

COMUNICADO VI

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 004/2024 – SERVIÇOS TERCEIRIZADOS DIVERSOS

JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

REF. EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 004/2024 - PROCESSO Nº CO-CT/000166/2024.

A **AGIL EIRELI**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o número 26.427.482/0001-54, vem, nos autos do Pregão Eletrônico nº 004/2024, expor e requerer o que segue.

I - DA ADMISSIBILIDADE

A Empresa **AGIL EIRELLI**, inconformada com os Termos do Edital do Pregão Eletrônico nº 004/2024, apresentou a sua impugnação ao instrumento convocatório através do e-mail institucional licitacao@abdi.com.br, no dia 29/02/2024 às 10h02min.

O item 5.1 do Edital garante que:

5.1 Qualquer pessoa física ou jurídica poderá impugnar o ato convocatório do Pregão Eletrônico, até às **23:59h do dia 29/02/2024**, por meio da plataforma www.novobbmnet.com.br em campo específico ou ainda por e-mail endereçado a licitacao@abdi.com.br.

Assim, o recebimento do pedido de impugnação é **TEMPESTIVO**.

II - DA ANÁLISE DO MÉRITO

Em linhas gerais, a empresa Impugnante refuta o entendimento de que a empresa licitante, que seja optante pelo Simples Nacional, não possa utilizar-se dos benefícios tributários atribuídos a tal regime, posto que, se ao final do processo a empresa for

efetivamente contratada, deverá solicitar a sua exclusão do referido regime, na forma do item 10.2.25 do Edital.

A empresa argumenta que a vedação da adoção do regime tributário do Simples Nacional por empresas prestadoras de serviços contínuos de cessão ou locação de mão de obra não se aplica ao presente caso, e traz, dentre outros argumentos, que:

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.

(...)

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.

A empresa **AGIL EIRELLI**, após exaurir os seus fatos e os seus fundamentos, encerra a sua peça impugnatória com os seguintes pedidos:

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.

III – DA ANÁLISE E DA DECISÃO

Após detida análise dos fatos e dos fundamentos apresentados pela empresa **AGIL EIRELLI**, chegou-se à seguinte conclusão.

A lei que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa - ME e Empresa de Pequeno Porte – EPP (Lei Complementar n.º 123/2006) estabeleceu certos benefícios para estas entidades, especialmente quanto ao regime tributário unificado (SIMPLES) e o tratamento diferenciado nas licitações públicas.

Todavia, a referida norma fixou limites para a inscrição no SIMPLES, dentre eles, o impedimento de empresas que realizem cessão ou locação de mão de obra ingresse no citado regime, com exceção de algumas atividades tais como vigilância patrimonial, limpeza e conservação.

Cumpra esclarecer inicialmente que embora o objeto previsto no Edital contenha atividades de uma das exceções acima – limpeza e conservação, todas as demais atividades não se amoldam a nenhuma das possibilidades de exceção da referida lei e a adjudicação do certame se dará em lote único, impossibilitando a aplicação da exceção citada.

O objeto da presente licitação é prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, conforme demonstrado, dentre outros, pela forma de execução definida no Edital e seus Anexos, em que a mão de obra é alocada de forma integral ao contrato firmado e nas dependências da Contratante, sem possibilidade de compartilhá-la com outras contratações que o prestador eventualmente possua. Além disso, também há a previsão de fiscalização pela Contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados.

Portanto, o objeto em questão caracteriza cessão ou locação de mão de obra para fins tributários, como já analisou o Tribunal de Contas da União (TCU) no ACÓRDÃO 1778/2022 – PLENÁRIO em discussão semelhante. O julgado torna insubsistente o Acórdão 103/2021-TCU-Plenário e assiste razão aos argumentos da recorrente nesse aspecto, segue trecho do voto do Relator Jorge Oliveira:

A recorrente argui, com razão, que a **subordinação não é elemento caracterizador da cessão de mão de obra em contratos de terceirização de serviços** com a Administração Pública.

Em diversos normativos, a cessão ou locação de mão de obra é definida apenas como sendo a **colocação de trabalhadores à disposição** da empresa contratante, em caráter não eventual, para realização de serviços contínuos. Com pequenas distinções de redação, esse conceito é encontrado na Lei 8.212/1991, art. 31, § 3º, que dispõe sobre a Seguridade Social; na Instrução Normativa 971/2009 da Receita Federal do Brasil, art. 115; e na Resolução 140/2018 do Conselho Gestor do Simples Nacional, art. 112, § 1º.

Já a jurisprudência do STJ, invocada no parecer da Selog, elucida que, para que se caracterize a cessão de mão de obra, os empregados da empresa prestadora de serviços devem estar à disposição da contratante e submetidos ao seu **poder de comando** (REsp 1740706/RJ).

"II - A submissão dos empregados da empresa prestadora de serviços ao poder de comando da empresa contratante (tomadora de serviços) é requisito necessário à caracterização da cessão de mão-de-obra e, portanto, imprescindível para responsabilização solidária, à luz do art. 31 da Lei 8.212/91. Precedentes: REsp 499.955/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 14/6/2004 e REsp 488.027/SC, Rel. Ministro TEORIALBINO ZAVASCKI, DJ 14/6/2004."

Anoto, contudo, que **o poder de comando aqui invocado não se confunde com relação de subordinação**. Esse poder diz respeito a possibilidade de organização dos serviços e de alocação dos colaboradores para realização das tarefas. A subordinação, por seu turno, é elemento caracterizador da relação trabalhista, diz respeito ao poder disciplinar e à relação jurídica.

A própria Justiça do Trabalho reconhece a subordinação como elemento do vínculo empregatício, mas a rechaça na terceirização de mão de obra. Nesse caminho, a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho - TST, em seu inciso III, trata da possibilidade de terceirização de serviços relacionados com a atividade meio da instituição, tendo como condições a inexistência de pessoalidade e subordinação: "III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta".

Na esfera fiscal, a Receita Federal possui diversos pareceres, intitulados soluções de consulta, que visam esclarecer dúvidas acerca da aplicação das normas tributárias. Assim, a Solução de Consulta nº 19, de 15/1/2019, é bastante elucidativa ao dispor que, **na cessão de mão de obra, o poder de comando da tomadora dos serviços não se confunde com a subordinação jurídica entre empresa contratada e seus empregados**.

"8.6.3. Já com relação à colocação do trabalhador à disposição do tomador, esse requisito pressupõe que o trabalhador atue também sob as ordens do tomador dos serviços (contratante), que **conduz, supervisiona e controla o**

seu trabalho. Percebe-se que a empresa contratada, ao ceder trabalhadores a outra, transfere à contratante parte da prerrogativa, que era sua, de comando desses trabalhadores. Ela abre mão, em favor da contratante, de seu direito de dispor dos trabalhadores que cede, e de parcela do direito de coordená-los. Dessa forma, a empresa contratante dos serviços poderá exigir dos trabalhadores cedidos a execução de tarefas objeto da contratação.

(...)

8.6.3.3. É importante deixar claro que o termo "subordinação" não foi empregado em seu sentido amplo ou próprio da relação de emprego, uma vez que este abrange, dentre outros aspectos, o poder disciplinar, que, no caso da cessão de mão de obra, **continua a caber à empresa contratada** com a qual é firmado o vínculo de emprego do trabalhador regularmente cedido.

8.6.3.4. A relação de emprego tem a subordinação jurídica como elemento intrínseco do contrato de trabalho, de forma que o empregador detém os poderes para dirigir, regulamentar, fiscalizar e aplicar penalidades ao trabalhador. (...) .

(...)

8.6.3.6. Assim, a interpretação mais acertada do que se deve ter por disposição de segurados à contratante envolve o **poder de comando parcial pelo tomador, mas sem que isso implique subordinação jurídica**. O tomador pode exigir a execução de tarefas dentro dos limites estabelecidos, previamente, em contrato, sem que os trabalhadores necessitem, para executá-las, reportarem-se à empresa que os cedeu." (Grifei)

Nesse particular, portanto, são adequados os argumentos da peça recursal.

Dessa forma, a impugnação apresentada pela empresa **AGIL EIRELLI** não se sustenta, pois, conforme apresentado, a contratada prestará, de fato, serviço de cessão de mão de obra, o que afasta a possibilidade de permanecer enquadrada no regime tributário do SIMPLES Nacional, conforme a Lei Complementar nº 123/2006.

Por fim, cabe esclarecer que o instrumento convocatório permite a participação das empresas optantes pelo Simples Nacional, mas ressalta que a proposta de preços deverá observar a vedação legal de permanência no regime simplificado, após a contratação.

Assim, não há que se falar que o Edital contrarie o interesse da administração, tampouco esteja restringindo a participação das empresas interessadas, pois foram estabelecidos todos os critérios a serem observados pelos licitantes, a fim de assegurar a igualdade de condições a todos, respeitada a legislação e jurisprudência vigentes.

Ante o exposto, decido por acolher a impugnação apresentada, tendo em vista serem tempestivas, para no mérito **NEGAR PROVIMENTO**, por serem contrárias à legislação pertinente.

Brasília/DF, 1º de março de 2024.

Lydiane Maria do Amaral
Pregoeira

Protocolo de Assinatura(s)

O documento acima foi proposto para assinatura digital. Para verificar as assinaturas acesse o endereço <http://ecm.abdi.com.br/docflow/digitalSignChecker.jsf> e utilize o código abaixo para verificar se este documento é válido.

Código de verificação: ORG9-7LCY-RVWF-GSOX



O(s) nome(s) indicado(s) para assinatura, bem como seu(s) status em 01/03/2024 é(são) :

- Lydiane Maria do Amaral - 01/03/2024 11:01:35 (Certificado Digital)