



ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA FUNDAÇÃO JOSÉ PEDRO DE OLIVEIRA

PREGÃO ELETRÔNICO N.º 0006/2023

Processo Administrativo nº FJPO.2023.00000353-03

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:

10.1. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar este Edital por irregularidade na aplicação da Lei nº 14.133, de 2021, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data da abertura do certame

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:

4.7. *As Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte não poderão se beneficiar do regime de tributação pelo Simples Nacional, nas contratações de serviços que serão prestados com disponibilização de trabalhadores em dedicação exclusiva de mão de obra, o que configura cessão de mão de obra para fins tributários, conforme art. 17, inciso XII, da Lei Complementar no 123/2006.*

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.

4.2.14. A CONTRATADA responderá por danos e avarias que venham a ser causados por seus empregados ou prepostos, a terceiros ou a próprio, desde que fique comprovada sua responsabilidade;

3. 10 A CONTRATADA será responsável pelos encargos trabalhistas pertinentes a execução dos serviços.

6.4. A CONTRATADA deverá assinar o Termo de Encerramento do contrato ao final da vigência deste instrumento.

6.5. Responder pelo pagamento dos salários devidos pela mão-de-obra empregada nos serviços, pelos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários respectivos, atender plenamente a legislação do e-social, e por tudo mais que, como empregadora deva satisfazer, além de ficar sob sua integral responsabilidade a observância das leis trabalhistas, previdenciárias e fiscais, assim como os registros, seguros contra riscos de acidentes de trabalho, tributos e outras providências e obrigações necessárias à execução dos serviços ora contratados, encaminhando mensalmente, Guia de Recolhimento do FGTS- GRE e Guia da Previdência Social – GPS/INSS. Relação do(s) funcionários que encontram-se prestando serviços junto à FJPO e TRCT – Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho – sempre que for o caso, Folha de Pagamento, apresentando-as por ocasião da entrega das Notas Fiscais.

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:

*“Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação :
APL 1006833-67.2014.8.26.0344 SP 1006833-
67.2014.8.26.0344*

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.”

*“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 SCHAFER, 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)”

“Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por Rafael Jovine em face da decisão que indeferiu a tutela de urgência pleiteada. Relata o agravante que participou do pregão eletrônico DRF/PTG nº 01/2018, realizado pela Delegacia da Receita Federal de Ponta Grossa/PR, que tem por objeto a prestação de serviços terceirizados, de forma contínua, de carregadores e conferentes de carga. (...) Veja-se que, para esta Lei, há cessão/locação de mão de obra, quando houver disponibilização de trabalhadores ao tomador, ficando aqueles subordinados a este, com prestação da atividade laboral nas dependências do contratante, ou nas de terceiros alheios à relação jurídica, de modo contínuo. Confirmam-se, a propósito do tema, os julgados que trazem as seguintes ementas: PROCESSUAL CIVIL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS (LEI 9.711/88). EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO. NATUREZA DAS ATIVIDADES. TRANSPORTE DE CARGA. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.1. A falta de prequestionamento da questão federal impede o conhecimento do recurso especial (Súmulas 282 e 356/STF).2. Não se configura a cessão de mão-de-obra se ausentes os requisitos de colocação de empregados à disposição do contratante, submetidos ao poder de comando deste (art. 31, § 3º, da Lei 8.212/91). Precedente: EDcl no AgRg no REsp 584.890, Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, D.J. de

28.02.2005.3. *É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 7 desta Corte.*4. *Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 660.507/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2005, DJ 07/11/2005, p. 97)*

*TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS (LEI 9.711/88). EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO. NATUREZA DAS ATIVIDADES. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.*1. *Não se configura a cessão de mão-de-obra se ausentes os requisitos de colocação de empregados à disposição do contratante, submetidos ao poder de comando deste (art. 31, § 3º, da Lei 8.212/91). Precedente: EDcl no AgRg no REsp 584.890, Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, D.J. de 28.02.2005.*2. *Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 758.992/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2005, DJ 22/08/2005, p. 168) (...) Como se extrai do raciocínio acima exposto, na prestação de serviços os trabalhadores executam a atividade sob as ordens diretas da empresa à qual se encontram vinculados; na cessão de mão de obra, por outro lado, os trabalhadores são colocados à disposição do tomador de serviços, sob cujo mando as tarefas são realizadas. No caso concreto, o pregão realizado tinha por objeto a contratação de pessoa jurídica para a prestação de serviços terceirizados, de forma*

contínua, de carregadores e conferente de carga, a serem executados nos imóveis de uso da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Ponta Grossa e de suas agências jurisdicionadas, quando necessário. Conforme o item 2.3.1 do termo de referência - anexo I do edital, a Administração deve zelar, no curso da contratação, para que não ocorra subordinação hierárquica entre esta e os prestadores do serviço terceirizado, incluindo a aplicação formal ou informal de penalidades. O item 6, por seu turno, ao tratar das obrigações da contratada, aponta, entre outras, que esta deve executar os serviços conforme especificações, com a alocação dos empregados necessários ao perfeito cumprimento das cláusulas contratuais, além de fornecer uniformes necessários; cumprir horários e periodicidade para a execução dos serviços fixados pela contratante, segundo suas conveniências e em consonância com a fiscalização; implantar, de forma adequada, a planificação, execução e supervisão permanente dos serviços, de forma a obter uma operação correta e eficaz, realizando os serviços de forma meticulosa e constante; assumir inteira responsabilidade pela execução dos serviços contratados e efetuar-los de acordo com as especificações constantes da proposta, as disposições do instrumento convocatório e seus anexos, a boa técnica, as legislações e normas pertinentes; relatar à contratante, por escrito, toda e qualquer irregularidade ou anormalidade, inclusive de ordem funcional, constatada durante a execução dos serviços, cujo saneamento dependa de autorização para execução ou de providências por parte da contratante, e prestar os esclarecimentos necessários; etc. Destaco, ainda, o item 10.6, que

afirma ser obrigação da contratante acompanhar, fiscalizar e avaliar a prestação dos serviços, não obstante a contratada ser a única e exclusiva responsável pela sua execução (evento 1, OUT5, autos originários). Como se vê, o próprio edital aponta que o objeto do contrato será a prestação de serviços terceirizados, e não a cessão de mão de obra, o que é confirmado pelas disposições constantes do termo de referência, as quais evidenciam que os trabalhadores não serão submetidos ao poder de comando da Administração, sendo de responsabilidade da contratada a execução e a direção dos serviços. O fato de a atividade ser realizada de forma contínua e nas dependências da contratante não bastam, por si sós, para a caracterização do objeto contratual como cessão de mão de obra, tendo em vista, sobretudo, a ausência de subordinação dos trabalhadores à Delegacia da Receita Federal de Ponta Grossa/PR. Devidamente configurada, portanto, a probabilidade do direito invocado. A antecipação dos efeitos da tutela recursal se mostra imperiosa, por outro lado, para obstar a continuidade do certame e a consequente contratação da empresa tida por vencedora. Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal. Intimem-se, sendo a parte agravada para a apresentação de contrarrazões.

(TRF-4 - AG: 50288344620184040000 5028834-46.2018.4.04.0000, Relator: MARGA INGE BARTH TESSLER, Data de Julgamento: 31/07/2018, 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.

14 de dezembro de 2023

ROBERTH ROZEMBERGER
OAB/PR 108.141