

ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES DO MUNICÍPIO DE CAMPO ERÊ – ESTADO DE SANTA CATARINA. ILMA AUTORIDADE SUPERIOR COMPETENTE

PREGÃO PRESENCIAL Nº 57/2018

ORBENK SERVIÇOS DE SEGURANÇA LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 14.576.552/0001-57, com sede na Rua Dona Leopoldina, nº 38, Centro, Joinville/SC, CEP 89.201-095, por seu representante legal adiante assinado, vem, respeitosamente, a presença de V. Sa., nos termos do art. 41, §2º, da Lei 8.666/9393, apresentar **IMPUGNAÇÃO**, ao edital em epígrafe.

De pronto, compete consignar que, ao formular a presente Impugnação, não tem a Impugnante a menor intenção de manifestar crítica ou significar despreço pelos dignos e ilustrados redatores do documento básico, cuja qualificação técnica e competência profissional são por demais conhecidas.

Sucedo, todavia, que o edital padece da mácula da ilegalidade que, se mantida, acabará por nulificá-lo e levar à nulidade todo o procedimento licitatório, com o desagradável cortejo de consequências que este fato haverá de acarretar.

É com o escopo, assim, de concorrer para que tal não aconteça que a Impugnante, com todo respeito e acatamento, comparece perante essa lúcida e esclarecida Administração na expectativa de que, expurgando do ato convocatório a

mancha da ilegalidade, venha a público edital submetido à legislação de regência, fazendo jus à proficiência administrativa e à conduta legalista dos administradores deste insigne Município.

São os seguintes os fundamentos e as razões da Impugnação:

I. DA TEMPESTIVIDADE E DA NECESSÁRIA ADMISSIBILIDADE DA IMPUGNAÇÃO

A presente impugnação é tempestiva, considerando que a data de abertura da sessão ocorrerá no dia 02/08/2018, tem-se que o segundo dia anterior à data da sessão é o dia 31/07/2018.

Nestes mesmos termos a Lei 8.666/93 estabelece em seu artigo 41 §2º:

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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) (grifo nosso).*

Convém destacar que o Tribunal de Contas da União já decidiu nos autos, não se deve excluir da contagem o segundo dia que antecede a sessão do Pregão – TCU 1/2007 – Plenário – de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, publicado no DOU de 22/01/2007, *in casu*, o Tribunal considerou equivocada a atuação da pregoeira, que deixou de receber a impugnação apresentada durante o expediente do segundo dia útil que antecedia a sessão do pregão.

Do exposto, tempestiva a presente Impugnação, razão pela qual requer-se

pelo seu recebimento, para no mérito, ser-lhe dado provimento.

Quanto à forma, objetivando o cumprimento do princípio da eficiência e produtividade, a presente Impugnação segue via e-mail – única forma disponibilizada em edital, uma vez que este sequer prevê a possibilidade de impugnação em seu conteúdo, com fulcro na Lei 9.800/99, isso porque estende-se a possibilidade de encaminhamento via fac-símile a outra similar:

1o É permitida às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita.

Diante o exposto, requer-se o recebimento da presente Impugnação sob pena de afronta ao direito constitucional de petição.

II. FALTA DE PLANILHA DETALHADA DE CUSTOS UNITÁRIOS – DEVIDAMENTE PREENCHIDA

Verificamos que não há, dentre o rol de documentos anexos ao edital, a apresentação de planilhas trazidas pela administração pública, de todos os custos unitários que devem envolver a contratação.

Assim estabelece a Lei 8666/93, *nestas palavras*:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

§ 8º Qualquer cidadão poderá requerer à Administração Pública os

quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada.

E ainda:

Art. 40. § 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

I - o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos;

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;

Dessa forma, constata-se descumprimento da Lei de Licitações (Art. 7º, inciso II e Art. 40, §2º, inciso II) sendo que o orçamento estimado em planilhas, com a composição dos preços unitários, não está anexo ou incluso no edital.

Trata-se de obrigação legal descumprida e, portanto, requer-se sua apresentação a fim de atender o dispositivo legal.

III. DA VEDAÇÃO À CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS OPTANTES PELO SIMPLES NACIONAL

Salienta-se não é possível a contratação de empresas pela Administração optantes pelo sistema de tributação Simples Nacional em licitações de cessão e locação de mão de obra, ante a vedação expressa contida no art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006.

Desta feita, se fará necessário à empresa vencedora do certame, (no caso de que se enquadrar no regime de tributação do Simples Nacional) a comunicação obrigatória à Receita Federal do Brasil da situação ensejadora da exclusão do regime diferenciado, sob pena das sanções previstas na legislação tributária, no prazo previsto no art. 30, § 1º, inciso II, da Lei Complementar nº 123/2006.

Ademais, o edital assim dispõe acerca da proposta apresentada - ANEXO "E":

2 - No preço cotado já estão incluídas eventuais vantagens e/ou

abatimentos, impostos, taxas e encargos sociais, obrigações trabalhistas, previdenciárias, fiscais e comerciais, assim como despesas com transportes e deslocamentos e outras quaisquer que incidam sobre a contratação.

E, ainda, contém expressa vedação à rubricas e especificações do edital, bem como sua desclassificação caso haja fato ou circunstância desabonadora da empresa:

7.2 - Serão abertos primeiramente os envelopes contendo as Propostas Comerciais, que deverão estar em conformidade com as exigências do presente edital, sob pena de desclassificação. Isto posto, será classificada, o Item da proposta de menor preço e aquelas que apresentem valores sucessivos e superiores até o limite de 10% (dez por cento), relativamente à de menor preço.

[...]

7.2.2 - Serão passíveis de desclassificação as propostas formais (ou seus itens, de forma individual) que não atenderem os requisitos constantes dos itens 5.1 a 5.5 deste Edital, bem como, quando constatada a oferta de preço manifestamente inexecutável.

Desta feita, há de ser novamente verificada a condição supracitada, haja vista que se a licitante for optante pelo Simples Nacional e a Administração permite que a mesma apresente custos sem os benefícios da Lei Complementar nº 123/2006, encontrar-se-á irregular à participação do certame em questão uma vez que empresas optantes pelo Simples nacional não podem locar mão de obra.

Por certo que os serviços licitados implicam 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.

Aceitar a proposta das concorrentes implica em manifesta ilegalidade

perpetrada em prejuízo dos demais licitantes que, apesar de cumprir a lei, se veem impedidos 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.

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 das licitantes 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 §§ 5º-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 eventuais 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.

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.)*

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.)

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.

¹ Receita Federal; Solução de Consulta nº 66, de 04 de março de 2004; Site: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Publicacoes/Legislacao/ProcessoConsulta/2004/DISIT06RF/Mar%C3%A7o/EDISIT06RF0403200400066.htm>;

² TJSC, AC nº 2009.057809-8, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 13.12.2010.

Por conseguinte, é obrigação do órgão licitante fazer 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 inclusão da seguinte cláusula: “Considerando tratar-se de contratação de serviços mediante cessão de mão de obra, conforme previsto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24/07/1991, e nos artigos 112, 115, 117 e 118 da instrução Normativa – RFB nº 971, de 13/11/2009 e alterações, a licitante Microempresa - ME ou Empresa de Pequeno Porte – EPP optante pelo Simples Nacional, que, porventura venha a ser contratada, não poderá se beneficiar da condição de optante e estará sujeita à retenção na fonte de tributos e contribuições sociais, na forma da legislação em vigor, em decorrência da sua exclusão obrigatória do Simples Nacional a contar do mês seguinte ao da contratação em consequência do que dispõem o art. 17, inciso XII, art. 30, inciso II e art. 31, inciso II, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações.”

IV. DA NECESSIDADE DE INCLUSÃO DE CLÁUSULA DE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

Ao delimitar as condições de pagamento do objeto licitado, o instrumento convocatório assim determinou:

“CLÁUSULA QUINTA - DAS CONDIÇÕES DE PAGAMENTO

5.1. A CONTRATANTE efetuará o pagamento do objeto deste Contrato, à CONTRATADA, em parcelas mensais, até o 10º (décimo) dia útil do mês subsequente ao da prestação dos serviços, desde que as respectivas notas fiscais e/ou recibos tenham sido emitidas no 1º primeiro dia útil do mês e estejam devidamente atestadas pela Secretaria.

5.1. A CONTRATADA deverá emitir a nota fiscal dos serviços prestados, mensalmente, no 1º (primeiro) dia útil do mês seguinte ao

da prestação de serviços, acompanhado dos relatórios dos serviços e locais onde foram realizados (acompanhados dos pedidos atendidos pela central de atendimento devendo entregá-las ao responsável da Secretaria Municipal de Cidade e Desenvolvimento.

5.2. A CONTRATANTE efetuará o pagamento dos serviços prestados pela CONTRATADA, até o 10º (décimo) dia do mês subsequente ao da prestação dos serviços, desde que as respectivas notas fiscais tenham sido emitidas e entregues ao Setor responsável, devidamente acompanhado dos relatórios de serviços e locais onde foram realizados (acompanhados dos pedidos atendidos pela central de atendimento), e tenham sido devidamente atestadas pelo responsável da Secretaria.

5.3 – O pagamento pelos serviços prestados pela CONTRATADA, somente serão realizados nos meses em que a CONTRATANTE efetivamente solicitá-los. Desta forma, poderá haver meses que eventualmente não serão efetuados pagamentos a CONTRATADA.;"

Todavia, a previsão editalícia não contempla na forma de pagamento, as condições a serem aplicadas quando da ocorrência de inadimplemento contratual, as quais são de indicação obrigatória nos termos do que preleciona o art. 40 da Lei nº 8.666/93:

*Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, **bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:***

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;

*III - **sanções para o caso de inadimplemento;***

(...)

XIV - condições de pagamento, prevendo:

- a) **prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;**
- b) **cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;**
- c) **critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;**
- d) **compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;**
- e) *exigência de seguros, quando for o caso;*

Necessário destacar que o instrumento contratual também não relaciona entre a relação de sanções administrativa, os casos de inadimplemento contratual.

Assim, considerando que a Lei nº 8.666/93 é aplicada subsidiariamente ao processo licitatório na modalidade pregão por força do que estabelece o art. 9º da Lei nº 10.520/2002, urge seja observada a regra estabelecida no inciso III e XIV do art. 40 da Lei geral de Licitações.

Observa-se que se trata de obrigatoriedade estabelecida por lei, portanto, não pode a Administração deixar de cumprir a previsão legal, motivo pelo qual deve as determinações constantes nos incisos III e XIV do art. 40 da Lei nº 8.666/93 serem inseridas no instrumento convocatório, sob pena de nulidade do processo.

V. DOS PEDIDOS

Destarte, requer o conhecimento da impugnação para, diante da demonstração das ilegalidades e/ou irregularidades dos requisitos e condições previstos no edital e seus anexos, dar total provimento determinando-se a retificação do edital e consequente republicação, consoante fundamentação.

Não sendo esse o entendimento, requerer a remessa à autoridade superior competente com a necessária retificação do edital.

Outrossim, informa que temos elevado respeito por esta r. entidade, comissão e seus membros, entretanto, pretendemos sempre com o máximo de zelo defender nossos interesses comerciais e econômicos.

Nestes termos,
pede e espera deferimento.

Joinville/SC, 31 de julho de 2018.

RAPHAEL
GALVANI

Assinado de forma digital
por RAPHAEL GALVANI
Dados: 2018.07.31
11:07:48 -03'00'

Raphael Galvani
OAB/SC 19.540

Cristiane Tortelli Vaz
Representante Orbenk

Luíza Beda Siedschlag
OAB/SC 50.183