

Pregão Eletrônico

Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA JUSTIÇA FEDERAL DO AMAZONAS

EDITAL DE LICITAÇÃO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 03/2019 - Contratação de empresa para prestação de serviços continuados especializados, compreendendo: Médico, Odontólogo e Auxiliar de Saúde Bucal – ASB, a serem prestados na cidade de Manaus/AM, na Sede da Justiça Federal de 1º Grau, Seção Judiciária do Amazonas, para execução dos serviços de atendimento direto nas áreas médico-hospitalar, odontológica e correlatos, bem como de assessoramento técnico do Programa de Assistência aos Magistrados e Servidores da Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus da Primeira Região – PRO-SOCIAL, conforme descrito na tabela abaixo e demais condições constantes no Termo de Referência da contratação (Anexo I).

PROCESSO 0001225-76.2019.4.01.8002 SEI

SANSIM SERVIÇOS MÉDICOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, sediada na Avenida Doutor Heitor Nascimento, 196, bloco A, sala 12, centro comercial Aliança, Jardim América, cidade de Paulínia/SP, CEP 13104-695, regularmente inscrita no CNPJ 73.887.424/0001-93, por intermédio do seu representante legal infra-assinado, vem, por meio desta, interpor o presente RECURSO ADMINISTRATIVO, mediante as razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

1- OBJETO:

A presente licitação tem por objeto a contratação de empresa para prestação de serviços continuados especializados, compreendendo: Médico, Odontólogo e Auxiliar de Saúde Bucal – ASB, a serem prestados na cidade de Manaus/AM, na Sede da Justiça Federal de 1º Grau, Seção Judiciária do Amazonas, para execução dos serviços de atendimento direto nas áreas médico-hospitalar, odontológica e correlatos, bem como de assessoramento técnico do Programa de Assistência aos Magistrados e Servidores da Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus da Primeira Região – PRO-SOCIAL, conforme descrito na tabela abaixo e demais condições constantes no Termo de Referência da contratação (Anexo I).

2- DA TEMPESTIVIDADE:

A presente peça de Recurso Administrativo é tempestiva e legítima nos termos da Lei nº 8.666/93 e do Edital com seus anexos.

De acordo com o item 13.1 do edital:

13.1 – Após a declaração do vencedor, o Pregoeiro abrirá prazo de 20 (vinte) minutos e, durante este tempo, qualquer licitante poderá, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema Comprasnet, manifestar sua intenção de recurso.

E não há dúvidas que o representante da recorrente manifestou a sua intenção de interposição de recurso, conforme pode ser facilmente verificado na ata de sessão realizada no dia 18 de junho de 2019.

Diante disso, iniciou-se o prazo para apresentação das razões recursais:

13.4 – A licitante que tiver sua intenção de recurso aceita deverá registrar as razões do recurso, em campo próprio do sistema Comprasnet, no prazo de 3 (três) dias úteis, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados a apresentar contrarrazões, também via sistema Comprasnet, em igual prazo, que começará a correr do término do prazo do recorrente.

Assim, o presente recurso é totalmente tempestivo.

3- DOS FATOS

Após a publicação do Edital de Pregão Eletrônico, a recorrente cumpriu com todos os requisitos para a sua participação na licitação. Depois disso, em atenção ao prazo descrito no Edital, no dia 06/06/2019 enviou proposta para a realização dos serviços, no valor total de R\$ 330.110,40 (trezentos e trinta mil, cento e dez reais e quarenta centavos), sendo que após a realização da fase de pregão eletrônico, apresentou como valor final a importância de R\$ 317.882,00 (trezentos e dezessete mil, oitocentos e oitenta e dois reais), levando a seguinte classificação pós-lances:

1. PRONTO CONSTRUÇÕES LTDA - R\$ 317.983,57
2. BRASILMED AUDITORIA MEDICA E SERVIÇOS LTDA - R\$ 317.983,58
3. SANSIM SERVIÇOS MÉDICOS LTDA - R\$ 317.983,69

4. MED MAIS SOLUÇÕES EM SERVIÇOS ESPECIAIS EIRELI - R\$ 318.000,00
5. OFFICE SERVICE TERCEIRIZAÇÃO DE MAO DE OBRA EIRELI - R\$ 329.000,00
6. CLINICA MEDICA LOBO LTDA - R\$ 330.000,00
7. TEC NEWS EIRELI - R\$ 330.000,00

Considerando a ordem de classificação, a SANSIM foi a terceira empresa convocada a apresentar sua proposta, após a desclassificação das duas melhores colocadas, o que foi feito em 11/06/2019. Seguiram-se a esta postagem diligências de esclarecimentos realizadas pela D. Comissão.

De relevante, visto tratar-se do motivo da desclassificação, que a recorrente recebeu, em 14/06/2019, a solicitação de alterarmos a alíquota do ISS consignada na planilha, visto que apontamos a incidência da Alíquota de 2% enquanto o senhor pregoeiro entendia pela alíquota de 5%.

Esclarecemos em postagem datada de 13/06/2019, que a interpretação estava em desacordo com a LEI Nº 2251, DE 02 DE OUTUBRO DE 2017, da Prefeitura Municipal de Manaus-AM. Digno de nota que tal ponto foi prontamente atendido pela recorrente, no mesmo dia, incluindo a cópia da legislação local.

No entanto, qual foi a surpresa da recorrente quando, em 14/06/2019, foi informada que havia sido desclassificada com base em critérios subjetivos e desvinculados ao Edital, alegando-se que a recorrente restou DESCLASSIFICADA pelo "desatendimento do item 10.9, "c.6", do edital, bem como do Módulo 06 das planilhas de custos e formação de preços modelo, Anexo II do edital, e legislação do município de Manaus/AM".

Analisando este item, temos:

10.9 - A proposta de preços deverá, ainda:

[...]

c) apresentar especificações claras e detalhadas dos serviços ofertados, obedecidas às condições e exigências contidas neste edital, no Anexo I (Termo de Referência) e no Anexo II (Planilhas de Custos e Formação de Preços), além de conter todos os elementos que possam influenciar no valor final da contratação, detalhando:

[...]

c.6) no tocante ao ISSQN, deverá ser aplicado o percentual do local onde serão prestados os serviços;

[...]

De acordo com o pregoeiro, a recorrente deveria ser DESCLASSIFICADA por ter apresentado proposta baseada em alíquota de ISS diferente do entendimento deste, a saber:

A Comissão de Licitações da JFAM realizou a análise das documentações anexadas pela licitante Sansim Serviços Médicos Ltda, após a solicitação de retificação/ajustes a ela solicitados com fulcro nos itens 10.4 e 10.5 do edital. Após detida verificação, foi observada a seguinte inconsistência:

1) Planilha de Custos e Formação de Preços:

1.1) Planilhas dos profissionais Médico, Dentista e Auxiliar de Saúde Bucal:

a) No Módulo 6 (Custos Indiretos, tributos e Lucro), alínea "c.1" (ISS) - A licitante não realizou a retificação solicitada pela Comissão de Licitações da JFAM, de forma que continuou utilizando o percentual de 2% para o ISS, em desacordo com o item 10.9, "c.6", do edital, no módulo 06 das planilhas modelos constantes do Anexo II do instrumento convocatório e com a legislação do município de Manaus/AM, os quais estabelecem o percentual de 5%, o qual deveria ter sido utilizado pela licitante.

Diante do exposto, a Comissão de Licitações da JFAM declara recusada a proposta da licitante Sansim Serviços Médicos Ltda, com fulcro nos itens 10.9, "C.6", do edital, uma vez que a referida empresa, após solicitação da Comissão, não retificou o correspondente erro detectado nas planilhas de custos e formação de preços citado anteriormente.

No entanto, como ficará detidamente demonstrado, esta decisão merece ser reformada, pois se encontra divorciada da legislação de regência, bem como do Edital e seus anexos.

4- DAS RAZÕES RECURSAIS

4.1- DA NATUREZA DOS SERVIÇOS LICITADOS E DA PROPOSTA DA RECORRENTE

De acordo com o Sr. Pregoeiro, a recorrente deveria ser desclassificada em virtude de ter apresentado proposta com base em alíquota de ISS de 5%, porém razão não assiste ao Sr. Pregoeiro.

Primeiramente, mister esclarecer que os serviços contratados são os de "serviços continuados especializados, compreendendo: Médico, Odontólogo e Auxiliar de Saúde Bucal – ASB", conforme item 1 do Edital do Pregão Eletrônico nº 03/2019.

Por tratar-se de serviços especializados, as inscrições municipais devem guardar referência às atividades finais a serem prestadas. Desta forma, em nossa matriz a SANSIM possuindo seu cadastro municipal perante a Municipalidade de Paulínia e realizando os serviços disposto no item 4.03 (Hospitais, clínicas, laboratórios, sanatórios, manicômios, casas de saúde, prontos-socorros, ambulatórios e congêneres), bem como as referidas atividades se enquadram no escopo contratual, realizou sua proposta de preço (Demonstrativo de Formação de Preço), considerando a respectiva tributação sobre esses serviços.

Em consequência, por força da legislação municipal, nos atentamos se poderia haver necessidade de filial em Manaus e ou retenção de impostos nesta municipalidade e ao consultarmos a respectiva Lei nº 2251, de 02 de outubro de 2017, vimos informada a alíquota para tais atividades como segue:

ANEXO II

ALÍQUOTAS ESPECÍFICAS

[...]

2. Hospitais, clínicas, laboratórios, sanatórios, manicômios, casas de saúde, prontos-socorros, ambulatórios e congêneres. 2%

Importante neste ponto esclarecer que ainda não prestamos serviços a Comarca de Manaus, mas já prestamos serviços a Justiça Federal de Primeiro Grau em Mato Grosso, através de contrato nº 074/2011, utilizando nesta contratação a emissão pelo código 4.03, o mesmo código que consideramos agora nesta contratação, já que o escopo era bastante similar. Notas Fiscais nº2487). Neste contexto, por similaridade, não poderia haver tratamento diverso para situação semelhante, dentro da mesma estrutura jurídica, sob pena de ensejarmos o desrespeito ao princípio Constitucional da Isonomia, pois assim trataríamos distintamente casos iguais.

Importante salientar que o enquadramento das atividades da SANSIM neste tipo de contratação onde são múltiplas as atividades profissionais e onde o comportamento do serviço se dá na forma de ambulatórios, ou seja, 4.03, pois foi inclusive validado em parecer emitido pela Municipalidade de Paulínia, quando questionada sobre a tributação decorrente dos serviços prestados em outros municípios.

"A requerente é prestadora de serviços médicos, cuja atividade principal é o atendimento em pronto-socorro e unidades hospitalares para atendimento em regime de urgência, sendo enquadrada junto a esta municipalidade no Código de Serviços 4.03 (Hospitais, clínicas, laboratórios, sanatórios, manicômios, casa de saúde, prontos-socorros, ambulatórios e congêneres) da lista do ISSQN.

Também não prospera eventual argumento que o serviço deveria ser enquadrado em outro código, tal como o 17.05 – Cessão de mão de obra, pois cumpre esclarecer que, há muita confusão no mercado e também a nível jurídico quanto ao conceito de terceirizar atividades mediante a mão-de-obra ou prestação de serviços.

Quando se terceiriza serviço técnico com esta característica, transfere-se ao contratado o "bloco como um todo", ou seja, além da mão-de-obra também a responsabilidade sobre o serviço, o processo, insumos, equipamentos entre outros e evidentemente a empresa contratada deve ser especialista no serviço "transferido pelo cliente".

Desta forma a empresa contratante não interfere tecnicamente na realização do serviço, pois a empresa especialista foi contratada para tal fim independente de quem a realizará, dos métodos utilizados e, portanto caberá ao tomador apenas analisar se o serviço foi realizado a contento e realizar o pagamento se de acordo o serviço prestado.

Já na terceirização com cessão de mão-de-obra, a contratante transfere a contratada a responsabilidade de fornecer a mão-de-obra propriamente dita, sem que nesta esteja envolver a responsabilidade do serviço, equipamentos e processo, onde a empresa tomadora deverá supervisionar o serviço realizado, pois a contratada não tem este "expertise". A contratada neste caso é especializada em selecionar agilmente a mão-de-obra e administrar a nível administrativo tais funcionários.

Em resumo:

- TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS: o tomador compra, de fornecedores especializados, resultados, que se caracterizam em volumes de serviços determinados e específicos para atender a uma atividade, devendo obrigatoriamente a empresa estar vinculada a um Conselho profissional (Lei 6.839 /80).
- TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA: não existe a compra de atividade técnica especializada, mas sim a aquisição ou aluguel de horas de trabalho, de forma temporária. Neste caso, temos também legislação específica regulatória, que se trata da Lei nº 6.019/74.

Para demonstração que este entendimento é comum, inclusive a área tributária, anexamos dois pareceres emitidos em resposta a soluções de consulta da SRF, esclarecendo quais os requisitos mínimos para enquadramento em um e outro tipo de contratação, a saber:

SOLUÇÃO DE CONSULTA DISIT/SRRF09 Nº 9031, DE 20 DE JUNHO DE 2016
(Publicado(a) no DOU de 30/08/2016, seção 1, pág. 24)

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. COLOCÁ-LA À DISPOSIÇÃO. COORDENAÇÃO DOS TRABALHOS PELA CONTRATANTE.

Quando uma empresa cede trabalhadores a outra empresa, ela transfere a essa outra empresa a prerrogativa que era sua de comando desses trabalhadores. Ela abre mão, em favor da contratante, do seu direito de dispor dos trabalhadores que cede; abre mão do seu direito de coordená-los. Dizer, então, que trabalhadores de uma empresa contratada estão à disposição de uma empresa contratante de serviços significa dizer que essa empresa contratante pode deles dispor; pode deles exigir a execução de tarefas dentro dos limites estabelecidos, previamente, em contrato, sem que eles necessitem, para executá-las, reportarem-se à empresa que os cedeu. Nesse tipo de contrato o objeto é a mão de obra. Nesse tipo de contrato a empresa contratante define a quantidade de trabalhadores que ela necessita para executar serviços que são de sua responsabilidade.

Por outro lado, se os trabalhadores simplesmente fizerem o que está previsto em contrato firmado entre as empresas, mediante ordem e coordenação da empresa contratada, ou melhor dizendo, se a empresa contratante de serviços não puder deles dispor, não puder coordenar a prestação do serviço, não ocorre o "ficar a disposição" e, por conseguinte, não ocorre a cessão de mão de obra nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991. Nesse tipo de prestação de serviço é a empresa contratada que, por força do contrato firmado, está à disposição da empresa contratante e não os seus trabalhadores, que continuam subordinados a ela; nesse tipo de prestação de serviço, se houver necessidade, é a empresa contratada que receberá orientações da empresa contratante e as repassará aos seus empregados. Nesse tipo de contrato o objeto é a execução de um serviço certo; a empresa contratante não está preocupada com a mão de obra, no que diz respeito à quantidade de trabalhadores que irão executar o serviço; para ela não interessa se, por exemplo, serão dois, três, ou dez

trabalhadores, pois essa definição caberá à empresa contratada; para ela o que interessa é o resultado final do serviço contratado, que é de responsabilidade da empresa contratada.

SOLUÇÃO DE CONSULTA VINCULADA À SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 312, DE 6 DE NOVEMBRO DE 2014. Dispositivos Legais: IN RFB nº 971, de 2009, art. 115, § 3º. MARCO ANTÔNIO FERREIRA
Embora em atividade distinta, o entendimento é bastante similar nesta consulta abaixo, visto em especial o detalhamento que se faz de um e outro tipo de contrato e a obrigatória existência dos fatores determinantes a qualificação do contrato como cessão de mão de obra.

Solução de Consulta nº 312 - Cosit - Data: 6 de novembro de 2014

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

ATIVIDADE DE TREINAMENTO E ENSINO. PROFESSORES NÃO COORDENADOS OU COMANDADOS PELA EMPRESA CONTRATANTE. NÃO OCORRÊNCIA DE CESSÃO DE MÃO DE OBRA. NÃO SUJEIÇÃO À RETENÇÃO DE QUE TRATA O ART. 31 DA LEI Nº 8.212, DE 1991.

Não configura cessão de mão de obra a atividade de treinamento e ensino executada na sede da empresa contratante, quando a empresa contratada, em sua própria sede, elabora todas as atividades necessárias à prestação do serviço, inclusive o material didático a ser utilizado, e seus professores ministrem os cursos contratados sem a coordenação ou comando da empresa contratante. Nesse caso, a empresa contratada, em relação à prestação desses serviços de treinamento e ensino, não está sujeita a retenção de que trata o art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991.

DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei nº 8.212, de 1991, art. 31, caput; RPS, de 1999, art. 219, caput, e §§ 1º e 2º, XII; IN RFB nº 971, de 2009, arts. 115 e 118, X.

Relatório

A consulente, acima identificada, formula consulta acerca da retenção de que trata o art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Declara que presta serviço nas dependências dos clientes, por solicitação destes, que o material didático dos cursos que ministra é desenvolvido e confeccionado em sua sede, que o professor é seu empregado e que somente utiliza o espaço cedido pelo cliente para ministrar as aulas contratadas.

Isso posto, pergunta:

Nesse tipo de caso, é considerado que ocorre a cessão de mão de obra, e por consequência, cabe a retenção de 11%?

Fundamentos

A retenção de que trata o art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, foi regulamentada pelos arts. 219 a 224 do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Transcrevem-se abaixo disposições do Regulamento, referentes a essa retenção, destacando-se a atividade de treinamento e ensino, visto que a consulente busca esclarecimentos sobre esse tema envolvendo os cursos que ministra para empresas (sublinhou-se):

Art. 219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5º do art. 216.

§ 1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

§2º Enquadram-se na situação prevista no caput os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra:

(...)

XII - treinamento e ensino;

(...)

A Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009, no art. 118, inciso X, ao dispor sobre essa retenção envolvendo a atividade de treinamento e ensino, assim prescreve (sublinhou-se):

Art. 118. Estarão sujeitos à retenção, se contratados mediante cessão de mão-de-obra, observado o disposto no art. 149, os serviços de::

(...)

X - treinamento e ensino, assim considerados como o conjunto de serviços envolvidos na transmissão de conhecimentos para a instrução ou para a capacitação de pessoas;

(...)

Da confrontação entre a descrição dos cursos ministrados pela consulente e as normas acima transcritas percebe-se facilmente que tais cursos enquadram-se como atividade de treinamento e ensino. Percebe-se, também, que essa atividade somente estará sujeita à retenção de que trata o art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, se, e somente se, for prestada mediante cessão de mão de obra.

Por essa razão, é fundamental compreender o conceito de cessão de mão de obra para aplicação correta da legislação que dispõe sobre a referida retenção.

Pois bem, a Instrução Normativa RFB nº 971, de 2009, ao definir cessão de mão de obra, praticamente adota o

mesmo texto do § 1º do art. 219 do RPS, de 1999. Entretanto, conceitua as expressões "dependências de terceiros", "serviços contínuos" e "colocação à disposição" (art. 115, §§ 1º, 2º e 3º), da seguinte forma (sublinhou-se):

Art. 115. Cessão de mão-de-obra é a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 1974.

§ 1º Dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços.

§ 2º Serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores.

§ 3º Por colocação à disposição da empresa contratante, entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato.

Depreende-se do art. 115 que estará configurada a cessão de mão de obra, se reunidas, concomitantemente, as seguintes condições, todas conceituadas nos seus §§ 1º, 2º e 3º, acima transcritos:

- a) o trabalho seja executado nas dependências da contratante ou nas dependências de terceiros por ela indicados;
- b) o objeto da contratação seja a realização de serviços considerados contínuos, por constituírem necessidade permanente da contratante;
- c) o trabalhador seja cedido pela contratada para ficar à disposição da contratante, em caráter não eventual.

Em que pese na cessão de mão de obra ser necessário que os serviços sejam prestados nas dependências da contratante ou de terceiros por ela indicados, é importante frisar que essa condição, por si só, não é determinante para sua ocorrência. Para que ocorra a cessão de mão de obra é necessário, ainda, que a empresa contratada coloque seus trabalhadores à disposição da empresa contratante, para realizarem serviços contínuos. No que diz respeito ao requisito de que "os serviços prestados devem ser contínuos", não há dificuldade de entendimento, pois a conceituação de "serviços contínuos" dada pela Instrução Normativa é bastante esclarecedora. Porém, com relação ao requisito de que devem ser "colocados trabalhadores à disposição da empresa contratante", percebe-se que a conceituação de "colocação à disposição" dada pelo § 3º do art. 115 da Instrução Normativa requer do intérprete o perfeito entendimento gramatical das palavras "dispor", "disposição" e "ceder".

Pois bem, de acordo com o Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa, versão multiusuário 2009.3 – de novembro de 2009, os significados das palavras "dispor", "ceder" e "cessão", aplicáveis à definição de cessão de mão-de-obra, são os seguintes:

- a) dispor: ser possuidor de (algo), ex.: dispor de empregados; utilizar (algo) que não lhe pertence; ter controle sobre (algo); controlar, dominar, mandar;
- b) ceder: transferir (a alguém) posse ou direito sobre (algo); abrir mão de; renunciar; colocar (algo) à disposição de (outrem); emprestar;
- c) cessão: ato ou efeito de ceder; cedência, cedimento; transferência de posse ou direito.

Conclui-se, assim, que quando uma empresa cede trabalhadores a outra empresa, ela transfere a essa outra empresa a prerrogativa que era sua de comando desses trabalhadores. Ela abre mão, em favor da contratante, do seu direito de dispor dos trabalhadores que cede; abre mão do seu direito de coordená-los. Dizer, então, que trabalhadores de uma empresa contratada estão à disposição de uma empresa contratante de serviços significa dizer que essa empresa contratante pode deles dispor; pode deles exigir a execução de tarefas dentro dos limites estabelecidos, previamente, em contrato, sem que eles necessitem, para executá-las, reportarem-se à empresa que os cedeu. Nesse tipo de contrato o objeto é a mão de obra. Nesse tipo de contrato a empresa contratante define a quantidade de trabalhadores que ela necessita para executar serviços que são de sua responsabilidade.

Por outro lado, se os trabalhadores simplesmente fizerem o que está previsto em contrato firmado entre as empresas, mediante ordem e coordenação da empresa contratada, ou melhor dizendo, se a empresa contratante de serviços não puder deles dispor, não puder coordenar a prestação do serviço, não ocorre "o ficar a disposição" e, por conseguinte, não ocorre a cessão de mão de obra nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991. Nesse tipo de prestação de serviço é a empresa contratada que, por força do contrato firmado, está à disposição da empresa contratante e não os seus trabalhadores, que continuam subordinados a ela; nesse tipo de prestação de serviço, se houver necessidade, é a empresa contratada que receberá orientações da empresa contratante e as repassará aos seus empregados. Nesse tipo de contrato o objeto é a execução de um serviço certo; a empresa contratante não está preocupada com a mão de obra, no que diz respeito à quantidade de trabalhadores que irão executar o serviço; para ela não interessa se, por exemplo, serão dois, três, ou dez trabalhadores, pois essa definição caberá à empresa contratada; para ela o que interessa é o resultado final do serviço contratado, que é de responsabilidade da empresa contratada.

Neste sentido, a doutrina de Andrei Pitten Velloso, Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior (Comentários à Lei do Custeio da Seguridade Social: Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, atualizada até a Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, Porto Alegre: Livraria do Advogado, Edição 2005, páginas 250/251) bem esclarece o conceito de cessão de mão de obra (sublinhou-se):

É essencial à configuração da cessão de mão-de-obra, pois, que haja subordinação dos segurados ao tomador dos serviços, e não ao cedente. Se os segurados forem subordinados a este, haverá prestação de serviços (gênero), mas não cessão de mão-de-obra (espécie). E, da mesma forma, se forem prestados serviços sem que seja colocada à disposição mão-de-obra, não restará caracterizada cessão de mão-de-obra. Um terceiro fator essencial à configuração da cessão de mão-de-obra para fins da LOCSS é que o serviço seja prestado nas dependências do contratante ou nas de terceiros alheios à relação jurídica (art. 31, § 3º): se o serviço for

prestado nas dependências do contratado, não será devida a retenção de que trata o art. 31, caput, diante da inexistência de cessão de mão-de-obra.

A mesma linha de entendimento é encontrada na obra Comentários à Lei Básica da Previdência Social de Wladimir Novaes Martinez (Tomo I – Plano de Custeio, Lei nº 8.212/91, Decreto nº 3.048/99. São Paulo: LTr, Edição 2003, página 502), em que é destacado como núcleo do conceito de cessão de mão de obra a disponibilização de pessoal ao tomador, in verbis (sublinhou-se):

O elemento nuclear do conceito é a disponibilização do pessoal. No mínimo, quer dizer: a) supervisão geral, incluindo o controle técnico, por parte da contratante; b) condução dos trabalhos empreendida pelo tomador; c) aplicação de meios próprios do receptor; d) diante da impessoalidade, a possibilidade de substituição do trabalhador.

Esse, inclusive, tem sido o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, conforme pode ser constatado na ementa de acórdão proferido por esse Tribunal, abaixo transcrita (destacou-se):

TRIBUTÁRIO. SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. NULIDADE DO ATO.

1. A prestação de serviços pela empresa contratada, com a utilização de mão-de-obra própria, a qual permanece sob a sua direção e dependência exclusiva, havendo apenas o deslocamento dos trabalhadores até o local da execução, seguindo-se a prestação do serviço sob as ordens da contratada não se confunde com a atividade de locação de mão-de-obra, que pressupõe que a empresa simplesmente coloque os seus empregados à disposição do tomador de serviços, o qual determina as diretrizes de trabalho e comanda a realização do serviço.

2. Não tendo restado evidenciada, na representação fiscal, de forma inequívoca, a cessão de mão-de-obra, deve ser declarado nulo o ato que determinou a exclusão da autora do SIMPLES.

(Processo 5004219-72.2013.404.7208, Segunda Turma, D.E. 27/05/2014)

É, também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê do seguinte precedente (destacou-se):

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, Primeira Turma, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 14/06/2004 p. 163)

Deveras, se não houvesse intenção do legislador em condicionar a retenção de que trata o art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, à transferência, ainda que em parte, do comando, orientação e coordenação dos empregados da empresa prestadora de serviço para a empresa contratante (colocação à disposição), bastaria ter estabelecido que essa retenção deveria ocorrer quando uma empresa prestasse serviços contínuos nas dependências da contratante ou nas dependências de terceiros por ela indicados; não precisaria mais nada. Com efeito, não seria necessário definir cessão de mão de obra como sendo a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos.

Pois bem, a consulente declara que presta serviço nas dependências de clientes, por solicitação destes, que o material didático dos cursos que ministra é desenvolvido e confeccionado em sua sede, que o professor é seu empregado e que somente utiliza o espaço cedido pelos clientes para ministrar as aulas contratadas. Nessa descrição feita de sua atividade não há nenhuma indicação de que o professor ministre as aulas sob a coordenação ou comando da empresa contratante. Ora, de acordo com o exposto, o deslocamento de profissionais da empresa contratada para ministrar treinamentos nas instalações da contratante, por si só, não é fator suficiente para configurar a cessão de mão de obra, especialmente quando os treinamentos constituam produto desenvolvido pela contratada, ainda que ajustados às peculiares necessidades de cada contratante. Para haver cessão de mão de obra é necessário que os profissionais sejam cedidos à empresa contratante.

Conclusão

Em face do exposto, conclui-se que não configura cessão de mão de obra a atividade de treinamento e ensino executada na sede da empresa contratante, quando a empresa contratada, em sua própria sede, elabora todas as atividades necessárias à prestação do serviço, inclusive o material didático a ser utilizado, e seus professores ministrem os cursos contratados sem a coordenação ou comando da empresa contratante. Nesse caso, a empresa contratada, em relação à prestação desses serviços de treinamento e ensino, não está sujeita a retenção de que trata o art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991.

Desta forma, parece-nos claro que a utilização do código "17.05 – Fornecimento de mão-de-obra, mesmo em caráter temporário, inclusive de empregados ou trabalhadores, avulsos ou temporários, contratados pelo prestador de serviço.", está restrita aos funcionários que não estejam sujeitos a subordinação técnica para com a empresa contratada, visto que a Responsabilidade Técnica e orientação a prestação de serviço são de

responsabilidade exclusiva da contratada, descaracterizando a condição do funcionário desta estar "a disposição" da contratante, condição sine qua non para se caracterizar a cessão de mão de obra, devendo entretanto, a empresa contratada, sem pessoalidade, responder pelo resultado esperado pela contratante, e não apenas pela presença do funcionário ao serviço, não sendo ela remunerada exclusivamente pelo número de horas trabalhadas na contratação e sim pelo conjunto de atividades realizadas e resultados obtidos.

Neste sentido, a prestação e serviços especializada, regulamentada pela Lei 6.839 /80 em seu artigo Art. 1º, determina:

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.

Portanto, não pode a Empresa Contratante assumir integralmente o serviço como sendo de cessão de mão de obra, pela simples impossibilidade dela assumir a Responsabilidade Técnica do Serviço, já que não inscrita no Conselho de Classe específico da atividade profissional, distinto do estabelecido na lei que regulamenta a cessão de mão de obra.

Feitas estas considerações, relativamente à questão da apresentação de alíquota baseada na cessão de mão de obra e não na de serviços ambulatoriais, nos parece superada, e que não encontra guarida no ordenamento jurídico, portanto, feitas estas considerações, a reforma da decisão impugnada é medida que se impõe.

4.2- DA BASE LEGAL

No caso em comento, a recorrente demonstrou que foi utilizada alíquota adequada a legislação municipal de Manaus e com a atividade licitada e desta forma os documentos apresentados pela recorrente comprovam o atendimento às exigências do item 10.9, "c.6" do edital, nos estritos termos da lei legislação vigente. Além disto, demonstramos que já prestamos serviços à Justiça Federal utilizando o mesmo entendimento anteriormente.

Como demonstrado, a desclassificação da recorrente está em desacordo com a legislação e o Edital, ferindo o Princípio da Legalidade e do Princípio da Isonomia.

O artigo 37, XXI, da Constituição Federal estabelece que a licitação é norma-mestra no âmbito da Administração Pública, pois o Estado deve respeitar os princípios que lhe são inerentes, quais sejam a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, àqueles dispostos na Lei de Licitações, quais sejam o julgamento objetivo, igualdade e vinculação ao instrumento convocatório.

É cediço que, a Administração Pública, além de observar a igualdade de condições a todos os concorrentes, deverá também atender aos princípios da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

A licitação tem como um dos seus princípios o julgamento objetivo (art. 3º da Lei 8.666/93), que, segundo ensina os professores Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo (in Direito Administrativo Descomplicado, 17. Ed., 2009, p. 543): "é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas. Em tese, não pode haver qualquer discricionariedade na apreciação das propostas pela Administração".

Portanto, tratando-se de critério objetivo expressamente definido no edital, a Comissão de licitação não tem discricionariedade na análise da documentação, que deverá atender aos critérios previamente estabelecidos no edital (art. 43, IV e art. 44 da Lei 8.666/93).

Voltando ao caso analisado por meio do presente recurso, extrai-se que a recorrente foi desclassificada por ter utilizado alíquota de ISSQN que segundo a interpretação da Prefeitura Municipal é a mais adequada e inclusive já aprovada na Justiça Federal em contratos anteriores.

Conforme leciona Maria Sylvania Zanella Di Pietro, exigências, que não são indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, contribuem para tornar o procedimento da licitação ainda mais formalista e burocrático, desvirtuando os objetivos da licitação e infringindo o inciso XXI do artigo 37 da Constituição.

No mesmo sentido, não se deve perder de vista o princípio constitucional inserido no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que veda exigências que sejam dispensáveis, já que o objetivo é a garantia do interesse público. A habilitação é o meio do qual a Administração Pública dispõe para aferir a idoneidade do licitante e sua capacidade de cumprir o objeto da licitação (REsp 974854/MA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJe 16/05/2008).

Dessa forma, a exigência de alíquota incompatível com o objeto licitado constitui obstáculo ilegítimo à habilitação da recorrente para prosseguir no certame.

Ainda, a Constituição Federal prevê, no seu art. 37, XXI, a contratação de obras, serviços, compras e alienações mediante a observação do princípio da isonomia, assegurando a todos os concorrentes a igualdade de condições, sendo reiterada no art. 3º da lei 8.666/93.

Cumprir dizer que o princípio da isonomia é considerado como um instrumento regulador das normas, para que todos os destinatários de determinada lei recebam tratamento IGUALITÁRIO.

Desta forma, todos os dispositivos da lei de licitações devem ser interpretados à luz do princípio da isonomia, o qual não objetiva a proibição completa de qualquer diferenciação entre os licitantes, pois essa irá ocorrer naturalmente com a seleção da proposta mais vantajosa à Administração Pública. Sua verdadeira aplicação é a vedação de qualquer discriminação arbitrária, que gere desvalia de proposta em proveito ou detrimento dos participantes.

Assim é obrigação da administração pública não somente buscar a proposta mais vantajosa, mas também demonstrar que concedeu a todos os concorrentes aptos a mesma oportunidade. Se a Justiça Federal de um Estado já validou em contratação o Código para serviço semelhante, qual a motivação para não o fazer em outro Estado?

Portanto, em atenção à isonomia entre os licitantes, a vinculação ao edital e a economicidade, a recorrente deve ser classificada e habilitada, face à farta motivação trazida nesta peça.

4.3- DO FORMALISMO EXAGERADO

O presente recurso discute a legalidade da desclassificação da recorrente.

A desclassificação ocorreu em razão da proposta da recorrente ter sido apresentada com base em alíquota de ISS na classificação 4.03, com o que não concordou o Sr. Pregoeiro.

Se alguma dúvida persistisse, deveria o Sr. Pregoeiro fazer uso da faculdade conferida à administração pública pelo § 3º, do art. 43, da lei de licitações, promovendo diligência "destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo", jamais inabilitar, desde logo, a proposta mais vantajosa apresentada no certame.

Segundo o professor Marçal Justen Filho, "Há uma forte tendência ao reconhecimento de que defeitos puramente formais poderão ser sanados, especialmente quanto não existir controvérsia relativamente à situação fática", acrescentado adiante que as diligências e esclarecimentos destinam-se, justamente, a "eliminar imprecisões e confirmar dados contidos na documentação apresentada pelo licitante" (Comentários à lei de licitações contratos administrativos, RT, 16a ed., pg. 795 e 803)

Nessa ordem de ideias, aparenta haver excesso de formalismo da comissão licitante, sendo vedado à Administração "descartar, pela inabilitação, competidores que porventura apresentem falhas mínimas, irrelevantes ou impertinentes em relação ao objeto do futuro contrato, como indevidamente tem ocorrido em alguns casos. Quando sucede esse fato, o Judiciário tem vindo em socorro dos participantes prejudicados por tais inaceitáveis exigências, que estampam, indiscutivelmente conduta abusiva por excesso de poder". (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 294/295).

Tanto é prova que este formalismo exagerado agiu em contrariedade à recorrente, que estranhamente, após desclassificação de mais duas proponentes, em 18/06/2019 foi divulgada como vencedora do processo a empresa a CLINICA MEDICA LOBO LTDA.

Diante disso, pedimos vênias para tecer alguns comentários sobre a proposta da vencedora:

Primeiro, em relação ao preço ofertado. Lembramos que a proposta da recorrente era de R\$ 317.882,00 e a da nova vencedora é de R\$ 329.999,88, ou seja, R\$ 12.117,88 (doze mil, cento e dezessete reais e oitenta e oito centavos) acima do valor ofertado pela recorrente. Portanto, a interpretação restritiva do Pregoeiro implicou no incremento de custo de R\$ 12.117,88 aos cofres da Justiça, se mantida a atual desclassificação.

Feitas estas considerações, somente resta esperar o afastamento da decisão impugnada, com a habilitação da recorrente.

5- DO PEDIDO

Isso posto, REQUER:

- 1- O recebimento do presente recurso, nos termos do item 13.4 do edital;
- 2- O acolhimento do presente recurso, nos termos do item 13.6 do edital, com a invalidação do ato impugnado, qual seja a desclassificação da recorrente;

Tem ainda o presente recurso, o fito de ver o Ilustre Pregoeiro Oficial utilizar-se do princípio da autotutela, com fulcro na Sumula 473 do STF, e rever seus atos para considerar a recorrente habilitada, de acordo com as regras do certame, com isso, permissa máxima vênias, reavaliar o Pregão Eletrônico 03/2019, para que retorne à fase de aceitação de propostas, por ser medida da mais absoluta JUSTIÇA.

Entretanto, caso esta Douta Comissão Permanente de Licitação mantenha a decisão ora atacada, solicita que o processo seja encaminhado à Ilustre Autoridade Superior, para a respectiva apreciação e provimento, conforme artigo 109, § 4º, da Lei 8666/93 e extração de peças do certame para posterior encaminhamento ao Tribunal de Contas da União, se necessário.

Campinas/SP, 24 de junho de 2019.

SANSIM SERVIÇOS MÉDICOS LTDA.
JOSÉ LUIS SIMONETTI
DIRETOR/REPRESENTANTE LEGAL

Fechar