



**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA DE XANXERÊ**

**PREGÃO ELETRÔNICO Nº0001/2024**

**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.

### **I. 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 / – [...]

*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.

1.1. Constitui objeto da presente licitação, a contratação de empresa especializada para **Prestação de serviços continuados de terceirização de mão de obra de apoio as atividades operacionais, de caráter subsidiário (operador de máquinas pesadas)** para atender a Secretaria Municipal de Agricultura de Xanxerê-SC, conforme especificações constantes no edital e Termo de Referência.

10.9. As empresas contratadas que sejam regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) deverão apresentar a seguinte documentação no primeiro mês de prestação dos serviços, conforme alínea "g" do item 10.1 do Anexo VIII-B da IN SEGES/MP n. 5/2017:

10.9.1. relação dos empregados, contendo nome completo, cargo ou função, salário, horário do posto de trabalho, números da carteira de identidade (RG) e da inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), com indicação dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso;

10.9.2. Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos empregados admitidos e dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso, devidamente assinada pela contratada; e

10.9.3. exames médicos admissionais dos empregados da contratada que prestarão os serviços;

10.9.4. declaração de responsabilidade exclusiva da contratada sobre a quitação dos encargos trabalhistas e sociais decorrentes do contrato;

10.13. Responsabilizar-se pelo cumprimento das obrigações previstas em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalentes das categorias abrangidas pelo contrato, por todas as obrigações trabalhistas, sociais, previdenciárias, tributárias e as demais previstas em legislação específica, cuja inadimplência não transfere a responsabilidade à Contratante;

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 sindicato, 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 frustre 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 obra “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 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 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:

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 tributárias, 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, conforme §4º, do artigo 21, da Lei 8.666/93

Nestes termos,

Pede deferimento.

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

Itajaí/SC, 08 de fevereiro de 2024

ROBERTH ROZEMBERGER

OAB/PR 108.141