ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE SALVADOR - BA

EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO Nº 03/2024

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 88/2024

AGIL EIRELI, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o número 26.427.482/0001-54, neste ato, representada pelos abaixo assinados, vêm, respeitosamente, a presença de Vossa Senhoria, apresentar Impugnação ao Edital de em epígrafe, conforme as razões que passa aduzir:

DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

A presente impugnação ao edital tem fundamento no art. 41, §2º da Lei 8.666/93:

> *"Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.*
>
> *(...) § 2o Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou*

> *irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso."*

Não obstante, a Impugnante resta resguardada pelo direito de petição positivado na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXIV:

> *"(...) XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*
>
> *a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;"*

Portanto, a impugnação apresentada é válida e produzirá efeitos jurídicos, razão pela qual, requer-se pelo seu recebimento com ulterior análise e publicação de decisão devidamente fundamentada.

DO MÉRITO

A Impugnante é empresa especializada no ramo de prestação de serviços, detendo capacidade técnica e financeira suficiente para oferecer e executar os serviços licitados consoante objeto do instrumento convocatório impugnado.

SIMPLES NACIONAL

A Impugnante é empresa especializada no ramo de prestação de serviços, detendo capacidade técnica e financeira suficiente para oferecer e executar os serviços licitados consoante objeto do instrumento convocatório.

Em que pese, o Simples Nacional no teor da Lei Complementar 123/2006 dispor em seu Artigo 17 do Inciso XII quanto a proibição de empresas prestadores de Serviços Contínuos de Cessão ou Locação de Mão- de Obra, vedação que não se estende ao presente caso, vejamos:

> Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte *I – […]*
>
> *XII – que realize cessão ou locação de mão-de-obra (grifo nosso)*

No presente caso, pelos vícios e engessamento da administração pública estão dificultando a participação da maioria das empresas do mercado e direcionando o referido certame a uma pequena parcela de empresas, impossibilitando que empresas optantes pelo Simples Nacional, seja apta a participar no processo licitatório.

Após uma análise do edital de convocação para a presente licitação foi comprovada a existência de alguns vícios convocatórios que frequentemente eram utilizados por toda administração pública e suas subordinadas. Uma vez que, existe diferença entre prestação de Serviço e cessão ou locação de mão-de-obra.

Nesse contexto, a interessada invoca o art. 31, § 3.º, da lei 8.212/91, que define a cessão de mão de obra para fins de retenção da contribuição previdenciária. Ato contínuo, menciona a solução de consulta 232/17, a qual assevera que: "com relação à colocação do trabalhador à disposição do tomador, verifica-se que esse pressupõe que o trabalhador atue sob ordens do tomador dos serviços (contratante), que conduz, supervisiona e controla o seu trabalho."

No caso em tela, os colaboradores ficam sob responsabilidade e subordinação da presente empresa, que controlará sua jornada de trabalho, bem como, responderá por qualquer dano ocasionada pelos colaboradores. Ainda, todas as responsabilidades trabalhistas, cíveis e tributária sobre a relação de trabalho, ficam a encargos da Empresa Licitante. Por tanto, não resta configurada a cessão de mão de obra.

v) Manter vínculo empregatício formal e expresso com os seus empregados, sendo responsável pelo pagamento de salário e todas as demais vantagens, recolhimento de todos os encargos sociais e trabalhistas, fiscais e parafiscais, emolumentos, além de seguros e indenizações, conforme a natureza jurídica da **CONTRATADA**, incidentes sobre o objeto do Contrato, ficando ressalvado que a inadimplência da **CONTRATADA** para com estes encargos não irá transferir à **CONTRATANTE** a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do Contrato, e poderá ensejara rescisão do Contrato, caso a **CONTRATADA**, uma vez notificada para regularizar as pendências, permaneça inadimplente;

4.4.1 Está ciente e concorda com as condições contidas no edital e seus anexos, bem como de que a proposta apresentada compreende a integralidade dos custos para atendimento dos direitos trabalhistas assegurados na Constituição Federal, nas leis trabalhistas, nas normas infralegais, nas convenções coletivas de trabalho e nos termos de ajustamento de conduta vigentes na data de sua entrega em definitivo e que cumpre plenamente os requisitos de habilitação definidos no instrumento convocatório;

7.30. O licitante deverá apresentar, sob pena de desclassificação, declaração de que suas propostas econômicas compreendem a integralidade dos custos para atendimento dos direitos trabalhistas assegurados na Constituição Federal, nas leis trabalhistas, nas normas infralegais, nas convenções coletivas de trabalho e nos termos de ajustamento de conduta vigentes na data de entrega das propostas.

5.1.13. Responder pelas despesas relativas a encargos trabalhistas, de seguro de acidentes, impostos, contribuições previdenciárias e quaisquer outras que forem devidas referentes aos serviços executados por seus empregados, uma vez que os mesmos não terão nenhum vínculo empregatício com a **CONTRATANTE**;

q) Arcar com todos os encargos sociais previstos na legislação vigente e de quaisquer outros encargos decorrentes de sua condição de empregadora, apresentando mensalmente à **CONTRATANTE**, nas datas convencionadas, a comprovação do recolhimento dos tributos devidos, bem como a comprovação dos demais valores que compõem a fatura, para que possam ser liberadas para pagamento pela Fiscalização do Contrato;

No dia 01 de julho de 2007 entra em vigor a Lei Complementar de número 123, de 15 de dezembro de 2006, também conhecida como SUPERSIMPLES, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (EPP), dispondo, especialmente, sobre o tratamento simplificado a ser concedido a estas empresas em matéria tributária.

Como apresentado o único órgão competente para decidir sobre as atividades econômicas com ou não de fornecimento de mão - de – obra, nenhuma outra unidade, órgão ou autarquia possui tal competência. No ato de qualquer dúvida

sobre as atividades permitidas ou não deve ser efetuar consulta junto à receita Federal do Brasil, para que o mesmo possa emitir laudo técnico e válido para o tema específico.

Importante destacar, que as atividades desempenhadas pela empresa AGIL EIRELI, são de prestação de serviços, logo ficarão de fora desta proibição, ou seja, para a caracterização da cessão de mão de obra, é indispensável a presença dos seguintes requisitos: a) a colocação do empregado à disposição do tomador do serviço de modo não eventual; b) continuidade dos serviços prestados, em vista da necessidade permanente do serviço; c) a ocorrência da prestação de serviços nas dependências da tomadora ou de terceiros; d) a gerência do trabalho exclusivamente pela tomadora (subordinação).

De acordo com o caso concreto, conforme as obrigações da contratada os empregados são vinculados as ordens de serviços da contratada, subordinados a contratada, vinculados ao sindicato da contratada e conforme objeto é PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS direcionando as atividades a cargo da prestadora de serviços contratada não se enquadrando em cessão de mão de obra, mas sim mera prestadora de serviços que contrata seus funcionários sobre sua subordinação, não tendo relação empregatícia entre funcionários DO PRESTADOR DE SERVIÇOS e Tomador de Serviços.

Logo, não se configura a cessão de mão de obra se ausentes os requisitos de colocação de empregados à disposição do contratante, se ausente vínculo empregatício com o contratante, se ausente salários do contratante, se ausente o sindicato da contratante e se ausente vínculo empregatício com a Contratante.

Reiterando que no caso em tela os empregados têm vínculo empregatício com O PRESTADOR DE SERVIÇOS, subordinados ao sindicado, salário, ordens e normas DO PRESTADOR DE SERVIÇOS.

Desta forma os próprios órgãos que regulamentam tais procedimentos já se pronunciaram favorável a opção das empresas a continuarem como optante do Simples Nacional.

Não cabe a unidade legislar sobre o tema, este apenas tem que cumprir com o estabelecido em lei. Todos os atos do administrador que fruste a ampla participação e concorrência das empresas a participarem e a contratarem com o órgão público devem ser repudiados pela sociedade. Desta forma não existindo embasamento legal para tal proibição.

Conforme amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência, qualquer exigência constante no Edital de convocação deve guardar pertinência com o objeto a ser contratado. Qualquer exigência a ser inserida no Edital, tem de apresentar-se como necessária e útil para aquele caso concreto.

> § 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)

Com propriedade, resume Marçal Justem Filho em sua obre “Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos”, 10 da edição, Editora Dialética, 2004, página 68/69:

> “O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta mais vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas. Isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão todas as cláusulas que,

ainda indiretamente, prejudique o caráter “competitivo” da licitação”.

Quanto aos Princípios da legalidade e vinculação ao instrumento convocatório, posiciona-se o mestre Ivan Barbosa Rigolin, in Manual Prático de Licitações, 1991- Ed. Saraiva, com muita maestria e clareza:

> “Diz-se que a licitação é um procedimento vinculado, e o significado da afirmação é precisamente o de que a vontade da lei vincula a vontade do licitador, ou seja: nenhuma liberdade tem ao seu gosto particular, mas apenas pode atuar na estrita conformidade do comando da lei”.

Importante destacar ainda a Instrução Normativa nº 05, de 26 de maio de 2017 não há cessão de mão de obra.

> Art. 5º É vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, a exemplo de:
>
> I – Possibilitar ou dar causa a atos de subordinação, vinculação hierárquica, prestação de contas, aplicação de sanção e supervisão direta sobre os empregados da contratada;
>
> II – Exercer o poder de mando sobre os empregados da contratada, devendo reportar-se somente aos prepostos ou responsáveis por ela indicados, exceto quando o objeto da contratação previr a notificação direta para a execução das tarefas previamente descritas no contrato de prestação de serviços para a função específica, tais como nos serviços de recepção, apoio administrativo ou ao usuário;
>
> III – direcionar a contratação de pessoas para trabalhar nas empresas contratadas;

> IV – Promover ou aceitar o desvio de funções dos trabalhadores da contratada, mediante a utilização destes em atividades distintas daquelas previstas no objeto da contratação e em relação à função específica para a qual o trabalhador foi contratado;
>
> V – Considerar os trabalhadores da contratada como colaboradores eventuais do próprio órgão ou entidade responsável pela contratação, especialmente para efeito de concessão de diárias e passagens;
>
> VI – Definir o valor da remuneração dos trabalhadores da empresa contratada para prestar os serviços, salvo nos casos específicos em que se necessitam de profissionais com habilitação/experiência superior à daqueles que, no mercado, são remunerados pelo piso salarial da categoria, desde que justificadamente; e
>
> VII – conceder aos trabalhadores da contratadas direitos típicos de servidores públicos, tais como recesso, ponto facultativo, dentre outros.

Não existe óbice legal para o impedimento de funcionamento de prestadora de serviços já que a próprio sistema da RF impediria o enquadramento conforme o CNAE registrado, segue abaixo entendimento dos tribunais deste estado:

> TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO DE SEXAGEM DE AVES. EXCLUSÃO. ART. 17, XII, DA LC 123/2006. IMPOSSIBILIDADE. 1. O art. 31, § 3º, da Lei 8.212/1991 define cessão de mão de obra como espécie de prestação de serviço em que os segurados são colocados à disposição do tomador de serviços, que poderá utilizar o serviço de acordo com suas conveniências e necessidades. Nesse aspecto, é

> essencial que haja subordinação do segurado ao tomador de serviços para que se configure a cessão de mão de obra. 2. A sexagem de aves de um dia constitui prestação de serviço e não locação de mão de obra, visto que não há utilização de trabalho alheio, além de existir autonomia entre a empresa impetrante e a empresa tomadora de serviços. 3. Indevida a exclusão da empresa do SIMPLES, pois não se enquadra na previsão do inciso XII do art. 17 da LC 123/2006. 4. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (TRF-1 - AMS: 00026678420074013803, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO, Data de Julgamento: 14/06/2013, OITAVA TURMA, Data de Publicação: 26/07/2013)

Oportunamente segue o entendimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

> ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL Ano-calendário: 2009 EXCLUSÃO. SIMPLES. CESSÃO DE MÃO DE OBRA Não configura cessão de manutenção predial quando a empresa contratada não transfere ao contratante a prerrogativa de comando desses trabalhadores. Dizer que os trabalhadores de uma empresa contratada estão à disposição de uma empresa contratante significa dizer que essa empresa contratante pode deles dispor, ou seja, sem necessitem, para executar as atividades reportem-se à empresa que os cedeu. Inteligência da Solução de Consulta Cosit nº 312/2014 (CARF 16273720001201246 1402-004.990, Relator: JUNIA ROBERTA GOUVEIA SAMPAIO, Data de Julgamento: 16/09/2020, Data de Publicação: 26/10/2020)

Verifica-se, portanto, que o estabelecido nos itens de vedação de simples nacional, nos moldes do instrumento convocatório impugnado, não é medida adequada,

posto que acabam por restringir a qualidade de licitantes, EXCLUINDO DO PROCESSO INTERESSADOS APTOS À REALIZAÇÃO DO OBJETO LICITADO.

De todo o exposto, parece-nos correto afirmar que a aplicação das imposições descritas no edital contraria o interesse da Administração pública que é de atrair e qualificar o maior número de empresas para ampliar a competição e aumentar as possibilidades de contratar com a empresa que ofereça a proposta mais vantajosa, ferindo o princípio da igualdade entre os licitantes.

Referida imposição da Administração, torna-se, portanto, impertinente ao processo licitatório, atentando contra o princípio de isonomia e legalidade.

Já decidiu o STJ:

> *1.A interpretação das regras do edital de procedimento licitatório não deve ser restritiva. Desde que não possibilitem qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, é de todo conveniente que compareça à disputa o maior número possível de interessados, para que a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo. 2.O ordenamento jurídico regulador da licitação não prestigia decisão assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração de habilitação jurídica, da qualificação técnica, da capacidade econômico-financeira e da regularidade fiscal. (MS 5779 DF 1998/0026226-1)*

Outro fato importante que a empresa perante consulta interna e sistemas de consultas tributarias, reafirma a possibilidade de contratação de empresas optantes pelo simples nacional, nas licitações com objeto de prestação de serviço.

Portanto, não procede as alegações que configuram como impeditivo a permanência dos licitantes ao Simples Nacional.

ANTE AO EXPOSTO, REQUER-SE

- o recebimento da presente impugnação, eis que tempestiva, sendo autuada, processada e considerada na forma da lei;
- sejam analisados e ponderados os fatos e fundamentos indicados, procedendo a alteração do edital e sua consequente adequação às exigências legais no seguinte sentido:

  - empresas optantes pelo simples nacional poderão participar da licitação e executar o contrato
- Determinar-se a republicação do edital, escoimado dos vícios apontados, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Aproveitamos a oportunidade para apresentar protestos de elevada estima e consideração.

Itajaí/SC, 28 de fevereiro de 2024

gov.br Documento assinado digitalmente
ROBERTH ROZEMBERGER OLIVEIRA
Data: 28/02/2024 09:03:18-0300
Verifique em https://validar.iti.gov.br

ROBERTH ROZEMBERGER

OAB/PR 108.141

DÉBORA DAIANA SKUBISZ

ACADÊMICA DE DIREITO