

Pregão Eletrônico

▪ Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões

CONTRA RAZÃO :

Ilmo. Sr. Pregoeiro do PREGÃO ELETRÔNICO nº 06/2018
CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DO BRASIL – CAU/BR

Ref.: Pregão Eletrônico nº 06/2018 – Processo Administrativo nº 060/2018

RICARDO DE SOUZA LIMA CAIAFA MANUTENÇÕES E SERVIÇOS – ME (SERVICE ou Recorrida), com sede na SCIA, Quadra 14, Conjunto 08, Lote 03, Guará, Brasília/DF, inscrita no CNPJ/MF nº 11.162.311/0001-73, vem, tempestivamente, por seu representante legal, oferecer

CONTRARRAZÕES

aos Recursos Administrativos interposto pelas empresas aqui denominada Recorrente, o que faz conforme os fatos e razões a seguir expostos:

1 SÍNTESE

1.1 A Recorrida foi proclamada vitoriosa do certame, contudo a empresa ÁGIL, inconformada, insurgiu contra a r. decisão do D. Pregoeiro, apresentando Recurso Administrativo, no qual pretende a inabilitação da licitante vencedora, SERVICE, sob as alegações, ora sumariadas, de que:

a) a Recorrida não comprovou possuir QUALIFICAÇÃO TÉCNICA e QUALIFICAÇÃO FINANCEIRA NÃO CORRESPONDEM A REALIDADE ;

b) Não cumprir os direitos trabalhistas ao apresentar valores que não correspondem com o previsto nas CCT'S das categorias.

c) Ter cotado erroneamente os tributos em sua planilha.

1.2 Assim sendo, requer V.Sa. se digne receber a presente peça, a fim de que seja mantida a r. decisão em que a empresa SERVICE foi sagrada vencedora do certame.

2 MÉRITO

2.1 Das preliminares:

2.1.1 Conforme restará demonstrado, não merece acolhida à súplica da Recorrente, visto que a Recorrida atendeu todas as condições editalícias, portanto irreparável a decisão do r. Pregoeiro que declarou a SERVICE vencedora do procedimento licitatório.

2.2 Da comprovação de QUALIFICAÇÃO TÉCNICA E QUALIFICAÇÃO FINANCEIRA:

No afã de induzir ao remoto entendimento de que a Recorrida teria desatendido comando editalício, a Recorrente alega que, "verbis":

10.6. DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

10.6.1. A CONTRATADA deverá apresentar no mínimo 01 (um) atestado de Capacidade Técnica, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprovando que a empresa licitante executou serviços compatíveis, em características, quantidades e prazos, conforme descrito a seguir:

10.6.1.1 Deverá comprovar que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado, mediante a comprovação de experiência mínima de três anos na execução de objeto semelhante ao da contratação, podendo ser aceito o somatório de atestados por período não inferior a 3 (três) anos.

10.6.1.1.1. Para a comprovação da experiência mínima de 3 (três) anos prevista no Item 10.6.1.1, será admitida a apresentação de atestados referentes a período sucessivos não contínuos, não havendo obrigatoriedade de os três anos serem ininterruptos.

10.6.1.2. A CONTRATADA deverá comprovar que tenha executado contrato(s) em número de postos equivalentes ao da contratação.

10.6.2. O licitante deve disponibilizar todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos

atestados solicitados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços.

10.7. Somente serão aceitos atestados expedidos após a conclusão do contrato ou se decorrido, pelo menos, um ano do início de sua execução, exceto se firmado para ser executado em prazo inferior.

10.8. Poderá ser admitida, para fins de comprovação de quantitativo mínimo do serviço, a apresentação de diferentes atestados de serviços executados de forma concomitante, pois essa situação se equivale, para fins de comprovação de capacidade técnico-operacional, a uma única contratação..”

Primeiramente, no tocante à alegação de que “NÃO POSSÍVEL QUALQUER SEMELHANÇA OU COMPATIBILIDADE COM O OBJETO DA LICITAÇÃO” ora o que vem a ser COMPATÍVEL? não é aquilo que coexiste ou concorda, aquilo que é semelhante, e não existiria compatibilidade e até superioridade na gestão de mão de obra de serviços de engenharia se comparado com a complexidade de serviços de auxiliar de limpeza, copeiragem, recepcionista, garçom e motorista executivo.

Apesar de já mais do que superado esse assunto ainda vale destacar, que em os diversos contratos e atestados de capacidade técnica, superou os requisitos exigidos em edital, tanto no que diz respeito à compatibilidade, comprovação de experiência mínima de 3 anos, e a ainda comprova mais de 50% em gestão de pessoas.

A própria Recorrente traz decisões, em que a Administração Pública deve exigir a comprovação de APTIDÃO EM GESTÃO DE PESSOAS, é importante trazer novamente esses julgados, “ipsis litteris”:

“Para tanto é exigido da Administração que motive a existência de quesitos de habilitação técnica e econômica no edital, pois são resultados de atos discricionários que atingem o caráter competitivo da licitação. Dessa forma segundo previsto no art. 50, I da Lei nº 9.784/1999 a motivação é necessária e as razões apontadas na motivação vinculam a Administração por força da teoria dos motivos determinantes, amparado por decisões do TCU como a do Acórdão 727/2009 Plenário.

O TCU ao analisar os requisitos de habilitação técnica pacificou a ideia de parcela relevante, nos Acórdão 697/2006 Plenário e Acórdão 1771/2007 Plenário (Sumário), com ementas, respectivamente: As exigências de qualificação técnico-operacional limitam-se aos itens de maior relevância e em percentuais razoáveis; A exigência de atestado de capacitação técnico-profissional ou técnico operacional deve limitar-se às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto licitado.

Neste sentido, a leitura do edital deve ser clara quanto a parcela, que segundo os fundamentos da fase interna, corroboram com a finalidade do requisito de capacidade técnica, indispensáveis para assegurar o cumprimento das obrigações.

A nosso ver o edital define como parcela relevante apenas os quesitos da IN 05 da SLTI/MPOG para atestado, que são número de postos contratados dentre de um intervalo de tempo. Dessa forma, reconhecendo que a complexidade do contrato é de serviço contínuo com dedicação exclusiva de mão de obra.

No Acórdão 553/2016-Plenário da relatoria do Min. Vital do Rêgo. Concluiu o Tribunal de Contas da União que, EM LICITAÇÃO PARA SERVIÇOS CONTINUADOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA, DEVEM SER EXIGIDOS ATESTADOS QUE COMPROVEM APTIDÃO PARA GESTÃO DE MÃO DE OBRA, AO INVÉS DA COMPROVAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS IDÊNTICOS.”

Conforme demonstrado no item acima, a Recorrida detém incontestemente capacidade técnica para execução dos serviços em tela, capacitação essa devidamente comprovada pelos Atestados juntados ao autos do certame em tela, tendo a SERVICE atendido “ipsis litteris” as exigências legais e editalícias, de modo que foi acertadamente declarada vencedora do pregão.

Nesse ponto, importa ressaltar que, de acordo com a doutrina, a verificação da capacidade técnica na fase processual habilitatória tem apenas e tão-somente o propósito de aferir que, em tese, a licitante tem condições de executar o objeto licitado, configurando, portanto, mera presunção, senão vejamos o entendimento esposado por Marçal Justen Filho:

“Configura-se uma PRESUNÇÃO: a comprovação da QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, na fase de HABILITAÇÃO, induz que o sujeito, se contratado, disporá de grande PROBABILIDADE de executar satisfatoriamente as prestações devidas.” (g.n.).

[JUSTEN FILHO, Marçal. “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 5ª ed., Ed. Dialética, São Paulo, 1998, p. 300.]

Nada obstante, imperioso ressaltar que a SERVICE detém incontestemente capacidade técnica para execução dos serviços em pauta, de modo que vem sendo contratada por diversos órgãos da Administração Pública para prestação de serviços

Como se vê, a “primazia da realidade” é que a Recorrida possui uma gama de contratos com a Administração Pública, dispondo, portanto, de inquestionável e vasta capacidade técnica que a credencia para a execução dos serviços em pauta.

Outrossim, é cediço que, ao proceder qualquer julgamento na instrução do processo licitatório, ao agente público se faz imperativo o exercício da HERMENÊUTICA:

“O princípio da legalidade, no âmbito do Direito Administrativo NÃO SIGNIFICA que as normas devem ser interpretadas apenas literalmente, dispensando os recursos da HERMENÊUTICA. Aliás, se assim fosse, as leis desse ramo do Direito seriam simples regra de manual. Contudo, o que se verifica é exatamente o contrário. No Direito Administrativo floresce com maior esplendor as linhas diretivas da vontade do povo, cristalizada na norma efetivando-se concretamente os sublimes valores da civilização na relação Estado-cidadania.”

[Jorge Ulisses Jacoby Fernandes]

Com efeito, seguindo o “princípio da finalidade”, tem-se que, está na FINALIDADE da norma o critério norteador de

sua correta aplicação.

Destarte, e considerando que tanto a norma legal quanto a regra editalícia referentes à qualificação técnica configuram mera PRESUNÇÃO de que a licitante disporá de probabilidade de executar os serviços a contento (Marçal Justen Filho), a REALIDADE FÁTICA comprova, ademais, que a Recorrida dispõe de todos os requisitos para a prestação dos serviços objeto da licitação sob comento, de modo que executou e continua executando tais serviços para a Administração Pública, nada constando que a desabone, comprovando, de forma incontestada, a CAPACIDADE OPERATIVA REAL da empresa SERVICE .

Como se verifica, o "princípio da economicidade" permeia TODO o ordenamento da Administração Pública, a exemplo do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, em que expressamente expõe que a licitação se destina a selecionar a proposta MAIS VANTAJOSA, cabendo salientar que referido preceito também está intrinsecamente ligado aos princípios clássicos de nosso Direito Administrativo, quais sejam, o do "interesse público" e o da "eficiência".

Conceitualmente, o "interesse público" compreende o interesse resultante da coletividade, ou seja, o conjunto dos anseios que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade. A doutrina define "interesse público" conforme segue:

"as aspirações ou vantagens licitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade."

[MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 21ª ed. Malheiros Editores, São Paulo, 1996, p.81].

"é o que assenta em fato ou direito de proveito coletivo ou geral. Está, pois, adstrito a todos os fatos ou a todas as coisas que se entendam de benefício comum ou para proveito geral, ou que se imponham por uma necessidade de ordem coletiva."

[SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico, vol. II, 3ª ed., Forense, 1991, p. 498].

Em consonância com o "princípio da eficiência", cabe ao servidor público, no exercício de suas atividades, superar concepções puramente burocráticas ou meramente formalísticas, para dar maior ênfase ao exame da legitimidade, da economicidade, da razoabilidade, em benefício da eficiência. A luz da doutrina e entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU, o gestor público está obrigado a perseguir o princípio da eficiência na Gestão Pública:

"O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros."

[MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 30ª ed. Malheiros Editores, São Paulo, 2005, p.88]

"Não se está questionando o cumprimento dos aspectos formais da legislação, mas a economicidade do ato de gestão. O mero cumprimento formal da legislação não é garantia de regularidade do processo licitatório."

[Acórdão TCU 198/2000 – Plenário]

A jurisprudência do TCU é vasta e uniforme no sentido de que se constitui excesso de rigor a desclassificação de licitantes por conta de erros na apresentação da proposta e da documentação. A exemplo, destaque-se os Acórdãos nº 1.791/2006 – Plenário, nº 1.734/2009 – Plenário e nº 2872/2010 – Plenário, entre outros.

A TRÊS, em vista do comando legal insculpido no art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93, em que resta patente a OBRIGATORIEDADE de se promover a realização de diligências para ESCLARECER ou COMPLEMENTAR a instrução do processo, conforme remansosos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais (especialmente do Tribunal de Contas da União).

O prof. Marçal Justen Filho, por exemplo, preleciona ser OBRIGATÓRIA a promoção de diligências sempre que pairar dúvida, tanto para preterir licitantes quanto para superar pontos obscuros:

"Se os documentos apresentados pelo particular ou as informações neles contidas envolverem pontos obscuros – (...) –, a realização de diligências será OBRIGATÓRIA. Ou seja, não é possível decidir a questão (seja para desclassificar o licitante, seja para reputar superada a questão) mediante uma escolha de mera vontade. Portanto, a realização de diligência será OBRIGATÓRIA se houver dúvidas relevantes." (g.n.).

[JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Ed. Dialética, 2010, 14ª ed., p. 598/599.]

Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Mandado de Segurança nº 5.418-DF, é JURIDICAMENTE possível a JUNTADA de documento explicativo e complementar de outro preexistente ou para efeito de produzir contraprova:

"No procedimento, é JURIDICAMENTE POSSÍVEL a JUNTADA de documento meramente explicativo e complementar de outro preexistente ou para efeito de produzir contraprova (...), sem a quebra de princípios legais ou constitucionais."

De igual modo, o TCU já decidiu, no Acórdão nº 393/2013 – Plenário, ser admissível a diligência com a finalidade

de "COMPLEMENTAR a instrução do processo", ao considerar que aludido procedimento "NÃO AFETA a ISONOMIA entre os licitantes, NEM a SEGURANÇA da contratação" (destaques nossos).

Outrossim, o TCU também entendeu, no Acórdão nº 1795/2005 – Plenário, que "a decisão de EXCLUIR o representante pela ausência de informação que constava IMPLICITAMENTE em sua documentação revela-se como FORMALISMO EXAGERADO por parte dos responsáveis pela análise do certame, com PREJUÍZO à sua competitividade" (destacamos).

Em relação ao "princípio da vinculação ao Edital", suscitado pela Recorrente, imperioso salientar que, advertindo contra o APEGO EXACERBADO a esse preceito como se fosse um DOGMA, o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir no Mandado de Segurança nº 5.418-DF, posicionou-se em consonância com os juristas no sentido de que NÃO É ABSOLUTO o princípio da vinculação ao Edital:

"Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao Edital NÃO É ABSOLUTO, de tal forma que impeça o Judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo EXCESSIVO RIGOR possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o TRANSMUDE de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a Administração.

(...)

O formalismo no procedimento licitatório NÃO SIGNIFICA que se possa DESCLASSIFICAR propostas eivadas de SIMPLES OMISSÕES ou DEFEITOS irrelevantes." (Grifamos).

Esposando o mesmo entendimento, manifesta o Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues do TCU, no Acórdão 1758/2003 – Plenário:

"Ressalto preliminarmente, que o edital NÃO CONSTITUI um fim em si mesmo. Trata-se de INSTRUMENTO para a CONSECUÇÃO das FINALIDADES do certame licitatório, que são ASSEGURAR a contratação da proposta MAIS VANTAJOSA e a igualdade de oportunidade de participação dos interessados, nos precisos termos do art. 3º, caput, da Lei 8.666/93. Assim, a INTERPRETAÇÃO e a APLICAÇÃO das regras nele estabelecidas deve SEMPRE ter por norte o ATINGIMENTO das FINALIDADES da licitação, EVITANDO-SE o APEGO a formalismos EXAGERADOS, IRRELEVANTES e DEZARRAZOADOS, que NÃO CONTRIBUEM para esse desiderato." (Grifamos).

Nesse diapasão, preleciona o Mestre Hely Lopes Meirelles:

"O princípio do procedimento formal NÃO SIGNIFICA que a Administração deva ser formalista (...), como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou o julgamento, ou INABILITAR ou DESCLASSIFICAR licitantes diante de SIMPLES OMISSÕES ou IRREGULARIDADES FORMAIS na documentação ou na proposta, ... (Grifou-se) [MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo, São Paulo – 1979. Editora RT, 4ª ed., p.11/12.]

Pelas mesmas razões também NÃO HÁ QUE SE FALAR em falta de isonomia NEM de quebra à vinculação ao Edital, posto que, em relação aos princípios que norteiam a Administração Pública, tem-se que tais preceitos não se excluem nem se sobrepõem uns aos outros, visto estarem num mesmo patamar. Logo, a interpretação deve ser harmoniosa ante às especificidades de cada caso, que determinam que um ou uns dos princípios preponderem sobre o outro ou os demais:

"Sucede inexistir no sistema qualquer regra ou princípio a orientar o intérprete a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles estabelecido, deve ser privilegiado, qual o que deve ser desprezado.

Isso somente se pode saber no contexto do caso, de cada caso, no âmbito do qual se verifique o conflito.

(...).

Em cada caso, pois, em cada situação, a dimensão do peso da importância dos princípios há de ser ponderada. Isso explica o quanto afirmei acima: a circunstância de em determinado caso a adoção de um princípio, pelo intérprete, implicar o afastamento do outro princípio, que com ele entre em testilhas, não importa que seja ele eliminado do sistema, até porque em outro caso, e mesmo diante do mesmo princípio, este poderá vir a prevalecer."

[Min. Eros Roberto Grau]

Na interpretação da norma, deve-se considerar todo o contexto/sistema (ex: competitividade, justo preço, razoabilidade, finalidade, proporcionalidade, interesse público etc), não devendo, portanto, se ater apenas à literalidade da norma:

"Só ignaros poderiam, ainda, orientar-se pelo suspeito brocardo - verbis legis tenaciter inhaerendum – 'apeguemo-nos firmemente às palavras da lei'. Ninguém ousa invocá-lo; nem mesmo quem de fato o pratica."

[Carlos Maximiliano]

"Por outro lado, encontro frequentemente quem cometa dois equívocos: adotar a interpretação literal, há muito descartada, e sustentar que existe uma única interpretação para cada norma. Com isso, o intérprete elege o dicionário como principal livro a ser consultado, abstraindo a existência de uma linguagem técnica, diferente da comum, além de – muito pior – ignorar as noções de finalidade, sistema e, sobretudo, razoabilidade (princípio da razoabilidade)."

[Antônio Carlos Cintra do Amaral]

Hoje, o ilegal NÃO É o descompasso com a regra positivada, mas SIM o DESARRAZOADO. Isto decorre de uma visão mais atual do conceito de legalidade, que transcende a visão positivista, no qual a legalidade se aferia pelo mero exame da aplicação da regra ao caso concreto. A legalidade atual (pós positivismo ou neoconstitucionalismo) é aferida NÃO APENAS pela correspondência da regra vigente ao caso concreto, MAS também com a sua

conformidade aos princípios (constitucionais/legais) que regem o subsistema jurídico em exame:

A análise da letra do texto legal é apenas o início da atividade interpretativa.

As normas jurídicas, inclusive as normas legais, constituem um sistema. Não podem, portanto, ser interpretadas senão como elementos desse sistema...

(...)

A norma legal visa a uma finalidade. Há a finalidade de cada norma e a finalidade do sistema. Assim, ao intérprete incumbe a tarefa de investigar qual a finalidade da norma que busca interpretar, bem como a finalidade do sistema – ou subsistema – que ela integra. Por exemplo: cada norma da Lei 8.666 – que é um subsistema componente do sistema jurídico brasileiro – tem uma finalidade específica, que deve ser levada em conta juntamente com a do subsistema do qual é integrante. A finalidade da Lei 8.666 está expressa no seu art. 3º: respeitar o princípio da isonomia e obter a proposta mais vantajosa.

(...)

A partir da análise do texto legal, da noção de sistema e da identificação da finalidade da norma, integrante do sistema ou subsistema, o agente administrativo identifica as soluções possíveis de aplicação, isto é, as soluções razoáveis. Cabe-lhe, ao produzir atos administrativos, entre os quais os licitatórios, escolher dentre elas a que lhe pareça ser a mais razoável. Como diz Kohler:

'... dentre os vários possíveis pensamentos da lei, há-de preferir-se aquele mediante o qual a lei exteriorize o sentido mais razoável, mais salutar, e produza o efeito mais benéfico.'

Nesse sentido, escreve o jurista belga Chaïm Perelman, um dos criadores da lógica do razoável:

'Quando o poder executivo é incumbido da execução de uma lei, ele é juiz da oportunidade de suas decisões, mas o Conselho de Estado dirá que elas são ilegais, que comportam um excesso ou um desvio de poderes, se parecer que o exercício do poder é desarrazoado.'

Acrescenta Perelman:

'Cumpra observar, a esse respeito, que o razoável não remete a uma solução única, e sim implica uma pluralidade de soluções possíveis; porém, há um limite para essa tolerância, e é o desarrazoado que não é aceitável.'

O agente administrativo tem a liberdade de escolher a solução que lhe pareça ser a mais adequada, ou seja, a mais razoável. Nisso reside a discricionariedade administrativa. Já ao órgão de controle cabe decidir se a solução escolhida é razoável ou desarrazoada, nesta última hipótese fulminando o ato administrativo por ilegalidade. Não cabe ao órgão de controle decidir que a solução escolhida pelo agente administrativo é menos razoável que outra. É o desarrazoado – e não o menos razoável – que é inaceitável, diz Perelman. Se o órgão de controle entrar no mérito do que seria mais razoável, estará substituindo o administrador no exercício da função administrativa.

[AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Princípio da Razoabilidade nas Licitações Públicas (Resumo da palestra proferida em 25 de abril de 2006, no IV Fórum Brasileiro de Direito Público de Contratação e Gestão Pública, promovido pela Editora Fórum em Brasília)].

3 – DA DECLARAÇÃO DE CONTRATOS FIRMADOS

No tocante à alegação de que "omitiu" não se pode tratar como omissão aquilo que é público, e que por uma simples pesquisa na internet pode ser visto, vasculhado, e acessado por qualquer cidadão;

2.2.2.1 Esse caso tratou-se de um mero erro, que pode, portanto ser relativizado, por esse este aquele erro decorrente de um procedimento, ora a Recorrente com o intuito de enviar toda a sua documentação e cumprir o prazo do edital acabou equivocando-se e enviando o arquivo que já estava inválido, por ser antigo.

O envio é feito por pessoa que preza pela seriedade e que tudo seja feito de forma correta e dentro dos prazos, mas todos estão passíveis de erros o que não podemos é alegar dolo em algo serio como uma declaração que poderia trazer problemas posteriores.

2.2.2.2 Ademais em qualquer momento do processo licitatório é cabível a utilização da prerrogativa de diligência por parte do pregoeiro e da comissão, o que foi feita a correção do erro e enviada à planilha correta.

2.2.2.2.1 O envio da declaração de contratos firmados tem o intuito de trazer informações acerca da qualificação econômica financeira da Empresa, e com o devido envio por meio de diligência feita pode ser comprovado que os índices atendem as exigências do MPOG:

"as aspirações ou vantagens licitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade."

[MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 21ª ed. Malheiros Editores, São Paulo, 1996, p.81].

"é o que assenta em fato ou direito de proveito coletivo ou geral. Está, pois, adstrito a todos os fatos ou a todas as coisas que se entendam de benefício comum ou para proveito geral, ou que se imponham por uma necessidade de ordem coletiva."

[SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico, vol. II, 3ª ed., Forense, 1991, p. 498].

4 DA CONVENÇÃO COLETIVA

A doutrina e jurisprudência dominantes convergem quando asseveram que o primeiro passo para definir o enquadramento sindical é atrelá-lo à atividade fim da empresa.

A argumentação dessa corrente, é que dessa forma - unindo todos os funcionários ou a grande maioria deles a um só modelo de regras convencionais - contribui-se para a unidade e homogeneização da coletividade, evitando o isolamento de trabalhadores em departamentos, desfavorecendo o vínculo de solidariedade entre eles.

Seguindo esse princípio, mesmo que uma empresa possua diversas atividades aparentemente distintas, devem ser

enquadradas em um só sindicato, ligado à sua atividade preponderante, como no exemplo citado pelo Dr. Cláudio Rodrigues Morales: em "uma universidade que possui uma pequena gráfica, a atividade preponderante no caso é o ensino e não a exploração da atividade gráfica", ou seja, o instrumento normativo que deve gerir a relação entre funcionário e empregador é o ligado aos estabelecimentos de ensino, não da indústria gráfica, pois a categoria dos trabalhadores será determinada pela atividade principal do empregador e não pelas atividades específicas executadas pelos trabalhadores.

A exceção à regra que até então foi exposta, é a existência de categorias diferenciadas, legalmente constituídas e que farão com que os profissionais que exerçam tais profissões sejam vinculados aos respectivos sindicatos representativos, independentemente do ramo de atividade da empresa.

É justamente a definição do que seria essa "categoria diferenciada" que é capaz de emergir alguma discussão. O art. 511 - § 3º da CLT diz que "Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares."

Exemplos claros de categoria diferenciada por estatuto profissional não faltam: advogados, engenheiros, médicos e enfermeiros. Da mesma forma, exemplos da distinção em consequência das condições de vidas singulares: motoristas rodoviários, vendedores e viajantes, etc. Esses são exemplos claros e que não demandam nenhum esforço de interpretação.

A discussão tem início, porém, quando se criam sindicatos que pretendem representar "categorias diferenciadas", porém, sem que haja estatuto profissional especial ou sem que o trabalho torne a rotina daquele grupo de trabalhadores diferenciada em relação ao que pode ser chamado de normal. A Justiça do Trabalho do nosso Estado está começando a se deparar com um volume maior de questões dessa natureza e a projeção é que muito trabalho ainda os espera.

Para minimizar o risco de um enquadramento equivocado, entendemos que, quando não houver elemento suficiente que caracterize a categoria diferenciada, nos termos do § 3º do art. 511 CLT, o melhor caminho é optar pelo sindicato que represente a categoria que abranja a atividade principal da empresa.

A empresa elaborou sua planilha de custos e formação de preços com base na Convenção Coletiva do SITIMME, que é, de fato, o Sindicato que abrange a atividade principal da empresa.

O Tribunal de Contas da União – TCU tem o entendimento em várias decisões (Acórdão nº 536/2007 – Plenário; Acórdão nº 2.586/2007 – 1ª. Câmara; Acórdão nº 1.046/2008 – Plenário; Acórdão nº 4.621/2009 – 2ª. Câmara), sendo a seguir transcritos alguns excertos do voto do Ministro Relator constante do Acórdão nº 4.621/2009 – 2ª. Câmara, no qual foi abordada situação análoga ao discutido nesse recurso :

"(...) Voto do Ministro Relator (...) A questão cinge-se à desclassificação da licitante pelo fato de sua proposta haver apresentado valor inferior ao que seria estabelecido pela Cláusula Décima Primeira da Convenção Coletiva da Categoria para o item refeição: (...)

A matéria, contudo, como bem apontado pela unidade técnica, comporta outras considerações, até mesmo tendo em conta a substancial diferença de preços anuais globais constantes da proposta desclassificada e aquela objeto da contratação - R\$ 740.655,85, a qual supera em muito os valores de refeição objeto de contestação - R\$ 17.984,64. (...)

(...) Quanto se realiza licitação pelo menor preço global, interessa primordialmente para a Administração o valor global apresentado pelos licitantes. É com base nesses valores apresentados que a Administração analisará as propostas no tocante aos preços de acordo com os dispositivos legais pertinentes (por exemplo, a exequibilidade dos valores ofertados, a compatibilidade com os preços de mercado e a prática ou não de valores abusivos). (...)

(...) A exigência, no que toca às licitações que envolvem terceirização de mão de obra, de apresentação de planilha de custos de preços pelos licitantes insere-se nesse contexto, pois são instrumento essencial para que se possa analisar a regularidade dos preços ofertados. Sem essas planilhas, arrisca-se a dizer que a análise dos preços por parte da Administração restaria em grande parte prejudicada pela deficiência de dados em que fundar sua análise. (...)

Ainda nesse sentido o Acórdão 963/2004-Plenário:

"6. Sobre a desnecessidade de detalhamento dos itens que compõem os encargos sociais e trabalhistas na planilha de preços utilizada como modelo no edital, penso que a presumida omissão não traz problemas para o órgão contratante, pois, segundo explicado pela unidade técnica, o contratado é obrigado a arcar com as consequências das imprecisões na composição dos seus custos."

"À rigor as Convenções Coletiva perdem a sua vigência após a homologação pelo Ministério do Trabalho da Convenção Coletiva seguinte. Convenções Coletivas sem homologação pelo Ministério do Trabalho não têm

validade. A última CCT homologada do SITIMME é a Nº 000441/2017, portanto, para fins de orçamento para participação em licitações públicas deve-se utilizar a Convenção Coletiva vigente, portanto está correta a CCT utilizada. Destaca-se que independente da data de homologação da CCT, os trabalhadores terão direito de receber seus benefícios e reajustes salariais a partir do dia 1º de maio de cada ano.

De fato, a CCT utilizada para composição do salário base de todos os cargos previstos para contratação estabelece apenas o piso salarial inferior (R\$ 1.155,00), no entanto, alguns dos profissionais relacionados desempenham funções de maior complexidade, desta forma, analisando o mercado, optou-se por um salário superior ao mínimo exigido. Assim, se todos os salários estão acima do piso mínimo exigido, os valores estão corretos.

No tocante aos fundamentos pelos quais a empresa está vinculada ao SITIMME, informamos que a legislação e jurisprudência recentes destacam que a atividade preponderante do empregador é fator determinante para o seu enquadramento sindical. Nesse sentido, ao exercer a atividade econômica preponderante no ramo de instalações e manutenção elétrica, a empresa está automaticamente enquadrada na entidade sindical representante da categoria econômica correspondente. Via de regra, a análise do enquadramento sindical da empresa é feita com base no maior número de funcionários de determinada categoria, definindo assim a atividade preponderante da empresa e, conseqüentemente, o seu enquadramento sindical.

Outra questão que deve ser esclarecida é o fato de que, em razão da ter uma atividade preponderante, cujo maior número de empregados exercem atividade representada pelo SITIMME, os empregados de categorias diferenciadas NÃO têm o direito de obter das vantagens previstas em instrumento coletivo próprio. Tais benefícios deverão ser pagos em consonância com o que determina a Convenção Coletiva de Trabalho do SITIMME. Vejamos o entendimento do TST:

“Súmula nº 374 do TST

NORMA COLETIVA. CATEGORIA DIFERENCIADA. ABRANGÊNCIA (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 55 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

Empregado integrante de categoria profissional diferenciada não tem o direito de haver de seu empregador vantagens previstas em instrumento coletivo no qual a empresa não foi representada por órgão de classe de sua categoria. (ex-OJ nº 55 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)”

Os cargos abrangidos pela CCT apresentada (SITIMME) são aqueles que se enquadram no ramo de instalações e manutenção elétrica, tais como eletricitistas, encarregado de manutenção e etc. Assim, como já explicado, caso alguns dos cargos contratados tenha categoria diferenciada, serão também enquadrados no SITIMME em razão da atividade preponderante da empresa.”

Diante de todo o exposto fica claro que não merece prosperar os questionamentos quanto aos valores de vale alimentação ou quaisquer outros benefícios uma vez que todos os que são previstos na convenção coletiva forma cotados e dimensionados.

5. DO ISS

A Recorrida é empresa de pequeno porte, sendo assim goza de todas as prerrogativas, benefícios e obrigatoriedade as quais são elencadas em todas as legislações pertinentes.

O importante de trazer essa informação que talvez não é sabido pela Recorrentes que Aplica-se a alíquota de 2% aos serviços prestados por microempresa/empresa de pequeno porte, assim definida na legislação específica, quando o imposto for retido por substituição tributária, conforme artigo 93, inciso I, alínea "m", do Decreto-Lei nº 82/66.

Sendo assim todos os esforços em comprovar que a empresa erroneamente cotou alíquota incorreta e deveria ter cotado a alíquota de 5%. Por isso a planilha de custo está correta e não cabe desclassificação por esse item.

6. DA DESONERAÇÃO DA FOLHA

A Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta é um benefício o qual a Recorrente é optante para fins do disposto no art. 9º, § 6º, da Instrução Normativa RFB nº 1436/2013, que a empresa 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. Sendo essa declaração e opção de caráter irrevogável.

As empresas do setor de construção civil, inseridas no grupo 432 da CNAE 2.2, enquadram-se na regra da desoneração por força do artigo 7º, inciso IV, da Lei nº 12.546/2011, com a redação dada pela Lei nº 12.844/2013, podendo optar pela regra a partir de 01.12.2015, com o recolhimento de 4,5% sobre a receita bruta (artigo 7º da Lei nº 12.546/2011, com redação dada pela Lei nº 13.161/2015) em substituição ao percentual de 20% sobre a folha de pagamento.

A legislação enquadra esta atividade mencionando o código CNAE. 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 na CNAE deverão considerar apenas o código CNAE relativo à sua atividade principal, assim considerada aquela de maior receita auferida ou esperada, não lhes sendo aplicada a regra da proporcionalidade em caso de ter receita de mais de um CNAE. Assim, a base de cálculo da CPRB (Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta) será a receita bruta da empresa relativa a todas as suas atividades, conforme o artigo 9º, §§ 9º e 10, da Lei nº 12.546/2011, incluídos pela Lei nº 12.844/2013.

A Recorrida se enquadra nos requisitos legais portanto faz e fará uso desse benefício enquanto a legislação vigente, e isso não fere o princípio ISONOMIA, mas sim a coloca em vantagem que em nada fere qualquer legislação .

A empresa vencedora é aquela que atende a legislação e apresenta a menor e melhor proposta para a administração e por isso em nada a Recorrida feriu qualquer princípio pelo contrário ela usa daquilo que faz justo para dimensionar seus custos e lograr êxito no certame.

CONCLUSÃO E PEDIDO

Ante todo o exposto, em que se comprovou a licitude do procedimento e a capacitação técnica da Recorrida, REQUER-SE, no mérito, a total IMPROCEDÊNCIA do Recurso ora contrarrazoado, mantendo, portanto, como vencedora do certame a empresa RICARDO DE SOUZA LIMA CAIAFA MANUTENÇÕES E SERVIÇOS – ME.

Reportando ao disposto no item supra, se ainda remanescer alguma dúvida quanto à atestação técnica da SERVICE, o que não nos parece ser o caso, REQUER-SE, ainda, diligência, para os devidos esclarecimentos.

Termos em que,
Pede deferimento.

Brasília, 31 de agosto de 2018.

RICARDO DE SOUZA LIMA CAIAFA MANUTENÇÕES E SERVIÇOS – ME
RICARDO DE SOUZA LIMA CAIAFA
Diretor Geral

Fechar