

Prefeitura do Município de Bertioga
Estado de São Paulo
Estância Balneária

Processo nº 2377/2021

Concorrência Pública nº 02/2021

Interessado: AGRÍCOLA E CONSTRUTORA MONTE AZUL LTDA

Assunto: Recurso – Tempestivo – INDEFERIMENTO

Trata o presente de recurso interposto contra a decisão da Comissão que desclassificou a proposta da empresa **AGRÍCOLA E CONSTRUTORA MONTE AZUL LTDA** e classificou a proposta da empresa **PROVAC TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA LTDA**.

A doutrina aponta como pressuposto de admissibilidade dessa espécie de recurso administrativo, cuja existência concreta deve ser preliminarmente aferida: a tempestividade, a fundamentação e o pedido da reforma da decisão.

Da análise dos pressupostos, verifica-se o cumprimento pela Recorrente das normas reguladoras e princípios que norteiam o ato a exceção da fundamentação, senão vejamos.

Insurgindo-se contra a decisão de desclassificação de sua proposta, alega em síntese que a Comissão erroneamente deixou de considerar o PLR, como item a compor a planilha de custos, citando o Acórdão 3170/2011, que a verba PLR deve ser paga independente da auferição de lucro pela empresa, ficando assim todas as outras propostas alijadas por erro. Alega ainda que a empresa PROVAC deixou de contabilizar o Descanso Semanal Remunerado (DSR) em sua proposta referente às férias. Por fim requer a desclassificação da empresa PROVAC, pelos fatos acima expostos, complementem a decisão de desclassificação das empresas HIGIENIX e PLURI e classificar a proposta da RECORRENTE.

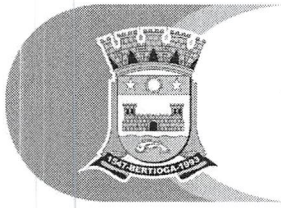
Em sede de contrarrazões, a Recorrida alega que o Acórdão 3336/2012, já sumulou que os custos do PLR deve ser assumido exclusivamente pelo contratado, e o Descanso Semanal Remunerado (DSR), não compõem as verbas das férias, e que em momento algum menciona que deixará de prestar os serviços no período das férias escolares, devendo ser mantida a decisão.

Síntese do necessário, passamos a nos manifestar.

Na verdade, trata-se de matéria já trazida pela Recorrente em sede de Recurso da fase de habilitação, portanto preclusa.

Mas, para corroborar a decisão da Comissão, confirmamos o lá decidido, vez que as considerações formuladas pela Recorrente em nada alteram o já decidido.

No presente caso, não obstante as considerações formuladas pela Recorrente, vale ressaltar que em nada contribui para a reforma da decisão, senão vejamos:



Prefeitura do Município de Bertioga
Estado de São Paulo
Estância Balneária

O **CADTERC** – Estudos Técnicos de Serviços Terceirizados (www.cadterc.sp.gov.br) – é um site institucional que objetiva divulgar as diretrizes para contratações de fornecedores de serviços terceirizados pelos órgãos da Administração Pública Estadual, com padronização de especificações técnicas e valores limites (preços referenciais) para os serviços mais comuns e que representam os maiores gastos do estado.

Trata-se, portanto, da excelência nos métodos de contratação e gerenciamento de serviços terceirizados e que devem ser amplamente utilizados por todas as unidades contratantes do Governo Estadual sejam elas da administração direta, indireta, autárquica, fundacional e empresas públicas.

Assim, no tocante ao DSR, não descumpriu, nem infringiu a Recorrida legislação pertinente ao objeto ora em análise para acarretar a declassificação de sua proposta.

Já com relação ao PPR/PLR razão não assiste também ao Recorrente. O acórdão trazido pelo Recorrido em sede de contrarrazões é claro:

Acórdão nº 336/2012 – TCU – Plenário

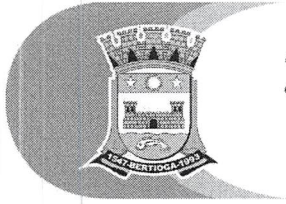
“ 9.2.1 O benefício aos empregados de empresas que prestam serviços continuados à Administração, previsto em Convenção Coletiva de Trabalho como participação nos lucros e resultados, não é considerado custo da venda dos serviços, uma vez que se trata de obrigação exclusiva do empregador;

9.2.2 O pagamento da participação dos lucros e resultados aos empregados vinculados aos contratos de prestação dos serviços contínuos deve ser exclusivamente assumido pela contratada, razão pela qual não pode ser objeto de reequilíbrio econômico financeiro do contrato.”

Assim, claro fica que a participação nos lucros e resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, por convenção ou acordo coletivo, nos quais deverão constar regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos, como mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo, podendo ai ser considerado, entre outros, os índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa e programas de metas, resultados e prazos pactuados previamente, não podendo dessa forma ser repassado a Administração.

E mais, visando confirmar o entendimento da Comissão, transcrevemos o Relatório de Avaliação da Controladoria Geral da União – CGU, Secretaria Federal de Controle Interno. Órgão: Ministério da Economia – Processo nº 10768.101.435/2018 -90.

“ 1. Inclusão indevida de participação em lucros e/ou resultados na planilha de custos do Edital do Pregão Eletrônico nº 10/2018. A planilha de custos do Edital do Pregão Eletrônico nº 10/20183 inclui um abono pecuniário para cada um dos motoristas B/C e D (Submódulo 2.3 - Benefícios Mensais e Diários). Tal abono, entretanto, equivale à participação nos lucros e/ou resultados da



Prefeitura do Município de Bertioga

Estado de São Paulo

Estância Balneária

contratada, conforme se depreende da cláusula décima da CCT (Convenção Coletiva de Trabalho) RJ 001450/20184 . O abono em apreço, no valor de R\$ 1.157,72 por motorista, consta na planilha de custos da BRASERVICE SOLUÇÕES EM RECURSOS HUMANOS EIRELI (CNPJ nº 16.695.665/0001- 05), vencedora do Pregão Eletrônico nº 10/20185 , resultando num montante de R\$ 20.838,96 para os 18 motoristas. Considerando-se que a SRA/ME/RJ não está vinculada ao pagamento do abono pecuniário, por se tratar de participação em lucros e/ou resultados (art. 6º da IN nº 05/2017), entende-se que o mesmo foi incluído indevidamente no Edital do Pregão Eletrônico nº 10/2018. Nesse sentido, eis o que estabelece o Acórdão TCU nº 3.336/2012 – Plenário: 9.2.1. o benefício aos empregados de empresas que prestam serviços continuados à Administração, previsto em Convenção Coletiva de Trabalho como participação nos lucros e resultados, não é considerado custo da venda dos serviços, uma vez que se trata de obrigação exclusiva do empregador; 9.2.2. o pagamento da participação dos lucros e resultados aos empregados vinculados aos contratos de prestação de serviços contínuos deve ser exclusivamente assumido pela contratada, razão pela qual não pode ser objeto de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por meio do OFÍCIO SEI nº 95352/2020/ME, de 20.04.2020, a SRA/ME/RJ apresentou os seguintes esclarecimentos: O Acórdão 3336/2012 – Plenário TCU, no item 4, do voto do Relator, apresenta a seguinte fundamentação: 4. Diferente é a relação entre a Administração e a empresa contratada. Todas as parcelas que integram a remuneração do contratado devem estar previstas no edital e no contrato dele decorrente, de tal forma que haja uma justa remuneração pelos serviços prestados. Se a empresa contratada inserisse na remuneração de seus empregados uma parcela referente à participação nos lucros, introduziria um elemento de incerteza incompatível com os rigores exigidos nas contratações públicas, na medida em que não há definição prévia nem quanto à ocorrência da participação nos lucros em si (condicionada que está à existência de resultado positivo), nem quanto aos valores a serem transferidos aos empregados. Desse excerto, extraímos dois fundamentos principais para a vedação à inclusão, na PCFP, da Participação nos Lucros e Resultados (PLR): a) Inserção de um elemento cujo valor é incerto, variável; b) Impossibilidade de absorção, pela Administração, de um custo que é diretamente proporcional ao lucro da empresa contratada, sendo afetado, portanto, por seus outros contratos, estranhos à Administração Pública. Esses fundamentos também estão presentes na Lei 10.101, que, ao estabelecer os balizadores da PLR, dispõe, no seu artigo 2º, que: § 1º Dos instrumentos decorrentes da negociação deverão constar regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo, podendo ser considerados, entre outros, os seguintes critérios e condições: I - índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa; II - programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente. E, no seu artigo 3º: Art. 3º A participação de que trata o art. 2º não substitui ou complementa a remuneração devida a qualquer empregado, nem constitui base de incidência de qualquer encargo trabalhista, não se lhe aplicando o princípio da habitualidade. [...] § 2º É vedado o pagamento de qualquer antecipação ou distribuição de valores a título de participação nos lucros ou resultados da empresa em mais de 2 (duas) vezes no mesmo ano civil e em periodicidade inferior a 1 (um) trimestre civil. Define, também, a PLR como sendo a “participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa como instrumento de integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade, nos termos do art. 7º, inciso XI, da Constituição” (artigo 1º). No caso em tela, no entanto, o capítulo da Convenção Coletiva que é titulado de “Participação nos Lucros e/ou Resultados” trata, não só da PLR, mas, principalmente, de uma verba que denominou “Abono Pecuniário”. Da leitura dos parágrafos da Cláusula Décima, percebe-se que: A. O abono pecuniário tem um valor mínimo fixo, previamente estabelecido, livre de condições relacionadas ao resultado operacional do empregador (caput da cláusula), diferente do que prevê a Lei 10.101, nos seus artigos 1º, caput; e 2º, §1º, para a PLR conforme trechos destacados acima: As empresas pagarão aos empregados ativos vinculados a categoria representada, a título de ABONO PECUNARIO, a importância mínima de R\$ 10 1.157,72 (hum mil, cento e cinquenta e sete reais e setenta e dois centavos). Este pagamento será feito em parcela única até o dia 05 de setembro de 2018. (grifo nosso); B. O abono pecuniário pode ser parcelado em 12 vezes, conforme o parágrafo terceiro da cláusula décima da CCT, diferentemente da PLR, que não pode sofrer parcelamento, nos termos do §2º, do artigo 3º, da Lei 10.101, acima destacado. Isso, além da possibilidade de prorrogação dos benefícios sociais previstos na CCT por 12 meses além do seu prazo de vigência (cláusula quadragésima), configura a sua habitualidade: PARÁGRAFO TERCEIRO - O Abono pecuniário poderá ser parcelado em até 12 (doze) vezes e ter

AD

f

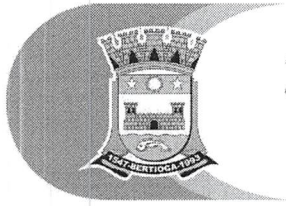


Prefeitura do Município de Bertioga

Estado de São Paulo

Estância Balneária

seu pagamento condicionado à assiduidade do empregado, caso haja previsão expressa em acordo coletivo de trabalho mediado por ambos os sindicatos ora convenientes. CLAUSULA QUADRAGÉSIMA - VIGÊNCIA E RENOVAÇÃO A presente convenção coletiva possui vigência e data-base conforme previsto na Cláusula Primeira, sendo as cláusulas sociais aqui acordados prevalecerão para todos os efeitos, pelo prazo de 12 (doze) meses após o término da vigência, caso novo instrumento coletivo não seja celebrado entre os sindicatos convenientes antes desse prazo. C. O abono pecuniário não se confunde com a PLR, mas pode ser suprido por eventual programa de participação nos lucros ou resultados existente nas empresas empregadoras, mediante acordo coletivo. Portanto, percebe-se que são dois tipos de verbas distintas. O parágrafo quarto é o único da cláusula décima que cuida da PLR: PARÁGRAFO QUARTO - As empresas que mantiverem programas de participação nos lucros ou resultados, elaborados na forma da lei, com participação do Sindicato profissional, poderão utilizar-se deles para suprir as obrigações contidas nesta cláusula, caso haja previsão expressa em acordo coletivo de trabalho mediado por ambos os sindicatos ora conveniente. (grifo nosso) Nesse mister, a empresa contratada informou que não possui programa de participação nos lucros ou resultados. Diante do exposto, entendeu-se que a verba denominada pela Convenção Coletiva como abono pecuniário é outra, diferente da PLR. Sendo essa verba considerada abono, é necessário definir sua natureza jurídica. Conquanto a doutrina historicamente considere que o abono possui natureza salarial, após a promulgação da Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), a CLT passou a definir que o abono não integra o salário, não constituindo base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário, nos termos do §2º, do artigo 457, da CLT: § 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário. Assim sendo, foi incluído o valor mínimo do abono pecuniário na PCFP no submódulo 2.3 (benefícios mensais e diários). Em suma, independente da 11 denominação adotada, a habitualidade no pagamento do valor mínimo do abono estabelecida em CCT e a possibilidade de parcelamento retiram a natureza de PLR deste abono (grifo nosso) por serem incompatíveis com o regime legal aplicável a esta espécie de remuneração. Dada a obrigatoriedade do pagamento do abono, também estabelecida em CCT, esta vincula a SRA RJ ao pagamento do mesmo. Em que pesem os esclarecimentos da SRA/ME/RJ, a cláusula décima da CCT RJ 001450/2018 consta sob o título "participação nos lucros e/ou resultados". Resta clara, portanto, a natureza do abono pecuniário em questão. Não obstante, segue a análise dos argumentos apresentados pela Unidade: a) O abono pecuniário tem um valor mínimo fixo, previamente estabelecido, livre de condições relacionadas ao resultado operacional do empregador (caput da cláusula), diferente do que prevê a Lei 10.101/2000, nos seus artigos 1º, caput; e 2º, §1º. Não há ponderações por parte desta equipe de auditoria alusivas a esta manifestação. b) O abono pecuniário pode ser parcelado em 12 vezes, conforme o parágrafo terceiro da cláusula décima da CCT, diferentemente da PLR, que não pode sofrer parcelamento, nos termos do §2º, do artigo 3º, da Lei 10.101. Isso, além da possibilidade de prorrogação dos benefícios sociais previstos na CCT por 12 meses além do seu prazo de vigência (cláusula quadragésima), configura a sua habitualidade (grifo nosso). Vale registrar que, segundo o entendimento do TST, é válido o pagamento parcelado e mensal de valores concedidos aos empregados a título de participação nos lucros ou resultados (PLR) quando previsto em norma coletiva. Contudo, a PLR não integra o salário (Acórdão - Oitava Turma - Recurso de Revista nº 48000-89.2005.15.0009): PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS - NATUREZA JURÍDICA - PARCELAMENTO PREVISTO EM NORMA COLETIVA A cláusula que institui verba indenizatória e estipula o seu pagamento parcelado consubstancia exercício válido da prerrogativa conferida pela Constituição a trabalhadores e empregadores, com o fim de estabelecer as normas aplicáveis às suas relações, visando à melhoria de condições e composição de conflitos. O acordo coletivo é instrumento hábil à concretização do direito previsto no artigo 7º, XI, da Carta Magna. (...) ACORDAM os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I - conhecer do Recurso de Revista da Reclamada no tópico "participação nos lucros e resultados - parcelamento previsto em norma coletiva", por violação ao art. 7º, XXVI, da Constituição, e, no mérito, dar-lhe provimento para julgar improcedente o pedido de integração salarial da referida parcela; dele não conhecer nos tópicos remanescentes; II - não conhecer do Recurso de Revista do Reclamante. Ou seja, o abono pecuniário em apreço tem natureza de PLR. 12 Quanto à habitualidade mencionada pelo Gestor, vale observar o que consta na cláusula décima, parágrafo quinto, da CCT RJ 001450/2018: PARÁGRAFO QUINTO - Fica convencionado



Prefeitura do Município de Bertioga

Estado de São Paulo

Estância Balneária

que a concessão do referido abono se reveste de caráter excepcional, não podendo servir de fundamento para qualquer outra postulação no sentido de renovação (grifo nosso), seja na vigência da presente convenção coletiva ou por ocasião de outras convenções coletivas subsequentes. Entende-se, portanto, que não há habitualidade na concessão do abono. c) O abono pecuniário não se confunde com a PLR, mas pode ser suprido por eventual programa de participação nos lucros ou resultados existente nas empresas empregadoras, mediante acordo coletivo. Portanto, percebe-se que são dois tipos de verbas distintas. Entende-se que o abono pecuniário equivale à participação nos lucros e/ou resultados, uma vez que a PLR poderá ser utilizada para fins de pagamento do referido abono (cláusula décima, parágrafo quarto, da CCT RJ001450/2018). d) Natureza jurídica do abono. Além do art. 457, § 2º, da CLT, citado pelo Gestor em sua argumentação, cabe mencionar a cláusula décima, parágrafo sexto, da CCT em apreço: **PARÁGRAFO SEXTO** - O abono de que trata o caput desta cláusula não incorpora e nem complementa a remuneração devida ao empregado (grifo nosso) para efeito de férias, 13º salário, horas extraordinárias ou de outro direito trabalhista oriundo do contrato de trabalho. Diante de todo o exposto, reitera-se que o abono pecuniário para os motoristas B/C e D (Submódulo 2.3 da planilha de custos) foi incluído indevidamente no Edital do Pregão Eletrônico nº 10/2018, uma vez que tal abono equivale à participação em lucros e/ou resultados.”

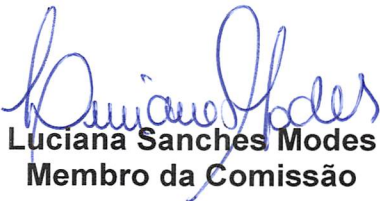
Desta feita, recebe por tempestivo o Recurso interposto e no mérito nega provimento, mantida a classificação da proposta da empresa **PROVAC TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA LTDA** e mantida a desclassificação da proposta da empresa **AGRÍCOLA E CONSTRUTORA MONTE AZUL LTDA**

Ato contínuo e, nos termos do parágrafo 4º, do artigo 109 da Lei Federal 8.666/93, submetemos o presente a Autoridade Superior para decisão.


Ana Lucia Trancoso Luchese
Presidente da Comissão


Cristina Raffa Volpi
Membro da Comissão


Jaime Alves de Moraes
Membro de Comissão


Luciana Sanches Modes
Membro da Comissão


Adriel Mackoviak
Membro da Comissão