

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

AO ILMO. SR. PREGOEIRO DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA

RECURSO ADMINISTRATIVO

Grupo 02

Pregão Eletrônico nº. 10/2020

Processo Administrativo nº. 19973.101170/2020-93

RECORRENTE: GESTOR SERVIÇOS EMPRESARIAIS ESPECIALIZADOS EM MÃO DE OBRA, GESTÃO DE RECURSOS HUMANOS E LIMPEZA EIRELI

RECORRIDA: MG TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA

GESTOR SERVIÇOS EMPRESARIAIS ESPECIALIZADOS EM MÃO DE OBRA, GESTÃO DE RECURSOS HUMANOS E LIMPEZA EIRELI, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº. 02.685.728/0001-20, com sede à Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, nº. 1500, Edifício Condomínio Arthur Bernardes, 1º andar, Conj. 12 e 13, Bairro Cidade Monções, CEP: 04.571-934, São Paulo/SP, vem, tempestivamente, perante este Ilustrado Órgão, por intermédio de seu representante legal que ao final subscreve, apresentar RECURSO ADMINISTRATIVO contra a decisão que declarou a empresa MG TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA vencedora do Grupo 02 do presente procedimento licitatório, por meio das razões de fato e de direito que serão a seguir trazidas.

1. DOS FATOS

Como é cediço, o Ministério da Economia divulgou e realizou, por intermédio de seu Pregoeiro, o Pregão Eletrônico nº. 10/2020, que tem por objeto o "Registro de preços para contratação de empresa para prestação de serviços de apoio administrativo, recepção e secretariado pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal – APF direta, autárquica e fundacional, no âmbito do Distrito Federal – DF, com execução realizada mediante alocação pela contratada de empregados com cargos de Auxiliar Administrativo, Recepcionista, Recepcionista Bilíngue, Secretário Executivo I, Secretário Executivo II e Técnico em Secretariado, com disponibilização de solução tecnológica para gestão e fiscalização contratual, por meio de aplicação web e aplicativo mobile, observadas as condições estabelecidas neste Edital e seus Anexos". O objeto do certame foi dividido em 24 lotes distintos, a depender do órgão da Administração Pública Federal que receberá os serviços a serem prestados.

Neste sentido, após as fases de apresentação das propostas comerciais e de lances, a empresa MG restou a arrematante do Grupo 02 do pregão em tela, referente à prestação dos serviços no ME e na CVM, sendo feita a análise dos documentos anexados no sistema. Ao final, após a análise da documentação enviada, a referida empresa foi declarada vencedora do certame do supramencionado grupo.

Entretanto, com o máximo de respeito à análise feita pelo Nobre Pregoeiro e por sua equipe de apoio, a declaração da recorrida como vencedora do presente Grupo não merece prosperar. É que, em uma análise minuciosa das planilhas de preço apresentadas pela MG, foi possível identificar uma série de irregularidades que colocam em xeque a referida declaração.

Assim sendo, como será a seguir pormenorizado, deve a referida empresa ser DESCLASSIFICADA do certame. Senão, vejamos.

2. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1. DOS VÍCIOS NA PROPOSTA DA RECORRIDA – DA INEXEQUIBILIDADE DO PROPOSTA

Ilustre Pregoeiro, como já foi ventilado acima, em minuciosa análise da proposta apresentada pela empresa MG, declarada vencedora do presente certame, foi possível identificar uma série de vícios que tornam o preço cotado manifestamente inexequível. Afinal, em razão das irregularidades identificadas, o preço final da empresa foi artificialmente reduzido, na medida que esta indevidamente seguiu as cláusulas mais convenientes para si de diferentes CCTs para estabelecer os valores dispostos em sua Planilha de Preços.

Ora, analisando de forma mais aprofundada a proposta de preços apresentada neste certame pela MG, foi possível identificar que a referida empresa cotou determinados valores com base na CCT com Registro no MTE nº DF000434/2019, firmada entre o SINDUSCON/DF e o STICOMBE, bem como, quando lhe era mais conveniente, também se apoiou na CCT com Registro no MTE nº DF000001/2020, firmada pelo SEAC/DF e o SINDISERVIÇOS/DF.

Ou seja, caso a recorrida tivesse seguido exclusivamente uma das CCTs, escolhendo a que de fato se aplica à prestação dos serviços ora licitados, claramente a sua proposta teria sido em patamar SUPERIOR ao preço proposto. Com o máximo de respeito, é impossível admitir a utilização alternada de duas Convenções distintas, buscando se beneficiar da melhor situação a depender da rubrica que está sendo tratada.

Assim, fica claro perceber a artificialidade do preço proposto pela MG. Ao serem feitas as devidas correções, destaque-se, claramente a empresa recorrida não conseguirá manter o preço proposto.

Nesta toada, impossível se olvidar que as CCTs têm caráter normativo. Délio Maranhão leciona que as Convenções Coletivas são atos-regra. São fontes autônomas de direito, pois criam normas abstratas e impessoais no que tange às relações individuais de trabalho circunscritas por sua base territorial (SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003, v. 1. p. 157). Sobre sua natureza jurídica, Amauri Mascaro Nascimento aponta os principais aspectos:

"F – NATUREZA NORMATIVA DA CONVENÇÃO COLETIVA. Tem, a convenção coletiva, natureza de norma jurídica, sendo esse o significado da expressão 'acordo de caráter normativo' da sua definição legal. Aplica-se a todas as empresas e a todos os trabalhadores dos sindicatos estipulantes na base territorial, sócios ou não do sindicato. Há países em que é aplicável somente aos sócios, e não aplicável aos trabalhadores ou empresas que não se filiaram aos respectivos sindicatos, o que traz o problema de extensão das suas cláusulas aos não associados. Esse problema não existe no direito do trabalho brasileiro diante do efeito normativo das convenções coletivas." (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 22. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 87; grifamos)

Imprescindível trazer à colação os ensinamentos de Vólia Bomfim Cassar:

"A convenção coletiva tem aplicação para toda a categoria econômica (associados ou não) e profissional (associados ou não), representada pelos sindicatos convenientes, naquela base territorial – art. 611 da CLT. Isto quer dizer que mesmo as empresas não associadas ou que foram criadas após a assinatura da convenção coletiva estão por ela obrigadas, já que o sindicato a todas representa. O mesmo se diga a respeito dos empregados, isto porque a norma coletiva se aplica para os sócios e não sócios do sindicato e para aqueles admitidos após a confecção da norma, pois enquanto vigora ela atinge a todos os membros da categoria. Outra não poderia ser a afirmação, pois os sindicatos representam a categoria independentemente de mandato outorgando pelos interessados, já que a lei lhe concedeu tal poder." (CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 1301; grifamos)

Tal entendimento decorre dos arts. 611 e 622, da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, bem como do art. 7º da própria Constituição Federal de 1988:

Constituição Federal:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

CLT:

Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho e o acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

[...]

Art. 622. Os empregados e as empresas que celebrarem contratos individuais de trabalho, estabelecendo condições contrárias ao que tiver sido ajustado em Convenção ou Acordo que lhes for aplicável, serão passíveis da multa neles fixada.

Parágrafo único. A multa a ser imposta ao empregado não poderá exceder da metade daquela que, nas mesmas condições seja estipulada para a empresa.

A obrigatoriedade da aplicação das verbas decorrentes de CCT às relações de trabalho individuais é ressaltada pela jurisprudência trabalhista:

"Empresa que, embora sediada em outro local, passa a desenvolver sua atividade econômica em base territorial onde vigore convenção coletiva intersindical, deve observar as condições de trabalho e salariais vigentes no local da prestação de serviços, sob pena de criar inadmissível disparidade no tratamento, principalmente remuneratório, entre trabalhadores de mesma categoria. O fato de a empresa não ter participado da negociação coletiva não a desobriga do cumprimento da convenção, pois esta tem natureza ampla e a representação é prerrogativa da entidade sindical, por força de lei, sem necessidade de qualquer delegação."

(TRT, 9ª Reg. 2ª T., RO 893/86, Rel. Euclides Rocha, DJ 10/09/86)

O Superior Tribunal de Justiça já determinou a observação da Convenção Coletiva de Trabalho por parte da Administração Pública:

"PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO – POSTOS DE TRABALHO – FORMAÇÃO DO CUSTO – JORNADA DE 12X36 – LEGALIDADE.

1. Os editais de licitação devem, na formação dos custos, observar todas as normas de proteção ao trabalhador, sendo certo que os certames, cujo objeto toque relação laboral regida pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, devem pautar a composição do custo do serviço com a observância também das Convenções Coletivas.

2. A jornada de 12x36 pode ser usada na formação do custo do posto de trabalho, desde que haja previsão em norma coletiva para a sua implantação. Recurso ordinário em mandado de segurança improvido."

(ROMS 200802695311, HUMBERTO MARTINS, - SEGUNDA TURMA, 09/06/2009; grifamos)

Conforme se verifica, as Convenções Coletivas de Trabalho, por terem este aspecto normativo, não podem ser descumpridas pelo empregador por mera liberalidade. Nesta toada, não há como uma empresa seguir duas CCTs, dado que, diante das divergências destes, em algum momento, esta irá descumprir cumprir as normas de um dos dispositivos em detrimento do outro.

Em suma, ressumbra evidente que a convenção coletiva é instrumento hábil para fixar as normas a serem seguidas pelas categorias signatárias, razão pela qual não se antolha cabível que esta seja desrespeitada. Deste modo,

deveria a empresa ter sido cabalmente desclassificada, uma vez que cota em sua proposta valores em conformidade com o que é definido em dois instrumentos coletivos da categoria, gozando do que é mais vantajoso de cada uma para formular sua proposta.

Neste diapasão, é importante destacarmos que, diante da possibilidade de descumprimento dos termos de uma das CCTs, a Administração Pública e a própria empresa estarão sujeitas à aplicação de multas por descumprimento de um dos instrumentos coletivo, devidamente arbitrada na Cláusula Septuagésima na CCT com Registro no MTE sob o nº DF000001/2020 e Cláusula Sexagésima Nona na CCT com Registro no MTE sob o nº DF000434/2019. In verbis:

CCT com Registro no MTE nº DF000001/2020:

"Descumprimento do Instrumento Coletivo

CLÁUSULA SEPTUAGÉSIMA - MULTA OBRIGAÇÃO DE FAZER

Impõe-se multa, por descumprimento das obrigações de fazer, constantes do presente instrumento na seguinte progressão:"

CCT com Registro no MTE nº DF000434/2019:

"DESCUMPRIMENTO DO INSTRUMENTO COLETIVO

CLÁUSULA SEXAGÉSIMA NONA - DAS PENALIDADES

Em caso de inobservância das cláusulas desta Convenção, fica estipulada multa de 6% (seis por cento) dopiso do servente por empregado lesado."

Inclusive, há a possibilidade dessas penalidades virem a ser cobradas diretamente da Administração Pública, em razão das disposições contidas na Súmula nº. 331 do TST cabendo especial atenção aos itens IV a VI:

"Súmula nº 331 do TST: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

[...]

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral."

Ora, no presente caso estará plenamente configurada a culpa in vigilando da Administração, que ocorre quando esta "fecha os olhos" para os problemas do contrato, o que enseja a cobrança de eventuais sanções trabalhistas diretamente ao órgão contratante em razão de sua responsabilidade subsidiária. Veja-se que este entendimento está em plena conformidade com o que foi recentemente decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931/DF, com repercussão geral reconhecida.

Assim sendo, não é possível tolerar que a empresa declarada vencedora do presente procedimento licitatório do Grupo 02 tenha cotado sua proposta de acordo com as disposições de duas CCT.

Dessa forma, a MG deve ser cabalmente desclassificada, haja vista que não elaborou a sua proposta com o mínimo de seriedade, pois, no intuito desesperado de reduzir o valor de sua proposta de preços, a arrematante cumpriu as normas de uma CCT em detrimento da outra, o que é plenamente rechaçado pelas próprias CCTs e pelo TST, bem como obteve vantagem indevida no certame do Grupo 02, uma vez que formulou sua proposta gozando das cláusulas que mais lhe convinham a partir da redação das duas CCTs.

Nesta toada, diante de tudo o que restou acima demonstrado, deveria a empresa ora recorrida ter sido de pronto desclassificada do presente certame, vez que sua proposta carece de exequibilidade, conforme os parâmetros legalmente estabelecidos. As propostas inexecutáveis são assim definidas pelos ensinamentos de Joel de Menezes Niebuhr:

"aquela que não se reveste de condições de ser cumprida, porquanto gera ao seu autor mais ônus do que vantagens. Frequentemente, a proposta inexecutável é apurada mediante a constatação de que o preço ofertado não cobre os custos necessários à sua execução. Por isso, diz-se 'inexecutável', isto é, sem condições de ser executada."

(NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão presencial e eletrônico. Curitiba: Zênite, 2004. p. 148)

O art. 48, II, da Lei nº 8.666/93 conceitua propostas com preços manifestamente inexecutáveis como sendo aquelas que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado, condições essas especificadas no ato convocatório da licitação.

Esse dispositivo deixa claro que a exequibilidade das propostas é avaliada a partir do orçamento elaborado pela Administração antes da abertura do certame. Esse orçamento, correspondente à pesquisa de mercado que culminou no valor estimado para contratação, serve como parâmetro para a elaboração das propostas pelos particulares e para o julgamento das propostas pela Administração.

Diante de uma proposta com preços inexecutáveis, a Administração deve desclassificá-la, com fundamento no art. 48, inc. II, da Lei de Licitações:

Art. 48 Serão desclassificadas:

[...]

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexecutáveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove

que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

Por outro lado, além de apresentar proposta inexequível nos termos do art. 48, II, da Lei nº. 8.666/93, a proposta da empresa recorrida deverá ser desclassificada com base também no que vaticina o art. 44, §3º, da Lei nº. 8.666/93, pois seu preço está totalmente incompatível com o praticado no mercado:

Art. 44. [...].

§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

Esses comandos foram expressamente reproduzidos pelo instrumento convocatório:

"8.4 Será desclassificada a proposta ou o lance vencedor, nos termos do item 9.1 do Anexo VII-A da IN SEGES/MP n. 5/2017, que:

[...]

8.4.4. apresentar preço final superior ao preço máximo fixado (Acórdão nº 1455/2018 -TCU - Plenário), percentual de desconto inferior ao mínimo exigido ou que apresentar preço manifestamente inexequível.

8.4.4.1. Quando o licitante não conseguir comprovar que possui ou possuirá recursos suficientes para executar a contento o objeto, será considerada inexequível a proposta de preços ou menor lance que:

8.4.4.1.1 for insuficiente para a cobertura dos custos da contratação, apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

8.4.4.1.2 apresentar um ou mais valores da planilha de custo que sejam inferiores àqueles fixados em instrumentos de caráter normativo obrigatório, tais como leis, medidas provisórias e convenções coletivas de trabalho vigentes."

Ademais, o julgamento da proposta sempre deverá ser orientado pelo que é previsto nos arts. 40, 44, 45 e 48 da Lei nº. 8.666/93, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO DO TIPO MENOR PREÇO - IMPUGNAÇÃO DO EDITAL - DECADÊNCIA - COMPATIBILIDADE COM A EXIGÊNCIA DE PREÇOS UNITÁRIOS E COM O VALOR GLOBAL

1. A partir da publicação do edital de licitação, nasce o direito de impugná-lo, direito que se esvai com a aceitação das regras do certame, consumando-se a decadência (divergência na Corte, com aceitação da tese da decadência pela 2ª Turma - ROMS 10.847/MA).

2. A licitação da modalidade menor preço compatibiliza-se com a exigência de preços unitários em sintonia com o valor global - arts. 40, 44, 45 e 48 da Lei nº 8.666/93.

3. Previsão legal de segurança para a Administração quanto à especificação dos preços unitários, que devem ser exequíveis com os valores de mercado, tendo como limite o valor global.

4. Recurso improvido."

(STJ, ROMS nº 15.051, Relatora Ministra Eliana Calmon, Publicado em 18.11.2002.)

É de se inferir que a recorrida não elaborou a sua proposta com o mínimo de seriedade que se espera de uma licitante, configurando a sua eventual contratação, o que se diz apenas a título de argumentação, a mitigação ao princípio da vantajosidade previsto no já anteriormente transcrito art. 3º da Lei nº. 8.666/93.

Diante disso, cumpre, ainda, alertar acerca dos perigos de contratar proposta inexequível, devidamente elencados pelo Ilustre Marçal Justen Filho. Registre-se:

"6) A demonstração da compatibilidade entre oferta e custos.

A licitação não se destina pura e simplesmente a selecionar a proposta de menor valor econômico, mesmo quando adotado o tipo menor preço. Visa a selecionar a proposta de menor valor que possa ser executada satisfatória e adequadamente.

Justamente por isso, o ato convocatório deverá impor ao licitante o ônus de demonstrar a formação de seus custos diretos e indiretos, assim como a margem de lucro prevista. Usualmente, essa demonstração envolve a apresentação de planilhas com preços unitários, onde o particular formula projeções quanto a quantitativos de itens necessários à execução da prestação, indicando o custo necessário a tanto. Esses demonstrativos deverão indicar os custos diretos como aqueles indiretos, relacionados inclusive com a carga tributária.

Lembre-se que a exigência de apresentação desses demonstrativos destina-se a preencher diversas finalidades. Trata-se não apenas de evidenciar a viabilidade econômico-financeira da proposta, mas também a controlar a adequação da concepção do particular em vista das exigências técnico-científicas e de adotar um fundamento para eventuais modificações necessárias ao longo da execução com contrato."

(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 2008, p. 48-49)

Certamente, a opção pela classificação da proposta ora impugnada desrespeitará o princípio da vantajosidade, o qual é qualificado pela doutrina como o fim primordial da licitação. Veja-se novamente o ensinamento do ilustre Marçal Justen Filho:

"A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos interrelacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro se vincula à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a

Administração.”

(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12a Edição, Dialética, p. 63)

Dessa forma, em respeito ao princípio da vantajosidade, não se antolha cabível que o Pregoeiro classifique a proposta da Recorrida, a qual se demonstra totalmente prejudicial à Administração Pública, pois os valores cotados estão em desacordo com o mercado e com os parâmetros definidos em instrumentos normativos de observância obrigatória, tornando-se totalmente inexequíveis.

Além de ser vedada pela Lei de Licitações, a celebração de contrato baseada em proposta inexequível poderá trazer graves prejuízos ao interesse público, pois certamente o particular não poderá cumprir as cláusulas contratuais, ensejando, via de regra, a rescisão contratual e a necessidade de realização de um novo certame, além de provocar transtornos ao órgão licitante. Enfim, acarretará uma série de situações contrárias à perfeita prestação do serviço público pela Administração, além de ocasionar um dispêndio desarrazoado ao erário.

Diante disso, evidencia-se que a proposta ora combatida deve ser desclassificada, tendo em vista a manifesta inexequibilidade, de acordo com o entendimento reiterado dos Tribunais Superiores, respeitando o fim primordial da licitação, qual seja a busca pela proposta mais vantajosa. Além do mais, a proposta, nos termos elaborados, vai de total encontro aos termos do instrumento convocatório.

2.2. DA IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DA RECORRIDA NO DEVIDO CERTAME – DA APLICAÇÃO DE SANÇÕES DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO

Inicialmente, faz-se fundamental destacar o que o edital do Pregão Eletrônico nº 10/2020 do Ministério da Economia – ME estabelece em seu item 4.2 acerca de quais empresas estão vedadas de participar do pregão:

4. DA PARTICIPAÇÃO DO PREGÃO

[...]

4.2. Não poderão participar desta licitação os seguintes casos:

4.2.1. proibidos de participar de licitações e celebrar contratos administrativos, na forma da legislação vigente;

[...]

4.2.4. que se enquadrem nas vedações previstas no artigo 9º da Lei nº 8.666, de 1993.

Veja-se a importância dada pelo instrumento convocatório ao fato de que a empresa não pode estar sancionada com impedimento de licitar e contratar com a Administração, tanto que dedica dois itens especificamente para isso, quais sejam, os itens 4.2.1 e 4.2.4.

Obviamente, isso decorre de uma necessidade básica do órgão licitante, pois caso alguma empresa esteja nessa situação, não poderá firmar contrato com a Administração, de forma que não faz qualquer sentido a sua participação no torneio, que só irá atrapalhar o bom andamento do certame.

Pois bem. Nos dias 01/03/2021 e 23/03/2021 foram publicadas no CEIS - Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas duas penalidades de impedimento de licitar e contratar aplicadas em face da MG pelos CORREIOS, cada uma pelo prazo de 12 (doze) meses, contado a partir da data de publicação, por intermédio dos Processos nº 53177.084658/2020-62 e 53177.084633/2020-69, respectivamente. Cite-se:

Processo nº 53177.084658/2020-62

Descrição da fundamentação legal

ART. 83. PELA INEXECUÇÃO TOTAL OU PARCIAL DO CONTRATO A EMPRESA PÚBLICA OU A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PODERÁ, GARANTIDA A PRÉVIA DEFESA, APLICAR AO CONTRATADO AS SEGUINTE SANÇÕES: III – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR COM A ENTIDADE SANCIONADORA, POR PRAZO NÃO SUPERIOR A 2 (DOIS) ANOS.

Processo nº 53177.084633/2020-69

Descrição da fundamentação legal

ART. 83. PELA INEXECUÇÃO TOTAL OU PARCIAL DO CONTRATO A EMPRESA PÚBLICA OU A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PODERÁ, GARANTIDA A PRÉVIA DEFESA, APLICAR AO CONTRATADO AS SEGUINTE SANÇÕES: III – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR COM A ENTIDADE SANCIONADORA, POR PRAZO NÃO SUPERIOR A 2 (DOIS) ANOS.

Como se verifica do citado extrato, os CORREIOS penalizaram a empresa em virtude de má conduta da MG para com eles, aplicando duas sanções de impedimento de licitar e contratar pelo prazo de 12 meses.

Ilustre Julgador, não há como se aceitar que uma empresa como a MG, que inclusive se encontra impedida de licitar e contratar até 23/03/2022, seja permitida de participar de um procedimento licitatório do Ministério da Economia – ME, tendo em vista que, conforme jurisprudência uníssona dos tribunais superiores, tal sanção estende-se à toda a Administração Pública.

Ressalte-se que em virtude da referida sanção, a empresa sequer vai estar apta a assinar o contrato decorrente do presente pregão, razão pela qual não faz nenhum sentido, declará-la como vencedora, ainda mais pela expressa violação ao item 4.2 do edital.

Dessa forma, mostra-se inegável o fato de que a participação da MG no presente certame é indevida, de modo que impende destacar que a jurisprudência pátria já sedimentou o entendimento de que é impossível admitir a participação em procedimentos licitatórios de toda e qualquer empresa que tenha contra si aplicada sanção de suspensão temporária do direito de licitar e contratar com a Administração, não importando a origem da sanção, posto que a penalidade produz efeitos para toda a Administração Pública.

Neste sentido, é o que dispõe o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAR DE LICITAÇÃO E

IMPEDIMENTO DE CONTRATAR. ALCANCE DA PENALIDADE. TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).

2. De acordo com a jurisprudência do STJ, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei n. 8.666/1993 não produz efeitos apenas em relação ao ente federativo sancionador, mas alcança toda a Administração Pública (MS 19.657/DF, rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013).

3. Agravo desprovido.

(AgInt no REsp 1382362/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 31/03/2017)

MANDADO DE SEGURANÇA. PENALIDADE APLICADA COM BASE NA LEI 8.666/93. DIVULGAÇÃO NO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA GERENCIADO PELA CGU. DECADÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. LEI EM TESE E/OU ATO CONCRETO. DANO INEXISTENTE.

1. O prazo decadencial conta-se a partir da data da ciência do ato impugnado, cabendo ao impetrado a responsabilidade processual de demonstrar a intempestividade.

2. A Controladoria Geral da União é parte legítima para figurar em mandado de segurança objetivando atacar a inclusão do nome da empresa no PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, por ela administrado.

3. O writ impugna ato concreto, oriundo do Ministro dirigente da CGU, inexistindo violação de lei em tese.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/93, suspendendo temporariamente os direitos da empresa em participar de licitações e contratar com a administração é de âmbito nacional.

5. Segurança denegada.

(MS 19.657/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013)

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - SUSPENSÃO TEMPORÁRIA - DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA - LEGALIDADE - LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.

- É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

- A Administração Pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

- A limitação dos efeitos da "suspensão de participação de licitação" não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.

- Recurso especial não conhecido.

(REsp 151567/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/02/2003, DJ 14/04/2003, p. 208)

ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTES OU ÓRGÃOS DIVERSOS. EXTENSÃO DA PUNIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO.

1. A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária.

2. Recurso especial provido.

(Processo REsp 174274 / SP. RECURSO ESPECIAL 1998/0034745-3. Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125). Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento 19/10/2004. Data da Publicação/Fonte DJ 22/11/2004 p. 294 RSTJ vol. 187 p. 205)

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SANÇÃO IMPOSTA A PARTICULAR. INIDONEIDADE. SUSPENSÃO A TODOS OS CERTAMES DE LICITAÇÃO PROMOVIDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE É UNA. LEGALIDADE. ART. 87, INC. II, DA LEI 8.666/93. RECURSO IMPROVIDO.

I - A Administração Pública é uma, sendo, apenas, descentralizada o exercício de suas funções.

II - A Recorrente não pode participar de licitação promovida pela Administração Pública, enquanto persistir a sanção executiva, em virtude de atos ilícitos por ela praticados (art. 88, inc. III, da Lei n.º 8.666/93). Exige-se, para a habilitação, a idoneidade, ou seja, a capacidade plena da concorrente de se responsabilizar pelos seus atos.

III - Não há direito líquido e certo da Recorrente, porquanto o ato impetrado é perfeitamente legal.

IV - Recurso improvido.

(RMS 9707/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2001, DJ 20/05/2002, p. 115)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em casos semelhantes aos da presente licitação (sanção registrada por entidade diversa da organizadora do certame), decidiu de forma idêntica ao STJ, no sentido de que a sanção se estende a toda a Administração Pública e, assim, deve ser impedida a participação de empresas na vigência da pena aplicada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE PROCURADOR JURÍDICO PARA A CÂMARA MUNICIPAL DE FERNANDO PRESTES - Supostos atos de improbidade administrativa decorrente de conluio de candidato Vereador e máquina administrativa - Dispensa de Licitação para contratação de empresa para realização do certame - Empresa que encontra-se apenas com suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, pelo período de 03/05/2017 até 03/05/2019 - Penalidade que não se restringe ao Município que a condenou (Ouro Verde-SP) - Entendimento do C. STJ de que os efeitos das sanções previstas no art. 87, III e IV, da Lei n. 8.666/1993 estendem-se a toda a administração pública e não apenas ao órgão ou ente federado que as aplicou - Evidência de mácula que pode afetar todo o Certame - Decisão do juízo a quo dentro de seu prudente arbítrio que não se mostra ilegal - Manutenção da medida - Recurso não provido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2073486-57.2018.8.26.0000; Relator: Rubens Rihl; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Taquaritinga - 3ª Vara; Data do Julgamento: 12/06/2018; Data de Registro: 12/06/2018)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – PREGÃO PRESENCIAL - EDITAL – CONTRATO ADMINISTRATIVO - SUSPENSÃO DOS EFEITOS – ADMISSIBILIDADE – VIGÊNCIA DE PENALIDADE DE IMPEDIMENTO DE CONTRATAR - LIMINAR – DEFERIMENTO.

1. Para concessão de liminar em mandado de segurança é necessária a concorrência dos requisitos da relevância da fundamentação e da irreparabilidade do dano (art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09). Ambos devem existir, sendo insuficiente a ocorrência de apenas um deles.

2. Anterior imposição, pelo Município de São Caetano do Sul, da penalidade de impedimento de contratar com a Administração pelo período de dois anos à licitante vencedora de pregão presencial. Inteligência do artigo 87, III, da Lei nº 8.666/93. Efeitos das sanções que se estendem a toda a Administração Pública. Entendimento firmado pelo Colendo STJ. Concorrência dos requisitos legais.

Liminar deferida. Decisão mantida. Recurso desprovido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2056337-48.2018.8.26.0000; Relator: Décio Notarangeli; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Santo André - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/05/2018; Data de Registro: 14/05/2018)

Agravo de instrumento – extensão da pena de impedimento de licitar e contratar com a Administração, prevista em contrato e com base no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 – interpretação da Lei nº 10.520/2002 em conjunto com a sanção prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/1993 – interpretações sistemática e teleológica da sanção – impedimento a ser observado por toda a Administração – precedentes do A. STJ e desta E. Corte – interlocutória mantida – recurso desprovido

(TJSP; Agravo de Instrumento 0000213-79.2018.8.26.0000; Relator: Souza Meirelles; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/04/2018; Data de Registro: 24/04/2018)

MANDADO DE SEGURANÇA – Licitação – Pregão – Participação em certame promovido pela Municipalidade – Descabimento – Proibição de participação de pessoa jurídica suspensa - Inteligência do artigo 87, III da Lei nº 8.666/93 – Efeitos da suspensão que não se restringem apenas ao órgão que aplicou a penalidade – Segurança denegada na 1ª instância – Sentença mantida – Recurso não provido.

(TJSP; Apelação 1015625-73.2015.8.26.0053; Relator (a): Leme de Campos; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/12/2017; Data de Registro: 14/12/2017)

Em face de situações que possam ocasionar prejuízo ao procedimento licitatório, especificamente na modalidade de Pregão, seja ele presencial ou eletrônico, observa-se a aplicação do art. 7º da Lei nº 10.520/02 que tipifica as condutas que acarretam a aplicação de sanções por parte da Administração Pública, assim dispondo:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais. (g.n.)

O renomado administrativista Marçal Justen Filho aduz que os efeitos da penalidade de impedimento de licitar e contratar com a Administração, estendem-se, indiscutivelmente, a todas as esferas administrativas, veja-se:

"[...] não haveria sentido em circunscrever os efeitos da suspensão de participação de licitação a apenas um órgão específico. Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar suspenso." (JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão – Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2005.)

Marçal Justen Filho ainda ressalta que "[...] Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar suspenso".

Portanto, uma vez que a MG possui sanções aplicadas pelos CORREIOS, publicada no CEIS em março/2021, de impedimento de licitar e contratar por 12 meses, não há como se discutir que tal sanção se estende a toda a Administração Pública, razão pela qual deve a recorrida ser imediatamente DESCLASSIFICADA do Grupo 02 do certame, por violação direta ao item 4.2 do edital.

2.3. DOS PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO DAS PROPOSTAS

Assim sendo, inegável o fato de que merece reforma a decisão administrativa que declarou a MG classificada e vencedora do certame do Grupo 02, uma vez que esta desobedeceu às determinações contidas no ato convocatório, conforme foi demonstrado.

Portanto, mormente em razão da redação do art. 3º, caput, da Lei nº. 8.666/93, o qual preconiza que deve ser observada a vinculação dos atos administrativos realizados no certame às determinações do instrumento convocatório, a empresas deve ser excluída do presente certame. Senão, vejamos:

"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."

Com efeito, tendo em vista que a licitante não obedeceu aos critérios estabelecidos no Edital, a decisão administrativa trazida à baila fere, ainda, o princípio do julgamento objetivo, malferindo, além do art. 3º, caput, os

seguintes dispositivos da Lei nº. 8.666/93:

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

[...]

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

[...]

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

[...]

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle."

A Administração não pode criar critério de julgamento não inserido no instrumento convocatório ou deixar de seguir os que já estão ali definidos, pois estaria malferindo o princípio do julgamento objetivo, vez que o "edital não pode transferir para a Comissão a definição dos critérios de julgamentos; estes devem estar previamente explicitados no edital, sob pena de entregar-se à subjetividade da Comissão o julgamento das propostas" (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública, 2007, p. 539).

Estipulados os critérios e exigências a serem obedecidos pelos licitantes, a Administração Pública deve-lhes estrita observância, não sendo cabível evadir-se das regras que ela própria determinou e às quais aderiram os licitantes.

Toda a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é nesse sentido, de que a Administração não pode desconsiderar o que foi estabelecido no edital no momento de julgamento das propostas, em virtude do princípio da vinculação, senão vejamos:

"ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. ACÓRDÃO QUE AFIRMA O CUMPRIMENTO DA EXIGÊNCIA PELO CANDIDATO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. O princípio da impessoalidade obsta que critérios subjetivos ou anti-isonômicos influam na escolha dos candidatos exercentes da prestação de serviços públicos.

2. Na salvaguarda do procedimento licitatório, exsurge o princípio da vinculação, previsto no art. 41, da Lei 8.666/90, que tem como escopo vedar à administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sob essa ótica, o princípio da vinculação se traduz na regra de que o instrumento convocatório faz lei entre as partes, devendo ser observados os termos do edital até o encerramento do certame.

3. Na hipótese, o Tribunal reconheceu que o edital não exigia a autenticação on line dos documentos da empresa. Rever essa afirmação, seria necessário examinar as regras contidas no edital, o que não é possível no recurso especial, ante os óbices contidos nas Súmulas 5 e 7 do STJ.

Recurso especial não conhecido."

(REsp 1384138/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013)

"ADMINISTRATIVO. APROVAÇÃO DE CANDIDATA DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À POSSE NO CARGO. SITUAÇÃO PECULIAR. PREVISÃO EDITALÍCIA DE POSSIBILIDADE DE PROVIMENTO INFERIOR AO NÚMERO DE VAGAS.

1. O candidato aprovado em concurso público dentro das vagas previstas tem direito líquido e certo à nomeação. Precedentes.

2. No presente caso, o edital condiciona as nomeações à necessidade do serviço, disponibilidade financeira e orçamentária e existência de cargos vagos, não vinculando a Administração à nomeação de número determinado de candidatos.

3. Dessa forma, deve prevalecer o estabelecido no instrumento convocatório, em atenção aos princípios da vinculação ao edital e da discricionariedade da Administração Pública.

4. Recurso ordinário não provido."

(RMS 37.249/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 15/04/2013)

Neste diapasão, cumpre que seja dado provimento ao presente pleito, a fim de que seja a MG TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA declarada desclassificada do Grupo 02 do Pregão Eletrônico nº. 10/2020 do Ministério da Economia, em virtude de a recorrida não ter cumprido com o que é expressamente previsto no texto do instrumento convocatório, tendo apresentado proposta manifestamente inexecutável, em descompasso com as previsões contidas no edital.

3. DO PEDIDO

Ex positis, roga a V. Sa. que dê provimento ao presente recurso para modificar a decisão ora vergastada, declarando a MG TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA desclassificada do Grupo 02 do Pregão Eletrônico nº. 10/2020 do Ministério da Economia, uma vez que patente o descumprimento do disposto aos termos do edital, e a inexecutabilidade da proposta ofertada pela recorrida, dando prosseguimento ao presente pregão sem a participação da referida empresa.

Nestes termos,
Pede deferimento.

São Paulo, 6 de agosto de 2021.

Osvaldo Cavalcante Rocha
Gerente de Expansão

Fechar