



PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDERNEIRAS

Pederneiras, 25 de março de 2021.

Excelentíssima Senhora Prefeita:

Ref.: Pregão Eletrônico nº 23/2021 – Contratação de mão-de-obra – Assunto:

- a) Recurso Administrativo. Impetrante: Master Construções e Serv. de Limpeza Eireli**
- b) Manifestação de Recurso. Interessado: WG Terceirização e Serviços Ltda**

Trata-se de recurso administrativo interposto pela empresa MASTER CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS DE LIMPEZA EIRELI (MASTER ou RECORRENTE) e de manifestação em recorrer apresentada pela empresa WG TERCEIRIZAÇÃO E SERVIÇOS LTDA (WG ou MANIFESTANTE), ambas contra a decisão proferida em 02/03/2021, em relação à classificação e habilitação da ASSOCIAÇÃO VILAS BÔAS (ASSOCIAÇÃO ou RECORRIDA).

Em síntese, a RECORRENTE insurge-se contra a classificação e posterior habilitação da RECORRIDA, alegando que não foi respeitada a isonomia entre os participantes e que houve concorrência desleal, pois a mesma *“não é uma sociedade empresária obrigada a seguir as disposições legais inerentes a legislação trabalhista, previdenciária e tributária e ainda considerando que o seu objeto social não contempla a possibilidade de cessão de mão de obra”* (sic). Destaca ainda que esta municipalidade poderá responder solidariamente em caso de ações trabalhistas, em razão do inadimplemento das obrigações da RECORRIDA.

Já a MANIFESTANTE registrou *“a intenção de recurso, por inexigibilidade da proposta e falta de comprovação de capacidade técnica. NO recurso detalharemos o pedido”* (sic). Contudo, transcorrido o prazo para apresentação de suas razões, nada foi entregue.

Em suas contrarrazões, a RECORRIDA pede que *“seja declarada a preclusão das alegações em sede de recurso, tendo em vista não ser a peça e momento oportuno, conforme determina o art. 41 da Lei 8.666/93”* (sic).

Requer ainda que *“seja julgado improcedente o recurso da Recorrente por falta de interesse recursal e por não ter demonstrado que conseguiria ofertar valores melhores ao Município”*.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDERNEIRAS

Finalmente, discorre que “*não há como acolher a tese recursal, tendo em vista que a prestação de serviço será através de associados, sendo inaplicável a Sumula 331 do TST, tendo em vista que não há relação empregatícia*” e cita que foi preservada a isonomia, pois a “*redução dos lances chegaram próximo a proposta da Recorrida*”.

Analisados os memoriais, passo a opinar:

DO PRINCÍPIO JURÍDICO DA ISONOMIA

O artigo 3º da lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações) nos traz que “*a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração (...)*”.

Cabe esclarecer que, juridicamente, **isonomia difere-se de igualdade**, pois enquanto a primeira significa a aplicação da lei àqueles que a ela se submetem, a outra pressupõe um tratamento amplamente igualitário, ou seja, igual a todos, sem distinção.

Assim, a isonomia nas licitações deve ser aplicada quando o que é válido juridicamente para um, deve ser válido também para todos aqueles que preencham as mesmas condições de aplicação daquela norma.

Explico.

Se a única condição para a aplicação de uma norma é que o indivíduo seja um cidadão brasileiro, nesse caso, a mesma norma deverá ser aplicada a todos os cidadãos brasileiros. Contudo, se uma norma, como aquelas previstas no ECA, possui como requisito que o indivíduo tenha até 18 anos, então será aplicada **isonomicamente** a todos os que tenham até 18 anos, **mas não aos que ultrapassem a faixa etária**.

Sendo assim, ao mesmo tempo em que a isonomia pressupõe a igual aplicação das normas àqueles que preencham iguais condições, **pressupõe também aplicação desigual das normas conforme as desiguais condições**.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDERNEIRAS

Ou seja, trata-se da concepção aristotélica do assunto, que é tratar igualmente os iguais (as sociedades empresárias) e desigualmente os desiguais (a associação, neste caso), na proporção da desigualdade.

Dessa forma, é indevida a comparação da licitante MASTER à ASSOCIAÇÃO, pois não existe isonomia entre elas em razão da sua classificação jurídica e das obrigações que dela são decorrentes, incluindo aí as de ordem tributária, previdenciária e trabalhista, dentre outras.

Conclui-se, assim, que não há que falar-se em isonomia de tratamento, tendo em vista as naturezas distintas dos concorrentes deste certame.

DA PARTICIPAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO NO CERTAME

Cumpre-me também discorrer sobre a aceitabilidade (ou não) da participação de associações nos processos licitatórios, sob o ponto de visto jurisprudencial e à luz da legislação cabível e da doutrina existente sobre o caso.

O Código Civil dedica um capítulo exclusivo para a disciplina das associações (artigos 53 a 61), definindo como associação o “*ente acometido de personalidade jurídica própria, formada pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos*”.

Partindo do pressuposto de que tal ente não pode atuar com fins econômicos, em um primeiro momento seria possível entender que as associações estariam impedidas de celebrar contratos com a Administração Pública, haja vista que essa espécie de negócio jurídico, geralmente, resulta em lucro. Trata-se, no entanto, de uma ideia bastante equivocada.

Em momento algum a norma Civil pretendeu vedar a obtenção de resultado econômico positivo, pois tal ato seria inconcebível, uma vez que sem a obtenção desses resultados a entidade não teria meios de viabilizar sua subsistência, restando-lhe somente a extinção. **O que de fato se proíbe é que as associações sejam constituídas com a intenção de distribuição de lucro entre seus integrantes**, em nada se assemelhando à simples colheita de resultados positivos em decorrência do exercício dos fins sociais a que se destinam.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDERNEIRAS

Diante disso, não encontram-se impedimentos diretos à participação de associações em certames públicos, mas deve-se ressaltar que, para tal fim, **será indispensável que o objeto do contrato seja condizente com o objeto social da associação, o qual se encontra previsto necessariamente em seu ato constitutivo.**

Tal raciocínio encontra amparo na conclusão a que chegou a 2ª Câmara do TCU no Acórdão nº 7.459/2010, onde o entendimento foi que não deve haver vedação genérica de participação em licitações de entidades sem fins lucrativos, **desde que haja nexos entre os serviços a serem prestados com os estatutos e objetivos sociais da entidade prestadora dos serviços:**

9.1. conhecer do Pedido de Reexame para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, alterando a redação ao subitem 1.4.1.1 do Acórdão nº 5.555/2009-2ª Câmara, dirigido à Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), e que, doravante, em caráter normativo, aos Órgãos e Entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, que passa a ter o seguinte teor:

9.1.1. determinar que não habilitem, nos certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, entidades sem fins lucrativos cujos estatutos e objetivos sociais não tenham nexos com os serviços a serem prestados; e (...)

Ademais, a própria RECORRENTE possui conhecimento disso, pois cita em seus memoriais, com a devida fundamentação, que:

“Tanto é verdade que a Associação tem os privilégios legais com relação a tributos e encargos justamente para que possa desenvolver suas atividades filantrópicas, mas a partir do momento em que se desvia de suas finalidades deve recolher todos os tributos, assim já decidiu reiteradas vezes o Superior Tribunal de Justiça (...)”

*“O Tribunal de Contas da União também já se pronunciou sobre o desvio de finalidade de entidades sem fins lucrativos que acabam por fugir dos objetivos aos quais está atrelada por seu estatuto social, conforme segue no **Acórdão 7549/2010** do TCU (...)” (grifei)*

“A Associação Vilas Boas que foi declarada vencedora, não está executando o que dispõe seu estatuto social (...)”



PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDERNEIRAS

Logo, é perceptível a concordância entre meu raciocínio e o da RECORRENTE quanto à aceitação de associações em certames públicos, desde que estas possuam atividade compatível com o objeto da licitação.

DO NEXO ENTRE O OBJETIVO SOCIAL X OBJETO DO CERTAME

Neste aspecto, e considerando tudo o que já foi exposto, notoriamente faltou atenção à MASTER ao analisar a documentação de sua concorrente e, ao tecer todas as suas alegações e lastrear seu recurso nos entendimentos acima, acabou ignorando o fato da RECORRIDA **possuir em seu Estatuto**, entre outras finalidades, **a administração de obras, a seleção, agenciamento e locação de mão-de-obra temporária e as atividades de limpeza e paisagismo**, conforme disposto na Ata nº 01/2019, lavrada em 04/11/2019, que manteve as alterações nas finalidades estabelecidas na Ata nº 01/2016, de 07/10/2016.

Nota: aproveito para destacar que tais documentos foram inseridos no sistema operacional do pregão junto à proposta inicial e ainda encontram-se disponíveis para consulta dos participantes.

Tais finalidades, como podemos ver, são plenamente compatíveis com o objeto da licitação, que é a contratação de **mão-de-obra braçal** de 20 (vinte) pessoas **para a realização de serviços gerais em vias públicas, praças, parques, áreas verdes** e demais áreas e próprios municipais.

Desse modo, e constatando-se a existência de nexo entre o objetivo social x objeto do certame, assim como entende o TCU e a própria RECORRENTE, concluo que não há que falar-se em desclassificação ou inabilitação, uma vez que não foi observada nenhuma afronta legal e, ademais, restou-se comprovada a compatibilidade das atividades da ASSOCIAÇÃO com o objeto do Pregão Eletrônico nº 23/2021.

DA EXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO

A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, norma regente do tema em questão, estabelece no artigo 442, Parágrafo Único, que “*qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, **não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela**”.*



PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDERNEIRAS

Adiante, a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, em seus itens I, II e III, traz os seguintes entendimentos:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Portanto, entendemos que a legislação trabalhista em vigor não sujeita esta municipalidade, no caso em tela, ao pagamento de despesas decorrentes dos serviços prestados, pois não existe vínculo empregatício entre as partes.

DA MANIFESTAÇÃO APRESENTADA PELA EMPRESA WG

Mesmo não tendo sido apresentadas as razões de recurso sobre a sua manifestação de eventual inexequibilidade da proposta (e não inexigibilidade como colocado pela mesma) e falta de capacitação técnica, deve-se seguir o entendimento predominante da doutrina e jurisprudência sobre o tema, que não afasta a necessidade de julgamento do mesmo, como destaca a valiosa lição do Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

“O licitante manifesta intenção de recorrer, mas no prazo legal não ingressa com as razões do recurso. Nessa hipótese o direito de recorrer não decaiu. Ao apresentar a motivação na sessão, o recorrente externou o seu inconformismo. Deve, o pregoeiro, mesmo que no prazo legal não sejam juntadas as razões, examinar a questão e decidir fundamentadamente.”

Em razão disso e em observância aos princípios da transparência e autotutela da Administração Pública, discorreremos também sobre o assunto.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDERNEIRAS

Considerando que a Lei nº 10.520/02 não forneceu nenhum critério apto para definir as propostas inexequíveis, há espaço para aplicar aqueles descritos no art. 48, II, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93, de acordo com a autorização contida no art. 9º da Lei nº 10.520/02.

No que se refere a tais critérios, vale lembrar ainda que o fato de uma proposta ficar inserida nas margens porcentuais do art. 48, § 1º, ou ser razoavelmente inferior aos valores estimados pela Administração (art. 48, II), não pode determinar sua pronta desclassificação.

Nesse sentido, aliás, é o teor da Súmula nº 262 do TCU:

“O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas ‘a’ e ‘b’, da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.”

Assim, o artigo 48 da Lei nº 8.666/93 fornece parâmetros para aferição da inexequibilidade da proposta, MAS, ainda que, de acordo com tais parâmetros, haja indicativos de inexequibilidade, deve a Administração facultar ao licitante demonstrar a viabilidade econômica de sua proposta.

Por sua vez, o Decreto 10.024/2019, quando trata do julgamento da proposta, dispõe no artigo 39:

“Art. 39. Encerrada a etapa de negociação de que trata o art. 38, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à adequação ao objeto e à compatibilidade do preço em relação ao máximo estipulado para contratação no edital, observado o disposto no parágrafo único do art. 7º e no § 9º do art. 26, e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital, observado o disposto no Capítulo X”.

Adiante, a Lei 8.666/93 expressa no artigo 40, inciso X, que é vedada a fixação de preços mínimos no edital da licitação. Contudo, no artigo 48, § 1º, é apresentada uma fórmula para cálculo do preço inexequível. Essa fórmula deve ser utilizada quando a licitação é do tipo menor preço e o objeto é uma obra ou um serviço de engenharia.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDERNEIRAS

Sendo assim, a análise da inexecuibilidade das propostas com base apenas nas condicionantes e percentuais expressos em lei mostra-se totalmente insuficiente, dada a relatividade do tema. Nota-se, desse modo, que é inegável a existência de uma grande dificuldade na identificação do patamar mínimo de exequibilidade.

Todavia, consideramos o entendimento do TCU o mais apropriado neste caso, sendo solicitada ainda em sessão a planilha de composição de custos da RECORRIDA, obtendo-se, após a realização da análise, a confirmação de que o preço ofertado é perfeitamente exequível, lembrando ainda que o mesmo foi comparado com o atualmente praticado no Contrato nº 92/2020, firmado entre esta municipalidade e a RECORRIDA, havendo similaridade entre eles.

Dessa forma, considerando o cenário apresentado, concluímos que não há motivação aparente para suspeitar do preço ofertado pela ASSOCIAÇÃO quanto a sua exequibilidade, razão pela qual deve-se considerá-lo aceitável.

Já em relação à verificação da capacidade técnica da RECORRIDA, esclareço que a documentação que foi apresentada no certame, junto às diligências de verificação realizadas por este Pregoeiro, aliadas ao fato de que a RECORRIDA é a atual executora dos serviços objeto do Contrato nº 92/2020, firmado em 30/06/2020, quais sejam a execução de mão-de-obra braçal de 10 (dez) pessoas para a realização de serviços gerais em vias públicas, praças, parques, áreas verdes e demais áreas e próprios municipais, são mais do que suficientes para capacitá-la tecnicamente.

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente ao que foi apurado até aqui, cumpre-me atentar esta municipalidade para que, através de servidor designado, não se esqueça de proceder a fiscalização necessária para a correta prestação dos serviços que forem contratados, acompanhando-os de perto e de forma rigorosa para a fiel execução do ajuste, tanto na forma prática quanto documental, exigindo da contratada o cumprimento integral de suas obrigações e preservando esta Administração de quaisquer prejuízos decorrentes de eventual conduta faltante ou inapropriada da ASSOCIAÇÃO, principalmente quanto a possíveis desvios de finalidade e quanto ao emprego de trabalhadores que não estejam devidamente inscritos no quadro de associados da mesma.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDERNEIRAS

DOS JULGAMENTOS

a) Quanto à alegação de que foi desrespeitado o princípio da isonomia, considerando que a ASSOCIAÇÃO não é uma sociedade empresária obrigada a seguir as disposições legais inerentes a legislação trabalhista, previdenciária e tributária, e que o seu objeto social não contempla a possibilidade de cessão de mão-de-obra, entendo que NÃO DEVE SER DADO PROVIMENTO, pois a RECORRIDA possui uma condição jurídica naturalmente desigual, em que não se aplicam as mesmas normas impostas às empresas, mas cuja finalidade enquadra-se satisfatoriamente no objeto do certame em tela;

b) No que diz respeito a solidariedade da Prefeitura em eventual ação trabalhista decorrente do inadimplemento da RECORRIDA, entendo que NÃO DEVE SER DADO PROVIMENTO, pois restou-se demonstrado que, aplicando-se a fiscalização necessária conforme o recomendado acima, não haverá vínculo empregatício entre as partes;

c) Quanto a alegação de que não foi comprovada a capacidade técnica para realização dos serviços, entendo que NÃO DEVE SER DADO PROVIMENTO, uma vez que o que foi demonstrado pela RECORRIDA é até mesmo superior ao solicitado, em respeito à similaridade de objetos; e

d) Em relação à inexecutabilidade do preço, entendemos que NÃO DEVE SER DADO PROVIMENTO, pois não há indício algum que levante tal suspeita.

Diante do exposto, tem-se que as razões apresentadas pela RECORRENTE, além das alegações da MANIFESTANTE, são infundadas, motivo pelo qual não devem prosperar. Assim, proponho para que seja mantida minha decisão, proferida em 02/03/2021, mantendo-se a habilitação da ASSOCIAÇÃO VILAS BÔAS.

Eram essas, Senhora Prefeita, as informações que competiam ser dadas a Vossa Excelência sobre o caso, nos termos do Edital do certame em epígrafe e com fulcro no § 4º do artigo 109 da lei nº 8.666/93.

Atenciosamente,

CENDY BIAZUZO RAMOS

Pregoeiro