

RESPOSTA A PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DE EDITAL

REF. PREGÃO PRESENCIAL Nº 2017.05.15.1



OBJETO: Contratação de serviços de digitalização e gestão arquivística precedidos de análise técnica e conferência de todos os documentos licitatórios, comprobatórios de despesas e demais processos provenientes da Câmara Municipal de Pacajus (exclusivo ME-EPP), tudo conforme especificações contidas no Termo de Referência.

PETICIONANTE: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO - CEARÁ

A Câmara Municipal de Pacajus lançou licitação na modalidade Pregão Presencial objetivando a "**Contratação de serviços de digitalização e gestão arquivística precedidos de análise técnica e conferência de todos os documentos licitatórios, comprobatórios de despesas e demais processos provenientes da Câmara Municipal de Pacajus (exclusivo ME-EPP), tudo conforme especificações contidas no Termo de Referência**", cujo edital foi alvo de insurgência do Conselho Regional de Administração – CRA-CE que alega que o objeto da licitação encontra-se sujeito à sua fiscalização e controle, já que as atividades licitadas possuem como "essência a administração e seleção de pessoal; a locação de mão-de-obra; a administração de bens de terceiros".

Entende que as tarefas objeto do contrato encontram-se sob a égide daquelas açambarcadas pela competência do CRA-CE, conforme anota a Lei nº 4769/65. Em face disto reclama que o ato convocatório do certame passe a exigir o registro dos licitantes junto ao órgão profissional competente, no caso o Conselho Regional de Administração-CE. Além disto, sustenta a imprescindibilidade de que a comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e

compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação seja atendida mediante a averbação no CRA-CE dos atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.



PRELIMINARMENTE

É sabido que as impugnações para serem manejadas reclamam o cumprimento de alguns pressupostos processuais básicos, a saber: cabimento e adequação, regularidade procedimental, legitimidade, interesse processual, inexistência de fato impeditivo ou extintivo e tempestividade.

Por "cabimento e adequação", entende-se que a medida utilizada deve estar prevista em lei (cabimento), além de ser o instrumento adequado para tanto (adequação), pois, para cada tipo de decisão ou ato administrativo, é cabível um instrumento próprio e adequado a corrigir-lhe ou reformar-lhe. Desta feita, o instrumento ora manejado é "cabível" pelo simples fato de estar previsto em lei, e por outro lado, "adequado" para corrigir o ato convocatório.

O requisito de admissibilidade da "regularidade formal" consiste na exigência de que a impugnação seja interposta de acordo com a forma estabelecida em lei e no edital. Assim, há de ser interposta por petição escrita, dirigida à autoridade competente, na qual contenha a exposição do fato e do direito, a demonstração do seu cabimento, além das razões do pedido de reforma. Logo, cumprido também esse requisito.

A "legitimidade" é conferida a todos os interessados que direta ou indiretamente, possuam interesse na causa, devendo ser subscrita por pessoa com poderes para tanto. O peticionante preenche esse requisito pois se declara titular do direito de fiscalizar a atividade licitada.

O "interesse" repousa no binômio utilidade-necessidade, de modo que ao peticionante incumbe o ônus de demonstrar que a interposição da medida lhe é útil, o que neste caso também se implementa, haja vista que o peticionante defende que detém o poder de fiscalização do objeto da contratação.

O requisito de admissibilidade da "inexistência de fato extintivo ou impeditivo" consiste na exigência de que não tenha ocorrido nenhum fato que conduza à extinção do direito do peticionante. Analisando os autos do processo licitatório não se observa qualquer fato superveniente extintivo ou impeditivo ao direito do peticionante.

Por fim, o requisito da tempestividade reclama que a medida seja interposta no prazo prescrito em lei. Neste passo, a Lei nº 8.666/93, em seu art. 41 estabeleceu o prazo de 02 (dois) dias úteis, antes da sessão pública, para os licitantes apresentarem impugnação ao ato convocatório e o prazo de 05 (cinco) dias úteis para aqueles que não se enquadram na condição de licitação, donde se vê que o peticionante descumpriu ambos os prazos e, assim, a peça manejada na véspera da realização do certame é intempestiva.

DO MÉRITO

Adentrasse ao mérito da questão por força do princípio da auto tutela.

De proêmio, cabe destacar que a Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI determina que as exigências de qualificação técnica e econômica, em procedimentos licitatórios, restrinjam-se àquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Na mesma esteira, cumpre ressaltar que, nos termos do disposto no art. 30 da Lei Federal nº 8.666/1993, as exigências relativas à qualificação técnica dos licitantes limitam-se àquelas estabelecidas no referido dispositivo legal.

A interpretação exarada no *caput* do artigo 30 da Lei de Licitações revela, sem hesitação, que o rol de documentos ali elencados constitui um limite imposto à Administração. Esta ilação deriva da simples leitura do preceptivo legal acima invocado que traz em sua redação a advertência de que a documentação exigida "limitar-se-á" às condições apontadas, em contraposição à exegese positivada no art. 28 do mesmo diploma legal, que, por sua vez, obriga a Administração a exigir dos licitantes todos os documentos ali relacionados, em face do comando imperativo nele contido, que não deixa qualquer margem de discricionariedade à Administração. Senão vejamos:

"Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:"

"Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:"

"Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a":

Importa notar que a expressão "limitar-se-á" utilizada no artigo 30 da Lei nº 8.666/93 repetiu-se no art. 31 do mesmo diploma legal, donde se conclui, sem maiores esforços, que a disciplina jurídica aplicada a um serve ao outro, de igual sorte.

O doutrinador Marçal Justen Filho, conforme posicionamento adotado em obra dedicada à lei licitatória preceitua que:

"O elenco dos artigos 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a



Administração, em cada licitação, exija a comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos." Comentários à Lei de Licitações e Contratos. São Paulo: Dialética, 2004, p.383

Esta questão já foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, oportunidade na qual se decidiu que:

"Não existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do art. 31, da Lei 8.666/93" Comentários à Lei de Licitações e Contratos. São Paulo: Dialética, 2004, p.383.

Em análise ao precedente jurisprudencial acima citado, Marçal Justen Filho professou que: "Os fundamentos que conduziram à interpretação preconizada para o art. 31 são extensíveis aos demais dispositivos disciplinadores dos requisitos de habilitação."

Chega-se, assim, à conclusão de que a Administração Pública não está obrigada a esgotar todas as exigências fixadas no art.30 da Lei nº 8.666/93.

Por essa razão, toda e qualquer exigência que venha a restringir a competição no certame licitatório, deve ater-se ao que permite a lei, face ao princípio da legalidade.

Cabe não olvidar que a Lei nº 8.666/93, alterada e consolidada veda que os agentes públicos pratiquem atos tendentes a restringir ou frustrar o caráter competitivo do certame, consoante se depreende da leitura de seu art. 3º, *in verbis*:

"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.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

1 - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;"

Lado outro, adentrando no mérito propriamente dito, cabe trazer à colação o conceito de mão-de-obra que, na lição de Plácido e Silva, consiste em:

"MÃO-DE-OBRA. Assim se entende, na execução de qualquer trabalho ou obra, o esforço pessoal ou a ação pessoal do trabalhador ou obreiro, sem que se tome em conta o material empregado. Corresponde ao serviço simplesmente necessário à feitura da obra, que se quer executar. A mão-de-obra tanto se entende a que é executada manualmente como a mecânica. Em quaisquer dos casos, a mão-de-obra exprime somente

o serviço para a execução do trabalho ou da obra, não se computando nele o que for necessário para que seja executado."

Oportuno destacar o que anota a jurisprudência sobre o assunto em berlinda:

"...a mera prestação de serviços não caracteriza, por si só, cessão de mão-de-obra; **a cessão de mão-de-obra envolve uma transferência de subordinação do cedente para o cessionário, conclusão essa que se pode extrair da expressão colocar "à disposição do contratante".**

(...)

"As relações envolvidas no contrato de cessão de mão-de-obra envolvem três figuras: o cedente, que é a empresa (contratada), cuja finalidade é recrutar trabalhadores para colocar "à disposição do contratante", a tomadora de serviços (contratante), que exerce o poder de subordinação sobre aqueles que vão executar a atividade objeto do contrato, e os trabalhadores, que vão prestar o serviço sob comando da contratante..." TRF - 4 - AI 2003.04.01.056247-4 RS.

"In casu, verifica-se que os médicos contratados pela apelante não ficam à disposição do DETRAN-CE, impondo-se ressaltar que o objeto do contrato não reside na colocação de médicos à disposição deste último, mas sim na realização de exames médicos de

conteúdo e finalidade pré-determinados no contrato. O que se contrata, portanto, é o resultado, e não a disponibilização de uma mão de obra para a realização de um trabalho a ser efetuado.

- Restou também demonstrado que à empresa recorrente incumbe, por previsão contratual, arcar com as despesas inerentes à prestação do serviço, tendo de **adquirir e manter os materiais e os equipamentos médicos necessários à realização dos exames.**

- Apelação provida." (Tribunal Regional Federal - 5ª Região - Apelação Cível - AC 477291/CE) (g.n.)

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. RETENÇÃO DE 11% SOBRE O VALOR DOS CONTRATOS. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA NÃO CARACTERIZADA. ARTIGO 31 DA LEI 8.212/91, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.711/98.

I. O artigo 31, da Lei nº 8.212/91, com redação dada pela Lei nº 9.711/98, define as condições da retenção de 11% (onze por cento) a título de contribuição sobre a folha de empregados, nos casos de contratos de cessão de mão-de-obra.

II. **É imperiosa, para a caracterização de tal situação fático-jurídica, a submissão dos empregados cedidos ao comando do contratante, com a execução das atividades no estabelecimento deste ou de terceiro.**

Precedentes: STJ, 1º T., REsp 488027/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 01.06.2004, p. 163 e Quarta Turma,



AGTR nº 62.073/PE, desta Relatoria, juld. 18.10.2005, DJU 08.11.2005.

III. Os contratos em questão não se caracterizam como cessão de mão-de-obra, sendo um de fornecimento de software, e outro de manutenção de equipamentos de informática, não se enquadrando na hipótese de incidência prevista nos artigos 149 e 154, V e VI da Instrução Normativa nº 100, do INSS, que regulamentou os dispositivos legais citados.

IV. Apelação provida." (Tribunal Regional Federal - 5ª Região - Apelação em Mandado de Segurança - AMS 94635/PE) (g.n.)

Veja-se, ainda, o que entende o Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS (LEI 9.711/88). EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO. NATUREZA DAS ATIVIDADES. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A ausência de debate, na instância recorrida, dos dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai a incidência da Súmula 282 do STF.

2. Para efeitos do art. 31 da Lei 8.212/91, considera-se cessão de mão-de-obra a colocação de empregados à disposição do contratante (submetidos ao poder de comando desse), para execução das atividades no

estabelecimento do tomador de serviços ou de terceiros.

3. Não há, assim, cessão de mão-de-obra ao Município na atividade de limpeza e coleta de lixo em via pública, realizada pela própria empresa contratada, que, inclusive, fornece os equipamentos para tanto necessários.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido (REsp 488027 / SC) (g.n.)

A Lei n. 6.839/80, que dispõe sobre o registro de empresas nas entidades fiscalizadoras do exercício de profissões, em seu art. 1º, por seu turno, estabelece que a inscrição de empresas nas entidades fiscalizadoras do exercício profissional deve relacionar-se à sua atividade-fim. Senão vejamos:

"Art. 1º O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros."

À luz da legislação que disciplina a inscrição de empresas nos conselhos regionais de fiscalização, a obrigatoriedade de registro no Conselho Regional de Administração demandaria que a atividade-fim dos licitantes consistisse na locação de mão-de-obra. Ocorre que da leitura do edital do presente certame não se extrai a suposta locação de mão de obra a que alude o requerente, tendo em vista que o objeto da licitação se volta para a prestação de serviços de digitalização e gestão arquivística de documentos e não para a cessão de mão-de-obra.

Nessa assentada, tendo em conta que a locação de mão-de-obra não é a atividade-fim daqueles que prestam serviços de digitalização e gestão arquivística de documentos, entende-se por descabida a exigência de registro dos licitantes junto ao Conselho Regional de Administração (CRA), por representar restrição ao caráter competitivo da licitação, já que o critério que norteia a obrigatoriedade de habilitação do registro junto aos Conselhos de Fiscalização é a atividade básica ou preponderante que as sociedades empresárias desempenham, conforme anota o artigo 1º da Lei n.º 6.839/80. E disto decorre a não submissão dessas empresas ao poder de polícia do Conselho de Administração, que se limita àqueles que exercem atividades típicas da profissão de administrador, o que certamente não é o caso.

Sobre o tema, o egrégio Tribunal de Constas da União, por ocasião do r. Acórdão 597/2007 – Plenário, assim entendeu: **"A imposição de registro em entidade de fiscalização profissional deve ser limitada à inscrição no conselho que fiscalize a atividade básica ou o serviço preponderante."**

Na mesma esteira, cita-se o seguinte precedente jurisprudencial:

"Ementa: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. DESEMPENHO DE ATIVIDADE QUE NÃO ENSEJA A FISCALIZAÇÃO. ANUIDADES. INEXIGIBILIDADE. REGISTRO COMPROVADO NO CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. DUPLO REGISTRO. INVIABILIDADE. 1. O fato gerador da obrigação tributária é a prestação de determinada atividade e que, por sua vez, gera igualmente o dever de inscrever-se em conselho profissional. Assim, ainda que haja a inscrição em conselho, não havendo prestação de atividade, não há falar em pagamento de anuidade, ficando prejudicada a análise de outras questões. 2.

O registro das empresas e dos profissionais Regionais somente é exigido se a atividade básica é relativa à fiscalização do referido Conselho 3. Hipótese em que o embargante, apesar de inscrito, não exerce atividade peculiar a ensejar a exigibilidade das anuidades. 4. A duplicidade de registro é vetada pelo próprio Ministério do Trabalho, a quem incumbe administrar as atividades dos Conselhos Regionais de registro profissional. 5. Invertidos os ônus sucumbenciais." TRF-4 - APELAÇÃO CIVEL AC 50246664620154047100 RS 5024666-46.2015.404.7100 (TRF-4). Data de publicação: 23/08/2016

Importante também citar o que registrou a Ministra Eliana Calmon no julgamento do Recurso Especial nº 496.149/RJ (DJU 15.08.2005):

"Em matéria de fiscalização das profissões pelos conselhos profissionais, teceu a jurisprudência um longo caminho para impedir abusos e até extorsões por parte das entidades que, sob o pálio da fiscalização, em verdade escondem uma sanha arrecadatória. Assim, considerou que o conselho competente para fiscalizar, quanto às profissões com abrangência de

mão-de-obra impõe a inscrição em Conselho Regional de Administração. Senão vejamos:

"Pedido de Reexame interposto por empresa licitante contestou deliberação que julgara improcedente representação formulada pela recorrente contra suposta irregularidade contida em edital de pregão eletrônico promovido pelo Banco do Brasil S/A para contratação de serviços de vigilância armada. A recorrente alegou, em síntese, que "na contratação de serviços, especialmente de vigilância para a administração pública, seria imprescindível o cumprimento da obrigatoriedade do registro cadastral das empresas de vigilância e do seu Administrador Responsável Técnico no Conselho Regional de Administração, nos termos dos arts. 14 e 15 da Lei 4.769/1965, bem como no art. 5º da Constituição". Aduziu ainda que "a locação de mão de obra especializada decorre de recrutamento, seleção e treinamento, práticas privativas da profissão do Administrador, conforme alínea 'b' do art. 2º da Lei 4.769/1965". **O relator rejeitou as alegações recursais, registrando que "a jurisprudência desta Corte de Contas vem se assentando no sentido de não ser exigível das empresas de locação de mão de obra o registro nos Conselhos Regionais de Administração - CRA para a participação nas licitações da administração pública federal. Somente nos casos em que a atividade fim das empresas licitantes esteja diretamente relacionada à do administrador é que a exigência de registro junto a Conselho Regional de Administração se mostra pertinente. Não é o caso da contratação de serviços de vigilância armada objeto do pregão em questão". Explicou o relator que tal entendimento estaria de acordo com o art. 37, inciso XXI, da Constituição, o qual "estabelece que, nas licitações, somente se pode fazer exigências**

de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações que deverão ser assumidas pela futura contratada". Ademais, ressaltou, "a obrigatoriedade de inscrição de empresas em determinado conselho é definida segundo a atividade central que é composta pelos serviços da sua atividade fim, nos termos do art. 1º da Lei 6.839/1980. Dessa forma, os mencionados arts. 2º, alínea 'b', 14 e 15 da Lei 4.769/1965, que dispõem sobre o exercício da profissão de Técnico de Administração, não impõem às empresas que exploram atividade de prestação de serviços de vigilância o registro na entidade competente para a fiscalização do exercício da profissão de administrador". **Considerando a improcedência dos argumentos recursais, o Tribunal, pelos motivos expostos no voto, conheceu do Pedido de Reexame para, no mérito, negar-lhe provimento.** Acórdão 4608/2015-Primeira Câmara, TC 022.455/2013-2, relator Ministro Benjamin Zymler, 18.8.2015

Por todo o exposto, não se vislumbram irregularidades no ato convocatório do Pregão Presencial nº 2017.05.15.1 da Câmara Municipal de Pacajus, determinando-se, por conseguinte, a continuidade do certame nos exatos termos em que publicados inicialmente.

Pacajus, 31 de maio de 2017.

Paloma Araújo Gonzaga Coelho
Paloma Araújo Gonzaga Coelho
Pregoeira