

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO PIAUÍ – TRE/PI

RECURSO ADMINISTRATIVO
PREGÃO ELETRÔNICO nº 22/2021

RECORRENTE: ATITUDE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA EIRELI
RECORRIDA: DIPLUS FACILITIES CONSULTORIA E ASSESSORIA LTDA

ATITUDE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA EIRELI, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº. 09.019.150/0001-11, situada à Rua Catão Mamede, nº. 217, Aldeota, CEP: 60.140-110, em Fortaleza/CE, vem, mui respeitosamente, por seu representante legal que ao final subscreve, interpor RECURSO ADMINISTRATIVO em face da decisão que declarou a empresa DIPLUS FACILITIES CONSULTORIA E ASSESSORIA LTDA habilitada e vencedora do PREGÃO ELETRÔNICO nº 22/2021 do TRE/PI, conforme os fatos e fundamentos jurídicos a seguir apresentados:

1. DOS FATOS

Como é cediço, o TRE/PI publicou, por intermédio de seu Pregoeiro e equipe de apoio, o edital do PREGÃO ELETRÔNICO nº 22/2021, que tem por objeto a contratação dos serviços continuados de secretariado para o TRE-PI, conforme descrição constante do Anexo I deste Edital.

Após realizadas as fases de abertura das propostas comerciais e de lances, a empresa DIPLUS veio a ser declarada arrematante do certame, de forma que o Pregoeiro passou à análise da documentação de habilitação por ela apresentada pelo sistema Comprasnet. Depois dessa análise, a referida empresa veio a ser declarada habilitada e, portanto, vencedora do certame.

Ocorre que, analisando a documentação de habilitação apresentada pela referida empresa, foi possível identificar vícios que deveriam ter ensejado a imediata inabilitação da recorrida do presente certame, na medida que são manifestamente graves e, principalmente, insanáveis. Além disso, a empresa não comprovou através de documento válido o seu regime de tributação, que embasa toda a sua proposta, bem como apresenta regime tributário incompatível com o objeto licitado.

Assim sendo, conforme será a seguir pormenorizado, deve ser reformada a decisão ora vergastada, declarando-se a DIPLUS como inabilitada/desclassificada do presente certame.

2. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1. DAS FALHAS NA HABILITAÇÃO E PROPOSTA DA RECORRIDA – VÍCIOS INSANÁVEIS – IMPOSSIBILIDADE DE JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTO OBRIGATÓRIO

Nobre Pregoeiro, em análise à declaração de compromissos assumidos apresentada pela empresa DIPLUS, foi possível identificar a presença de vícios que, como já anteriormente ventilado, deveriam ter ensejado a sua imediata inabilitação do presente procedimento licitatório.

Ora, a Lei 8.666/93, em seu artigo 31, §4º, prevê que os licitantes, a título de comprovação da qualificação econômico-financeira, devem apresentar uma declaração com TODOS os compromissos assumidos (contratos vigentes), tanto no âmbito público como privado, senão vejamos:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

(...)

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

Como se vê, no que tange à apresentação da Declaração de Contratos Firmados com a Iniciativa Privada e a Administração Pública das empresas, a legislação exige expressamente que sejam considerados todos os contratos VIGENTES à data da abertura do certame.

Entretanto, não foi o que aconteceu no presente caso. Analisando a documentação enviada pela empresa DIPLUS, foi apresentada Declaração de Contratos com contratos vencidos, ou seja, com data final de término da vigência em DATA BEM ANTERIOR A DO CERTAME.

Com efeito, o presente pregão teve início no dia 15/07/2021. Assim, nos termos do edital, caberia à empresa apresentar sua declaração de contratos com aqueles que estivessem vigentes na data da referida sessão.

Contudo, a própria TEC NEWS inclui na sua declaração de contratos uma coluna nomeada de "Vigência do contrato", que indica sem qualquer dúvida que vários contratos declarados já estavam vencidos quando do início da sessão, de modo que não deveriam constar na declaração, tornando o documento inválido.

Como exemplo, cite-se o primeiro contrato indicado na declaração. O contrato firmado com a DUX ADMINISTRAÇÃO JUDICIAL S/S LTDA teve sua vigência encerrada em 02/07/2020 (3 meses antes do certame); o contrato nº 46/2015 firmado com a SASDH/SEMCAS teve sua vigência encerrada em 15/03/2021 (4 meses antes do certame).

Destaque-se ainda que tais erros na declaração põem em dúvida todo o conteúdo da mesma. Afinal, se a empresa incluiu equivocadamente diversos contratos vencidos, pode também ter deixado de declarar vários contratos vigentes. Ou seja, não tem como se ter certeza da veracidade da declaração prestada.

Ainda, os referidos erros inevitavelmente afetam as comprovações exigidas na qualificação econômico financeira do edital, no que diz respeito ao Patrimônio Líquido.

Na nossa visão, os erros constatados colocam em dúvida todo o restante do referido documento, na medida que se a empresa não teve o cuidado de atualizar a declaração, deixando vários contratos vencidos há meses antes da realização da licitação, nada a impede de ter omitido contrato(s) firmado(s) com outros órgãos da Administração Pública ou mesmo com a iniciativa privada.

Ressalte-se que a declaração de contratos é documento imprescindível para a aferição da qualificação econômico-financeira das licitantes, sendo utilizada como parâmetro para se analisar o patrimônio líquido e a receita bruta das empresas, de modo que a sua não apresentação da forma correta deveria ter ensejado a inabilitação da recorrida.

Ainda no que se refere à habilitação, o edital exige a apresentação de atestados de capacidade técnica pelas licitantes, a fim de que estas comprovem a experiência na execução de serviços similares aos licitados:

9.7.4. Qualificação técnico-operacional:

a) Pelo menos 01 (uma) certidão ou atestado de capacidade técnica, com dados precisos, e fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, os quais comprovem o desempenho de serviços com características semelhantes ao do objeto da presente contratação (terceirização de serviços);

a1. O atestado ou certidão a que se refere a alínea "a", deverá comprovar que a empresa licitante gerenciou – no âmbito de sua atividade econômica especificada no seu contrato social – contrato de prestação de serviços envolvendo pelo menos 20 (vinte) empregados terceirizados, em conformidade com o Acórdão nº 1214/2013 – Plenário, do TCU;

a2. Ainda, relativamente aos documentos mencionados na letra "a", a licitante deverá comprovar que tenha executado serviços para Administração Pública ou ente privado por mais de 03 (três) anos, em conformidade com o Acórdão nº 1214/2013 – Plenário, do TCU;

a3. Também, relativamente aos documentos mencionados na letra "a" deste item, se tiverem sido expedidos após a conclusão do contrato ou decorrido no mínimo um ano do início de sua execução, exceto se houver sido, tal pacto, firmado para ser executado em prazo inferior, em conformidade com o Acórdão nº 1214/2013 – Plenário, do TCU.

Ocorre que, a fim de tentar suprir a exigência formulada pelo item 9.7.4 do edital, a recorrida cometeu falha gravíssima e insanável, qual seja a de juntar documentação pertencente a outra empresa completamente diferente.

Ora, a recorrida tem como razão social o nome DIPLUS FACILITIES CONSULTORIA E ASSESSORIA LTDA, com o CNPJ nº 29.733.437/0001-16. No entanto, no meio de sua documentação de habilitação, junta atestado emitido pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Piauí – Campus Picos, expedido em nome da empresa MV SERVICE - ASSEIO E CONSERVAÇÃO LTDA-ME, cujo CNPJ é 09.508.282/0001- 07. Cite-se trecho do atestado juntado pela recorrida:

ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

Atestamos, para os devidos fins de direito, que a empresa MV SERVICE - ASSEIO E CONSERVAÇÃO LTDA-ME - CNPJ 09.508.282/0001- 07, presta para o INSTITUTO FEDERAL DO PIAUÍ – CAMPUS Picos, os serviços abaixo discriminados:

- Serviço de Condução de Veículos (02 postos). Contrato 03/2018 - Data de início do contrato: 10/09/2018 até a presente data;

- Serviço de Conzinheiro e Auxiliar de Cozinha (08 auxiliares de cozinha e 04 cozinheiros). Contrato 05/2017 - Data de início do contrato: 16/12/2017 até a presente data;

Atestamos, ainda, que os serviços foram executados satisfatoriamente e com qualidade técnica.

Dessa forma, verifica-se que foi juntada documentação irregular, que não diz respeito à licitante recorrida, a fim de confundir a análise deste Ilustre Pregoeiro, o que simplesmente não pode ser tolerado.

Assim, por ter juntado documentação de qualificação técnica, pertencente a outra empresa totalmente diversa, faz-se imperiosa a inabilitação imediata da DIPLUS do certame.

Já no que tange à formação da proposta de preços, não assiste maior sorte à recorrida, que também descumpre frontalmente os termos do edital e da legislação vigente.

Ora, a empresa DIPLUS cotou seu RAT ajustado no importe de 1,00%, declarando através de GFIP que teria RAT de 1,00 e FAP de 1,00. No entanto, tal documento é insuficiente para atestar a veracidade de tais informações.

Como é de conhecimento público, o valor do SAT a ser incluído na proposta de preços, também chamado "RAT Ajustado", corresponde ao percentual do RAT – Risco Ambiental do Trabalho multiplicado pelo valor do FAP – Fator Acidentário de Prevenção.

O RAT é previamente definido pela principal atividade econômica da empresa, sendo arbitrado em 1% (risco baixo), 2% (risco médio) ou 3% (risco alto). Já o FAP é individualizado por empresa, sendo fruto de um cálculo realizado pela Previdência Social levando em consideração uma série de fatores específicos da empresa (por exemplo, rotatividade e quantidade de acidentes de trabalho em determinado período), podendo variar de 0,5 (meio) a 2 (dois).

Nesse jaez, com o intuito de comprovar a rubrica cotada em sua proposta de preços, a DIPLUS apresentou uma GFIP, em que há a menção de que seu RAT seria 1,00 e seu FAP seria de 1,00, e, com isso, o seu RAT Ajustado resultaria em 1,00%. Entretanto, isso não foi comprovado.

É imprescindível relembrar que, pelos regramentos atualmente vigentes, o contribuinte é o responsável pelo preenchimento dos sistemas de pagamentos previdenciários. Por este motivo, dizer que foi apresentado documento para comprovar o que se discutirá a seguir é, com a devida venia, argumento sem fundamento.

Nesse sentido, não é possível argumentar que o percentual está de acordo com os documentos apresentados, tendo em vista que o preenchimento das GFIPs é de competência das empresas, sendo documento claramente unilateral.

Assim sendo, deveria a empresa ter apresentado documento extraído do FAPWEB, único capaz de demonstrar o valor do referido fator. O referido site, mantido pela Secretaria da Previdência, apresenta às empresas o valor anual do seu FAP. Entretanto, somente é possível acessá-lo com senha de cada empresa.

Rememore-se, sem medo de soar repetitivo, que as GFIPs são preenchidas exclusiva e unilateralmente pela empresa, de maneira que as informações ali constantes não são, necessariamente, as corretas. Para se ter a plena certeza de que o valor está correto, devem ser verificadas as informações diretamente obtidas do site da Receita Federal do Brasil (FAPWEB), que são as únicas capazes de gerar 100% de confiabilidade do que está sendo apresentado/cotado.

Portanto, a recorrida simplesmente deixou de juntar a documentação contábil necessária para se aferir a real alíquota de FAP a qual está sujeita, qual seja o extrato do FapWeb.

Dessa forma, a apresentação desse documento em cristalino descompasso com o edital não poderia ser tolerada, uma vez que se trata de documento obrigatório, que deveria constar originalmente na proposta. Justamente por isso, é impossível a realização de qualquer diligência para sanar os vícios ora apontados na documentação da recorrida.

Ora, o caráter das diligências realizadas no decorrer da disputa tem intuito meramente de complementação e esclarecimento, não podendo ser apresentado novo documento com novas informações totalmente diversas das anteriores.

Ou seja, o erro cometido pela licitante se trata de erro insanável a título de diligência, uma vez que envolve documento que deveria constar originalmente na proposta da recorrida, nos moldes estabelecidos pelo edital.

Ilustre Pregoeiro, a legislação que rege as aquisições públicas veda a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originalmente na proposta, nos termos do art. 43, §3º, da Lei nº. 8.666/93, aplicada subsidiariamente ao pregão (art. 9º da Lei nº 10.520/2002), razão pela qual não pode ser sanada em sede de diligência a irregularidade vislumbrada na documentação da empresa recorrida. Veja-se:

"Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta."

Outro não é o entendimento de Jessé Torres Pereira Júnior. Cite-se:

"A Comissão ou a autoridade está proibida de deferir ou ordenar a diligência se esta tiver por objeto a inclusão de documento ou informação que deveria haver acompanhado a proposta (também a documentação). A vedação guarda simetria com os arts. 396 e 397 do Código de Processo Civil, dos quais resulta que a petição inicial deve vir instruída com os documentos destinados a provar as alegações do autor, sendo-lhe vedado trazê-los posteriormente, a menos que comprove que deles não dispunha ou se se referirem a fatos ocorridos depois de articulados na peça vestibular.

No caso do processo administrativo da licitação, cada licitante sabe, em face das exigências do edital, quais os documentos e informações que deverão estar nos respectivos envelopes. Não os trazer significa descumprir o edital, acarretando-lhe a inabilitação ou desclassificação da proposta. A proibição de serem aceitos posteriormente respeita o direito dos demais licitantes ao processamento do certame de acordo com a exigência do edital. Daí a Comissão ou a autoridade superior sujeitar-se a recurso interponível pelo licitante que considerar abusiva a realização de diligências que abra oportunidade indevida a outro concorrente."

(PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 523 e 524)

A vedação à inclusão posterior de documentos é acatada pela jurisprudência pacífica do Tribunal de Constas da União:

"Não cabe a inabilitação de licitante em razão de ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, facultada pelo art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, desde que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes."
(TCU, Acórdão 2873/2014 – Plenário, Relator: Augusto Sherman)

"A inabilitação de licitante em virtude da ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, de que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes, caracteriza inobservância à jurisprudência do TCU."
(TCU, Acórdão 918/2014 – Plenário, Relator: Aroldo Cedraz)

Portanto, é absolutamente incabível e indevida qualquer diligência com o fito de sanar os vícios apontados, tendo em vista que a legislação veda a juntada posterior de documento ou informação que deveria constar obrigatoriamente na proposta original.

2.2. DA ALÍQUOTA DO INSS COTADA. DA DESONERAÇÃO DE FOLHA. DA EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES LEGAIS.

Na composição do valor global da DIPLUS, esta preencheu a planilha adotando o regime de desoneração da folha de pagamento, zerando a rubrica relativa à contribuição previdenciária e adicionando uma alíquota sobre o faturamento do contrato no módulo atinente aos tributos.

Segundo declaração apresentada pela recorrida no processo licitatório, a mesma estaria enquadrada no regime de desoneração de folha, em razão das disposições contidas na Lei nº. 12.546/2011, posto que a sua atividade principal – "62.09-1-00 - Suporte técnico, manutenção e outros serviços em tecnologia da informação", conforme cartão de CNPJ apresentado – lhe permitiria isso:

"Declaro, sob as penas da Lei, para fins do disposto no art. 9º, § 6º, da Instrução Normativa RFB nº 1436/2013, que a empresa acima identificada recolhe a contribuição previdenciária incidente sobre o valor da receita bruta, em substituição às contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamento, previstas nos incisos I e III do caput do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, na forma do caput do art. 7º (ou 8º) da Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011. Declaro também ter conhecimento de que a opção tem caráter irrevogável."

Ademais, como se sabe, o objeto da licitação em apreço é a prestação de serviços continuados de SECRETARIADO para o TRE-PI. Ou seja, engloba atividades que não se enquadram como hipótese de aplicação do regime de desoneração da folha.

Com efeito, mesmo o objeto da licitação não sendo contemplado pela desoneração, a DIPLUS estava autorizada a participar do certame. No entanto, não poderia aplicar tão somente a alíquota diminuta, como feito.

Quando os licitantes exploram somente atividades que se podem sujeitar à desoneração da folha de pagamentos e comprovam a opção por este regime tributário, correto que, nas planilhas de custos formação de preços que acompanham as propostas excluam do "Grupo A" (relativo encargos sociais ou trabalhistas) ou, pelo menos, zerem rubrica relativa contribuição previdenciária patronal incidente sobre remuneração devida ao empregado (denominada de "INSS" na planilha modelo do Edital), ao tempo em que acresçam ao "Montante D" (relativo aos tributos) uma rubrica relativa contribuição previdenciária incidente sobre receita bruta.

Ocorre, Preclaro Pregoeiro, que pela Lei nº. 12.546/2011, o benefício da desoneração de folha só pode ser utilizado pelas empresas optantes desse regime tributário nos casos em que as atividades econômicas exploradas que não fazem jus a ele representem até 5,00% (cinco por cento) de sua receita bruta. Senão, vejamos o que prevê o referido diploma legal:

"Art. 9º [...].

§ 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 desta Lei ou à fabricação dos produtos de que tratam os incisos VII e VIII do caput do art. 8º desta Lei e a receita bruta total.

[...]

§ 4º Para fins de cálculo da razão a que se refere o inciso II do § 1º, aplicada ao 13º (décimo terceiro) salário, será considerada a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao mês de dezembro de cada ano-calendário.

§ 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.

§ 6º 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."

Por outro lado, uma empresa que explora atividades que se podem sujeitar a desoneração da folha de pagamentos e, concomitantemente, atividades que não se podem sujeitar este regime, se comprovadamente optar por este regime em relação às primeiras e auferir mais de 5% da receita bruta total com as segundas, terá de recolher as contribuições previdenciárias patronais nos moldes previstos pelos §§ 1º e 4º do art. 9º da Lei nº 12.546/2011.

A Receita Federal do Brasil, em diversas soluções de consultas, manifesta o entendimento no sentido de que a empresa submetida ao regime misto de atividade desonerada e não desonerada, para fins de apuração da contribuição previdenciária devida sobre folha de pagamento, deverá aplicar regra descrita no inciso II do §1º do art. 9º da Lei nº 12.546, de 2011, utilizando como base de cálculo valor total das remunerações pagas, devidas ou creditadas, durante mês, todos os seus segurados empregados, trabalhadores avulsos contribuintes individuais:

"Na hipótese de empresas que se dediquem outras atividades cumulativamente com prestação de serviços de TI de TIC, base de cálculo da contribuição previdenciária de que trata inciso II do 12 do art. 92 da Lei nº 12.546/2011 será o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados, trabalhadores avulsos contribuintes individuais pela prestação de serviços em todas as atividades da empresa, observada proporcionalidade entre receita bruta relativa às outras atividades receita total."
(Solução de Consulta nº 38 - Disit/SRRF01 – 27/07/2012)

"23. A empresa submetida ao regime misto, para fins de apuração da contribuição previdenciária devida sobre folha de pagamento, deverá aplicar regra descrita no inciso II do §1º do art. 9º da Lei nº 12.546, de 2011, utilizando como base de cálculo valor total das remunerações pagas, devidas ou creditadas, durante mês, todos os seus segurados empregados, trabalhadores avulsos contribuintes individuais, independentemente de estarem relacionados ou não com as atividades substituídas ou não."
(Solução de Consulta nº 20 – Cosit – 04/11/2013)

"31. empresa submetida ao regime misto, para fins de apuração da contribuição previdenciária devida sobre a folha de pagamento, deverá aplicar regra descrita no inciso II do §1º do art. 9º da Lei nº 12.546, de 2011, utilizando como base de cálculo valor total das remunerações pagas, devidas ou creditadas, durante mês, todos os seus segurados empregados, trabalhadores avulsos contribuintes individuais, independentemente de estarem relacionados ou não com as atividades substituídas ou não."
(Solução de Consulta nº 78 – Cosit – 28/03/2014)

"11 Diante do exposto, conclui-se que, se uma empresa estiver sujeita ao cálculo da contribuição previdenciária na forma do Iº do art. 92 da Lei nº 12.546, de 2011, as contribuições previstas nos incisos III do caput do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, com redução prevista no inciso II do citado § Iº, incidem sobre toda sua folha de pagamento, inclusive sobre referente obra de construção civil particular destinada uso próprio executada com mão de obra própria. 50. Na fundamentação da Solução de Consulta nº 154/2015, Cosit foi ainda mais enfática: 8. Importante observar que redução proporcional prevista no inciso II do §1º deve ser aplicada sobre valor da contribuição dos incisos III do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, referente toda folha de pagamento da empresa, compreendendo todos os seus setores, atividades estabelecimentos."
(Solução de Consulta nº 154 – Cosit – 17/06/2015)

Dessa forma, na hipótese em apreço, a base de cálculo de tal tributo, em relação às atividades que não podem sujeitar-se desoneração da folha de pagamentos, seria o total de remunerações pagas, devidas ou creditadas aos empregados (ou prestadores de serviços) que exercem todas as atividades exploradas por estas empresas, pouco importando se tais atividades poderão sujeitar-se ou não desoneração da folha de pagamentos.

O Parecer nº. 11/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU da Advocacia-Geral da União, o qual trata da matéria em testilha, resume bem como devem ser utilizadas as alíquotas para empresas que atuam com atividade desonerada e não desonerada:

"44. De acordo com a Solução de Consulta nº. 38/2012 da Disit/SRRF01, a contribuição previdenciária patronal das empresas que exploram, concomitantemente, atividades que podem sujeitar-se e atividades que não podem sujeitar-se à desoneração da folha de pagamentos será calculada da seguinte maneira:

- a) em relação às atividades que podem sujeitar-se à desoneração da folha de pagamentos, mediante aplicação da alíquota prevista pela Lei nº 12.546/2011 sobre a receita bruta atividades;
- b) em relação às atividades que não podem sujeitar-se à desoneração da folha de pagamentos, mediante aplicação de alíquota específica sobre o total de remunerações pagas, devidas ou creditadas aos empregados ou prestadores de serviços que exercem todas as atividades exploradas por estas empresas, suscetíveis ou não de aplicação do regime de desoneração da folha de pagamentos;
- c) a alíquota específica mencionada na letra 'b' é o produto que resulta da multiplicação da alíquota prevista pela Lei nº. 8.212/1991 pelo quociente entre a receita bruta das atividades que não podem sujeitar-se à desoneração da folha de pagamentos (de um lado) e a receita bruta total (de outro)."

Mas como esse posicionamento da RFB repercute na formação da planilha de composição de custos da licitação em apreço? Na hipótese, não bastará ao licitante, nas planilhas de custos e formação de preços, zerar (ou mesmo eliminar do Grupo A) rubrica relativa à contribuição previdenciária patronal incidente sobre remuneração devida ao empregado (denominada de "INSS") e, em contrapartida, incluir na aba tributos uma rubrica relativa contribuição previdenciária incidente sobre receita bruta.

Ora, as remunerações dos empregados colocados à disposição da Administração, ainda que não exerçam atividades sujeitas a desoneração da folha de pagamentos, continua incidir contribuição previdenciária patronal de que trata artigo 22 da Lei nº 8.212/1991. Apesar da alíquota da contribuição previdenciária não ser de 20%, o contribuinte deverá dividir a receita bruta das atividades que não podem sujeitar-se desoneração da folha de pagamentos pela receita bruta total e, em seguida, multiplicar-se-á este quociente pela alíquota prevista pela Lei nº. 8.212/1991, de modo a reduzi-la.

Sendo assim, evidencia-se que nas planilhas de custos formação de preços confeccionadas por licitante que exerça atividades que podem sujeitar-se desoneração da folha de pagamentos, concomitantemente atividades que não podem sujeitar-se este regime, que comprovadamente haja optado pela desoneração em relação às primeiras atividades, a rubrica denominada "INSS" terá valor maior do que zero, sem prejuízo da inserção, no "Montante D", de uma rubrica relativa contribuição previdenciária incidente sobre a receita bruta.

Ressalte-se que o próprio Tribunal de Contas da União reconhece essa tese, inclusive tomando como fundamento o entendimento da Receita Federal do Brasil:

"2. Nesse contexto, justifica-se sim a revisão dos contratos de prestação de serviços ainda vigentes firmados com empresas beneficiadas pela desoneração da folha de pagamento, mediante alteração das planilhas de custo e de formação de preços, atentando-se para os efeitos retroativos às datas de início da aludida desoneração. Da mesma forma, também se justificam providências no sentido de obter administrativamente o ressarcimento dos valores pagos a maior em relação aos contratos de prestação de serviços já encerrados firmados com empresas beneficiadas pela desoneração.

3. Apenas a título de complementarão ao que restou consignado no voto apresentado pelo Ministro José Múcio, impende ressaltar que a revisão mediante aplicação direta da alíquota sobre a receita bruta ("faturamento") pode ser considerada inapropriada, em face da possibilidade de realização, pela empresa, de outras atividades não desoneradas, a ensejar o cálculo ponderado da contribuição previdenciária, conforme esclarece a Solução de Consulta nº 38 - SRRFOI/Disit (Receita Federal do Brasil), cuja ementa julgo oportuno transcrever:

'Solução de Consulta 38 RFB:

EMENTA- Na hipótese de empresas que se dediquem a outras atividades cumulativamente com a prestação de serviços de TI e de TIC a base de cálculo da contribuição previdenciária de que trata o

inciso II do §1º do art. 9º e da Lei nº 12.546/2011 será o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais pela prestação de serviços em todas as atividades da empresa, observada a proporcionalidade entre a receita bruta relativa às outras atividades e a receita total. (<http://decisoes.fazenda.gov.br/netahhtml/decisoes/decw/pesquisaSOL.htm> - acesso em 1.10.2013)'

[...]

6. Em apertada síntese, não se pode concluir simplesmente que, em substituição às contribuições destinadas à seguridade social a cargo das empresas beneficiadas - de 20% sobre a remuneração dos segurados -, as novas contribuições incidirão em alíquotas que variam entre 1% e 2,5% sobre o valor da receita bruta daquelas empresas. Deve-se atentar também para o fato de a empresa contratada realizar outras atividades não desoneradas, situação em que se fará necessário efetuar o cálculo ponderado da contribuição previdenciária."

Feitas essas considerações, deve-se verificar que, conforme informações constantes do balanço patrimonial apresentado pela DIPLUS, esta realizou sim atividades não desoneradas cujo faturamento decorrente ultrapassou o limite de 5% da sua receita bruta total.

Em suma, a planilha de preços apresentada na licitação deve refletir todos os custos da empresa durante a execução do contrato. Se, diante da contratação, a DIPLUS vai ultrapassar indubitavelmente o limite legal para atividade não desonerada, como se demonstrou, acarretando consequências e alterações em seu recolhimento tributário, tais mudanças já deveriam ter sido contempladas na proposta da empresa, pois serão seus custos efetivos e reais.

Dessa forma, ao zerar a rubrica INSS do Grupo A da planilha de custos e formação de preços, sem respaldo legal para tanto, pois a adição do contrato em tela já faria a empresa modificar a forma como recolhe a contribuição previdenciária, a DIPLUS descumpriu a legislação e, por conseguinte o Edital.

O Tribunal de Contas da União já se manifestou no sentido de que as proponentes devem obedecer a legislação tributária e o regime adotado no preenchimento da planilha de custo e formação de preços:

"Os licitantes devem apresentar propostas de preços contendo todos os encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato."

(Acórdão 4740/2009-Segunda Câmara | Relator: ANDRÉ DE CARVALHO)

"A Administração deve incluir nos editais de licitação a alíquota correta do Imposto Sobre Serviços (ISS), conforme legislação local vigente, evitando a utilização de alíquotas irreais."

(Acórdão 2133/2010-Plenário | Relator: AROLDO CEDRAZ)

"A Administração não deve fixar em editais de licitação as alíquotas do PIS/Finsocial, COFINS e IRPJ, pois as bases de cálculo e alíquotas podem variar de acordo com o regime de incidência e tipo de tributação. Os percentuais de CSLL, CPMF e ISS devem ser considerados nos montantes compatíveis com a legislação tributária em vigor na época do lançamento do edital."

(Acórdão 697/2006-Plenário | Relator: UBIRATAN AGUIAR)

"Não se admite proposta que apresente preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o Pedido de Cotação Eletrônica não tenha estabelecido limites mínimos."

(Acórdão 1845/2006 Primeira Câmara)

É pertinente ressaltar que os preços unitários ofertados pela empresa poderão render ensejo à graves danos aos cofres do ente licitante, tendo em vista a afronta aos ditames legais. A cotação de valor irrisório poderá, no decorrer do contrato, prejudicar a continuidade dos serviços, a qual poderá utilizar a provisão de verbas essenciais para adimplir a contribuição previdenciária cotada aquém o necessário.

Assim, resta demonstrado que a proposta da DIPLUS deveria levar em conta os requisitos, quantidades e percentuais definidos no instrumento convocatório, bem como os valores praticados no mercado, sob pena de estipular valores irrisórios, os quais certamente provocarão prejuízos durante a execução do contrato.

A cotação de valor zero, irrisório e incompatível com os preços praticados no mercado, finda por ilícitamente permitir a redução dos custos estimados pela licitante, garantindo meio escuso de obter vantagem em relação aos demais concorrentes, os quais praticam valores condizentes com o mercado. Nos termos em que já exposto, prejudicará seriamente a administração, bem como os obreiros, a classificação da proposta da empresa ora recorrida.

Diante do exposto, cumpre que a proposta ofertada pela empresa DIPLUS seja desclassificada, pois a execução do contrato decorrente do presente pregão fará com que a empresa supere o limite de 5% da receita bruta com faturamento de atividade não contemplada pelo regime de desoneração da folha, devendo adotar para esses serviços a contribuição sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais pela prestação de serviços em todas as atividades da empresa declarada vencedora do certame.

2.3. DOS PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO DAS PROPOSTAS.

Assim sendo, inegável o fato de que merece reforma a decisão administrativa que declarou a DIPLUS habilitada e vencedora no presente certame, uma vez que esta desobedeceu às determinações contidas no ato convocatório, conforme foi demonstrado.

Portanto, mormente em razão da redação do art. 3º, caput, da Lei nº. 8.666/93, o qual preconiza que deve ser observada a vinculação dos atos administrativos realizados no certame às determinações do instrumento convocatório, a empresa deve ser excluída do presente certame. Senão, vejamos:

"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."

Com efeito, tendo em vista que a licitante não obedeceu aos critérios estabelecidos no Edital, a decisão administrativa trazida à baila fere, ainda, o princípio do julgamento objetivo, malferindo, além do art. 3º, caput, os seguintes dispositivos da Lei nº. 8.666/93:

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

[...]

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

[...]

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

[...]

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."

A Administração não pode criar critério de julgamento não inserido no instrumento convocatório ou deixar de seguir os que já estão ali definidos, pois estaria malferindo o princípio do julgamento objetivo, vez que o "edital não pode transferir para a Comissão a definição dos critérios de julgamentos; estes devem estar previamente explicitados no edital, sob pena de entregar-se à subjetividade da Comissão o julgamento das propostas" (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública, 2007, p. 539).

Estipulados os critérios e exigências a serem obedecidos pelos licitantes, a Administração Pública deve-lhes estrita observância, não sendo cabível evadir-se das regras que ela própria determinou e às quais aderiram os licitantes.

Toda a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é nesse sentido, de que a Administração não pode desconsiderar o que foi estabelecido no edital no momento de julgamento das propostas, em virtude do princípio da vinculação, senão vejamos:

"ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. ACÓRDÃO QUE AFIRMA O CUMPRIMENTO DA EXIGÊNCIA PELO CANDIDATO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. O princípio da impessoalidade obsta que critérios subjetivos ou anti-isonômicos influam na escolha dos candidatos exercentes da prestação de serviços públicos.

2. Na salvaguarda do procedimento licitatório, exsurge o princípio da vinculação, previsto no art. 41, da Lei 8.666/90, que tem como escopo vedar à administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sob essa ótica, o princípio da vinculação se traduz na regra de que o instrumento convocatório faz lei entre as partes, devendo ser observados os termos do edital até o encerramento do certame.

3. Na hipótese, o Tribunal reconheceu que o edital não exigia a autenticação on line dos documentos da empresa. Rever essa afirmação, seria necessário examinar as regras contidas no edital, o que não é possível no recurso especial, ante os óbices contidos nas Súmulas 5 e 7 do STJ.

Recurso especial não conhecido."

(REsp 1384138/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013)

"ADMINISTRATIVO. APROVAÇÃO DE CANDIDATA DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À POSSE NO CARGO. SITUAÇÃO PECULIAR. PREVISÃO EDITALÍCIA DE POSSIBILIDADE DE PROVIMENTO INFERIOR AO NÚMERO DE VAGAS.

1. O candidato aprovado em concurso público dentro das vagas previstas tem direito líquido e certo à nomeação. Precedentes.

2. No presente caso, o edital condiciona as nomeações à necessidade do serviço, disponibilidade financeira e orçamentária e existência de cargos vagos, não vinculando a Administração à nomeação de número determinado de candidatos.

3. Dessa forma, deve prevalecer o estabelecido no instrumento convocatório, em atenção aos princípios da vinculação ao edital e da discricionariedade da Administração Pública.

4. Recurso ordinário não provido."

(RMS 37.249/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 15/04/2013)

Neste diapasão, cumpre que seja dado provimento ao presente pleito, a fim de que seja a DIPLUS declarada inabilitada/desclassificada do pregão em tablado, em virtude de a recorrida não ter cumprido com o que é expressamente previsto no texto do instrumento convocatório e na legislação vigente.

3. DO PEDIDO

Em razão de tudo o que restou acima demonstrado, esta recorrente roga a V. Sa. que sejam aceitos os argumentos apresentados, no sentido de que seja a empresa DIPLUS FACILITIES CONSULTORIA E ASSESSORIA LTDA imediatamente declarada inabilitada/desclassificada do PREGÃO ELETRÔNICO nº 22/2021 do TRE/PI, com o regular seguimento do certame sem a participação da recorrida.

Nestes termos,
Pede e espera deferimento.

Fortaleza, 23 de julho de 2021.

ATITUDE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA EIRELI
REPRESENTANTE LEGAL

Fechar