

PREGÃO PRESENCIAL 14/2023

ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) CHEFE DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE IMBUÍA ESTADO DE SANTA CATARINA

ROSELI FERREIRA CHICATTO LTDA, inscrita sob o CNPJ nº 36.519.645/0001-82, por intermédio de seu representante legal a Sra. Roseli Ferreira Chicatto, portadora do CPF nº 787.506.109-10 e carteira de identidade nº 7194222-8, **APRESENTA:**

RECURSO ADMINISTRATIVO

Com base na 8.666/93, pelas razões de fato e de direito que passa a expor. Requer-se, desde já, caso ultrapassado o juízo de retratação, o recebimento das presentes razões de recurso, na forma prevista em lei, com seu encaminhamento, devidamente informado, à autoridade competente para a devida apreciação, requerendo sua total e completa procedência.

I – DA PLANILHA DE CUSTOS APRESENTADA PELA EMPRESA AGIL LTDA

I.A- TRIBUTAÇÃO INCORRETA

Ocorre que de acordo com o edital, constata-se que **haverá cessão de mão de obra na relação contratual** (o fornecimento de mão de obra faz parte das próprias considerações técnicas), uma vez que a empresa vencedora deverá colocar à disposição do ente contratante funcionários para execução do serviço.

Destarte, por certo que os serviços contratados implicarão na cessão de mão de obra ao tomador de serviços, uma vez que os funcionários da contratada ficarão à disposição da administração pública, sendo que tal hipótese é expressamente vedada aos optantes pelo Simples Nacional, consoante determinação do art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006.

Aceita a proposta da concorrente implica em manifesta ilegalidade perpetrada em prejuízo da recorrente que, apesar de cumprir a lei, se vê impedida de competir com empresa indevidamente incluída no regime de benefício do Simples Nacional, sujeita às alíquotas reduzidas constantes no Anexo IV, da Lei Complementar 123/06, o que lhe gera manifesta vantagem tributária no que trata a cessão de mão-de-obra.

Além da redução de alíquotas, como PIS/COFINS, IR/CSLL, não efetua pagamento de todo o sistema “S” – SESI, SENAI, SENAC, INCRA, Salário Educação, SEBRAE, desrespeitando o princípio da isonomia entre os participantes.

Conforme sobredito, dois aspectos precisam ser observados no caso em exame. A priori, os serviços contratados implicam na cessão ou locação de mão de obra ao tomador de serviços, uma vez que se trata de serviços contínuos, em que os funcionários da contratada ficarão à disposição da administração pública.

A posteriori, consoante se observa do próprio Edital, haverá cessão de mão-de-obra. Tal atividade é expressamente vedada aos optantes pelo simples nacional, consoante determinação do art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006.

Nota-se, aqui, que não se trata de faturamento de empresa que, no exercício seguinte, deixa de ser optante pelo Simples Nacional (casos do Art. 3º, §9º, da LC 123/06), **mas sim de expressa vedação legal no que trata a cessão ou locação de mão-de-obra**, o que se coaduna em manifesta ilegalidade perpetrada em prejuízo da Recorrente que, apesar de cumprir a lei, se vê impedida de competir com empresa indevidamente incluída no regime de benefício do Simples Nacional, sujeita às alíquotas reduzidas constantes no Anexo IV, da Lei Complementar 123/06.

O artigo 17, inciso XII, da Lei Complementar nº 123/2006 é claro ao determinar:

“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; § 1o As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem EXCLUSIVAMENTE às atividades referidas nos §§ 5 o -B a 5o -E do art. 18 desta Lei Complementar, OU AS EXERÇAM EM CONJUNTO COM OUTRAS ATIVIDADES QUE NÃO TENHAM SIDO OBJETO DE VEDAÇÃO NO CAPUT DESTE ARTIGO.” (g.n.)

Portanto, observando as aludidas determinações, tem-se que a **Administração não pode compactuar com as ilegalidades apontadas, não podendo, sob hipótese alguma, afastar a disciplina normativa, que é clara e espraia seus efeitos a todas as esferas da Administração Pública.**

Assim, sob um ou dois fundamentos a proposta não pode ser admitida.

- 1- Os serviços implicarão em cessão de mão-de-obra;
- 2- 2- A lei veda expressamente a opção pelo simples àqueles que realizam, **em conjunto**, atividades vedadas pela Lei, como no caso licitado.

Logo, não se trata apenas de serviços esporádicos, eventuais, mas sim de serviços contínuos, onde a empresa deverá ceder ou locar a mão-de-obra para administração pública, que será a tomadora desse serviço. Com relação ao conceito de cessão de mão-de-obra, vale transcrever definição dada pela Receita Federal, por meio da Instrução Normativa 971:

“Art. 115. Cessão de mão-de-obra é 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, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 1974.” (g.n.)

No caso em tela, a empresa vencedora deixa seus funcionários à disposição da Contratante a fim de cumprir o objeto do edital, ou seja, os funcionários são lotados nos postos de trabalho NO LOCAL da prestação de serviços, havendo, portanto, a locação da mão de obra para a prestação dos serviços objeto do edital.

Não há que se falar em eventualmente realizar serviços de limpeza e conservação, de modo que a Contratada organiza a realização de qualquer EVENTUAL serviço que cumpra o objeto do edital.

A Receita Federal também já julgou a matéria, utilizando a mesma definição do aludido artigo:

“RETENÇÃO NA FONTE. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. A locação de mão-de-obra pode ser definida como o contrato pelo qual o locador se obriga a fazer alguma coisa para uso ou proveito do locatário, não importando a natureza do trabalho ou do serviço. Os trabalhos são realizados sem a obrigação de executar a obra completa, ou seja, sem a produção de um resultado determinado. Na locação de mão-de-obra, também definida como contrato de prestação de serviços, a locadora assume a obrigação de contratar empregados, trabalhadores avulsos ou autônomos sob sua exclusiva responsabilidade do ponto de vista jurídico. A locadora é responsável pelo vínculo empregatício e pela prestação de serviços, sendo que os empregados ou contratados ficam à disposição da tomadora dos serviços (locatária), que detém o comando das tarefas, fiscalizando a execução e o andamento dos serviços. A locação de mão-de-obra, a empreitada exclusivamente de mão-de-obra e a cessão de mão-de-obra têm o mesmo tratamento tributário, submetendo-se à retenção na fonte”.1 (g.n.)

Não obstante todos os arrazoados, a Lei 8.212/91 esclarece o conceito, ao definir no Art. 31, §3º, que: § 3 o Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

Sobre o tema e vantagem tributária, a jurisprudência já se pronunciou:

“CONSTITUCIONAL – ADMINISTRAÇÃO – SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO (SESC) – LICITAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – ORDEM DENEGADA – RECURSO PROVIDO O processo licitatório rege-

se também por princípios, entre os quais destaca-se o "princípio da igualdade de todos os licitantes" (Lei n. 8.666/1993, art. 3º). Às empresas submetidas a "Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte -SIMPLES Nacional" (LC n. 123/2006) são outorgados benefícios de natureza tributária que comprometem o princípio da igualdade; proporcionam-lhe privilegiadas condições de competitividade, que devem ser anuladas. **Ademais, não pode optar pelo "SIMPLES NACIONAL" empresa que "realize cessão ou locação de mão-de-obra"** (LC n. 123/2006, art. 17, XII). EM FACE DESSA VEDAÇÃO, IMPUNHA-SE A SUA EXCLUSÃO DE PROCESSO LICITATÓRIO que tem por objeto a contratação de mão-de-obra para prestação de serviços de telefonista".2 (g.n.)

Ademais, diante do poder de vigilância a ser exercido pelo Órgão Licitante sobre a conduta funcional do outro, necessário se faz observar o respectivo controle administrativo que deve ser desempenhado pelos órgãos da administração, tendo em vista que este controle almeja a boa destinação do dinheiro público sendo assim indispensável para que tal objetivo seja atingido e preservando o tratamento igualitário no julgamento das propostas.

A lição de Adilson Abreu DALLARI explica que "a Administração Pública não pode meter-se em contratações aventurosas; não é dado ao agente público arriscar a contratação em condições excepcionalmente vantajosas, pois ele tem o dever de zelar pela segurança e pela regularidade das ações administrativas". (Aspectos Jurídicos da Licitação. 4 ed, Saraiva, 1997, p. 131).

Por conseguinte, é obrigação do órgão licitante fazer com que sejam cumpridas as determinações contidas no art. 17, inc. XII, da LC 123/2006, devendo observá-las no julgamento das propostas, seja por expressa previsão editalícia, ou por aplicação tácita da lei, **NÃO PODENDO JAMAIS CONVALIDAR COM AS ILEGALIDADES APONTADAS, VEZ QUE SÓ LHE É AUTORIZADO AGIR DENTRO DO QUE ESTÁ DETERMINADO EM LEI.**

Portanto, imperiosa a desclassificação/exclusão/inabilitação da recorrida, tendo em vista a utilização de amparo tributário irregular, indevidamente beneficiada por um regime tributário ao qual não poderá estar inserida.

Veja-se a sequência de ilegalidades contidas na proposta da empresa:

- 1- Não cotou todo o sistema "S" - SESI, SENAI, SENAC, INCRA, Salário Educação, SEBRAE (somente optante pelo simples está desobrigado desses pagamentos);
- 2- Cotou INSS Patronal e RAT (Vide Encargos Sociais item 2 da proposta da empresa . Obs: Somente recolhem INSS Patronal e RAT as empresas optantes pelo Lucro Real ou Lucro Presumido).
- 3- Cotou PIS e COFINS de 0,40% e 1,84% (Esse percentual somente é aplicado aos optantes pelo Simples Nacional).

Nota-se, portanto, uma verdadeira "mistura de regimes" na proposta apresentada, demonstrando total ilegalidade da planilha de custos e proposta da recorrida.

Cumprir lembrar que não se tratam de erros de quantidade ou transcrição de serviços. Há ilegalidade total na proposta, o que não pode ser admitido, tendo em vista a exigência contida no Anexo VII, com inclusão dos encargos legais obrigatórios e incidentes sobre os serviços contratados, ora ilegalmente cotados.

Desse modo, ao cotar as referidas rubricas, a empresa desrespeita o edital e o princípio da isonomia entre os participantes, tendo em vista que, ao firmar o contrato com a Administração, a empresa não está obrigada a, de fato, pagar os referidos montantes ao fisco por, na realidade, obter alíquotas reduzidas ou, ainda, sem qualquer obrigatoriedade de pagamento, devido aos benefícios fiscais que recebe.

Nesse ponto, não se pode olvidar quanto aos riscos da má contratação, já que a **ADMINISTRAÇÃO RESPONDE SUBSIDIARIAMENTE PELOS ENCARGOS TRABALHISTAS (SÚMULA 331 TST) E SOLIDARIAMENTE PELOS ENCARGOS PREVIDENCIÁRIOS** (Art. 71, §2º, da L. 8666/93 c/c Art. 9º L. 10520/02).

Logo, **não sendo pagos os encargos trabalhistas devidos pela recorrente, há de se responsabilizar a**

Administração pela inobservância das determinações legais por parte da empresa contratada.

O Tribunal Regional da 5ª Região bem define a matéria, no sentido de que havendo ilegalidades na proposta, a empresa deverá ser desclassificada do certame, in verbis:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. RECURSO. MOTIVAÇÃO. NÃO CONCORDÂNCIA COM DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA. 1. A impetrante aponta dois atos que reputa ilegais da autoridade coatora na licitação em tela: a recusa da sua proposta e a negativa da admissão de seu recurso. 2. A licitação em tela é do tipo menor preço. De fato, o preço representa o fator de maior relevância nesse tipo de licitação, mas não é o único a ser observado, como preceitua o art. 45, parágrafo 1º, I, da Lei n.º 8.666/93. **ASSIM, NÃO DEVE PREVALECER A TESE DA IMPETRANTE DE QUE PLANILHA DE CUSTOS É PEÇA MERAMENTE INFORMATIVA CABENDO AO IMPETRADO FAZER UMA ANÁLISE DA PLANILHA DE CUSTOS APRESENTADA PELOS LICITANTES, A FIM DE QUE FOSSEM ANALISADOS OS REQUISITOS PREVISTOS NO EDITAL.** 3. **CONSTATADAS DESCONFORMIDADES COMO DE FATO FORAM, CABE A DESCLASSIFICAÇÃO DA LICITANTE.** 4. Quanto à negativa do recebimento do recurso administrativo apresentado, o Decreto n.º 5.450/2005, que regulamenta, no âmbito federal, o pregão na forma eletrônica, é expresso em seu art. 26, parágrafo 1º, no sentido de determinar que a manifestação quanto à intenção de recorrer deva ser devidamente motivada, tendo o licitante o prazo de 3 (três) dias para apresentar suas razões. 5. Depreende-se que esta motivação é apenas a exposição sumária do fato que deu causa à intenção de recorrer, sendo que o mérito da questão será discutido nas razões de recurso apresentadas posteriormente. O motivo exposto pela Impetrante atende à aludida exigência, pois explicitou que a razão para a interposição do recurso foi a não concordância com a desclassificação de sua proposta. 6. Remessa Oficial conhecida, mas desprovida.3 (grifamos)

Destarte, ante a existência de razões legais, deve-se desclassificar a licitante pelas diversas ilegalidades acima demonstradas na planilha de formação de custos e pela quebra dos princípios que regem a licitação.

Dessa forma, sob todos os aspectos, assiste razão à ROSELI FERREIRA CHICATTO LTDA, sendo certa a desclassificação/inabilitação das empresas recorridas.

II – CONCLUSÃO

Por todo exposto, para que não se consolide uma decisão equivocada, lembrando o próprio dever de evitar-se o ônus de eventual demand judicial, a **ROSELI FERREIRA CHICATTO LTDA**, requer:

1. O conhecimento e provimento do recurso; A desclassificação/inabilitação das Recorridas, uma vez que descumpriram expressamente o edital e a legislação em vigor;
2. O encaminhamento do presente recurso administrativo para instância superior, em caso de ser julgado improcedente, devidamente informado, com a reforma da decisão.
3. Que seja encaminhado em prazo legal a planilha da empresa segunda colocado, e após aberto novamente prazo recursal para tal.
4. Sejamos intimados acerca da decisão e prosseguimento do feito e, uma vez provido o recurso, o que se espera.

Francisco Beltrão, 26 de março de 2023.

ROSELI FERREIRA CHICATTO
CPF nº 787.506.109-10
RG nº 7194222-8