

Rio de Janeiro, 05 de Abril de 2024.

RECURSO :

ILMO. SENHOR PREGOEIRO

Ref.: Pregão Eletrônico n.º 001/2024

PERSONAL SERVICE RECURSOS HUMANOS E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA., sociedade empresária limitada regularmente inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 00.277.106/0001-37, com sede na Rua Almirante Grenfall n.º 405, Sala 604, Bloco 3, Parque Sarapuí, Duque de Caxias, Rio de Janeiro, RJ, CEP 25085-135, na qualidade de licitante interessada no presente Pregão, vem, tempestivamente, apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO

em face da aceitação e habilitação da empresa GRUPO OG SERVICOS E VIGILANCIA LTDA., com fundamento no artigo 109, I, alínea “a”, da Lei Federal nº 8.666/93, expondo e requerendo o que segue.

A empresa GRUPO OG SERVICOS E VIGILANCIA LTDA. foi habilitada, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 20.591.265/0001-19, pelo melhor lance de R\$ 3.088.391,28.

DOS FATOS:

**ENVIO INCOMPLETO DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO;
DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO NÃO ENVIADOS PELO GRUPO OG SERVICOS E
VIGILANCIA LTDA.**

Nota-se que a licitante vencedora, deixou de entregar o Balanço Patrimonial de 2023, não atendendo assim os requisitos do edital.

O que diz o item 7.13 do edital:

8.14. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência,

para (Lei 14.133/21, art. 64, e IN 731/2022, art. 39, §4º):

Em nenhum momento o edital permite que a empresa vencedora poderá enviar documentos faltosos, ou seja, apenas permite a diligência sobre os documentos já enviados para saneamento de dúvidas ou levantamento de informações adicionais daqueles documentos.

FRAUDE NA PLANILHA – INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA – UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO: LUCRO PRESUMIDO QUANDO DEVERIA SER LUCRO REAL - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE, DA MORALIDADE E DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

O ordenamento jurídico estabelece os perfis tributários aos quais as empresas brasileiras são submetidas, conforme enquadramento. Tratam-se das regras para recolhimento de tributos, incluindo alíquota, periodicidade e sistemática de cálculo. Os principais são: Lucro Real, Lucro Presumido e Simples Nacional.

O Lucro Real é um regime tributário que apura o valor do lucro líquido, ou seja, calcula a diferença entre receita, custos e despesas. Já no Lucro Presumido, presume-se uma margem de lucro sobre as receitas apuradas pela empresa.

As empresas que se enquadram nas regras do Lucro Real abatem os tributos pagos em uma operação na operação seguinte. É o que se denomina regime não cumulativo. Já as que se enquadram nas regras do Lucro Presumido, não podem fazer esse abatimento. É o chamado regime cumulativo.

Partindo desses conceitos, passar-se-á a demonstrar a ilegalidade perpetrada pela GRUPO OG SERVICOS E VIGILANCIA LTDA., no escopo da resposta à diligência prestada no presente certame.

Na tentativa de comprovar a exequibilidade de sua proposta, o GRUPO OG SERVICOS E VIGILANCIA LTDA apresentou planilha contendo a memória de cálculo na qual fez incidir apenas 8,65% DE TRIBUTOS ESTIMADOS, alíquota correspondente ao regime de Lucro Presumido (PIS 0,65%; COFINS 3% e ISS 5%).

Entretanto, conforme confessado pela empresa pelo chat, o seu regime de tributação é o Lucro Real, no qual são aplicados os seguintes coeficientes: PIS 1,65% e COFINS 7,6%, percentuais que, somados ao ISS 5%, perfazem 12,6%, Quantitativo Correto Que Deveria Ter Sido Lançado Na Memória De Cálculo.

Portanto, é clarividente que a planilha apresentada pelo GRUPO OG SERVICOS E VIGILANCIA LTDA, que evidencia a aplicação do percentual de 0,65% a título de PIS, e de 3% a título de COFINS, em desacordo com sua própria documentação contábil, viola a legislação vigente, e deveria observar as alíquotas de 1,65% e 7,6%, respectivamente, para se adequar aos termos editalícios, especialmente o objeto da contratação.

COM EFEITO, NÃO É POSSÍVEL QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PERMITA QUE UM LICITANTE FORJE ENQUADRAMENTO TRIBUTÁRIO NO QUAL NÃO ESTÁ INSERIDO, VALENDO-SE DO PROCESSO LICITATÓRIO PARA, DE MANEIRA ILÍCITA, OBTER VANTAGEM COMPETITIVA, JÁ QUE, RECOLHENDO ENCARGOS MENORES, ILICITAMENTE, TEM CONDIÇÕES DE APRESENTAR PROPOSTA DE MENOR VALOR.

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência do Tribunal de Contas da União ao penalizar a empresa que se utiliza de estrutura tributária indevida para obter vantagem em licitações:

“GRUPO II – CLASSE VII – Plenário TC 024.993/2010-7

Natureza: Denúncia

Entidade: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Santa Catarina (IFSC) Interessado: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei nº 8.443/1992)

Advogado: não houve”

“SUMÁRIO: DENÚNCIA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE COPEIRAGEM E RECEPÇÃO. OPÇÃO INDEVIDA PELO SIMPLES NACIONAL, EM FACE DE VEDAÇÃO CONTIDA NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO SOBRE A NECESSIDADE DE EXCLUSÃO DA CONDIÇÃO DE OPTANTE PELO REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO. RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS PELO REGIME COMUM. COMPETÊNCIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. Alerta. Arquivamento.” (...)

“ANÁLISE”

“4. O Comitê Gestor do Simples Nacional define CESSÃO OU LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA como sendo a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos relacionados ou não com sua atividade fim, QUAISQUER QUE SEJAM A NATUREZA E A FORMA DE CONTRATAÇÃO. Dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços. Serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores. Por colocação à disposição da empresa contratante entende-se a cessão do trabalhador,

em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato (Resolução CGSN nº 58, de 27 de abril de 2009).”

“5. Assim, as empresas que prestam serviços à Administração Pública, na modalidade de execução indireta das atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade, conforme estabelecido no Decreto 2.271/1997, exercem a atividade econômica genérica de CESSÃO OU LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA. O registro dessas empresas na Receita Federal se dá em um dos códigos de classificação de atividade previstos na CNAE – Classificação Nacional de Atividades Econômicas, estabelecidos pelas Resoluções IBGE/CONCLA nº 01, de 4/9/2006 e nº 02, de 15/12/2006.”

“6. Não por outra razão, as despesas da União com contratos de prestação de serviços terceirizados são registrados na rubrica 33903700 – LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA, do SIAFI.”

“7. A VEDAÇÃO PARA A ADESÃO AO REGIME DO SIMPLES NACIONAL DAS EMPRESAS QUE PRATICAM CESSÃO OU LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA FORA DAS EXCEÇÕES CONTIDAS NA PRÓPRIA LEI É MATÉRIA DE ENTENDIMENTO PACÍFICO NA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - RFB, CONFORME ATESTAM AS VÁRIAS CONSULTAS, DISPONÍVEIS NAS PÁGINAS DA RFB, BEM COMO NA ÁREA DE “PERGUNTAS E RESPOSTAS” DA PÁGINA DO SIMPLES NACIONAL.”

“8. A Receita Federal do Brasil, com fundamento na Lei Complementar nº 123/2006 e resoluções regulamentadoras, não concede o registro de adesão ao Simples Nacional a empresas que exerçam atividades econômicas qualificadas como cessão ou locação de mão de obra que não estejam elencadas nas exceções constantes da própria lei.”

(...)

“PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO”

“14. Em vista dos fatos retro apontados, os quais podem caracterizar fraude aos princípios licitatórios, entendemos que A EMPRESA AP SERVIÇOS DE LIMPEZA, ASSEIO E CONSERVAÇÃO LTDA – EPP, POR MEIO DE SEU REPRESENTANTE LEGAL, DEVA SER OUVIDA EM AUDIÊNCIA PARA APRESENTAR ESCLARECIMENTOS QUANTO À LICITUDE DO SE ENQUADRAMENTO NO REGIME TRIBUTÁRIO “SIMPLES NACIONAL”,

TENDO EM VISTA QUE A EMPRESA PRESTA SERVIÇOS VEDADOS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006, EM CONJUNTO COM SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO, ATO QUE PODE CARACTERIZAR INFRAÇÃO AOS ARTIGOS 90 E 93 DA LEI Nº 8.666/1993, SUJEITANDO A EMPRESA À DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA PARTICIPAR, POR ATÉ CINCO ANOS, DE LICITAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL, NOS TERMOS DO ART. 46 DA LEI Nº 8.443/1992.”

Tal conduta viola a Constituição Federal, especificamente os seguintes dispositivos:

“Art. 37. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA DE QUALQUER DOS PODERES DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS OBEDECERÁ AOS PRINCÍPIOS DE LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE,

MORALIDADE, PUBLICIDADE E EFICIÊNCIA e, também, ao seguinte:” (...)

“XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure IGUALDADE DE CONDIÇÕES A TODOS OS CONCORRENTES, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Note-se, portanto, que permitir que uma empresa se utilize de enquadramento tributário inadequado para se lograr vencedora de licitação, é conduta que viola os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e isonomia.

Ora, o procedimento licitatório deve ser pautado pelas normas legais vigentes, que, in casu, são específicas e claras ao estabelecer objetivamente como deve ocorrer o enquadramento tributário das empresas, notadamente conforme disposições das Leis n.º 9.718/98, n.º 10.637/12 e n.º 10.833/03, que alteram a legislação tributária e dispõem sobre a não-cumulatividade de tributos.

Assim, pelo princípio da legalidade, os agentes públicos, no exercício de suas funções, não podem se desvincular das balizas impostas pelas normas que incidam sobre o tema das licitações e contratos, sob pena de ilegalidade dos atos que praticarem, e do desencadeamento de sanções civil, penal e administrativa. (1)

(1) AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017, p. 31.

Em paralelo, o princípio da impessoalidade ou igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro. (2)

(2) CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2013.

Com efeito, conforme dispõe a Lei Geral de Licitações, a LICITAÇÃO DESTINA-SE A GARANTIR A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. Verbis:

“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.”

“Neste caso, a UNIVASF está não apenas tolerando, mas permitindo que se pratique embaixo do seu nariz, uma gravíssima violação ao Texto Constitucional: tolerar a frustração ao caráter competitivo do certame, o que é vedado por lei.”

“§ 1º É vedado aos agentes públicos:”

“I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)”

Ademais, a partir do momento em que o agente público permite a qualquer licitante se valer indevidamente, de regime tributário que lhe é inaplicável por força de lei, viola o que dispõe o inciso II do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/93:

“§ 1º É vedado aos agentes públicos:” (...)

“II - ESTABELECE TRATAMENTO DIFERENCIADO DE NATUREZA Comercial, LEGAL, TRABALHISTA, PREVIDENCIÁRIA

OU QUALQUER OUTRA, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.”

Além disso, a conduta também malfez o princípio da moralidade administrativa, que impõe ao administrador e aos licitantes que pautem sua atuação nos padrões jurídicos da moral, da boa-fé, da lealdade e da honestidade.

A probidade administrativa, por sua vez, volta-se especificamente ao administrador, como uma “moralidade administrativa qualificada”, no sentido de que viola a probidade o agente público que, em suas tarefas e deveres, infrinja os tipos previstos na Lei n.º 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa). (3)

(3) AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Op., cit., p. 32.

Além da esfera administrativa, a postura da empresa GRUPO OG SERVICOS E VIGILANCIA LTDA que, mesmo ciente de que não se adequa às disposições legais que tratam do regime da cumulatividade, nem se utiliza do regime do Lucro Presumido, utiliza-se das alíquotas correspondentes para ter vantagem competitiva no certame, configura crime, nos termos da Lei n.º 8.666/90:

“Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

No mesmo sentido, é a Lei n.º 12.846/13, denominada Lei Anticorrupção brasileira:

“Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:”

(...)

“IV - no tocante a licitações e contratos:”

“a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;”

“b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;”

“c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;” “d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;”

“e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;”

“f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais;” ou

“g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;”

Assim, nota-se que a conduta praticada pelo GRUPO OG SERVICOS E VIGILANCIA LTDA neste procedimento licitatório constitui ato lesivo à Administração Pública, sendo punível, inclusive, criminalmente:

“Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

Por todo o exposto, requer que, em respeito ao ordenamento jurídico pátrio, especialmente aos Princípios da Isonomia, da Vinculação ao Instrumento Convocatório, da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade e da Probidade Administrativa, seja anulado o ato que habilitou a empresa GRUPO OG SERVICOS E VIGILANCIA LTDA no presente certame, em virtude na fraude em sua planilha, que culmina na inexequibilidade da proposta.

DO PEDIDO

Por todo exposto, requer que o presente recurso seja conhecido e provido, para anular o ato que habilitou a empresa GRUPO OG SERVICOS E VIGILANCIA LTDA., por contrariar disposições do Edital, princípios, legislação e jurisprudência vigente.

Caso não seja esse o entendimento de Vossa Senhoria, requer, desde já, que os autos sejam remetidos à Autoridade Superior, para apreciação de mérito.

Cordialmente,

**PERSONAL SERVICE RECURSOS HUMANOS E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA. -
EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**