

## Pregão Eletrônico

### Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões

#### RECURSO :

ILMO SENHOR PREGOEIRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS - PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

Referente Pregão Eletrônico 4.001/2019-CPL/MP/PGJ

CERTEZA SOLUÇÕES E SERVIÇOS – ME., inscrita no CNPJ sob o nº 12.558.882/0001-94, com sede na Av General Flores da Cunha N 1320, Sala 1001, Cachoeirinha/RS, por intermédio do seu representante legal infra-assinado, vem por meio desta interpor o presente Recurso, mediante as razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

Objeto: O presente pregão tem por objeto a contratação de pessoa jurídica especializada para prestação de serviços de intermediação de estágio junto à PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA/ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

#### DOS FATOS

Inicialmente cumpre referir-se a condição de participação (item 3) o instrumento convocatório traz a seguinte colação: Poderão participar desta licitação QUAISQUER EMPRESAS que exporem ramo de atividade compatível ao objeto licitado, legalmente constituída, desde que atendam as condições deste Edital e seus anexos, inclusive quanto a documentação exigida. (Grifo nosso)

Ao positivar a teoria da empresa, o novo Código Civil passa a regular as relações jurídicas decorrentes de atividade econômica realizada entre pessoas de direito privado. Evidentemente, várias leis específicas ainda permanecem em vigor, mas o cerne do direito civil e comercial passa a ser o novo Código Civil.

O novo Código Civil, na Parte Especial, trata no Livro II Do Direito de Empresa. Esse Livro II, por sua vez, está dividido em quatro títulos: Título I - Do Empresário, Título II - Da Sociedade, Título III - Do Estabelecimento, Título IV - Dos Institutos Complementares.

A teoria empresa está em oposição à teoria dos atos de comércio, que fora adotada pelo Código Comercial de 1850.

Em linhas muito gerais, de acordo com a teoria dos atos de comércio, parte da atividade econômica era comercial, isto é tinha um regime jurídico próprio, diferenciado do regime jurídico de uma outra parte da atividade econômica, que se sujeitava ao direito civil. Isso significava dizer que certos atos estavam sujeitos ao direito comercial e outros não. Os atos de comércio eram os atos sujeitos ao direito comercial; os demais eram sujeitos ao direito civil. Ou seja, atos com conteúdo econômico poderiam ser civis ou comerciais. Na verdade a questão não era tão simples, pois a doutrina não conseguia estabelecer exatamente um conceito científico do que seria o ato de comércio, sendo mais fácil admitir que ato de comércio seria uma categoria legislativa, ou seja, ato de comércio seria tudo que o legislador estabelece que teria regime jurídico mercantil.

A teoria da empresa não divide os atos em civis ou mercantis. Para a teoria da empresa, o que importa é o modo pelo qual a atividade econômica é exercida. O objeto de estudo da teoria da empresa não é o ato econômico em si, mas sim o modo como a atividade econômica é exercida, ou seja, a empresa, com os sentidos que veremos adiante.

O art. 966 define o que seja empresário:

"Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa".

Qual a diferença entre empresário e sociedades empresárias?

Sociedade empresária é a sociedade que exerce atividade econômica organizada. Ou, como diz o art. 982, é a que "tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967)".

Em oposição às sociedades empresárias, estão as sociedades simples, que são as sociedades que não exercem "profissionalmente atividade econômica organizada" (art. 966).

O novo Código Civil não define o que seja "atividade econômica organizada" ou o que seja "empresa". Essas definições cabem à doutrina.

O que é empresa?

Já é célebre a definição de empresa dada por Asquini, para quem ela compreende quatro perfis. Vejamos três significados jurídicos para o vocábulo técnico, que correspondente aos três primeiros perfis:

1.perfil subjetivo. A empresa é o empresário, pois empresário é quem exercita a atividade econômica organizada, de forma continuada. Nesse sentido, a empresa pode ser uma pessoa física ou uma pessoa jurídica, pois ela é titular de direitos e obrigações. Quando se diz "arrumei um emprego em uma empresa", temos a palavra empresa empregada com esse significado.

2.perfil funcional. A empresa é uma atividade, que realiza produção e circulação de bens e serviços, mediante organização de fatores de produção (capital, trabalho, matéria prima etc). Quando se diz "a empresa de estudar será proveitosa", temos a palavra empresa empregada com esse significado.

3.perfil objetivo (patrimonial). A empresa é um conjunto de bens. A palavra empresa é sinônima da expressão estabelecimento comercial. Os bens estão unidos para uma atividade específica, que é o exercício da atividade

econômica. Como exemplo desse significado, podemos dizer "a mercadoria saiu ontem da empresa".

A empresa, portanto, tem todos esses significados.

Há também um quarto perfil, criticado pela doutrina por não corresponder a qualquer significado jurídico, mas apenas por estar de acordo com a ideologia fascista, que controlava o Estado italiano por ocasião da positivação da teoria da empresa:

4.perfil corporativo. A empresa é uma instituição, uma organização pessoal, formada pelo empresário e pelos colaboradores (empregados e prestadores de serviços), todos voltados para uma finalidade comum.

Para fins do art. 966, a palavra empresa tem como significado o segundo perfil mencionado acima. Empresa, portanto, é a atividade econômica organizada. A organização é a união de vários fatores de produção, com escopo de realização de bens ou serviços. O empresário, assim, é quem realiza essa empresa, expressão tomada como sinônimo de atividade.

A noção jurídica de atividade econômica organizada exige o concurso de atividade profissional alheia. Se alguém exercer uma atividade econômica individualmente, não será considerado empresário, à luz do art. 966 do novo Código Civil.

Pouco importa o regime jurídico das pessoas que trabalharem para o empresário. Poderá ser o regime trabalhista ou civil (em caso específicos, até mesmo o administrativo). Os colaboradores do empresário poderão ser empregados, regidos pelo direito do trabalho, ou trabalhadores autônomos, que são prestadores de serviço, regidos pelo direito civil. Pouco importa. Ou seja, empresário não é sinônimo de patrão; mas o empresário sempre contrata pessoas para trabalhar, ele sempre organiza o trabalho de outrem.

Mas a organização não compreende apenas a contratação de serviços sob regime civil ou trabalhista. Juridicamente, a organização definida no art. 966 é a organização de fatores produção. Abrange capital e trabalho. O capital compreende o estabelecimento, que é o conjunto de bens utilizados pelo empresário na sua atividade econômica (estoque, matéria prima, dinheiro, marcas, automóveis, computadores etc).

Essa organização deve ser profissional. Isso significa que deve ser contínua e com intuito de lucro, objetivando meio de vida. Atos isolados não são empresariais, mesmo que tenham conteúdo econômico.

Toda essa atividade organizada deve ter um sentido econômico. Se o objeto não for a produção ou a circulação de bens ou de serviços, não estaremos diante da empresa.

Essa é a teoria da empresa. Ela estuda isto: a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. É o que se lê, claramente, no caput do art. 966 do novo Código Civil.

Giza-se: é condição de participação: ser **QUAISQUER EMPRESAS**

Qual a finalidade da Associação? Se não tem fins lucrativos e não é empresa, como poderia estar participando desse certame? E onde ficaria o princípio da Isonomia e da Igualdade entre os licitantes?

Conforme edital, O Pregoeiro verificará o eventual descumprimento das condições de participação, especialmente quanto à existência de sanção que impeça a participação no certame ou a futura contratação além disso, os licitantes deverão apresentar a documentação relativa à Habilitação Jurídica, Regularidade Fiscal e trabalhista

Ao realizar a consulta no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, eis o resultado: 94.99-5-00 - Atividades associativas não especificadas anteriormente.

É claro ao entendimento, que tal empresa utiliza de uma Natureza Jurídica qual lhe confere os direitos de uma Organização Social.

As Organizações Sociais tem seus direitos garantidos na LEI Nº 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1998. Entretanto NÃO SÃO EMPRESAS, pois não visam o lucro bem como são beneficiárias de incentivos.

Mister se faz mencionar a literalidade do Parágrafo Único, do art. 12, da Instrução Normativa nº 005/2017, in verbis:

Art. 12. Quando da contratação de instituição sem fins lucrativos, o serviço contratado deverá ser executado obrigatoriamente pelos profissionais pertencentes aos quadros funcionais da instituição.

Parágrafo único. Considerando-se que as instituições sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos, condição que reduz seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas, não será permitida, em observância ao princípio da isonomia, a participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa.

Há outras circunstâncias que cercam a participação de desta organização sem fins lucrativos neste certame licitatório, tais como: (i) se tal entidade não têm fim lucrativo\*, como justificar sua participação em um ajuste nitidamente mercantil? (ii) e o princípio da igualdade dos licitantes? Porque se a entidade sem fins lucrativos que goza de benefício fiscal participa desta licitação, ela já entra com vantagem sobre os demais concorrentes.

\*: O próprio pregoeiro, em ata do Certame, assim se posiciona:

Pregoeiro 22/01/2019 12:33:52 Nesse sentido, embora já se tenha mostrado que a UNIVERSIDADE PATATIVA DO ASSARE é uma instituição sem fins lucrativos, há a necessidade de se comprovar que os valores ofertados serão suficientes para cobrir os custos operacionais do serviço, de forma a se evitar prejuízo na execução do contrato e, conseqüentemente, às partes. (grifei)

Todavia, tem-se que o pregoeiro seguiu os ditames do edital de convocação do Pregão 4001/2019 e não foi, como visto alhures, responsável pela sua elaboração, sendo possível que haja erro desde a concepção do Instrumento Convocatório, ao solicitar formação de preço, por entidades sem fins lucrativos, o que demonstra claramente que a IN 005/2017 foi ferida em sua essência.

Solicitamos acesso ao processo administrativo, a fim de confirmar se houve esse equívoco na formação do preço. Não obtivemos.

Entretanto, constatamos na consulta no site do MP-AM que atualmente o serviço está sendo realizado pelo Instituto Euvaldo Lodi, - também sem fins lucrativos.

Ora, não há como balizar os valores ofertados por empresas, com o de entidades sem fins lucrativos.

Ademais Senhor Pregoeiro, um dos princípios balizadores da Licitação é justamente a igualdade entre os licitantes

como também a isonomia entre os mesmo, logo, como poderá ter igualdade entre os licitantes se a empresa ora recorrente deverá pagar seus tributos, impostos, encargos em sua integralidade disputar com uma entidade sem fins lucrativos, ora, se torna evidente a desigualdade imputada as licitantes.

## DO DIREITO

Hely Lopes Meirelles, com a clareza que lhe é peculiar, afirma que o edital é instrumento pelo qual a administração leva ao conhecimento público sua intenção de realizar uma licitação e fixa as condições de realização dessa licitação.

A elaboração do edital, ou ato convocatório, é atividade de elevada importância, pois é nele que serão estipuladas as regras que se aplicarão à disputa, inclusive critérios de habilitação.

Oportuno frisar a importância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, pois, segundo Hely Lopes Meirelles, "nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e proposta em desacordo com o solicitado. O edital é a lei da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu (art. 41)".

Di Pietro evidencia, ainda, a circunstância de que "quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do Edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou".

Com efeito, não se pode admitir que, estabelecidas as regras no edital que rege a licitação, venha a Administração a "relativizar" ou "flexibilizar" o seu conteúdo, mesmo porque inúmeros outros potenciais concorrentes podem ter deixado de ingressar no certame exatamente pelo teor das exigências editalícias.

No pregão, seja ele eletrônico ou presencial, para que a licitante inconformada com o resultado do certame possa recorrer, ela deve manifestar que tem o interesse de contestar a decisão de julgamento do pregoeiro, informando os motivos pelos quais discorda do resultado proferido, de forma expressa. Essa regra está estabelecida no inciso XVIII do artigo 4º da Lei 10.520/2002:

XVIII – declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos; (SIC))

Conforme art. 53 do código civil, constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos. Trata-se de um agrupamento de pessoas físicas ou jurídicas com objetivo não empresários. Sendo assim, não é aceitável que a associação vise a produção e/ou circulação de bens ou serviços que gerem distribuição de lucros aos seus, característica estranha ao seu próprio conceito.

Conforme acórdão TCU nº 618/2015-plenário, a participação de associações em processo licitatório constitui burla ao princípio da isonomia, pois tais entidades, além de gozarem de privilégios tributários e trabalhistas, também lhes é vedado o exercício de atividade econômica (art. 53 do código civil). Portanto, claro está que é dever da administração pública buscar não somente a proposta mais vantajosa, o menor preço, mas demonstrar que concedeu aos licitantes daquele certame as mesmas oportunidades, sem prejudicar ou privilegiar nenhum dos concorrentes. Ferida a isonomia neste tratamento, o autor do ato deixa de observar o interesse da coletividade, bem maior e objeto principal do direito administrativo. Inicialmente, a igualdade de condições entre os licitantes encontra previsão em nossa carta magna, quando dita em seu art. 37, xxi, o que se segue: xxi - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

A lei nº 8666/1993 também vedou que os agentes públicos pratiquem atos que possam restringir ou frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório. Dessa forma, dita o art.3º:

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.

Senhor Pregoeiro: Não há, ao declarar habilitada a entidade, obediência ao princípio da isonomia tão pouco da igualdade dos licitantes.

Nesse contexto, a instrução normativa sítio nº 05, de 26 de maio de 2017, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, dispõe em ser art. 12, parágrafo único que, uma vez que as instituições sem fins lucrativos gozem de benefícios fiscais e previdenciários específicos, condição que reduz seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas não será permitida, em observância ao princípio da isonomia, a participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa. No caso concreto, cumpre ressaltar que na planilha de custos e formação de preços de licitação de serviço contínuo com mão de obra residente, este tipo de instituição não provisiona, além do lucro, alguns impostos diante de benefícios tributários, o que efetivamente facilita o fornecimento de um lance menor por parte deste licitante. Contudo, nesta mesma licitação, em que empresários, sociedades empresárias, provisionam todos os custos constantes na planilha em tela, a competitividade claramente se mostra prejudicada, não podendo o pregoeiro, neste caso, defender apenas o

menor preço para a administração pública, sem prezar pela isonomia entre os concorrentes. Portanto, diante do que preconiza o art. 53 do código civil, o art. 37, XXI, da constituição federal, art. 3º da lei nº 8666/1993 e art. 12, parágrafo único, da instrução normativa nº05/2017, a licitante associação brasileira de defesa do consumidor e trabalho será desclassificada. "

Em consulta realizada, em pregão similar, A PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE,

(<http://www.mprn.mp.br/intranet/Licitacoes/files/anexos/RESPOSTA%20A%20ESCLARECIMENTOS%20%20V%20-%20PE%2044-2018%20-%20CAMILO%20NARDON.pdf>) se posicionou no sentido de

Desta feita, constata-se, nos termos da norma supracitada, a impossibilidade das instituições sem fins lucrativos concorrerem ao certame licitatório, neste caso, incluindo-se as entidades, associações ou empresas sem fins lucrativos, conforme prescrito, que se enquadrem no Parágrafo Único, do art. 12, da Instrução Normativa nº 005/2017, sob pena de ferir o princípio da isonomia, um dos sustentáculos principiológicos da licitação e fundamento da Lei nº 8.666/93.

Isso posto, REQUER

1 – O recebimento e julgamento do presente recurso, com a inabilitação da UNIVERSIDADE PATATIVA DO ASSARE primeiro por não ser empresa; segundo por sua habilitação ferir os princípios norteadores da licitação, a saber igualdade entre os licitantes e isonomia; terceiro, por que ao declarar vencedor, irá beneficiar entidade sem fins lucrativos, conforme já demonstrado e seguido pelo MP-RN.

2 – A habilitação da empresa CERTEZA SOLUÇÕES E SERVIÇOS LTDA – ME, pelo preenchimento dos pressupostos de habilitação, bem como a aceitação do preço/ou negociação pelos preços do certame, excluídos os que nortearam o certame e que são entidades sem fins lucrativos.

Cachoeirinha, 29 de Janeiro de 2019.

Alexsandro Machado Begnini  
Diretor

[Voltar](#) [Fechar](#)