

JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO	PROCESSO ADM	NÚMERO
		091/2019

PREGÃO PRESENCIAL Nº 033/2019

OBJETO: REGISTRO DE PREÇOS para contratação de pessoa jurídica para confecção de medalhas, troféus e placas personalizadas para o evento de Premiação do Programa Agrinho - 2019 do SENAR-AR/MS.

Senhores (as),

Primeiro esclarecimento que se faz necessário:

1. O SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM RURAL – SENAR e, esta Regional de Mato Grosso do Sul – SENAR-AR/MS, assim como todos os Serviços Sociais Autônomos - Sistema “S”, subordinam-se aos Regulamentos dessas Entidades, que possuem regras próprias e simplificadas para a contratação e aquisição de obras, bens e serviços. No caso desta Regional, aplica-se o Regulamento de Licitações e Contratos do SENAR, aprovado pela Resolução nº 001/CD, de 15/02/2006 (DOU 23/02/2006), alterada pela Resolução nº 033/CD, de 28/06/2011 (DOU 29/06/2011) e pela Resolução nº 032/CD, de 15/03/2012 (DOU 23/03/2012) emanada por deliberação de seu Conselho Administrativo.

2. Diante disso, não se submetem à aplicação da Lei 8.666/93, não se eximindo, no entanto, do dever de respeitar os princípios constitucionais (art. 37 §1º da CF/88) e legais atinentes às despesas públicas e ao próprio exercício da função administrativa que exercem. Assim sendo, a aplicação subsidiária da Lei 8.666/93 aos procedimentos licitatórios instaurados por Entidades do Sistema “S” é absolutamente facultativa, tendo em vista a inexistência de norma jurídica que obrigue tais Entidades a ela se submeterem.

3. Conclui-se, portanto, que os problemas relacionados a licitação e aos contratos administrativos devem ser colmatados à luz do Regulamento de Licitações e Contratos dos Serviços Sociais Autônomos. Não sendo este suficiente, deve-se buscar a solução nos princípios aplicáveis à matéria. Em último caso, a doutrina sustenta a adoção de modo facultativo, da Lei 8.666/93.



JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO	PROCESSO ADM	NÚMERO
		091/2019

4. Há de se considerar preliminarmente que o Recurso Administrativo formulado ao ato convocatório preenche os requisitos da permissibilidade do conhecimento do mérito, vez que afigura-se Tempestivo.

5. Primeiramente, cumpri-nos registrar que **SENAR-AR/MS** por meio de sua Unidade Administrativa de Compras e Licitações, quando da elaboração de seus processos licitatórios, alinha-se ao cumprimento dos princípios e normas norteadoras da licitação e pleiteia pela garantia de excelência e eficiência da qualidade dos produtos e dos serviços a serem prestados, afastando qualquer hipótese de omissão de seus gestores.

6. DO RELATÓRIO

6.1. Trata-se de análise de recurso administrativo interposto tempestivamente pela recorrente **D&B COMÉRCIO ATACADISTA DE CONFECÇÕES LTDA (CNPJ 15.506.123.0001-76)**, contra a decisão que impossibilitou sua participação no certame licitatório PROCESSO UAF/Nº 091/2019, em exercício à faculdade estabelecida no item 13.1 do Edital n.º 033/2019.

6.2. A recorrente **D&B COMÉRCIO ATACADISTA DE CONFECÇÕES LTDA** relata que: *“Após ter apresentado os documentos de credenciamento, foi desclassificada de participar do pregão por não possuir em seu contrato social o objeto pertinente à licitação. Que muito embora a descrição do objeto do certame solicite a “confecção” dos produtos discriminados não existe sequer menção da palavra “serviço” e nem que a empresa tenha que ser somente prestadora de serviço para que possa participar do certame. Pode-se entender que a palavra confecção fosse mencionada visto que os troféus e medalhas são personalizados, algo muito comum com camisetas, brindes entre outros. Sendo assim não há de se falar em subcontratação ou terceirização, visto que o responsável direto do produto é a empresa licitante e contratada pelo Senar para entrega dos produtos conforme demanda. Outrossim, observa-se o processo todo nota-se que no orçamento solicitado para formação da referência fica claro que conforme solicitado na demanda o processo se trata de “Aquisição” e não de prestação de serviços.”*

6.3. Relata ainda, que a empresa classificada **NININHA COMUNICAÇÃO VISUAL LTDA ME**, não possui em seu CNPJ a CNAE de fabricação de nenhum tipo de produto. Para que a empresa seja apta a fabricar qualquer produto deve constar em seu CNAE, e que no objeto



JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO	PROCESSO ADM	NÚMERO
		091/2019

social da empresa consta a informação “A fabricação de qualquer artefato será por conta de terceiros”. Contesta também, o atestado de capacidade técnica apresentado, e a decisão da pregoeira em aceitar sob diligência o atestado referente ao Edital de “Contratação de empresa especializada em fornecimento de materiais gráficos e materiais de divulgação institucional para realização de campanha de mobilização de voluntariado cooperativo” se tratando de fornecimento e não prestação de serviços.

6.4. Ao final requer que seja inabilitada a empresa NININHA COMUNICAÇÃO VISUAL LTDA ME, que seja declarada nula a desclassificação da recorrente na fase de credenciamento e o cancelamento da licitação.

7. DO MERITO

7.1. Sobre a alegação de que a *demanda no processo se trata de “aquisição” e não de prestação de serviços*”, convém ponderar que o objeto licitado envolve mídias e layouts de propriedade do SENAR-AR/MS a serem fornecidos para sua correta execução e, que essa execução impõe elaboração e fazimento de algo até então inexistente.

7.2. Segundo a lição de Washington de Barros Monteiro, acerca da obrigação de dar e fazer, em sua obra Curso de Direito Civil - Direito das Obrigações, São Paulo, Saraiva, 1967, p. 95: *“a diferenciação está em verificar se o dar ou o entregar é ou não consequência do fazer. Assim, se o devedor tem de dar ou de entregar alguma coisa, não tendo, porém, de fazê-la previamente, a obrigação é de dar; todavia, se, primeiramente, tem ele de confeccionar a coisa para depois entrega-la, se tem de realizar algum ato, do qual será mero colorário o de dar, tecnicamente a obrigação é de fazer”*.

7.3. Diante disso, temos que os serviços que tem como requisito esforço humano atrelado a aplicação de materiais na sua prestação caracteriza obrigação de fazer. Tais materiais configuram-se como elementos envolvidos na prestação, caso o prestador não venha a incluí-los, torna-se impossível a obtenção do resultado (a exemplo, caso o licitante vencedor, não incluía o layout a ser disponibilizado para a confecção, impossível atender ao interesse do SENAR-AR/MS). Sendo assim, não se pode interpretar que os bens materiais que compõem o objeto deste certame, são destinados ao comércio, pois estes estão absorvidos pela prestação de serviço.



JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO	PROCESSO ADM	NÚMERO
		091/2019

7.4. O modelo a ser confeccionado é exclusivo do comprador (SENAR-AR/MS) e não fará parte do mostruário de vendas da licitante vencedora (contratada), ainda que o serviço não se encontre inserido na lista anexa da Lei Complementar 116/2003. Contudo, de uma forma ou de outra, indiscutível que a futura contratada fica obrigada a laborar o objeto exclusivamente destinado ao SENAR-AR/MS e seguindo suas ordens, não sendo admitida a terceirização, sob qualquer forma, nem que parcialmente, nem tampouco a subcontratação da execução. Em outras palavras, trata-se de trabalho por encomenda, a ser executado com materiais adquiridos especificamente para aquele projeto (Programa Agrinho 2019) e de acordo com estrutura decidida pelo contratante.

7.5. Fica claro, portanto, que a confecção é personalíssima e caso o SENAR-AR/MS desista da encomenda já pronta, a contratada restaria em prejuízo, pois não poderia comercializar o objeto licitado com mais ninguém. Fácil constatar que estamos diante de um negócio jurídico que envolve prestação de serviços e circulação de bens móveis, onde pressupõe-se serviços de *“14.05 - Restauração, recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, plastificação, costura, acabamento, polimento e congêneres de objetos quaisquer. (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016”* – para sua elaboração com posterior entrega no local definido) Lista Anexo Lei Complementar nº 166/2003.

7.6. Nos dizeres de Roque Antonio Carrazza, “só é mercadoria o bem móvel objeto de mercancia, isto é, que, integrado ao estoque da empresa e destina-se a venda ou revenda”.

7.7. Corroborar com nosso entendimento, a posição do STJ nos casos de industrialização por encomenda:

1. A Turma de Direito Público do STJ possuem precedentes no sentido de que a "industrialização por encomenda" caracteriza prestação de serviço sujeita à incidência de ISS, e não de ICMS (**AgRg no REsp 1559609 / SC**).

3. Verifica-se que, no caso dos autos, deve incidir o ISS, porquanto, trata-se de serviços personalizados feitos em conformidade com o interesse exclusivo do cliente, distintos dos serviços destinados ao público em geral. 4. Nesta esteira, impende salientar que não interessa se haverá comercialização do produto no futuro, pois isso não é o traço distintivo da incidência do imposto como quer fazer crer o agravante. O que há de aferir é atividade-fim do prestador do serviço, "tendo em vista que, uma vez concluída, extingue o dever jurídico obrigacional que integra a relação jurídica instaurada entre o 'prestador' (responsável pelo serviço encomendado) e o 'tomador' (encomendante): a empresa que procede ao corte, recorte e polimento de granito ou mármore, de propriedade de terceiro, encerra sua atividade com a devolução, ao



JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO	PROCESSO ADM	NÚMERO
		091/2019

encomadante, do produto beneficiado." (REsp 888.852/ES, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 4.11.2008 Dje de 1º.12/2008) Agravo regimental parcialmente provido, apenas para reconhecer a tempestividade do recurso especial. (AgRg no AREsp 328.624/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 25/09/2013)

Quanto à alegação de que a atividade desenvolvida pelo agravado não se encontra inserido na lista anexa da Lei Complementar 116/2003, vale destacar que "ainda que o serviço não conste na Lista Anexa ao aludido diploma legal, a incidência de ICMS não prescinde da efetiva circulação de mercadorias" (AgRg no REsp 1280329/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 13/04/2012)

7.8. Em relação à contestação do atestado de capacidade técnica e que a empresa não apresenta compatibilidade com o objeto licitado, esclarecemos que, dentre as atribuições e prerrogativas da CPL, a de bem conduzir seus trabalhos e, diante das suspeitas quanto à essencialidade de documento para habilitação de terceiros (NININHA COMUNICAÇÃO VISUAL LTDA ME) foi instaurada diligência aos atestados, no decorrer do certame, ficando evidenciada a similaridade com o objeto licitado.

7.9. Em oportuno, a CPL esclarece que o estabelecimento de requisitos para comprovação de capacidade técnica deve guardar proporcionalidade com o objeto, possibilitando aferir a compatibilidade entre serviços anteriores prestados e o objeto licitado, conforme precedente do TCU: Acórdão 1.140/2005 -Plenário.

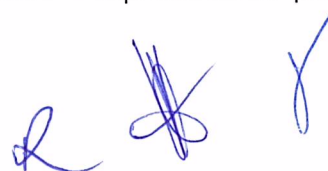
7.10. Em relação a comprovação de Habilitação Técnica foi previsto no instrumento convocatório:

7.4.1. Atestado de Capacidade Técnica, expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado, em seu nome, que indique, qualifique e comprove aptidão para prestação do serviço com características **semelhantes** ao objeto deste Edital, **em especial ao constante no Termo de Referência – ANEXO**, por ser considerada como parcela de maior relevância no presente caso.

7.4.1.2. Para fins de comprovar a atuação em trabalhos **similares** da forma como determinado no item 7.4.1 o atestado poderá ser acompanhado de outros documentos pertinentes.

7.11. Assim, a decisão da CPL que culminou no impedimento de participação da recorrente na fase de credenciamento, levou em consideração as seguintes situações:

- i. D3M NEGOCIOS MERCANTINS E INFORMATICA LTDA – representante portava contrato social com a descrição de atividades apenas de comércio varejista.
- ii. D&B COMÉRCIO ATACADISTA DE CONFECÇÕES LTDA – representante portava contrato social apenas de comércio atacadista.



JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO	PROCESSO ADM	NÚMERO
		091/2019

- iii. REZENDE & DINIZ NETO LTDA – ME – representante portava contrato social de prestação de serviço, porém não compatível com o objeto.
- iv. RADRA INDUSTRIA LTDA – representante não portava contrato social.
- v. NININHA COMUNICAÇÃO VISUAL LTDA ME – representante portava contrato social de comércio e prestação de serviços de materiais promocionais e brinde, de medalhas e troféus, bandeiras, flâmulas e etc.

7.12. A CPL ao impedir a participação da recorrente a fez com base na exigência estabelecida no item 3 do edital que trata das condições de participação:

(...)

3.2.7. Cujo objeto social não seja pertinente e compatível com o objeto desta licitação.


7.13. Diante do fato, a CPL entendeu que a D3M NEGOCIOS MERCANTINS E INFORMATICA LTDA, D&B COMÉRCIO ATACADISTA DE CONFECÇÕES LTDA e REZENDE & DINIZ NETO LTDA – ME não cumpriram os requisitos de participação.

7.14. A busca da melhor proposta é uma das finalidades da Licitação, mas não a única. O Princípio da Competitividade também deve guardar relação com outros que permeiam o certame licitatório, incluindo, os preconizados no art. 37 da CF/88.

7.15. Em atendimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório a CPL respeitou a vedação de participação ali estabelecida. Tal exigência foi prevista no intuito de envidar esforços para afastar problemas futuros na execução do objeto com empresas que apresentam atividade incompatível com o objeto licitado.

7.16. O proporcionar a vantagem do negócio significa, não só garantir a ampla participação de interessados. Não se trata de excesso de formalismo, mas sim da acurácia no atendimento do interesse desta Regional.

7.17. Embora a jurisprudência já pacificada pelos órgãos de controle culminam na inviabilidade de habilitação de licitante cujo objeto social é incompatível com o da licitação, sendo necessária a compatibilidade entre o objeto do certame e as atividades previstas no contrato social das empresas licitantes, a mesma Corte de Contas flexibiliza a participação dessas



JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO	PROCESSO ADM	NÚMERO
		091/2019

interessadas em todas as fases do certame, de modo que se alcance a maior vantagem econômica.

7.18. Diante disso, a CPL evidenciou que a decisão anteriormente proferida não oportunizou a participação da recorrente em todas as fases do certame conforme precedente TCU.

8. DA CONCLUSÃO

8.1. A CPL fundou-se **estritamente nas regras do edital** quando decidiu pelo impedimento de participação da licitante **D&B COMÉRCIO ATACADISTA DE CONFECÇÕES LTDA (CNPJ 15.506.123.0001-76)**, uma vez que a recorrente não apresenta objeto social pertinente e compatível com o objeto desta licitação.

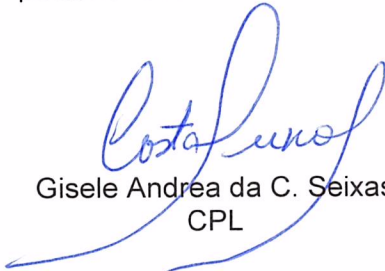
8.2. Em oportuno, registramos que o edital veda a participação das licitantes cujo objeto social não seja pertinente e compatível com o objeto da licitação, conforme estabelecido no item 3.2.7.

8.3. Considerando os fatos narrados acima e em atenção ao recurso impetrado pela recorrente, opinamos por **CONHECER** do recurso interposto tempestivamente para no mérito **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, revendo a decisão proferida pela Comissão Permanente de Licitação (CPL) e, reabrindo a sessão e oportunizando a participação da licitante **D&B COMÉRCIO ATACADISTA DE CONFECÇÕES LTDA** no credenciamento e nas demais fases do PREGÃO PRESENCIAL N.º 033/2019.

8.4. É importante destacar que a manifestação da Comissão Permanente de Licitação (CPL) não vincula a decisão superior, apenas faz contextualização fática e documental com base naquilo que foi acostado ao processo, fornecendo subsídios à autoridade administrativa superior, a quem cabe análise desta e a decisão final.

8.5. Desta maneira submetemos a presente decisão à autoridade superior para apreciação e posterior decisão.

Campo Grande/MS, 17 de setembro de 2019.



Gisele Andrea da C. Seixas
CPL



Renise Marques de Sousa
CPL



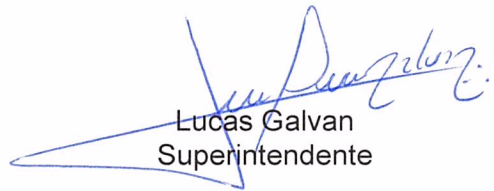
Nilo Alves Ferraz Junior
CPL

JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO	PROCESSO ADM	NÚMERO
		091/2019

9. DA DECISÃO

9.1. Diante do exposto, **CONHEÇO** do recurso interposto tempestivamente para no mérito **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, revendo a decisão proferida pela Comissão Permanente de Licitação (CPL) e, reabrindo a sessão e oportunizando a participação da licitante **D&B COMÉRCIO ATACADISTA DE CONFECÇÕES LTDA** no credenciamento e nas demais fases do PREGÃO PRESENCIAL N.º 033/2019.

Campo Grande/MS, 17 de setembro de 2019.



Lucas Galvan
Superintendente