ILUSTRÍSSIMO SR. PREGOEIRO CHEFE DE LICITAÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ. ILMA. AUTORIDADE COMPETENTE.

Pregão Presencial nº 014/2014
Processo nº. 13.286.537-0

ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 79.283.065/0001-41 e CNPJ 79.283.065/0003-03, com sede na rua Dona Leopoldina, nº 26, Centro, Joinville/SC e filial na Rua Nunes Machado, 2175, Rebouças, Curitiba, PR, devidamente qualificada no processo licitatório em epígrafe, vem, tempestivamente, por meio de seu procurador, interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

Com base na Lei n. 8.666/93 e 10520/02, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

Requer-se, desde já, caso ultrapassado o juízo de retratação, o recebimento das presentes razões de recurso, na forma prevista em lei, com seu encaminhamento, devidamente informado, à autoridade superior para a devida apreciação, requerendo sua total e completa procedência.

DPP
PTG

I. EXPOSIÇÃO FÁTICA

Trata-se de Pregão Presencial nº 014/2014 para contratação de serviços terceirizados de telefonista, pelo período de 12(doze) meses, para a sede da Defensoria Pública do Estado do Paraná, na Capital/PR.

De acordo com a ata da sessão pública, foi declarada vencedora a empresa PH Recursos Humanos Ltda, pelo valor de R$ 76.000,00. Em segundo lugar restou classificada a empresa Orbenk Administração e Serviços Ltda, ora recorrente, com o preço de R$ 76.145,00, consoante ata de lances e registro de preços.

Ocorre que a empresa descumpriu a legislação e a Convenção Coletiva da Categoria, consoante razões abaixo descritas.

II. RAZÕES PARA DESCLASSIFICAÇÃO E INABILITAÇÃO DA RECORRIDA

DO FAP/RAT

A alíquota tem previsão no art. 10 da Lei nº. 10.666/2003. Os Decretos nº. 6.042/2007 (Art. 202 A) e nº. 6.957/2009 alteraram o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, e disciplinaram a aplicação, acompanhamento e avaliação do Fator Acidentário de Prevenção – FAP, que inicia em 3% para categoria de terceirização de serviços, porém, varia para mais ou para menos, de acordo com o grau acidentário da empresa.

O Ministério da Previdência Social divulgou em seu *sítio eletrônico* o cálculo do Fator Acidentário de Prevenção – FAP por empresa, que a partir de 1º de janeiro de 2010, com pagamento em fevereiro de 2010, alterou as alíquotas de 1%, 2% e 3% do Risco de Acidente de Trabalho – RAT, utilizando os seguintes indicadores para dimensão de valores: freqüência, gravidade e custo. Para isso, de acordo com o desempenho das empresas, as alíquotas poderiam ser reduzidas em até 50% ou elevadas em até 100%.

DPP Fls. 394 PMG

Ocorre que o setor de serviços, especialmente o de terceirização, que emprega na sua maioria serventes, copeiras, porteiros, merendeiras, telefonistas, jardineiros, recepcionistas, office boys e auxiliares de serviços gerais, que em verdade se tratam de pessoas humildes, foi o mais afetado com o cálculo do Fator Acidentário de Prevenção, diante do elevado risco de acidente e doença na população de baixa renda.

As empresas do setor de terceirização que possuem o maior custo tributário entre os segmentos, acabou sendo o mais prejudicado pelo cálculo criado pelo Governo Federal que, em resumo, aumentou a alíquota que antes era de 3%, para até 6%.

A Lei 10.666/03, em seu Art. 10, dispõe o seguinte, *in verbis*:

> *"Art. 10. A alíquota de contribuição de um, dois ou três por cento, destinada ao financiamento do benefício de aposentadoria especial ou daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, poderá ser reduzida, em até cinqüenta por cento, ou aumentada, em até cem por cento,* ***conforme dispuser o regulamento****, em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, apurado em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de freqüência, gravidade e custo,* ***calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social****. (grifamos)."*

Salienta-se que o Art. 10 da Lei nº. 10.666.2003 e o § 4º do art. 202-A do Decreto nº. 3.048/2009, inserido pelo Decreto nº. 6.042.2007, prevêem que os índices de frequência, gravidade e custo necessários para o cálculo do FAP serão apurados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional da Previdência Social.

DPP
Fl.
PTG

Assim, resta observar que o cálculo apresentado pela recorrida em 2% é ilegal, pois não se trata do percentual de partida do segmento de terceirização, sendo que o valor não deverá refletir a realidade da empresa.

De acordo com o cartão de CNPJ da empresa (consulta http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/cnpj/cnpjreva/cnpjreva_solicitacao.asp em 08.10.2014) a empresa possui como atividade principal fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiros e secundária a seleção e agenciamento de mão de obra, conforme a seguir:

CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL
78.30-2-00 - Fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiros

CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDÁRIAS
78.10-8-00 - Seleção e agenciamento de mão-de-obra

Consoante o Decreto Federal 6957 de 2009, a atividade de fornecimento e gestão de recurso humanos para terceiros possui percentual de partida em 3%, enquanto a atividade de agenciamento de mão-de-obra 3%, *in verbis:*

830-2/00	Fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiros	2
7810-8/00	Seleção e agenciamento de mão-de-obra	3

Como visto, há uma manifesta vantagem tributária, por consideramos que o RAT é uma contribuição social, destinada a previdência social.

Explica-se:

A atividade de fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiros, consoante conceituação dada pelo IBGE e pela própria receita federal não implica na locação de mão-de-obra, mas tão somente a seleção de pessoas (empresas de RH).

A recorrida, diferente das empresas do segmento, reduz sua alíquota tributária, uma vez que aplica o percentual de 2% como de partida e sobre esse percentual que é multiplicado o FAP, resultando na verdadeira alíquota a que está sujeita a recorrida.

Os atestados de capacidade técnica juntados pela recorrida comprovam que sua atividade principal está diretamente vinculada a terceirização,

assim como o balanço patrimonial, que comprova seu elevado gasto com despesas de pessoal despesas operacionais), que compõe cerca de 50% da receita operacional bruta da recorrida.

Esta diferença, *permissa venia*, gritante de 1% mais o fator de incidência (2% ao invés de 3%, mais o FAP incidente sobre o percentual de partida) comprovam uma vantagem inalcançável pela recorrente, que recolhe suas contribuições corretamente, especialmente por considerarmos a pequena diferença no preço da recorrida e recorrente.

Nesse norte, além de redução de alíquota, a empresa fica sujeita a atividades que possuem menor grau de afastamentos por doença/acidente que o segmento de terceirização, que envolve pessoas humildes e sujeitas a atividades insalubres ou perigosas, como serventes, auxiliar de serviços gerais, ascensoristas, recepcionistas, copeiras, telefonistas, entre outros.

Destarte, tanto a lei quanto os tribunais de contas vedam qualquer vantagem não declarada (Art. 3° e Art. 44, §2°, da Lei 8666/93), assim como é vedado o jogo de planilhas.

O "jogo de planilhas" permite que a licitante atribua "sobrepreços" às etapas iniciais do cronograma financeiro e subpreços às etapas finais. Com isso, vencem as licitações propondo executar o serviço com valor global abaixo dos concorrentes, entretanto, seja por intermédio de redução tributária, seja com a revisão dos preços calculados com aumento de valores, sobre os salários e encargos sociais, decorrentes do trabalho, locupletam-se à custa do Estado.

Como decidiu o TCU,

Há que se nortear pelo entendimento, já comum no Tribunal, de que, estando o preço global no limite aceitável, desde pelo orçamento da licitação, os sobrepreços existentes, devido à falta de critérios de aceitabilidade de preços unitários, apenas causam prejuízos quando se acrescentam quantitativos aos itens de serviço correspondentes, porque, até esse momento, como disse antes, o valor contratado representava o equilíbrio entre preços altos e baixos, apesar do vício

de origem. Na hora em que se acrescentam quantitativos em itens com sobrepreço, ***perde-se o equilíbrio que o preço global reproduzia****.' (Acórdão ri° 1.684/2003, rel. Min. Marcos Vilaça) Por isso, será obrigatório subordinar os preços dos quantitativos agregados à verificação de mercado.*

Ainda a Corte de Contas assim julgou,

8. De fato, os argumentos preliminares dos responsáveis pela obra não afastaram a suspeita levantada pela Secex/CE de que houve uma 'conta de chegada' ou um 'jogo de planilha', isto é, uma combinação nos itens constantes da planilha de preços do licitante vencedor, para que, posteriormente, o item com o maior valor unitário sofresse um aumento drástico em seu quantitativo, mediante aditivo ao contrato original, o que representaria um ganho extra, não previsto no edital da licitação, tomando, por efeito, a proposta do vencedora menos vantajosa para a Administração." (Acórdão n° 1.56312009, Plenário, rel. Min. André Luís de Carvalho).

Deveras, deve ser desclassificada a proposta com as medidas administrativas cabíveis.

DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA APRESENTADO PELA CORREIA E AMPESSAM

De acordo com o atestado de capacidade técnica apresentado pela empresa Correia & Ampessan, a empresa recorrida prestou serviços de janeiro de 2008 até dezembro de 2010, através do fornecimento de 4 funcionárias, "recepcionista – telefonista".

Em consulta a internet, a ora recorrente constatou que a empresa Correia & Ampessan também realiza serviços de mesma natureza, que envolve apoio administrativo, *in verbis (Consulta cartão do CNPJ):*

Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral

Contribuinte,

Confira os dados de Identificação da Pessoa Jurídica e, se houver qualquer divergência, providencie junto à RFB a sua atualização cadastral.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA

NÚMERO DE INSCRIÇÃO	COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL	DATA DE ABERTURA
04.944.639/0001-86 MATRIZ		08/03/2002

NOME EMPRESARIAL
CORREIA E AMPESSAN LTDA - ME

TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA)
J & G ASSESSORIA E CONSULTORIA EMPRESARIAL

CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL
82.99-7-99 - Outras atividades de serviços prestados principalmente às empresas não especificadas anteriormente

CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDÁRIAS
63.99-2-00 - Outras atividades de prestação de serviços de informação não especificadas anteriormente
74.10-2-01 - Design
74.90-1-05 - Agenciamento de profissionais para atividades esportivas, culturais e artísticas
74.90-1-99 - Outras atividades profissionais, científicas e técnicas não especificadas anteriormente
82.19-9-99 - Preparação de documentos e serviços especializados de apoio administrativo não especificados anteriormente
82.99-7-03 - Serviços de gravação de carimbos, exceto confecção
82.99-7-07 - Salas de acesso à internet

CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA
206-2 - SOCIEDADE EMPRESARIA LIMITADA

LOGRADOURO	NÚMERO	COMPLEMENTO
R EBANO PEREIRA	477	3 ANDAR APT 31

CEP	BAIRRO/DISTRITO	MUNICÍPIO	UF
80.410-240	CENTRO	CURITIBA	PR

SITUAÇÃO CADASTRAL	DATA DA SITUAÇÃO CADASTRAL
ATIVA	03/11/2005

MOTIVO DE SITUAÇÃO CADASTRAL

SITUAÇÃO ESPECIAL	DATA DA SITUAÇÃO ESPECIAL
********	********

Aprovado pela Instrução Normativa RFB nº 1.470, de 30 de maio de 2014.

Emitido no dia **08/10/2014** às **23:37:10** (data e hora de Brasília).
http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/cnpj/cnpjreva/cnpjreva_solicitacao.asp

Assim, o documento não traz a necessária segurança, uma vez que não consta o CNPJ da declarante, não estabelece a real função dos funcionários, se recepcionista ou telefonista e especialmente ser no mínimo curioso o porquê de uma empresa que também possui atividades de terceirização estar terceirizando 4 telefonistas para suas atividades.

Além dessas constatações, pode-se observar que a citada empresa se trata de uma ME, que possui faturamento anual de R$ 360 mil reais (LC 123.2006). Ou seja, como uma empresa que fatura esse valor possui despesas ou necessidade fixa de 4 telefonistas em longo período?

Por todas essas razões, na forma do Art. 43, §3, da Lei 8666.93, requer sejam realizadas diligências, a fim de que a recorrida comprove as NOTAS FISCAIS do período, comprovantes de recolhimento de INSS, FGTS, GFIP, CAGED, holerites de pagamento dos empregados, cartões-ponto dos funcionários e também o contrato, referente ao período de janeiro de 2008 até dez.2010, para as 4 telefonistas, sob pena de inabilitação.

DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA FORNECIDO PELO CRF

O edital assim estabelece:

> **9.1.7** Apresentar no mínimo 01 (um) atestado de capacidade técnica em nome da licitante, expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove a aptidão da Licitante para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, nos termos do artigo 30, inciso II, Lei 8.666/93.

Por sua vez, o edital estabelece 3 postos de telefonistas semanais.

Ocorre que o documento não possui prazo (tempo de prestação de serviços), assim como é firmado em quantidade inferior ao que está sendo contratado pela administração pública.

A Lei 8666.93 assim determina:

> Art. 30. II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
>
> § 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.
>
> 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.
>
> (grifou-se)

Dessa forma, a empresa descumpriu o edital e também a lei, eis que o atestado apresentado não comprova quantidades e prazos determinados, sendo vedada a juntada extemporânea de documento, razão pela qual requer sua inabilitação.

DO CONTRATO SOCIAL

O edital, além da certidão da junta comercial, estabelece que a recorrida deveria juntar o contrato social no envelope de habilitação, *in verbis:*

> **9.1.8** Certidão da Junta Comercial, em caso de empresa individual; Ato Constitutivo, Estatuto ou Contrato Social em vigor, com todas as alterações, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais e, no caso de sociedades por ações, acompanhado da Ata de Eleição de seus administradores; ou Certidão do Cartório de Títulos e Documentos, quando se tratar de sociedade simples e sociedade civil;

De acordo com os documentos fornecidos pela administração pública para fins recursais, não se identificou a juntada do contrato social da empresa nos documentos de habilitação (envelope de habilitação).

Dessa forma, requer sejam realizadas diligências para averiguar se a empresa juntou o contrato social na fase de habilitação, sob pena de inabilitação.

DA VINCULAÇÃO AO EDITAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE– FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O princípio da legalidade no âmbito administrativo está estampado na Constituição Federal (Art. 37), assim como na própria lei de licitações (Art. 3 º).

É importante frisar que a vinculação ao edital é expressa pela lei em duas oportunidades distintas, no artigo 3º e no artigo 41 da Lei 8666/93.

Para cristalizar o conceito da vinculação ao Edital, onde todas as partes envolvidas na licitação devem seguir as normas de forma absoluta, vamos reproduzir os ensinamentos do Dr. Luis Carlos Alcoforado [Licitação e contrato administrativo. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 226], que assim doutrinou:

A vinculação ao edital a que estão adstritas as partes é de natureza material e formal.

Isso significa que tanto as regras de regência substantiva quanto procedimental não poderão ser atropeladas pela Administração e pelos licitantes, permanecendo vigorosas ao longo da licitação.

Neste *itinere*, seguindo os princípios do Direito Administrativo e da legislação vigente, os Tribunais também firmaram entendimento no sentido da obrigatoriedade dos órgãos licitante de observarem estritamente os termos do edital em seus julgamentos, de acordo com as decisões abaixo transcritas:

> *ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DE CANDIDATO. Se a concorrente não satisfez tópico do edital de licitação, que se constitui em suporte logístico da atividade licitada, pode ser desclassificada liminarmente. (STJ, Proc. 0004261. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Relator Ministro Hélio Mosimann).*
>
> *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA EDITALÍCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO E DANO IRREPARÁVEL. I – Na licitação impõe-se à desclassificação de proponente que, ao apresentar oferta, descumpre cláusula editalícia, não agindo assim a Administração, em desconformidade com o direito, quando o alija do certame. (...). (STJ. Corte Especial. MS 4222-DF, DJ 18.12.95, p. 44453). (grifamos).*
>
> *LICITAÇÃO PÚBLICA - INOBSERVÂNCIA DE CONDIÇÃO CONSTANTE DO EDITAL - PROPOSTA OMISSA - DESCLASSIFICAÇÃO. I - Correta a desclassificação da*

impetrante em procedimento licitatório, eis que, não observando condição expressa no edital, que se reportou à instrução normativa DASP 76/77, omitiu em sua proposta item indispensável à avaliação da adequação da mão-de-obra à execução do serviço a contratar. II - Sentença confirmada. (TRF - 2ª R, PROC. 0202485, Apelação em Mandado de Segurança. DJ DE 16.02.93. Relator Juiz Valmir Peçanha).

Destarte, ante **a existência de razões legais,** deve-se desclassificar e/ou inabilitar a empresa declara vencedora do certame, consoante fundamentação.

III - REQUERIMENTOS

Por todo exposto, para que não se consolide uma decisão equivocada, lembrando o próprio dever de evitar-se o ônus de eventual demanda judicial, a **ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.**, requer:

O Conhecimento e provimento do recurso, com a conseqüente desclassificação e inabilitação da empresa recorrida;

O encaminhamento do presente recurso administrativo para instância superior, em caso de ser julgado improcedente, o que se admite apenas hipoteticamente, devidamente informado;

A realização de diligências;

DPP

Protesta provar o alegado por todas as provas em direito admitidas, em especial a documental.

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

Curitiba-PR, 07/10/2014.

Raphael Galvani

OAB/PR 60105 – OAB/SC 19540