como o enquadramento do crime de fraude à licitação, previsto pelo art. 90 da Lei 8.666/93:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

De outro modo, ainda que haja a alegação de ignorância do fato, o entendimento persistente e predominante é o de que a recorrida **NÃO POSSUI LEGITIMIDADE PARA REPRESENTAR COMERCIALMENTE a empresa FIORILLI, E TAMBÉM ELA PRÓPRIA NÃO SE ENCONTRA REGULARMENTE CONSTITUÍDA, O QUE MACULA SUA PARTICIPAÇÃO DESDE O CREDENCIAMENTO!**

Desta forma, não resta, ao entendimento da empresa ora recorrente, outra medida à Administração licitante senão **declarar INABILITADA a empresa AMÊNDOLA & AMÊNDOLA SOFTWARE LTDA - EPP no Pregão Presencial 005/2016**, com base nos argumentos fáticos e jurídicos apresentados e no poder de rever seus atos a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando eivados de vício que os tornem ilegais, de acordo com a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo da tomada das demais providências que entender cabíveis pela irregularidade apontada.

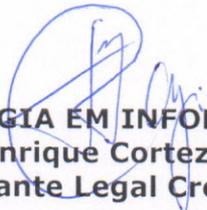
De igual modo, cediço de que a matéria requer análise específica quanto à legalidade da constituição da empresa recorrida, **requer desde já a este MD. Pregoeiro e equipe de apoio a realização das diligências, junto ao Setor Jurídico e também à Junta Comercial do Estado de São Paulo, especificamente quanto aos documentos constitutivos da recorrida, atos estes necessários a respaldar a segurança jurídica da contratação**, conforme previsão legal do art. 43, §3º da Lei 8.666/93.

DO PEDIDO

Por todo o exposto, **Requer** a Vossa Senhoria que se digne, após a análise dos argumentos e a realização das diligências indicadas, a **DECLARAR INABILITADA** a empresa **AMÊNDOLA & AMÊNDOLA SOFTWARE LTDA. - EPP.** em decorrência de não atendimento ao edital, **em especial pela ausência de apresentação de registro regular de ato constitutivo**, sem prejuízo das demais providências que entender pertinentes pela ilegalidade apontada; ato contínuo, requer a continuidade ao feito, para restabelecimento da ordem e segurança jurídica dos atos administrativos realizados no certame.

Termos em que Pede,
e Aguarda Deferimento.

Araçatuba/SP, 27 de Outubro de 2016


MV&P TECNOLOGIA EM INFORMÁTICA LTDA.
Luís Henrique Cortez Bosco
Representante Legal Credenciado