

MOURA & BOTELHO SILVEIRA LTDA.

Digníssima Pregoeira,

PRELIMINARMENTE:



Importante frisarmos que a presente impugnação é tempestiva, visto que até a presente data o referido edital encontrava-se amparado totalmente na legalidade, vindo a ser considerado ilegal e impositivo após publicação, na data de hoje, de decisão que exclui as empresas do SIMPLES NACIONAL de participarem do certame licitatório na real condição tributária a que estão adequadas, obrigando-as a preencher planilhas de custos como se fossem de outra obrigação tributária, e ainda por cima exigindo que, caso a vencedora do certame esteja nesse regime de tributação, terá de ser excluída do mesmo.

Tais decisões de última hora nos levam a tomar a medida administrativa em tela, visto entendermos que a mencionada decisão contraria a lei, é equivocada e injusta.

Desta feita, inicialmente afirmamos ser esta medida administrativa tempestiva, o que pedimos que a mesma seja analisada e as aberrações legais sejam corrigidas.

RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL Nº 002/2013

A presente licitação tem por objeto **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO, DE FORMA CONTÍNUA, DE SERVIÇOS DE COPEIRAGEM E COZINHEIRA PARA ATENDER AS UNIDADES DA SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA, CONFORME ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS CONTIDAS NOS ANEXOS DESTE EDITAL.**

Todavia, da leitura do teor da decisão de uma impugnação ingressada pela empresa **SUL AMÉRICA SERVIÇOS**, na qual trouxe a ordem de impedir que empresas do regime tributário do **SIMPLES NACIONAL** venham participar do certame licitatório mencionado acima, na condição como estão na

presente data, ou seja, recolhendo seus impostos e obrigações de acordo com a Lei Complementar 123/2006, exigindo que as mesmas ao preencherem suas planilhas de custos, as façam como se não fossem do **SIMPLES NACIONAL**, e até colocando a hipótese de a empresa vencedora ser de tal regime diferenciado e, então, terá que pedir a exclusão desses benefícios, nos deixou indignados, visto que tal decisão é totalmente equivocada, pois a razão apresentada para isso está sustentada pelo Art.

17, XII, da Lei Complementar 123/2006, que elenca as atividades impedidas de fazerem parte do regime tributário do **SIMPLES NACIONAL**, como sendo atividade de **LOCAÇÃO E CESSÃO DE MÃO DE OBRA**.

Além disto, usa também o que dispõe decisão do TCU a esse respeito, para justificar a mencionada decisão.

Visto isso, passemos a analisar o que diz a lei a esse respeito, bem como as decisões dos tribunais:

O art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006, caput e inciso XII, dizem o seguinte:

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;

Tais argumentos não merecem prosperar. A Douta Comissão de licitação equivocou-se ao trazer ao caso em tela uma situação específica de contratação de LOCAÇÃO OU CESSÃO DE MÃO DE OBRA, com amparo no Art 17 da Lei Complementar 123/2006. Pois a referida decisão do TCU a esse respeito visa, corretamente, tratar de casos em que a contratação for especificamente de locação ou cessão de mão de obra, o que não é o caso, pois o edital é claro em seu objeto quando refere-se a contratação da EMPRESA e não do trabalhador.

Segue abaixo a mencionada decisão do TCU, usada como base na decisão da Douta Comissão de licitação:

ocorrendo as hipóteses de que tratam os arts. 17, inciso XII (grifo nosso), e 30, inciso II, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, SEJA VEDADA À LICITANTE, OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, A UTILIZAÇÃO DOS BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS DO REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO NA PROPOSTA DE PREÇOS E NA EXECUÇÃO CONTRATUAL (com relação ao recolhimento de tributos), RESSALTANDO QUE, EM CASO DE CONTRATAÇÃO, ESTARÁ SUJEITA À EXCLUSÃO OBRIGATÓRIA DESSE REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO A CONTAR DO MÊS SEGUINTE AO DA ASSINATURA DO CONTRATO, NOS TERMOS DO ART. 31, INCISO II, DA REFERIDA LEI.

A decisão do TCU foi muito bem explicada, pois tratou somente de situações em que o objeto do certame licitatório for de QUANDO SE TRATAR DAS HIPÓTESES DO ART 17, XII DA LEI COMPLEMENTAR, o que não é o caso, pois o edital 002/2013/SENF/SEFAZ visa contratar TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA, ou seja, quer contratar pessoas que são funcionários da EMPRESA CONTRATADA, empresa esta de prestação de serviços terceirizados, especializada em gerenciamento de mão de obra, que vai disponibilizar seus colaboradores para a execução do contrato nas dependências de seus clientes.

Senão vejamos:

O que diz o CNAE das empresas de locação de mão de obra?

7820-5/00 LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA TEMPORÁRIA

Notas explicativas:

Esta classe compreende:

O fornecimento a empresas clientes, por tempo determinado, de pessoal recrutado e remunerado por agências de trabalho temporário, nas condições da legislação trabalhista. **As unidades classificadas nesta classe não oferecem supervisão direta a seus empregados nos locais de trabalho de seus clientes.** (grifo nosso).

As informações acima foram extraídas do site http://www.cnae.ibge.gov.br/classe.asp?codclasse=78205&codgrupo=782&CodDivisao=78&CodSecao=N&TabelaBusca=CNAE_200@CNAE%202.0

Ora, evidente que se na atividade de Locação de Mão de Obra, a empresa que a fornece não pode exercer supervisão direta aos seus empregados dentro dos locais de trabalho dos seus clientes, não se trata do que o objeto do certame licitatório em questão pretende contratar, pois em todo o edital podemos ver que a SEFAZ exige um supervisor dos empregados contratados, exige que a empresa contratada acompanhe os seus colaboradores nos locais de serviços, inclusive exige que a empresa vencedora tenha escritório em Cuiabá ou Várzea Grande, e também informe na assinatura do contrato quem será o representante da empresa, demonstrando o vínculo de tal representante com a empresa contratada.

Portanto, está mais do que evidente que o edital de licitação em questão tem como objeto a contratação de empresa que desempenha atividades compatíveis com as desempenhadas pela impugnante, ou seja, TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA.

Desta forma, a Contratante está desvinculando totalmente a administração pública de qualquer responsabilidade sobre os mesmos, sejam elas de caráter administrativo, subordinativo e quaisquer outros, que diante disso conclui-se que não se trata de locação e nem de cessão de mão de obra, e sim TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA, atividades estas devidamente regulares e exercidas pela nossa empresa, e não impedidas pela Lei Complementar 123/2006.

Para que se entenda a diferença entre terceirização e cessão ou locação de mão-de-obra, faz-se necessário expor abaixo o comentário jurídico encontrado no site www.inssfacil.com.br que diz o seguinte:

“Existe diferença entre Terceirização e Locação de mão-de-obra?”

Sim. Existe diferença entre Terceirização e Locação de mão-de-obra

1-Temos participado de várias reuniões com empresários e consultores de diversos setores e de diferentes localidades do País e notamos uma tremenda confusão de conceitos jurídicos do Direito do Trabalho que podem custar caro às empresas que contratam os serviços de terceiros (tomadoras de serviços).

2- Assim, com o intuito de separar os conceitos dessas duas formas de contratação e tentar explicar numa linguagem empresarial as suas peculiaridades, apontaremos nesse Dicalog os conceitos e as diferenças entre

locação de mão-de-obra e terceirização com as perigosas conseqüências que podem advir para os tomadores de serviços. Vamos a elas.

3- A locação permanente de mão-de-obra, é prática condenada pela Justiça do Trabalho que julga, no mais das vezes, como fraude à legislação trabalhista com a declaração de vínculo empregatício direto com o tomador de serviços. É o chamado “merchandage”, termo que vem do Direito Francês, que pode ser traduzido como a comercialização do trabalho com a exploração pura e simples, através de uma empresa interposta. É a exploração do homem pelo homem, prática inaceitável nos dias de hoje.

4- Neste sentido temos várias decisões de Tribunais do Trabalho. Citaremos apenas uma entre tantas: “Quando a intermediação de terceiros para a prestação e locação de serviços de mão-de-obra configura a prática proibida de “merchandage”, por não se enquadrar nas hipóteses previstas na Lei n. 6.019/74 (Trabalho Temporário), há de ser reconhecida a relação empregatícia existente entre os trabalhadores contratados e a verdadeira empregadora, que é a empresa a quem aproveita o exercício das atividades laborativas” (TRT-2ª Região- 3ª Turma-Ac. N. 003554/95- Rel. Juiz Airton M. do Nascimento)

5- Já a Terceirização consiste na contratação de serviços entre Empresas legalmente constituídas, na qual, a empresa prestadora dos serviços é a real empregadora dos seus empregados terceirizados, e a tomadora dos serviços é apenas uma cliente dela. Aconselha-se sempre que essa relação empresarial seja feita mediante contrato de prestação de serviços, no qual deve-se prever os direitos e obrigações de cada parte.

6- Para que fique claro, a relação de emprego se faz entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, e não diretamente com o contratante (tomador) destes. Vale lembrar que quem admite, remunera, fiscaliza e demite o empregado é apenas a Prestadora dos serviços.

7- Na terceirização existe expressa proibição da existência de pessoalidade, subordinação, controle de jornada de trabalho com o tomador de serviços, sendo que, constatada a presença de tais requisitos, restará configurada

fraude à legislação trabalhista com a conseqüente declaração de vínculo de emprego entre o empregado e o tomador dos serviços.

8- Finalmente, a Justiça do Trabalho entende que pode ser objeto de Terceirização apenas a atividade-meio do tomador de serviços, cabendo aos administradores e consultores, analisar cada situação procurando minimizar os riscos de demandas judiciais.

A IN 03/2009 é bem taxativa quando dispõe sobre a terceirização de serviços, no que se refere aos serviços de execução INDIRETA:

A TERCEIRIZAÇÃO

"Art.6º

§ 1º A prestação de serviços de que trata esta Instrução Normativa não gera vínculo empregatício entre os empregados da contratada e a Administração, vedando-se qualquer relação entre estes que caracterize pessoalidade e subordinação direta.

§ 2º O objeto da contratação será definido de forma expressa no edital de licitação e no contrato, exclusivamente como prestação de serviços (grifo nosso) , sendo vedada a utilização da contratação de serviços para a contratação de mão de obra, conforme dispõe o art. 37, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil.(grifo nosso)

§ 3º A contratação deverá ser precedida e instruída com plano de trabalho, aprovado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, ou a quem esta delegar competência, e conerá, no mínimo:

I - justificativa da necessidade dos serviços;

II - relação entre a demanda prevista e a quantidade de serviço a ser contratada;

III - demonstrativo de resultados a serem alcançados em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis.”.

Art. 7º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta. **(grifo nosso)**

§ 1º Na contratação das atividades descritas no caput, não se admite a previsão de funções que lhes sejam incompatíveis ou impertinentes.

§ 2º A Administração poderá contratar, mediante terceirização, as atividades dos cargos extintos ou em extinção, tais como os elencados na Lei nº 9.632/98.

Art. 8º Poderá ser admitida a alocação da função de apoio administrativo, desde que todas as tarefas a serem executadas estejam previamente descritas no contrato de prestação de serviços para a função específica, admitindo-se pela administração, em relação à pessoa encarregada da função, a notificação direta para a execução das tarefas previamente definidas.

Art. 9º É vedada a contratação de atividades que:

I - sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal;

I - constituam a missão institucional do órgão ou entidade; e

III - impliquem limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, exercício do poder de polícia, ou manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos, tais como:

a) aplicação de multas ou outras sanções administrativas;

b) a concessão de autorizações, licenças, certidões ou declarações;

c) atos de inscrição, registro ou certificação; e

d) atos de decisão ou homologação em processos administrativos.

Art. 10. É vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, tais como:

I - 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 o atendimento direto, tais como nos serviços de recepção e apoio ao usuário;

II - direcionar a contratação de pessoas para trabalhar nas empresas contratadas;

III - 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; e

IV – 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.

Art. 11. A contratação de serviços continuados deverá adotar unidade de medida que permita a mensuração dos resultados para o pagamento da contratada, e que elimine a possibilidade de remunerar as empresas com base na quantidade de horas de serviço ou por postos de trabalho.

§ 1º Excepcionalmente poderá ser adotado critério de remuneração da contratada por postos de trabalho ou quantidade de horas de serviço quando houver inviabilidade da adoção do critério de aferição dos resultados.

§ 2º Quando da adoção da unidade de medida por postos de trabalho ou horas de serviço, admite-se a flexibilização da execução da atividade ao longo do horário de expediente, vedando-se a realização de horas extras ou pagamento de adicionais não previstos nem estimados originariamente no instrumento convocatório.

§ 3º Os critérios de aferição de resultados deverão ser preferencialmente dispostos na forma de Acordos de Nível de Serviços, conforme dispõe esta Instrução Normativa e que deverá ser adaptado às metodologias de construção de ANS disponíveis em modelos técnicos especializados de contratação de serviços, quando houver.

Art. 13. A Administração não se vincula às disposições contidas em Acordos e Convenções Coletivas que estabeleçam valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade.

As decisões do STJ no que concerne o assunto são claras:

Ementa

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

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao

Diante dos fatos narrados acima, não restam dúvidas de que a decisão da Douta comissão de licitação é equivocada, inclusive quando menciona índices mínimos a serem inseridos nas planilhas de custos, quanto exige que a empresa do simples nacional venha a cotar todos os índices, quando na verdade não existe essa obrigação em seu regime de tributação.

A IN03, conforme já mencionado, é taxativa em dizer que não deve ser feita a contratação de mão de obra e sim de prestação dos serviços, ou seja, não realizar contratação de serviçais e sim dos serviços da empresa especializada, caracterizando que devem ser contratados serviços TERCEIRIZADOS.

DA ILEGALIDADE:

Ao exigir que as empresas optantes do simples nacional participem do referido certame licitatório preenchendo as planilhas de preços diferentemente da sua realidade de encargos sociais e tributários, aí sim, a douta comissão de licitação fere dispositivos legais da Lei 8666/93 no que tange aos princípios que norteiam a referida lei, ferindo o princípio da igualdade, moralidade e isonomia, que determina que todos são iguais perante a lei, conforme art 3º, que diz:

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, 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. (Redação dada pela Medida Provisória nº 495, de 2010)

§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 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 Medida Provisória nº 495, de 2010) (grifo nosso)

A continuação do art 3º assevera ainda mais a ilicitude da comissão de licitação, que ao restringir a participação das empresas optantes do simples nacional ferem o principio da livre competição entre os interessados, pois restringem um enorme grupo de empresas interessadas em participar do processo licitatório, além de que vale lembrar que os benefícios da Lei Complementar 123/2006 são para todos que se adequarem a seus Artigos, e se existem empresas que não se encaixaram em tais exigências, é porque querem abraçar tudo, ter para si todas as atividades do mercado, e agora querem impedir que empresas regulares venham participar de certames licitatórios.

II-estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

E finalmente no inciso II do paragrafo 1º, é bem evidente em dizer que não pode ser dado tratamento diferenciado entre as concorrentes, principalmente de caráter LEGAL, sendo justo tratar as empresas optantes do simples nacional de maneira igual à qualquer uma outra.

Desta forma, quebra-se o principio constitucional em seu Art 5º, que também trata do principio da ISONOMIA, quando diz que TODOS SÃO IGUAIS PERANTE A LEI.

CONCLUSÃO:

Diante do acima exposto, demonstrando que há um equivoco absurdo pela douta comissão de licitação ao proibir as empresas optantes do simples nacional de participarem do referido certame licitatório como tais, confundindo completamente os serviços que estão contratando, os caracterizando de LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA, quando na verdade estão contratando TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA, pois pretendem contratar a empresa especializada e não os serviços dela, desvinculando-se totalmente de quaisquer obrigação trabalhista, subordinação entre órgão publico e funcionários terceirizados, repassando todas as obrigações trabalhistas e subordinações a cargo da empresa contratada, o que deixa bastante evidente que se trata de TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA.



Além disso, equivocou-se ao afirmar que as empresas do simples nacional ao participarem do referido certame licitatório nas reais condições de tributação única estarão ferindo o princípio da ISONOMIA, visto que a Lei Complementar 123/2006 está disponível a TODAS as empresas que desejarem optar por este regime de tributação, basta para isso requerer pedido de ingresso ao simples nacional junto Comitê Gestor do Simples Nacional, que irá analisar o pedido e definirá a validação do respectivo ingresso da empresa solicitante, porém vale lembrar que para isso acontecer basta a empresa solicitante se adequar às normas legais.

Portanto todas as empresas tem tal oportunidade, caracterizando que não há diferença nenhuma entre as empresas diante da lei, pois se uma empresa não optou pelo simples nacional é porque não teve interesse ou não se adequou às normas legais.

O impedimento das empresas optantes do simples nacional no referido certame licitatório é justamente a quebra dos princípios legais da Lei de licitações, dentre eles o da ISONOMIA, pois a oportunidade deverá ser dada a TODAS as empresas do mercado.

Pelo todo exposto, a MOURA & BOTELHO SILVEIRA LTDA espera, o acolhimento e provimento da presente IMPUGNAÇÃO, a fim de que se corrijam os vícios encontrados na última alteração do edital 002/2013, publicado na data de hoje.

Termos nos quais,

Pede e espera deferimento,

MOURA & BOTELHO SILVEIRA LTDA ME
CNPJ 10.517.972/0001-01



Cuiabá-MT, 12 de Junho de 2013.

MOURA & BOTELHO SILVEIRA LTDA.

anexos:

- DECISÃO DO TJ-MT SOBRE O TEMA

Enilson D. Moura
CPF: 006.130.046-20
Sócio Proprietário

Rua Das Primaveras, 434 W, Anexo a Sala 2
B. Centro
Nova Mutum – MT
CEP: 78.450-000
Fone – 065- 3308-4549