



ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA CÂMARA MUNICIPAL DE EMBU-GUAÇU

EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 007/2023

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 036/2023

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.”

Neste sentido, o instrumento convocatório estabelece as diretrizes para a impugnação do edital:

8.1 Em até 3 (três) dias úteis anteriores à data fixada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório deste Pregão, sob pena de decadência do direito de impugnação e/ou esclarecimentos

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.

No entanto, o presente edital apresenta itens relativos à vedação de simples nacional conforme segue:

6.41 Na ciência de que a licitante contratada, tendo em vista a vedação expressa contida no art. 17 da Lei Complementar 123/2006, que estabelece o regime diferenciado de tributação (Simples Nacional), deverá comunicar, obrigatoriamente, à Receita Federal da situação ensejadora da sua exclusão do Simples

Nacional, sob pena das sanções previstas na legislação tributária. 6.42 Neste caso a licitante contratada deverá apresentar à Contratante cópia do ofício, com comprovante de entrega e recebimento, comunicando a assinatura do contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra (situação que gera vedação à opção pelo Simples Nacional) à Receita Federal do Brasil, no prazo previsto no art. 30, § 1º, inc. II, da Lei Complementar nº 123, de 2006, nos termos do Acórdão nº 2798/2010-Plenário do TCU.

20.10 As microempresas e empresas de pequeno porte impedidas de optar pelo Simples Nacional, ante as vedações previstas na Lei Complementar Federal nº 123/2006, não poderão aplicar os benefícios decorrentes desse regime tributário diferenciado em sua proposta, devendo elaborá-la de acordo com as normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas, sob pena de não aceitação dos preços ofertados pela Pregoeira. 20.11 Caso venha a ser contratada, a microempresa ou empresa de pequeno porte na situação descrita acima deverá requerer ao órgão fazendário competente a sua exclusão do Simples Nacional até o último dia útil do mês subsequente àquele em que celebrada a contratação, nos termos do artigo 30, caput, inciso II, e §1º, inciso II, da Lei Complementar Federal nº 123/2006, apresentando à Administração a comprovação da exclusão ou o seu respectivo protocolo

7.2.1.48 Na ciência de que a licitante contratada, tendo em vista a vedação expressa contida no art. 17 da Lei Complementar 123/2006, que estabelece o regime diferenciado de tributação (Simples Nacional), deverá comunicar, obrigatoriamente, à Receita

Federal da situação ensejadora da sua exclusão do Simples Nacional, sob pena das sanções previstas na legislação tributária. 7.2.1.49 Neste caso a licitante contratada deverá apresentar à Contratante cópia do ofício, com comprovante de entrega e recebimento, comunicando a assinatura do contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra (situação que gera vedação à opção pelo Simples Nacional) à Receita Federal do Brasil, no prazo previsto no art. 30, § 1º, inc. II, da Lei Complementar nº 123, de 2006, nos termos do Acórdão nº 2798/2010- Plenário do TC.

De acordo com os TERMOS DO EDITAL **INFORMADO**, 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.

3 OBJETO

3.1 O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para Contratação de empresa para a prestação de serviços terceirizados de limpeza, asseio e conservação, de controle e fiscalização de portaria, de serviços de copa e de recepção, serviço de vigilância patrimonial desarmada e oficial de manutenção, conforme especificações e quantidade descritas no termo de referência.

6.24 Apresentar, mensalmente, juntamente com as faturas relativas aos serviços executados, os comprovantes de recolhimento do FGTS e INSS referentes aos seus empregados em atividade os comprovantes de recolhimento do FGTS e INSS referentes aos **seus empregados** em atividade nas dependências da CONTRATANTE, sem os quais não serão encaminhadas para pagamento;

6.25 Responsabilizar-se por quaisquer acidentes que venham a ser vítimas os **seus empregados** em atividade, quando em serviço, por tudo quanto às leis trabalhistas e previdenciárias lhes assegurem e pelas demais exigências legais para o exercício das atividades;

6.32 Providenciar para que todos os seus empregados em atividade mantenham disciplina nos locais de execução dos serviços, orientando e instruindo seus subordinados na forma de agir, promovendo a substituição, no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas após a notificação, de qualquer empregado cuja conduta seja considerada inconveniente, por não atender às recomendações ou não cumprir com suas obrigações;

O presente tema já fora julgado, perante o TRF4, no julgamento do recurso de apelação n.º 5063293-31.2015.4.04.7000, decidiu que foi ilegal a exclusão de um contribuinte que, em verdade, realizava prestação de serviços e não cessão de/locação de mão de obra.

De acordo com 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 prever 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 contratada 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, inclusive o entendimento recente do TRF-4 supracitado e Jurisprudência do Tribunal do presente estado:

*“LICITAÇÃO – Nulidade - Alegação da demandante de impossibilidade de participação das empresas vencedoras nos certames por se enquadrarem no **regime tributário do SIMPLES NACIONAL**, o qual não abarcaria as atividades de cessão de mão de obra, objeto da contratação pública – **Inocorrência de nulidade da licitação – Prestação de serviços que não se confunde com cessão de mão de obra – Sentença de improcedência mantida** – Recurso não provido.”* (Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-

SP - Apelação : APL 1006833-67.2014.8.26.0344 SP 1006833-67.2014.8.26.0344).

*“ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. LICITAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. 1. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos suficientes que atestem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, nos termos do disposto no art. 300 do CPC. 2. 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).** 3. *Se não é a contratante quem dirigirá a prestação de serviço, visto que o trabalhador estará à disposição não do tomador, mas do prestador de serviço e este é que comandará o desenvolvimento do trabalho, não há falar, em juízo de cognição sumária, na caracterização da alegada cessão de mão de obra a ensejar o afastamento do regime Simples Nacional da empresa vencedora da licitação.**

(TRF-4 - AG: 50043959720204040000 5004395-97.2020.4.04.0000, Relator: ROGERIO FAVRETO, Data de **Julgamento: 16/06/2020, TERCEIRA TURMA)**”

“TRIBUTÁRIO. SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO. ATIVIDADE VEDADA. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. NULIDADE DO ATO. 1. A prestação de serviços pela empresa contratada, com a utilização de mão-de-obra própria, a qual permanece sob a sua direção e dependência exclusiva, havendo apenas o deslocamento dos trabalhadores até o local da execução, seguindo-se a

prestação do serviço sob as ordens da contratada não se confunde com a atividade de locação de mão-de-obra, que pressupõe que a empresa simplesmente coloque os seus empregados à disposição do tomador de serviços, o qual determina as diretrizes de trabalho e comanda a realização do serviço. 2. Não restou comprovada, de forma inequívoca, a cessão de mão-de-obra. Pelo contrário, o conjunto probatório carreado aos autos demonstra que o trabalho era realizado por empreitada e que não havia subordinação dos empregados à contratante do serviço. Assim, deve ser declarado nulo o ato que determinou a exclusão da autora do SIMPLES NACIONAL, porquanto a atividade por ela realizada não se subsume ao disposto no artigo 17, XII, da LC nº 123/2006.

(TRF-4 - REEX: 50089486520134047104 RS 5008948-65.2013.404.7104, Relator: JAIRO GILBERTO SCHAFFER, Data de Julgamento: 02/06/2015, SEGUNDA TURMA)”

“Trata-se de embargos declaratórios opostos contra a decisão proferida em 24/03/2020 (evento 2) que possui o seguinte teor: Trata-se de agravo de instrumento interposto em 07/02/2020, por MINUTA COMUNICAÇÃO LTDA - ME contra decisão do MM. Juízo da 2ª Vara Federal de Curitiba (evento 22) datada de 19/12/2019, que, Ora, na hipótese em exame, não é a contratante quem dirigirá a prestação de serviço, pois o o trabalhador estará à disposição não do tomador, mas do prestador de serviço e este é que comandará o desenvolvimento do trabalho. Em sendo assim, não verifico, em juízo de cognição sumária, a caracterização da alegada cessão de mão de obra a ensejar o afastamento da empresa

vencedora do regime Simples Nacional e, por consequência, a concessão da leiminar requerida. A questão de fundo, portanto, deverá ser exaustivamente examinada em sede de cognição plena, na qual será possível o devido aprofundamento quanto aos elementos probatórios da lide. 3. Do exposto, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal. Intimem-se, sendo a parte agravada para os fins do disposto no art. 1.019, II, do Código de Processo Civil.

(TRF-4 - AG: 50043959720204040000 5004395-97.2020.4.04.0000, Relator: ROGERIO FAVRETO, Data de Julgamento: 02/05/2020, TERCEIRA TURMA)”

No mesmo sentido dispõe o Art. 3º da Lei 8.666/93, na qual veda expressamente que os agentes públicos pratiquem atos que frustrem o caráter competitivo do certame:

“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.

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;”

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)

III – ANTE AO EXPOSTO, REQUER-SE

- a) o recebimento da presente impugnação, eis que tempestiva, sendo autuada, processada e considerada na forma da lei;
- b) 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
- c) Determinar-se a republicação do edital, escoimado dos vícios apontados, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto, conforme §4º, do artigo 21, da Lei 8.666/93

Nestes termos,

Pede deferimento.

16 de novembro de 2023

ROBERTH ROZEMBERGER
OAB/PR 108.141