

▪ **Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões**

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA OFICIAL DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, A SENHORA LIDIANNY ALMEIDA DE CARVALHO

REF.: EDITAL DE LICITAÇÃO Nº 08/2022
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08084.007708/2021-53

DEFENDER CONSERVAÇÃO E LIMPEZA EIRELI, já devidamente qualificada nos autos do processo em epígrafe, vem tempestivamente perante V.Sa, interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

Contra a decisão da Douta Pregoeira que declarou vencedora a empresa RCS TECNOLOGIA, o que faz pelos seguintes motivos de fato e de direito a seguir expostos.

Resumo da pretensão recursal

Segundo o referido Edital, o pregão presencial nº 08/2022 tem por objeto (1.1) a " escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de empresa para prestação de serviços continuados de apoio administrativo, recepção, secretariado e de condução de veículos de representação, para atender às necessidades do Ministério da Justiça e Segurança Pública em Brasília/DF, com execução realizada mediante alocação pela contratada de empregados com os cargos de Auxiliar Administrativo, Assistente Administrativo, Recepcionista, Secretário Executivo, Técnico em Secretariado e Motoristas Executivos, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

1.2. A licitação será realizada em grupo único, formado por 7 (sete) itens, conforme tabela constante no Termo de Referência, devendo o licitante oferecer proposta para todos os itens que o compõem.

1.3. O critério de julgamento adotado será o menor preço GLOBAL do grupo, observadas as exigências contidas neste Edital e seus Anexos quanto às especificações do objeto.

Ao final da sessão do pregão, terminada no dia 18 de maio de 2022, a empresa recorrida foi declarada vencedora do certame, conforme registro na ata do pregão em tela.

Passadas as fases de lances, a proposta da RCS TECNOLOGIA LTDA foi ilegalmente aceita, eis que formulou sua proposta com base no benefício da desoneração da folha de pagamento, benesse particular a ramo de atividade diverso do objeto licitado, sem, no entanto, COMPROVAR que optou pelo regime tributário legalmente, violando o instrumento convocatório, o princípio da isonomia e a obtenção da proposta mais vantajosa, conforme se descreve a seguir.

Com o devido respeito, tal decisão não é a mais acertada para o caso em tela, pois atenta contra a legislação vigente e as regras editalícias no que toca à formação da planilha de custos por parte da licitante, senão vejamos.

Dos motivos que autorizam o provimento do recurso

- 1- USO INDEVIDO DA DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO
- 2- USO INDEVIDO DE CCT NÃO VINCULADA ÀS CATEGORIAS LICITADAS
- 3- OUTROS

Ora, a pregoeira não poderia ter classificado a proposta da empresa RCS sem que ela tivesse obedecido todos os requisitos do edital.

3. DAS INCONSISTÊNCIAS DA PROPOSTA DA RECORRIDA

- a) Dos erros na planilha
- b) Da Impossibilidade de aplicação da Desoneração da Folha de Pagamento

Verifica-se que a Recorrida tem como atividade principal o CNAE 4321500 - Instalação e manutenção elétrica, atividade inerente ao ramo de engenharia, conforme a Comissão Nacional de Classificação – CONCLA, dispõe:

Hierarquia:

Seção: F CONSTRUÇÃO

Divisão: 43 SERVIÇOS ESPECIALIZADOS PARA CONSTRUÇÃO

Grupo: 432 INSTALAÇÕES ELÉTRICAS, HIDRÁULICAS E OUTRAS INSTALAÇÕES EM CONSTRUÇÕES

Classe: 4321-5 INSTALAÇÕES ELÉTRICAS

Esta classe contém a seguinte subclasse: 4321-5/00 = INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO ELÉTRICA

Além disso, nos documentos apresentados pela Recorrida, mais especificamente no Cartão CNPJ, a recorrida não possui, sequer na descrição de suas atividades econômicas Secundárias, os CNAE referente as categorias licitadas, o que reforça ainda mais a tese de que a RCS jamais poderia deixar de incluir os 20% de recolhimento do INSS sobre o submódulo 2.2- A das planilhas de custos, haja vista que todas as categorias listadas no edital do pregão 08/2022 não estão listadas no rol de atividades abarcadas pela legislação que regulamenta o regime de desoneração da folha de pagamento.

Fazendo ainda um parêntese para a questão como um todo, outro erro grave da comissão de licitação desse Ministério da Justiça, foi permitir que a RCS mantivesse em todas as planilhas de custos, principalmente as planilhas relacionadas as categorias de Secretárias sem o devido ajustamento do submódulo 2.2-A, o seja, sem os 20% da contribuição do INSS sobre a folha de pagamento, isto porque, conforme, reconhecidamente pela própria recorrida, se trata de categoria diferenciada, não abarcada pela Convenção coletiva do SISTIME, E TODAS NÃO SÃO, por este motivo foi utilizada a CCT do SIS DF, porém sem a devida aplicação do percentual de 20% do INSS no submódulo 2.2-A.

Ou seja, é extremamente contraditório as alegações da recorrida, assim como a análise da pregoeira, haja vista que todas as categorias listadas no edital do pregão 08/2022 não tem, se quer, abrangência sindical com o SISTIMME, uma vez que cada uma delas tem Sindicato específico, assim como o sindicato das Secretárias utilizado pela RCS que, por este motivo manteve tanto os salários quanto o vale alimentação no valor da CCT do SIS e por conseguinte TAMBÉM DEVERIA, assim como nas demais planilhas, A COTAÇÃO DOS 20% DO INSS NO SUBMÓDULO 2.2.A, por se tratar, reconhecidamente como categoria diferenciada, não podendo, também, se utilizar a prerrogativa da desoneração de folha de pagamento.

Senão vejamos o que diz a CCT utilizada pela RCS para as demais categorias:

" CLÁUSULA SEGUNDA – ABRANGÊNCIA"

O presente Termo Aditivo de Acordo Coletivo de Trabalho, aplicável no âmbito da(s) empresa(s) acordante(s), abrangerá a(s) categoria(s) Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico e Eletrônico, com abrangência territorial em DF.

Tanto o acordo coletivo, quanto ao termo aditivo firmado entre a RCS e o Sindicatos não abrangem as categorias licitadas e jamais poderia ser aceita pela comissão de licitação desse Ministério da Justiça.

A convenção é clara: A CCT e o termo aditivo abrangerão tão somente os TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS METALÚRGICAS, MECÂNICAS E DE MATERÍAS ELETRICO E ELETRÔNICO.

Os trabalhadores à serem contratados serão de locação de mão de obra, de forma continuada, junto ao ministério da Justiça, os quais possuem Sindicatos legalmente

constituídos que os representam, inclusive sediados no local da prestação de serviços, o que é mais agravante ainda, porque além de beneficiar a empresa, o ministério estará prejudicando centenas de trabalhadores e pais de famílias que já contam com os salários e benefícios que vem recebendo a vários anos, visto que muitos deles são remanescentes de outros contratos e que, inclusive, já fizeram compromissos futuros contando com os salários percebidos pelos respectivos sindicatos abrangidos por estas categorias.

Ora, a questão é simples, a empresa poderá estar enquadrada em qualquer sindicato e poderá utilizar qualquer convecção coletiva, desde que haja abrangência correlacionada com a mão de obra e a atividade a ser contratada.

I- Da Desoneração da Folha de Pagamento

Conforme normatizado no artigo 9º em verbis, caso a empresa se dedique a outras atividades além das relacionadas nos Anexos I e IV, e se a receita bruta decorrente dessas outras atividades não desoneradas for superior a 5% da receita bruta total, deverão recolher as contribuições conforme artigo 22 da Lei 8212 de 1991, ou seja, sobre a folha de pagamento. Vejamos:

Art. 9 Para fins do disposto nos arts. 7 e 8 desta Lei

§ 1º No caso de empresas que se dedicam a outras atividades além das previstas nos arts. 7º e 8º, até 31 de dezembro de 2014, o cálculo da contribuição obedecerá: (Redação dada pela Lei nº 12.715/2012)

§ 5º O disposto no § 1º aplica-se às empresas que se dediquem a outras atividades, além das previstas nos arts. 7º e 8º, somente se a receita bruta decorrente de outras atividades for superior a 5% (cinco por cento) da receita bruta total. (Incluído pela Lei nº 12.715/2012)

Se não vejamos o que diz a Recita Federal do Brasil; fonte: link: <http://www.fazenda.gov.br/portugues/documentos/2012/cartillhadesoneraçao>. Pdf.Vide a solução de consulta nº 38 - Receita Federal do Brasil- RFB:"

"...Se, por exemplo, uma empresa tiver 70% de sua receita derivada de produtos enquadrados na Medida Provisória e 30% de fora, então ela deverá recolher a alíquota de correspondente a desoneração sobre 70% de sua receita e aplicar a alíquota previdenciária normal, de 20% , sobre 30% de sua folha salarial."

A empresa que se dedica a outras atividades além daquelas relacionadas no Anexo 1, deverá observar a regra de proporcionalidade prevista no art. 8º, incisos 1 e II da Instrução Normativa da RFB nº 1812/20 18 para efeito de cálculo da contribuição previdenciária, exceto se estiver amparada pelo exceção prevista nos §§3º e 4º deste mesmo dispositivo, ou seja, a receita bruta das atividades não desoneradas pode se sujeitar a tal regime tributário quando for igual ou inferior a 5% do receita bruta total da empresa.

Preliminarmente, entendemos necessárias algumas considerações quanto a situação da Recorrida. Devido a sua atividade principal ser preponderantemente necessária para a condição que permitiria a recorrida utilizar-se do benefício da desoneração da folha de pagamento, daí a necessidade de comprovação de que a ora recorrida tenha alferido receita bruta advinda da prestação de serviços enquadrada no grupo 432 CNAE 2.02, conforme amparo no inciso IV do art.7º da Lei 12.546/2011, o que lhe permite contribuir com base no montante da receita bruta auferida, ao invés de realizar contribuição sobre total da folha de pagamento.

Portanto, com base nesse fato, faz-se necessário evidenciar algumas peculiaridades quanto a sua forma de recolhimento da contribuição previdenciária.

A referida norma legal que autorizou a mudança na forma de contribuição previdenciária criou regras a serem atendidas pelas empresas, quando da execução de outras atividades secundárias concomitantemente com a da sua atividade principal. Com isso, as empresas devem atentar-se a todas as regras para evitar que, por um simples detalhe, venha a ser excluída do referido benefício e não possa utilizar o instituto da desoneração da folha de pagamento.

Um desses detalhes refere-se a empresas que exploram tanto atividades que se podem sujeitar à desoneração da folha de pagamento, quanto atividades que não se sujeitam a este regime, mas que aufera 5% ou menos de sua receita bruta total. Nestas últimas atividades recolherá apenas a contribuição previdenciária sobre a receita bruta, como se todas as atividades se sujeitassem ao regime da desoneração da folha de pagamento. É o que preveem o§§ 5º e 6º do art. 9º da Lei 12.546/2011. Art. 9º (...) § 5º O disposto no §1º aplica-se às empresas que se dediquem a outras atividades, além das previstas nos arts. 7º e 8º, somente se a receita bruta decorrente de outras atividades for superior a 5% (cinco por cento) da receita bruta total. Não ultrapassado o limite previsto no § 5º, a contribuição a que se refere o caput dos arts. 7º e 8º será calculada sobre a receita bruta total auferida no mês.

DA APLICAÇÃO INDEVIDA DA DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO

Conforme já explanado acima, bem como podemos verificar na documentação acostada aos autos, a Recorrida tem como atividade principal o CNAE 4321500 - (INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO ELÉTRICA), atividades estas inerente ao ramo de engenharia, conforme disposto pela CONCLA -Comissão Nacional de Classificação.

Senão vejamos:

Hierarquia:
Seção: F CONSTRUÇÃO
Divisão: 43 SERVIÇOS ESPECIALIZADOS PARA CONSTRUÇÃO
Grupo: 432 INSTALAÇÕES ELÉTRICAS, HIDRÁULICAS E OUTRAS INSTALAÇÕES EM CONSTRUÇÕES
Classe: 4321-5 INSTALAÇÕES ELÉTRICAS
A qual contém a Subclasse 4321-00 (Instalação e manutenção Eletrica)

Além de outras atividades secundárias que não se relacionam com as atividades abrangidas pela legislação, tão pouco com as atividades licitadas pelo edital do pregão 08/2022

VEJAMOS O QUE DIZ A LEI:

"Art. 7º Poderão contribuir sobre o valor da receita bruta, excluídos as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, em substituição às contribuições previstas nos incisos I e III do caput do art. 22 da Lei nº8.212, de 24 de julho de 1991: (Redação dada pela Lei nº 13.161, de 2015).
I - as empresas que prestam os serviços referidos nos §§ 4º e 5º do art. 14 da Lei no 11.774, de 17 de setembro de 2008;

(...)

Art. 7º-A. A alíquota da contribuição sobre a receita bruta prevista no art. 7º será de 4,5% (quatro inteiros e cinco décimos por cento), exceto para as empresas de Call Center referidas no inciso I, que contribuirão à alíquota de 3% (três por cento), e para as empresas identificadas nos incisos III, V e VI, todos do caput do art. 7º, que contribuirão à alíquota de 2% (dois por cento)."

Conforme já mencionado, a recorrida NÃO apresentou para todos os postos, ressaltando-se que se trata de Locação de mão de obra não vinculada as atividades autorizadas para o benefício da desoneração de folha, que no "Submódulo 2.2 – Encargos Previdenciários (GPS), Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e outras contribuições", o percentual/valor relativo à contribuição previdenciária devida ao empregado, 20% do INSS, conforme constatado nas planilhas de custos e além disso, conforme documentação acostada ao processo, o faturamento da recorrida está superior ao permitido pela legislação para usufruir do benefício da desoneração da folha de pagamento.

Além disso, no MÓDULO 6: CUSTOS INDIRETOS, TRIBUTOS E LUCRO, Item "c", subitem B.3 foi cotado o percentual de 4,5% na CPRB – Contribuição Previdenciária com base na Receita Bruta, evidenciando que a Recorrida fez uso da DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA, benefício NÃO PREVISTO e NÃO AUTORIZADOS pela Desoneração da folha de pagamento para serviços de cessão de mão de obra conforme é o caso das categorias previstas no edital-objeto do Pregão 08/2022.

Portanto, não há dúvidas de que a Recorrida fez uso indevido do benefício da desoneração tributária com base na Lei nº12.546/2011. Diante disso, é fundamental que a Administração faça a desclassificação da recorrida, uma vez que a mesma não efetuou as correções solicitadas ela comissão de licitação no ato das diligências efetuadas pelo MJ em cumprimento o art. 3º da Lei Geral de Licitações.

Importa ressaltar que o regime de desoneração tributária, instituído pela Lei nº 12.546/2011, facultou a alguns ramos de atividade, a possibilidade do recolhimento da contribuição previdenciária com base no faturamento bruto da empresa, ao invés da folha de pagamento.

Verifica-se que a recorrida, portanto, tendo optado pelo Regime da Desoneração está tendo VANTAGENS por ter CNAE de serviços de engenharia e tecnologia de informação, frente às demais empresas especializadas na prestação de serviços terceirizados de mão-obra, as quais NÃO PODEM optar pelo benefício da desoneração da folha de pagamento, o que a COLOCA EM SUPERIOR VANTAGEM na formulação de preços ofertados.

Inclusive, o e. TCU por meio do Acórdão nº 671/2018 – Plenário confirmou os efeitos do Acórdão 2859/2013 –Plenário, que assim dispôs:

ACÓRDÃO 2859/2013 ATA 41/2013 - PLENÁRIO - 23/10/2013

Relator: JOSÉ MÚCIO MONTEIRO

Sumário: REPRESENTAÇÃO DA SECRETARIA DE CONTROLE EXTERNO DE AQUISIÇÕES LOGÍSTICAS DO TCU(SELOG). POSSÍVEL IRREGULARIDADE EM DIVERSOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. NÃOREVISÃO DE PREÇOS NOS CONTRATOS FIRMADOS COM EMPRESAS BENEFICIADAS PELO PLANO BRASIL MAIOR, EMFACE DA DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO PARA ALGUNS SETORES DA ECONOMIA (MUDANÇA DA BASEDE CÁLCULO PARA A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA). CONHECIMENTO. NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE MEDIDASPARA A REVISÃO DOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AINDA VIGENTES E PARA O RESSARCIMENTODOS VALORES PAGOS A MAIOR, EM RELAÇÃO ÀS AVENÇAS JÁ ENCERRADAS. DETERMINAÇÕES. MONITORAMENTO.

Verifica-se que o Acórdão acima colacionado entende que as empresas beneficiadas pela desoneração da folha de pagamento tiveram seus CUSTOS DIMINUÍDOS, ensejando na necessária revisão das avenças constituídas sem levarem consideração o benefício, determinando inclusive a DEVOLUÇÃO AO ERÁRIO DOS VALORES

RECEBIDOS A MAIOR.

Ora, se o TCU entende que a desoneração da folha de pagamento é uma VANTAGEM às empresas beneficiadas, constata-se mais uma vez que a recorrida pode ter sido beneficiada frente às demais, violando o princípio basilar da ISONOMIA.

Não obstante, ainda que não se entenda pela violação da isonomia, é dever da Administração averiguar, se no caso em concreto a Recorrida pode legalmente compor seus preços utilizando como parâmetro a alíquota de 4,5%, com base na Contribuição Previdenciária da Receita Bruta.

Isso porque, para a Recorrida fazer jus ao benefício da desoneração tributária, deve ter:

1. Faturamento total com pelo menos 50% do CNAE principal declarado – no caso SERVIÇOS DE ENGENHARIA;
2. Comprovação que o faturamento almejado na licitação – SERVIÇOS DE MÃO DE OBRA - que é alheio ao benefício da desoneração não superará 5% do faturamento principal declarado;

Ou seja, não basta que o CNAE da empresa seja específico para ter o benefício da desoneração, mas deve ter a maior receita auferida oriunda da atividade econômica desonerada, conforme disposto no art. 9º, §9º da Lei nº12.546/2011:

§ 9º As empresas para as quais a substituição da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento pela contribuição sobre a receita bruta estiver vinculada ao seu enquadramento no CNAE deverão considerar apenas o CNAE relativo à sua atividade principal, assim considerada aquela de maior receita auferida ou esperada, não lhes sendo aplicado o disposto no § 1º.

Nesse sentido, também, é a Solução de Consulta COSIT nº 107, de 12/05/2015, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, que determina:

“..Solução de Consulta COSIT nº 107/2015 - RFB CONTRIBUIÇÃO SUBSTITUTIVA. DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO. CONSTRUÇÃO CIVIL. EMPRESAS ENQUADRADAS PELA CNAE. RECEITA DA ATIVIDADE PRINCIPAL. RECEITA ESPERADA. RECEITA AUFERIDA. As empresas sujeitas ao recolhimento da contribuição previdenciária substitutiva de que trata a Lei nº 12.546, de 2011, vinculadas a essa sistemática em razão de atividade econômica definida na CNAE, terão sua receita total assim enquadrada por força da classificação relativa à sua atividade principal, qual seja, a vinculada à maior receita auferida ou esperada. A definição da atividade principal segundo o código CNAE é baseada na receita esperada quando as atividades estiverem sendo iniciadas, ou na receita auferida, nas demais hipóteses.

Assim sendo, com base nos documentos apresentados pela Recorrida, é dever da Administração efetuar a DESCLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA RCS, uma vez que, comprovadamente, os serviços de cessão de mão de obra, apoio administrativos, recepção e/ou serviços de apoio administrativo, operacional e afins NÃO PODEM ULTRAPASSAR 5% DO FATURAMENTO TOTAL para que a RCS continuasse a ter o benefício da desoneração, o que não é o caso, haja vista que o faturamento da RCS ultrapassou e muito os limites legais e, portanto, jamais poderia alterar a forma de contribuição da folha de pagamento para a receita bruta, conforme assim o fez na composição das planilhas de composição de custos de todos os cargos licitados pelo pregão 08/2022.

Outro fato importante, o qual reforça as alegações da Recorrente é que, conforme declaração de contratos firmados apresentada pela Recorrida e que deve ser melhor analisada por esse Ministério da Justiça, é que o total do contratos firmados, com fornecimento de Locação de mão de obra continuada de apoio administrativo e as outras atividades não abarcadas pela desoneração da folha de pagamento já ultrapassou os limites legais, ou seja dos R\$ 230.900.108,36, aproximadamente R\$ 142.500.000,00 SÃO REFERENTE AS ATIVIDADES NÃO DESONERADAS.

Além disso, outro fato relevante que impossibilita a Recorrida de se beneficiar da desoneração da folha de pagamento no referido pregão, é que o valor estimado para esta contratação, conforme consta do edital, é de R\$ 28.882.045,68, ou seja, a recorrida jamais poderia ter sido classificada e habilitada no pregão, uma vez que não atende o limite dos percentuais trazido pela Lei nº 12.546/2011.

Isso significa que no caso em espécie a Recorrida NÃO PODERÁ SE UTILIZAR do benefício da desoneração especificamente para os serviços do objeto do pregão, e deverá apresentar sua planilha de custos com a contribuição previdenciária com base na folha de pagamento e não na Receita Bruta, OU SEJA DEVERIA FAZER CONSTAR OS 20% DO INSS NO SUBMÓDULO 2.2-A das planilhas de custos, conforme constante no art. 9º, §5º da Lei nº 12.546/2011:

§5º O disposto no §1º aplica-se às empresas que se dediquem a outras atividades, além das previstas nos arts. 7º e 8º, somente se a receita bruta decorrente de outras atividades for superior a 5% (cinco por cento) da receita bruta total.

É notório que se a empresa obtiver receita de outras atividades superiores a 5% da receita bruta total (o que se aplica no caso concreto), aplicará a forma de cálculo da contribuição previdenciária conforme o disposto no art. 9º, §1º da Lei nº 12.546/2011:

§1º No caso de empresas que se dedicam a outras atividades além das previstas nos arts. 7º e 8º, o cálculo da contribuição obedecerá:

I - ao disposto no caput desses artigos quanto à parcela da receita bruta correspondente às atividades neles referidas; e

II - ao disposto no art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, reduzindo-se o valor da contribuição dos incisos I e III do caput do referido artigo ao percentual resultante da razão entre a receita bruta de atividades não relacionadas aos serviços de que tratam o caput do art. 7º e o § 3º do art. 8º ou à fabricação dos produtos de que trata o caput do art. 8º e a receita bruta total.

A norma é clara ao reconhecer o desenquadramento automático da Desoneração para atividades alheias a atividade principal. Tal previsão foi lançada justamente para que as empresas não aproveitassem a Desoneração de atividade secundária de forma deliberada. Nesse sentido é claro que se uma empresa declara que tem CNAE principal de uma atividade desonerada, mas recebe receitas de outra atividade que não é desonerada, não poderá ser beneficiada integralmente pelo benefício da Desoneração.

Portanto para os casos em que empresas enquadradas na Lei da Desoneração, mas que recebem receitas de atividades alheias ao referido benefício, se aplicará o disposto no inciso II do §1º do art. 9º da Lei 12.546/2011. Ou seja, seria obrigatório a correção das planilhas de custos quando das diligências feitas pela comissão de licitação do MJ e mesmo assim a RCS não o fez, deixando, mais uma vez de atender às exigências editalícias, cabendo, portanto, a sua desclassificação do certame.

Trazemos a baila entendimento expedido pela Receita Federal do Brasil:

“...SOLUÇÃO DE CONSULTA- COSIT Nº 37/2015, RFB...”, conforme já mencionado acima

Diante do exposto, as planilhas de custos apresentadas pela empresa RCS estão em desacordo com a legislação, bem como em desacordo com o edital e seus anexos, haja vista que não consta os valores a serem recolhidos a título de contribuição previdenciária, ou seja, 20% sobre o submódulo 2.2-A, cuja omissão no julgamento por parte da Administração Pública, poderá o gestor e/ou o pregoeiro serem responsabilizados administrativamente e civilmente por futuros danos ao erário, aos empregados alocados na contratação assim como à impetrante, inclusive a corresponsabilização por eventuais prejuízos futuros de cunho fiscal e trabalhistas, caso a decisão seja mantida por esta comissão de licitação.

Insta esclarecer, douda pregoeira, que se ainda fosse possível aceitar a proposta da ora recorrida, o mínimo que se poderia admitir seria a correção das planilhas de custos com cotação dos 20% INSS do submódulo 2.2, porém a recorrida, em 04 diligências promovidas por esse MJ não o fez e por este motivo deverá ser desclassificada do certame pelo não atendimento aos requisitos editalícios.

Para melhor corroborar com a análise da peça recursal apresentada por esta Recorrente citamos 03 casos semelhantes no que se refere a não aplicação da Desoneração de folha sobre a contratação de serviços de locação de mão de obra continuada, conforme é o objeto de contratação do Pregão 08/2022 do ministério da justiça

1- O IBGE abriu pregão eletrônico para contratação de serviços terceirizados de locação de mão de obra , através do pregão 0032/2018-Processo 45142001668201809, promovido pelo IBGE- Administração Central do Rio de Janeiro, onde na ocasião o mesmo decidiu por não acolher a proposta apresentada pela empresa declarada vencedora, onde a mesma utilizou a prerrogativa da desoneração da folha de pagamento, nos termos da ora recorrida, fazendo com a mesma corrigisse sua proposta, considerando o percentual de 20% sobre o total da remuneração, a qual foi desclassificada por não conseguir fechar o preço na forma devida.

2- SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL
PREGÃO 21/2018
UASG: 90023
PROCESSO: 0001302-13.2018.4.01.8005

(...)

“ 14. Desta forma, verifica-se que as alegações apresentadas pela Recorrente procedem visto que a receita secundária da atividade principal irá superar o percentual de 5% (cinco por cento) definido no §5º do art. 9º da Lei 12.546/2011, e, portanto, a Recorrida perde o direito de utilizar o benefício da desoneração da folha de pagamento. (grifo nosso)”

“CONCLUSÃO DO PREGOEIRO E EQUIPE DE APOIO”

“Diante do exposto, este Pregoeiro e Equipe de apoio, corroborando com o entendimento da área técnica, resolvem: DEFERIR parcialmente o recurso da empresa G&E SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA, decidindo pela inabilitação da empresa RCS TECNOLOGIA LTDA, visto que a receita secundária da atividade principal irá superar o percentual de 5% (cinco por cento) definido no §5º do art. 9º da Lei 12.546/2011, e, portanto, a Recorrida perde o direito de utilizar o benefício da desoneração da folha de pagamento”.

03- TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO

SENTENÇA CONDENATÓRIA
16ª Vara do Trabalho de Brasília/DF
ATOrd 0000771-62.2019.5.10.0016

Portanto senhora pregoeira, se tal procedimento do entendimento pela aplicação da norma legal e exigir da licitante a aplicação da alíquota de 20% sobre o total da remuneração valeu para o órgão da Administração Pública como o IBGE e para 02 unidades do poder Judiciário, por que a aplicação da lei não pode valer também para esse Ministério da Justiça?

Outro fato importante é que, como o Pregão em tela se refere a contratação de locação de mão de obra continuada, diga-se mais uma vez, SERVIÇOS NÃO PERMITIDOS PARA UTILIZAÇÃO DA DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO, haverá a obrigatoriedade desse Ministério da Justiça de Efetuar o controle do RISCO DE DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIAS E COM O FGTS DA CONTRATADA, cujo controle será feito por meio de DEPÓSITO EM CONTA VINCULADA, conforme consta do Termo de Referência.

Senão vejamos:

4.9. Do mecanismo de controle do risco de descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e com FGTS da contratada:

4.10. A Instrução Normativa SEGES nº 5/2017 traz, no §1º do Art. 18, a necessidade, pelo agente público, da adoção de um dos seguintes controles internos, para mitigação de riscos: Conta Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação ou Pagamento pelo Fato Gerador.

4.11. A conta de depósito-vinculada trata de conta aberta pela Administração à empresa contratada, destinada exclusivamente ao pagamento de férias, 13º (décimo terceiro) salário e verbas rescisórias aos trabalhadores da contratada, enquanto o pagamento pelo fato gerador se caracteriza pelo fato de que o pagamento mensal devido à contratada terá seu valor liquidado considerando apenas os componentes de custos que efetivamente ocorreram naquele período.

4.12. A utilização da Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação é ferramenta já institucionalizada e sedimentada na Administração Pública como mecanismo de proteção e gestão de riscos na execução de contratos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, contribuindo para assegurar os recursos necessários para o cumprimento das obrigações sociais e trabalhistas em caso de inadimplemento da contratada, bem como para a segurança jurídica dos gestores e fiscais de contrato. Ou seja, trata-se de ferramenta bem internalizada e utilizada, como regra, nas contratações de serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão de obra realizadas pelos Órgãos da Administração Pública Federal, inclusive por este Ministério da Justiça e Segurança Pública.

(...)
(...)

4.15. Assim, pelas razões ora consignadas, conclui-se que, na contratação dos serviços objeto deste estudo, a Conta Vinculada é a opção que apresenta o melhor custo-benefício como mecanismo de controle do risco de descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e com FGTS por parte da contratada. (grifo)

Portanto senhora pregoeira como é que esse Ministério da justiça vai garantir os direitos trabalhistas e previdenciários dos empregados alocados na futura contratação, sendo que em nenhuma planilha de custos da RCS há a previsão da cotação dos 20% do INSS do submódulo 2.2-A, POR SE TRATAR DE CONTRATAÇÃO DE MÃO DE OBRA e que não cabe a exclusão de tal percentual.

Ou seja, os direitos são resguardados pela Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação reside na provisão de valores de encargos sociais que incidem sobre o 13º Salário, as Férias e o adicional de 1/3 constitucional sobre as Férias.

As contribuições sociais do empregador e do empregado incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalhador destinam-se ao custeio da seguridade social que, nos termos da Lei, será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, com recursos dos orçamentos da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das contribuições sociais do empregador e do empregado. (vide art. 195 inciso I alínea “a” da Constituição Federal)

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).”

Compõem estes custos, os seguintes encargos sociais: INSS, SESI ou SESC, SENAI ou SENAC, INCRA, Salário Educação, FGTS, Seguro acidente do trabalho (atualmente conhecido como Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa decorrente dos Riscos Ambientais do Trabalho - SAT/GIIL-RAT) e SEBRAE. O quadro a seguir apresenta a composição e os respectivos percentuais, conforme Submódulo 2.2 do anexo VII-D da Instrução Normativa nº 05, de 2017.

Os Percentuais total do submódulo 2.2 são estipulados por lei e podem variar de 34,80% a 36,80% a depender do SAT utilizado por cada empresa, cujas incidências também serão proporcionais de acordo com cada percentual de SAT adotado.

Portanto, considerando essa variação do SAT, os percentuais máximos de Reserva Mensal para pagamento de Encargos Trabalhistas (Obrigatórios) incidentes sobre a remuneração variam de 32,82% à 33,25%. Ou seja, como os empregados terão seus direitos previdenciários garantidos sem que as planilhas de custos da recorrida estejam contempladas os 20% do INSS sobre o submódulo 2.2-A, uma vez que os serviços são referentes a contratação de mão de obra continuada e a desoneração de folha não supre esse percentual a ser retido na conta vinculada.

Tais percentuais poderão ser confirmado através de consulta ao Caderno de Logística – Conta Vinculada da IN 05/2017.

Como se vê senhora pregoeira, a recorrida utilizou-se de manobra no tocante a composição do preço da sua planilha para que o mesmo fechasse no valor do seu lance final. Porém, conforme demonstrado acima, a planilha da recorrida não poderia ser aceita da forma que foi apresentada, haja vista que a composição do preço está em desacordo com a legislação que rege a matéria.

Ou seja, a recorrida se beneficiou da desoneração de forma indevida em todas as planilhas de custos e teve seu preço final reduzido no pregão em que ela se sagrou vencedora.

Apesar de ter se consagrado vencedora como a melhor proposta para a administração pública, sua proposta está em desconformidade com as previsões edilícias e ainda não reflete o real enquadramento da empresa no certame e deve ter sua classificação revogada, haja vista que utilizou, em sua proposta, o benefício da desoneração da folha de pagamento indevidamente, em total desrespeito a legislação vigente e ao edital.

Ocorre que a prestação de serviços de terceirização de mão de obra continuada, não está amparada pela desoneração e fere de morte o princípio da isonomia e requeiros do edital não atendidos durante a fase de aceitação da proposta de preços.

Desta feita, a empresa recorrida não demonstrou o atendimento integral dos requisitos para utilização da desoneração da folha, mormente com relação a apresentação de documentos para comprovação da possibilidade de utilização da desoneração da folha.

De outra parte, a conduta voltada à aceitação da documentação viola o princípio da isonomia que deve presidir todo e qualquer procedimento licitatório (art. 3, da Lei nº 8.666/93).

O Descumprimento das cláusulas implica a desclassificação da proposta da empresa recorrida, por se tratar de ofensa Constitucional, nos termos dispostos pelo artigo 37, XXI, da Constituição Federal, conforme destacamos abaixo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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. Ora, o benefício da desoneração da folha permite que algumas empresas optem pela substituição da base de cálculo da contribuição previdenciária, em conformidade com a Lei nº 12.546/2011 (alterada pela Lei 13.670/2018).

Como já é de conhecimento da douta pregoeira, a prestação de serviço de mão de obra, não está amparado pela desoneração da folha. A recorrida obteve vantagem indevida sobre as demais empresas participantes e feriu o princípio isonômico da licitação, uma vez que não comprovou estar apta a usufruir de tal benefício tributário, em atendimento a legislação específica.

Destacamos que a oferta do menor preço não significa necessariamente, a melhor proposta, tampouco deve ser aplicada a tese da oferta mais vantajosa para a administração pública, pois existe a possibilidade de a proposta ser, na verdade, uma ilegalidade em razão da ausência de documentos comprobatórios

6. DO PREENCHIMENTO DA PROPOSTA

Conforme já exaustivamente debatido na peça recursal em tela, a proposta da RCS jamais poderia ser aceita, uma vez que as planilhas de custos, além de estarem todas

com base na tributação baseada na CPRB, estão elaboradas sem as abrangências devidas das categorias sindicais, haja vista que a CCT apresentada pela Recorrida abrange tão somente os empregados relacionados a metalurgia. Portanto deixa de atender a exigência do edital, item 6.1.2.1, haja vista que não há nenhuma relação das categorias licitadas vinculadas a CCT apresentada pela recorrida, inclusive a referida CCT não vinculada nenhum dos CBO's das categorias descritas no edital e no termo de referência, conforme exigido. Senão vejamos

()...

6.1.2. Descrição do objeto, contendo as informações similares à especificação do Termo de Referência, incluindo-se, dentre outras, as seguintes informações:

6.1.2.1. A indicação dos sindicatos, acordos coletivos, convenções coletivas ou sentenças normativas que regem as categorias profissionais que executarão o serviço e as respectivas datas bases e vigências, com base na Classificação Brasileira de Ocupações - CBO;

(...)

6.3. Nos valores propostos estarão incluídos todos os custos operacionais, encargos previdenciários, trabalhistas, tributários, comerciais e quaisquer outros que incidam direta ou indiretamente na prestação dos serviços, apurados mediante o preenchimento do modelo de Planilha de Custos e Formação de Preços, conforme anexo deste Edital;

(...)

4. DESCRIÇÃO DOS REQUISITOS DA CONTRATAÇÃO

4.1. Dos requisitos necessários para o atendimento da necessidade:

4.1.1. A contratação de pessoa jurídica especializada no fornecimento de mão de obra terceirizada, com dedicação exclusiva, deve cumprir com os padrões exigidos de produtividade e frequência estabelecidos para prestação dos serviços contínuos de Auxiliar Administrativo, Assistente Administrativo, Recepcionista, Secretário Executivo, Técnico em Secretariado e Motoristas Executivos, além do fornecimento de todos os equipamentos, materiais e insumos de mão de obra (uniformes), a serem executados nas unidades do Ministério da Justiça e Segurança Pública, localizadas em Brasília, no Distrito Federal.

(...)

e) exigência de garantia de execução contratual pela contratada que contemple também a cobertura para os casos de descumprimento das obrigações de natureza previdenciária, social e trabalhista, inclusive FGTS, com validade durante a vigência do contrato e mais 90 dias após o seu encerramento;

f) pagamento da parte dos valores mensais devidos à contratada correspondente às férias, décimo terceiro salário e verbas rescisórias dos empregados em Conta-Depósito Vinculada, com movimentação condicionada à autorização do contratante, conforme disciplinado na letra "b" do inciso V do artigo 8º do Decreto nº 9.507, de 2018 e na IN SEGES nº 5/2017;

(...)

i) enquadramento das categorias profissionais dos empregados de acordo com a CBO, aprovada pela Portaria nº 397 do MTE, de 09 de outubro de 2002, na forma especificada nos Quadros 1 a 7 deste ETP; (grifo)

Senão vejamos o que diz a CCT utilizada pela RCS para as demais categorias:

" CLÁUSULA SEGUNDA – ABRANGÊNCIA"

O presente Termo Aditivo de Acordo Coletivo de Trabalho, aplicável no âmbito da(s) empresa(s) acordante(s), abrangerá a(s) categoria(s) Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico e Eletrônico, com abrangência territorial em DF.

Tanto o acordo coletivo, quanto ao termo aditivo firmado entre a RCS e o Sindicatos não abrangem as categorias licitadas e jamais poderia ser aceita pela comissão de licitação desse Ministério da Justiça.

A convenção é clara: A CCT e o termo aditivo abrangerá tão somente os TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS METALÚRGICAS, MECÂNICAS E DE MATERIAIS ELÉTRICO E ELETRÔNICO.

Os trabalhadores a serem contratados serão de locação de mão de obra, de forma continuada, junto ao ministério da Justiça, os quais possuem Sindicatos legalmente constituídos que os representam, inclusive sediados no local da prestação de serviços, o que é mais agravante ainda, porque além de beneficiar a empresa, o ministério estará prejudicando centenas de trabalhadores e pais de famílias que já contam com os salários e benefícios que vem recebendo a vários anos, visto que muitos deles são remanescentes de outros contratos e que, inclusive, já fizeram compromissos futuros contando com os salários percebidos pelos respectivos sindicatos abrangidos por estas categorias.

Portanto senhora pregoeira, a Recorrida não atendeu aos requisitos legais e editalícios, isto porque a CCT indicada, se quer, traz referências aos cargos e CBO's exigidos no edital e no termo de referência, assim como não cotou os salários corretos para todas as categorias, uma vez que todas as categorias listadas no edital dispõem de sindicatos representativos, legalmente constituídos e sediados no Distrito Federal, sendo elas:

CCT nº DF000015/2022 – SINDISERVIÇOS/DF.

CCT nº DF000009/2022 – SINTRATER/DF

CCT nº DF000002/2022 – SIS/DF

Conforme pode ser verificado nos autos do processo, a recorrida teve a oportunidade de sanar os vícios identificados pela pregoeira e sua equipe de apoio, no entanto não o fez como deveria.

Em que pese o preço global da primeira colocada seja o menor preço, não significa dizer que seja o melhor preço ou que seja a proposta mais vantajosa para a administração pois não o é, visto que está eivada de vícios insanáveis, taxa de lucro e taxa de administração elevados, sem contar que a cotação de salários inferiores aos já praticados tanto no atual contrato, como nos demais órgãos da administração pública fere o princípio da isonomia das propostas e competitividade. Além disso, a aceitação por parte dessa pregoeira poderá acarretar ações judiciais e administrativas contra a administração, bem como contra a comissão de licitação por eventuais prejuízos causados aos trabalhadores, ao erário e até mesmo pela possível perda de negócios pelas demais licitantes, uma vez que a proposta da recorrida está totalmente em desacordo com os ditames legais.

Neste sentido observa-se que a recorrida deixou de atender as exigências editalícias uma vez que a proposta apresentada, mesmo com as correções e ajustes solicitados durante a sessão, não foram suficientes para que a Recorrida sanasse as irregularidades constantes da planilha de preços, especialmente no que diz respeito à cotação de salário, encargos, tributos e demais obrigações previstas nas CCTs das categorias vinculadas ao edital do pregão 08/2022, bem como, na legislação vigente, fatos estes que também foram ignorados pela Pregoeira do Ministério da Justiça ao declarar a RECORRIDA vencedora do certame.

A abrangência dos sindicatos está vinculada, pela legislação, a uma determinada base territorial.

Será nessa (e somente nessa) base territorial que seus atos produzirão efeitos. Dentre tais atos, podemos incluir o dissídio ou a convenção coletiva.

Assim, as normas coletivas (dissídios, convenções ou acordos coletivos) a serem respeitadas serão aquelas vigentes para cada categoria que presta serviços dentro da base territorial abrangida pelo respectivo sindicato ao qual cada categoria estará vinculada, conforme exigido no edital e seus anexos, ou seja, as convenções deverão abranger cada categoria a ser contratada, assim como respeitados o respectivo CBO.

Valemo-nos de doutrina transcrita no parecer (nº 33/99) elaborado pelo Dr. Durval Silvério de Andrade, advogado do SINDHOSP, que reproduz ensinamentos do Prof. Amauri Mascaro Nascimento, em sua obra "Direito Sindical", págs. 344/5, Ed. Saraiva, 1989:

"Há empresas que, pelo porte, têm estabelecimentos situados em diversas bases territoriais. Nesse caso, em cada base será aplicada a convenção coletiva do respectivo sindicato. Essas diversas convenções podem ser semelhantes ou diferentes, de modo que, de acordo com cada convenção coletiva, os direitos dos trabalhadores da empresa coincidirão na medida em que diversos vierem a ser os sindicatos e as bases.

Quando o empregado muda o local de trabalho não pode reclamar direitos previstos na convenção coletiva que não vigora na nova localidade.

A convenção coletiva aplicável numa empresa é a do local da prestação de serviços dos empregados, ficando assim resolvida a questão quanto à base territorial. ..."que no caso em tela, são as CCTs do Sindserviços/DF, SINTRATER/DF e SIS/DF, conforme já mencionado acima, assim como os respectivos salários definidos em cada CCT.

Referido parecer menciona a seguinte jurisprudência:

"Lei de proteção que regerá a relação jurídica de emprego. A lei do lugar onde executado o contrato de trabalho será aplicada por força do princípio da "lex loci executionis" (lei do local da execução do trabalho). TST, ERR 6417/83, Mendes Cavaleiro, ac. TP, 1900/87.

"Convenções coletivas – Sindicato – Base territorial – As normas coletivas são aplicáveis aos contratos dos trabalhadores que prestam serviços na base territorial do Sindicato de Classe que os representa. Admitir-se o contrário, seria ampliar ilegalmente a base territorial da entidade representativa, em afronta ao disposto no art. 8º, II, da Constituição Federal/88." (TRT 10ª R., RO 5515/96, 2ª T., Rel. Juiz Braz Henriques de Oliveira – DJU 09.05.97)

Da doutrina do sempre festejado Amauri Mascaro Nascimento, extraímos a seguinte jurisprudência por ele citada:

"Empresa que, embora sediada em outro local, passa a desenvolver sua atividade econômica em base territorial onde vigora Convenção Coletiva intersindical, deve observar as condições de trabalho e salariais vigentes no local da prestação de serviços, sob pena de criar inadmissível disparidade no tratamento, principalmente remuneratório, entre trabalhadores da mesma categoria. O fato da empresa não ter participado da negociação coletiva não a desobriga do cumprimento da Convenção, pois esta tem natureza ampla e a representação é prerrogativa da entidade sindical, por força de lei, sem necessidade de qualquer delegação." (Ac TRT, 9ª R., 2ª T., RO 893/86, rel. Juiz Euclides Alcides Rocha, DJ 10.09.86). que no caso em tela, são os sindicatos de cada categoria, conforme já mencionado.

"Pedido formulado com base em cláusula de convenção coletiva não pode ser atendido se, mudando o local de trabalho, o empregado deixou de ser alcançado pela referida convenção. Vantagem dessa espécie restringe-se aos empregados que trabalham no limite da representação do sindicato conveniente." (Ac TRT 9ª R., 2ª T., RO 11.045/86, rel. Juiz Leonardo Abagge, DJ 02.04.86)

Com se vê, a Recorrida jamais poderia ter sua proposta dada como vencedora do certame, primeiro porque não cumpriu todas as exigências editalícias, segundo porque não cumpriu as normas legais que regem a matéria, terceiro e mais grave, caso mantida a decisão dessa douda pregoeira, será o prejuízo causado aos trabalhadores que, há anos vêm recebendo os seus salários com base nos sindicatos que legalmente os representam e que tal decisão acarretará prejuízos irreparáveis a classe trabalhadora alocada no Ministério da Justiça, sem contar que tanto o MJ quanto a própria pregoeira poderão serem responsabilizados administrativa e civilmente caso a RCS não seja capaz de arcar com todas as responsabilidades trabalhistas e previdenciárias já elencadas no recurso em questão.

Com o devido respeito, vossa senhoria não poderia ter aceitado a proposta da recorrida da forma que fora apresentada, até porque o edital é lei entre as partes e isto inclui também o Ministério da Justiça.

Como se vê na ata do certame, a recorrida foi oportunizada a corrigir sua proposta e não o fez de maneira correta e mesmo assim foi acatada pelo Douto Pregoeiro, que resolveu declará-la vencedora do certame ora em tela.

Com o devido respeito, tal decisão não foi a mais acertada.

Isso porque as respostas apresentadas pela recorrida quanto aos questionamentos realizados relativamente à sua proposta foram insuficientes para atestar a exequibilidade da mesma.

Fica claro que as justificativas apresentadas pela recorrida – e acolhidas pelo Douto Pregoeiro – são insuficientes e não se prestam a comprovar a exequibilidade da proposta.

Fica claro, também, que a Douta Pregoeira jamais poderia ter aceitado as justificativas apresentadas pela recorrida, que são excessivamente simplórias, não se baseando em qualquer dado objetivo que possa concluir pela exequibilidade dos índices questionados em sede de diligência.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração Pública a cumprir fielmente as regras previamente disciplinadas para o certame, consoante previsto no art. 3º, caput, coadjuvado com o art. 41 da Lei nº 8.666/1993:

"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.

(...)

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

A Lei nº 8.666/93 assim também determina em seu artigo 3º, caput:

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.

Além disso, cabe ressaltar que a própria Lei, justamente com o escopo de evitar contratações em preços inexequíveis ou com margens de lucro nulas, proíbe a admissão de proposta que apresente preços unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, como é o caso da falta da inclusão dos 20% sob o módulo 2.2-A do edital, assim como a cotação dos salários inferiores aos permitidos pelas CCTs de cada categoria.

Confira-se os artigos 44, § 3º e 48, II, da Lei nº 8.666/93:

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

(...)

Art. 48. Serão desclassificadas:

(...)

II – propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação."

É inegável que a planilha de custos apresentada pela recorrida está eivada de vícios insanáveis, pois não está em conformidade com a legislação vigente, bem como não atende as exigências do edital, conforme já demonstrado acima.

Importante ressaltar que tais falhas não eram sequer passíveis de retificação por meio de diligência, uma vez que o artigo 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93, e o Decreto 5.450, em seu art. 26, § 3º, permite. ao Pregoeiro a promoção de diligência com o fim de corrigir erros formais da planilha de custos somente quando estes não alterem a substância da proposta.

Ora, conquanto o objetivo precípuo da licitação seja a obtenção do preço mais vantajoso para a Administração, nota-se que a Lei busca resguardar o ente público de contratar licitante que apresente preços inexequíveis ou com falhas constantes na planilha de custos.

Final de contas, as consequências de contratação de licitante nessas condições são várias, indo desde a não prestação do serviço de modo adequado até o inadimplemento de obrigações e encargos trabalhistas que futuramente podem vir a ser suportados pela própria Administração.

Sobre o tema, assim se manifesta o Professor Jesse Torres:

"Preço inviável é aquele que sequer cobre o custo do produto, da obra ou do serviço. Inaceitável que empresa privada (que almeja sempre o lucro) possa cotar preço abaixo do custo, o que a levaria a arcar com prejuízo se saísse vencedora do certame, adjudicando-lhe o respectivo objeto. Tal fato, por incongruente com a razão de existir de todo empreendimento comercial ou industrial (o lucro), conduz, necessariamente, à presunção de que a empresa que assim age está a abusar do poder econômico, com o fim de ganhar mercado ilegítimamente, inclusive asfixiando competidores de menor porte. São hipóteses previstas na Lei nº 4.137, de 10.09.62, que regula a repressão ao abuso do poder econômico."

E o professor Hely Lopes Meirelles:

"A inexequibilidade se evidencia nos preços zero, simbólicos ou excessivamente baixos, nos prazos impraticáveis de entrega e nas condições irrealizáveis de execução diante da realidade do mercado, da situação efetiva do proponente e de outros fatores, preexistentes ou supervenientes, verificados pela Administração (...)"

E ainda a jurisprudência do e. TCU sobre o tema:

"[...] Com efeito, ao admitir uma proposta com tais imperfeições, a administração pública pode ficar sujeita a uma posterior oposição de dificuldades para a execução contratual de parte da empresa. Não seria surpresa se, frustrada a alíquota incerta, que possibilitou cotações mais baixas e a adjudicação do objeto, a contratada viesse alegar a necessidade de equilíbrio econômico-financeiro, com base, por exemplo, no §5º do art. 65 da Lei nº 8.666/93: [...]. Chancelar uma promessa como se fosse uma prescrição de lei, com a boa intenção de contratar por menos, pode acabar trazendo consequências danosas para os cofres públicos. Além disso, transgride o princípio da legalidade desprezando, no caso, a realidade tributária. (Acórdão nº 395/2005, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar)."

As consequências danosas advindas da contratação de empresa que possui vícios insanáveis na formação do preço ofertado, englobam ainda a prestação de serviços mal estruturados ou imprestáveis, bem como a necessidade de realização de nova licitação, o que gera custos de tempo e recursos que poderiam ser evitados.

Sobre o tema, confira-se a lição do Professor Marçal Justen Filho:

"[...] Usualmente, a contratação avençada por valor insuficiente acarretará a elevação dos custos administrativos de gerenciamento do contrato. Caberá manter grande vigilância quanto à qualidade e perfeição do objeto executado e litígios contínuos com o particular, sempre interessado em obter uma solução que propicie a

reestruturação da contratação. Logo, as vantagens obtidas pela Administração poderão ser meramente aparentes. No final, a Administração obterá ou um objeto de qualidade inferior ou se deparará com problemas muito sérios no tocante à execução do contrato.”(grifo)

Dessa feita, são evidentes aqui também os vícios insanáveis constantes na planilha de custos da recorrida, bem como é evidente a insuficiência de suas justificativas, motivo pelo qual sua proposta não poderia ter sido aceita pela Administração.

É forçoso apontar que a recorrida teve sua proposta aceita e julgada regular, mesmo diante das falhas supracitadas.

Essa circunstância enseja reprovável desigualdade entre os licitantes, em evidente descumprimento ao disposto nos já citados arts. 37, inc. XXI, da Constituição Federal e 3º, caput, da Lei nº 8.666/1993, vez que as disposições editalícias devem ser aplicadas a todos os licitantes.

Verifica-se no presente caso violação ao artigo 3º, caput e § 1º e incisos e artigo 30, caput e inciso II, § 1º, I da Lei nº 8.666/93, pois houve a quebra da isonomia entre os licitantes ao se tolerar falhas que impactaram negativamente na proposta.

O artigo 44, § 3º, da Lei de Licitações, determina que “Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.”

Sobre tal disposição legal, confira-se, novamente, a lição do Professor Marçal Justen Filho:

“Os arts. 44, §3º e 48, II e §§1º e 2º, devem ser interpretados no sentido de que a formulação de proposta de valor reduzido exige avaliação cuidadosa por parte da Administração. A evidência de prática de valor irrisório deve conduzir à formulação de diligências, destinadas a apurar a viabilidade da execução, inclusive com a verificação de outros dados no âmbito do licitante. Assim, cabe verificar se o sujeito efetivamente se encontra em dia com suas obrigações tributárias e previdenciárias. Deve exigir-se o fornecimento de informações sobre o processo produtivo e a qualidade dos produtos e insumos. É necessário solicitar do sujeito esclarecimentos sobre a dimensão efetiva de sua proposta e assim por diante”

Confira-se a jurisprudência do e. Tribunal de Contas da União sobre o tema:

“10. A propósito do procedimento, ora anunciado, parece-me imperioso frisar, de início, que, nos termos legalmente estabelecidos, é prevista a desclassificação de propostas na licitação que tenham valor global superior ao limite estabelecido ou que apresentem preços manifestamente inexequíveis, significando dizer que, uma vez submetidos ao critério estabelecido no §1º anteriormente transcrito, os preços que se situem em patamares inexequíveis, deverão, necessariamente, ser objeto de demonstração de viabilidade pela empresa que os ofertou, sob pena de, não logrando êxito nessa comprovação, ter desclassificada sua proposta”

Diante da inconformidade da proposta, a mesma deve ser rejeitada e a empresa licitante declarada inabilitada. No caso concreto, a recorrida deixou de cotar salários compatíveis, deixou de cotar os 20% do INSS sobre o submódulo 2.2-A e utilizou-se da prerrogativa da Desoneração de folha de pagamento, sendo que a atividade a ser contratada não está amparada pela legislação da desoneração da folha, assim como o seu maior faturamento é proveniente de serviços de fornecimento e locação de mão de obra continuada não permitidas e/ou amparadas pela lei de desoneração de folha, como quer fazer transparecer a recorrida. Cujo faturamento é bastante superior ao permitido por lei, conforme já demonstrado anteriormente pela Recorrente.

Aqui não se entende que haja excesso de formalismo, mas somente o cumprimento estrito às exigências do Edital e a necessidade de haver conformidade da proposta com seus termos:

Esse é o entendimento dos Tribunais:

“PEDIDO DE REEXAME EM PROCESSO DE REPRESENTAÇÃO. APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA EM DESCONFORMIDADE COM O EDITAL. DESCLASSIFICAÇÃO DEVIDA. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO. ARQUIVAMENTO. 1. Não se aceita como proposta documento que não contém todos os elementos exigidos no edital, sobretudo quando o conjunto dos documentos contém contradições e a parcela que é favorável ao licitante desclassificado consubstancia-se em patente reprodução dos textos contidos no edital. 2. Se o edital pede que o produto a ser ofertado seja submetido a teste de qualidade, este deve incidir sobre produto com as exatas características exigidas no edital como definidoras de seu objeto.”

E ainda:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO DA TERRACAP PARA A VENDA DE IMÓVEIS. DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA REALIZADA EM DESCONFORMIDADE COM O EDITAL. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. PROPOSTA ACOMPANHADA DE CAUÇÃO INFERIOR À EXIGIDA PELO EDITAL. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E DA ISONOMIA. I. OS ATOS ADMINISTRATIVOS SÃO IMANTADOS POR UMA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E DE VERACIDADE QUE SÓ PODE SER DESCONSTITUÍDA MEDIANTE PROVA CONCLUDENTE EM SENTIDO CONTRÁRIO. II. LEGITIMIDADE E VERACIDADE SÃO ATRIBUTOS INDISSOCIÁVEIS QUE CONFEREM AO ATO ADMINISTRATIVO A PRESUNÇÃO DE TEREM SIDO REALIZADOS DE ACORDO COM A LEI E DE ESPELHAREM A CONFORMIDADE COM OS FATOS NARRADOS OU ATESTADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. III. LONGE ESTÁ DE REPRESENTAR FORMALISMO EXACERBADO A DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA FORMULADA EM DESACORDO COM O EDITAL. IV. NÃO HÁ QUE SE FALAR EM FORMALISMO, SENÃO EM CUMPRIMENTO ESTRITO DAS NORMAS EDITALÍCIAS, QUANDO A PROPOSTA É DESCLASSIFICADA PELO FATO OBJETIVO DE SUA DESCONFORMIDADE COM O EDITAL. V. COMO NORMA BÁSICA DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, O EDITAL SUBMETE AOS SEUS TERMOS TANTO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO OS LICITANTES, DE MANEIRA QUE NÃO PODE TER A SUA APLICAÇÃO RESSALVADA OU EXCEPCIONADA, SOB PENA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA IMPESSOALIDADE. VI. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.”

Na licitação a isonomia significa que todos os particulares que tencionem contratar com a Administração Pública devem concorrer em igualdade de condições, vedado o oferecimento de vantagem a um e não extensiva a outro.

O descompasso com os critérios previamente estabelecidos em Lei mostra-se impregnado de subjetivismo. Afrontaria, por conseguinte, o dever de julgamento objetivo prenunciado no art. 45, caput, da Lei nº 8.666/1993:

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

Com o devido respeito, não cabe ao pregoeiro flexibilizar nesse ponto o cumprimento da Lei e das normas editalícias, não podendo a Administração aceitar proposta evitada de dúvidas quanto à sua exequibilidade.

Decidir pela habilitação e classificação de licitante sem a observância estrita das normas legais que regem a Licitação configura severo desrespeito ao propósito fundamental da licitação que é “garantir a observância do princípio constitucional da isonomia”.

A flexibilização, por interpretação benevolente e unipessoal do pregoeiro, compromete a isonomia e viola a impessoalidade.

Dessa forma, o presente recurso merece provimento para desclassificar a proposta ora em discussão, eliminando-se a recorrida do procedimento licitatório objeto desses autos, tendo em vista as falhas verificadas na formação do preço ofertado e o descumprimento de regras editalícias e da legislação que rege as licitações Públicas.

Do pedido

Ante o exposto, requer o recebimento, conhecimento e provimento das razões recursais ora apresentadas para anular o ato de habilitação e classificação da empresa recorrida, ante as falhas verificadas na formação do preço ora apontadas e o descumprimento dos dispositivos legais e editalícios acima referidos.

Nestes termos;
Pede e espera deferimento.

Brasília, 23 de maio de 2022.

DEFENDER CONSERVAÇÃO E LIMPEZA EIRELI
LUIZ CARLOS DA SILVA BATISTA
REPRESENTANTE LEGAL