

## IMPUGNAÇÃO 1

**Impugnação:** 17/02/2024

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO FUNDAÇÃO NACIONAL DE ARTES – FUNARTE - RJ

EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO Nº 002/2024

Xxxxxxx, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o número xxxxxx, 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.”

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.

SIMPLES NACIONAL

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.

Em que pese, o Simples Nacional no teor da Lei Complementar 123/2006 dispor em seu Artigo 17 do Inciso XII quanto a proibição de empresas prestadores de Serviços Contínuos de Cessão ou Locação de Mão- de Obra, vedação que não se estende ao presente caso, vejamos:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte I – [...]

XII – que realize cessão ou locação de mão-de-obra (grifo nosso)

No presente caso, pelos vícios e engessamento da administração pública estão dificultando a participação da maioria das empresas do mercado e direcionando o referido certame a uma pequena parcela de empresas, impossibilitando que empresas optantes pelo Simples Nacional, seja apta a participar no processo licitatório.

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.

9.10. Responsabilizar-se pelo cumprimento das obrigações previstas em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou equivalentes das categorias abrangidas pelo Contrato, por todas as obrigações trabalhistas, sociais, previdenciárias, tributárias e as demais previstas em legislação específica, cuja inadimplência não transfere a responsabilidade ao CONTRATANTE.

6.26. A fiscalização de que trata esta cláusula não exclui nem reduz a responsabilidade da Contratada, inclusive perante terceiros, por qualquer irregularidade, ainda que resultante de imperfeições técnicas, vícios redibitórios, ou emprego de material inadequado ou de qualidade inferior e, na ocorrência desta, não implica corresponsabilidade da Funarte ou de seus Agentes, Gestores e Fiscais, de conformidade.

6.28. Para efeito de recebimento provisório, ao final de cada período mensal, o Fiscal Técnico deverá apurar o resultado das avaliações da execução do objeto e, se for o caso, a análise do desempenho e qualidade da prestação dos serviços realizados em consonância com os indicadores previstos no ato convocatório, que poderá resultar no redimensionamento de valores a serem pagos à Contratada, registrando em relatório a ser encaminhado ao Gestor do Contrato.

6.32.16. Tais pagamentos não configuram vínculo empregatício ou implicam a assunção de responsabilidade por quaisquer obrigações dele decorrentes entre a Funarte e os empregados da Contratada.

6.32.18. A Contratada é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

6.32.19. A inadimplência da Contratada, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.

No dia 01 de julho de 2007 entra em vigor a Lei Complementar de número 123, de 15 de dezembro de 2006, também conhecida como SUPERSIMPLES, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (EPP), dispondo, especialmente, sobre o tratamento simplificado a ser concedido a estas empresas em matéria tributária.

Como apresentado o único órgão competente para decidir sobre as atividades econômicas com ou não de fornecimento de mão - de - obra, nenhuma outra unidade, órgão ou autarquia possui tal competência. No ato de qualquer dúvida sobre as atividades permitidas ou não deve ser efetuar consulta junto à receita Federal do Brasil, para que o mesmo possa emitir laudo técnico e válido para o tema específico.

Importante destacar, que as atividades desempenhadas pela empresa xxxxx, 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.

Desta forma os próprios órgãos que regulamentam tais procedimentos já se pronunciaram favorável a opção das empresas a continuarem como optante do Simples Nacional.

Não cabe a unidade legislar sobre o tema, este apenas tem que cumprir com o estabelecido em lei. Todos os atos do administrador que frustre a ampla participação e concorrência das empresas a participarem e a contratarem com o órgão público devem ser repudiados pela sociedade. Desta forma não existindo embasamento legal para tal proibição.

Conforme amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência, qualquer exigência constante no Edital de convocação deve guardar pertinência com o objeto a ser contratado. Qualquer exigência a ser inserida no Edital, tem de apresentar-se como necessária e útil para aquele caso concreto.

§ 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, 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; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

Com propriedade, resume Marçal Justem Filho em sua obra “Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos”, 10 da edição, Editora Dialética, 2004, página 68/69:

“O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta mais vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas. Isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudique o caráter “competitivo” da licitação”.

Quanto aos Princípios da legalidade e vinculação ao instrumento convocatório, posiciona-se o mestre Ivan Barbosa Rigolin, in Manual Prático de Licitações, 1991- Ed. Saraiva, com muita maestria e clareza:

“Diz-se que a licitação é um procedimento vinculado, e o significado da afirmação é precisamente o de que a vontade da lei vincula a vontade do licitador, ou seja: nenhuma liberdade tem ao seu gosto particular, mas apenas pode atuar na estrita conformidade do comando da lei”.

Importante destacar ainda 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 contratadas 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 deste estado:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 31 DA LEI 8.212/91. DESCARACTERIZAÇÃO DE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO. RETENÇÃO INDEVIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. 1. A retenção de 11% (onze por cento) dos valores das notas fiscais prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91 apenas é cabível quando se trate de contrato de cessão de mão- de-obra, isto é, de colocação de empregados da contratada à disposição da contratante. 2. Não haverá retenção nas hipóteses em que o contrato tenha por objeto a prestação de serviços e os trabalhadores permaneçam submetidos ao poder de comando da contratada quanto ao modo de sua execução. 3. No caso, o contrato celebrado entre Autora e a SEDU/ES tem por objeto serviços técnicos especializados, cuja natureza e complexidade, a priori, não permitem que sejam realizados através da simples colocação de empregados à disposição de terceiro. Além disso, da análise de diversas cláusulas contratuais é possível constatar que a direção das atividades dos empregados remanesce a cargo da prestadora dos serviços. Dessa forma, deve ser afastada a retenção dos 11% de contribuição previdenciária prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91. 4. Sentença proferida em 08.10.2012. Inversão do ônus da sucumbência. 5. Apelação a que se dá provimento. (TRF-2 - AC:

00088332720124025001 ES 0008833-27.2012.4.02.5001, Relator: MARCELLA ARAUJO DA NOVA BRANDAO, Data de Julgamento: 23/07/2019, VICE-PRESIDÊNCIA)

Oportunamente segue o entendimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL Ano-calendário: 2009

EXCLUSÃO. SIMPLES. CESSÃO DE MÃO DE OBRA Não configura cessão de manutenção predial quando a empresa contratada não transfere ao contratante a prerrogativa de comando desses trabalhadores. Dizer que os trabalhadores de uma empresa contratada estão à disposição de uma empresa contratante significa dizer que essa empresa contratante pode deles dispor, ou seja, sem necessitem, para executar as atividades reportem-se à empresa que os cedeu. Inteligência da Solução de Consulta Cosit nº 312/2014 (CARF 16273720001201246 1402- 004.990, Relator: JUNIA ROBERTA GOUVEIA SAMPAIO,

Data de Julgamento: 16/09/2020, Data de Publicação: 26/10/2020)

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)

Outro fato importante que a empresa perante consulta interna e sistemas de consultas tributárias, reafirma a possibilidade de contratação de empresas optantes pelo simples nacional, nas licitações com objeto de prestação de serviço.

Portanto, não procede as alegações que configuram como impeditivo a permanência dos licitantes ao Simples Nacional.

## DA DIVISÃO DA LICITAÇÃO POR LOTES

Nos termos do edital a licitação se encontra com valores por lote, porém a não se encontra dividida em lotes.

Diante de objetos complexos, distintos ou divisíveis cabe, como regra e conforme o caso concreto justificar, a realização de licitação por itens ou lotes, que está prevista no art. 40, parágrafo 2º, inciso I da Lei n. 14.133/2021, de modo a majorar a competitividade do certame.

Item	CATSER	Localidade	Cargo/Posto	Qtde de Postos	Valor Mensal do Posto	Valor Mensal Médio	Valor Global Anual de Referência
1	5380	Rio de Janeiro	Analista Administrativo III	35	R\$11.312,61	R\$395.941,28	R\$4.751.295,32
2	5380		Analista Administrativo II	47	R\$11.312,61	R\$531.692,57	R\$6.380.310,86
3	5380		Analista Administrativo I	19	R\$9.333,92	R\$177.344,54	R\$2.128.134,51
4	5380		Assistente Administrativo	49	R\$7.923,29	R\$388.241,04	R\$4.658.892,46
5	5380		Auxiliar de Serviços Gerais	4	R\$3.551,88	R\$14.207,50	R\$170.490,05
6	5380		Assistente Social	1	R\$6.039,45	R\$6.039,45	R\$72.473,36
7	5380		Motorista	3	R\$3.721,28	R\$11.163,83	R\$133.965,96
8	5380		Copeira (o)	1	R\$3.611,24	R\$3.611,24	R\$43.334,87
9	5380		Analista de Comunicação	8	R\$11.508,99	R\$92.071,89	R\$1.104.862,64
10	5380	São Paulo	Analista Cultural Regional	3	R\$12.832,61	R\$38.497,83	R\$461.973,95
11	5380		Analista Administrativo I	1	R\$9.486,76	R\$9.486,76	R\$113.841,16

12	5380		Assistente Cultural Regional	2	R\$8.777,32	R\$17.554,63	R\$210.655,57
13	5380		Motorista	1	R\$5.588,34	R\$5.588,34	R\$67.060,02
14	5380	Minas Gerais	Analista Cultural Regional	3	R\$12.768,36	R\$38.305,08	R\$459.660,92
15	5380		Analista Administrativo I	1	R\$9.422,51	R\$9.422,51	R\$113.070,15
16	5380		Assistente Cultural Regional	2	R\$8.713,06	R\$17.426,13	R\$209.113,56
17	5380		Motorista	1	R\$4.257,43	R\$4.257,43	R\$51.089,11
18	5380	Brasília	Analista Administrativo III	1	R\$11.925,58	R\$11.925,58	R\$143.107,00
Custo Total da Mão de Obra				182	R\$152.087,22	R\$1.772.777,62	R\$21.273.331,47
Custo de diárias e passagens por demanda							R\$ 120.000,000
Custo Total estimado da contratação							R\$ 21.393.331,47

## Informações relevantes para o dimensionamento da proposta

5.6. A demanda da Funarte tem como base as seguintes características:

5.6.1. Para a execução dos serviços, a Contratada deverá disponibilizar profissionais pertencentes a categoria de ocupação, consoante a Classificação Brasileira de Ocupações - CBO, conforme a tabela abaixo:

Localidade	CBO	Cargo/Posto	Qtde de Postos	Nº Estimado de Terceirizados	Salário
Rio de Janeiro	2521-05	Analista Administrativo III	35	35	R\$ 5.634,96
	2521-05	Analista Administrativo II	47	47	R\$ 5.634,96
	2521-05	Analista Administrativo I	19	19	R\$ 4.600,00
	4110-10	Assistente Administrativo I	49	49	R\$ 3.862,16
	4122-05	Auxiliar de Serviços Gerais	4	4	R\$ 1.516,00
	2516-05	Assistente Social	1	1	R\$ 3.158,96
	7823-10	Motorista	3	3	R\$ 1.449,48
	5134-25	Copeira	1	1	R\$ 1.516,00
	2531-15	Analista de Comunicação	8	8	R\$ 5.634,96
São Paulo	2521-05	Analista Cultural Regional	3	3	R\$ 6.350,06
	2521-05	Analista Administrativo I	1	1	R\$ 4.600,00
	4110-10	Assistente Cultural Regional	2	2	R\$ 4.228,92
	7823-10	Motorista	1	1	R\$ 2.482,91
Minas Gerais	2521-05	Analista Cultural Regional	3	3	R\$ 6.350,06
	2521-05	Analista Administrativo I	1	1	R\$ 4.600,00
	4110-10	Assistente Cultural Regional	2	2	R\$ 4.228,92
	7823-10	Motorista	1	1	R\$ 1.706,97
Brasília	2521-05	Analista Administrativo III	1	1	R\$ 5.634,96
Total de postos			182	-	-

Visando que à Comissão não pratique nenhum ato restritivo à concorrência, a licitação deve ser realizada por lotes, para ganhar celeridade e economia.

No caso em tela não apenas é evidente a possibilidade de divisão do objeto em lotes, quanto também é evidente que essa divisão em lotes seria mais vantajosa para a Administração Pública, e isso por várias razões, sendo a mais relevante a de efetivar o princípio da competitividade. A divisão em lotes permitiria a contratação do fornecedor que apresentasse o melhor preço em cada item, evitando o jogo de planilhas. E mais, haveria a possibilidade de participar da licitação mesmo de uma empresa que fornecesse um único insumo, situação que não ocorre quando todos os itens são agrupados em um único lote.

O Tribunal de Contas da União recomenda que a licitação seja procedida por itens/lotes sempre que econômica e tecnicamente viável, cabendo a Administração, justificadamente, demonstrar a vantagem da opção feita.

Sobre essa matéria, o TCU editou a seguinte súmula:

SÚMULA Nº 247: É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispendo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade. (grifo nosso)

Enfim, a licitação por itens ou lotes deve ser econômica e tecnicamente viável, ou seja, a divisão do objeto em vários itens/ lotes não pode culminar na elevação do custo da contratação de forma global, nem tampouco afetar a integridade do objeto pretendido ou comprometer a perfeita execução do mesmo. Isso porque em determinadas situações a divisão do objeto pode desnaturá-lo ou mesmo mostrar-se mais gravosa para a Administração, fatos esses que devem ser verificados e justificados pela autoridade competente.

Colaciona-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

“3. O fracionamento das compras, obras e serviços, nos termos do parágrafo 1 do art. 23 da Lei n. 8.666/93 somente pode ocorrer com demonstração técnica e econômica de que tal opção é viável, bem como que enseja melhor atingir o interesse público, manifestado pela ampliação da concorrência.” STJ. RMS 34.417/ES. Segunda Turma.

Ou seja, na licitação por itens, o objeto é dividido em partes específicas, cada qual representando um bem de forma autônoma, razão pela qual aumenta a competitividade do certame, pois possibilita a participação de vários fornecedores.

Na licitação por item, há a concentração de diferentes objetos num único procedimento licitatório, que podem representar, cada qual, certame distinto.

No tocante a licitação por lotes ou grupos, como se itens fossem, deve ser vista com cautela pelo agente público, porque pode afastar licitantes que não possam habilitar-se a fornecer a totalidade dos itens especificados nos lotes ou grupos, com prejuízo para a Administração.

Em princípio, essa divisão só se justifica quando o lote ou grupo for constituído de vários itens para um só local ou ambiente. Por exemplo: compra de moveis, em que todos os itens constantes do lote ou grupo, destinados a um determinado ambiente, devem ser adquiridos de uma só empresa, de forma a manter idêntico estilo, modelo, designe etc. TCU. Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Rev.; atual. E ampl. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações. 2010.p. 238-239.

Diante disso, tem-se que a regra é a realização da licitação por itens, exigindo-se justificativa adequada para a realização de certame por lotes, bem como a demonstração da vantagem dessa, posto que neste último a competitividade acaba, de certa forma, sendo diminuída, já que se impõe a um único licitante a cotação de preço global para todos os itens que compõem o lote.

As contratações da Administração devem pautar-se sempre pela vantajosidade.

Assim, nos termos da súmula do TCU, deve ocorrer a adjudicação por item, vez que, se trata de uma OBRIGAÇÃO, proporcionando a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, na exatidão do caso em tela.

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.

Nestes termos, Pede deferimento.

Aproveitamos a oportunidade para apresentar protestos de elevada estima e consideração.

**Resposta: 21/02/2024**

Rio de Janeiro, 21 de fevereiro de 2024.

Processo: 01530.001968/2022-31

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 002/2024

Objeto: Contratação de empresa especializada na prestação de serviço de apoio administrativo para o desempenho regular de atividades materiais, acessórias e complementares aos assuntos que constituem a área de competência legal desta Fundação Nacional de Artes - Funarte, a serem executados em regime de dedicação exclusiva de mão de obra, nas unidades do Rio de Janeiro/RJ, São Paulo/SP, Belo Horizonte/MG e Brasília/DF, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Edital e seus Anexos.

JULGAMENTO DA IMPUGNAÇÃO DO EDITAL

I - PRELIMINARMENTE:

Trata-se de Impugnação interposta pela empresa xxxxxxx, em 17 de fevereiro de 2024, encaminhada através do e-mail licitacao@funarte.gov.br, por licitante, doravante denominada "Impugnante". Importante registrar que a impugnação apresentada indicou possuir fundamento no art. 41, § 2º da Lei 8.666/1993, no entanto o preâmbulo do Edital informa claramente que a licitação terá como base a Lei nº 14.133/2021. Sendo assim, a Funarte cumprirá as normas e condições indicadas no Edital de acordo com a legislação indicada no preâmbulo do Edital.

II - ADMISSIBILIDADE:

A empresa xxxxxxx, empresa de porte ME, conforme consulta ao Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, inconformada com os termos do Edital do Pregão Eletrônico nº 02/2024, apresentou impugnação ao instrumento convocatório.

A Lei nº 14.133/2021 delimita as regras para esse instrumento em seu art. 164 onde dispõe que “Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame.”

Assim, o recebimento do pedido de impugnação é tempestivo. considerando a data de 26/02/2024 para a realização da sessão pública.

### III - RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO:

Insurge-se a Impugnante contra o item 4, subitem 4.7 do Edital e contra o Item 1, subitem 1.1 do Termo de Referência, Anexo I do Edital, a saber: 1) Simples Nacional, por ser uma empresa do ramo de prestação de serviços; 2) da divisão da licitação por lotes.

Vejamos:

Edital

#### 4. DO PREENCHIMENTO DA PROPOSTA

(...)

4.7. Na presente licitação, a microempresa e a empresa de pequeno porte não poderão se beneficiar do regime de tributação pelo Simples Nacional, visto que os serviços 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 LC nº 123/2006.

Termo de Referência

#### 1. DAS CONDIÇÕES GERAIS DA CONTRATAÇÃO

##### 1.1.

(...) Justificativa para o não parcelamento da solução: Após análise da Equipe de Planejamento da Contratação, conforme indicado no Item 10 do Estudo Técnico Preliminar, Apêndice do Anexo I do Edital, onde foram avaliadas as possibilidades e riscos do parcelamento da solução, tendo em vista o valor significativo da contratação, a competitividade, a economia processual, a facilidade de fiscalização, a economia de recursos financeiros e a otimização dos recursos, concluiu-se que a contratação dos serviços objeto deste certame, sem o parcelamento, é a opção que melhor atende à Funarte.

De acordo com o Tribunal de Contas da União, as microempresas ou empresas de pequeno porte que prestam a atividade de cessão de mão de obra, não podem se valer dos benefícios tributários inerentes ao Simples Nacional. Tal raciocínio deriva da vedação contida no inciso XII do artigo 17 da própria Lei Complementar nº 123/2006.

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;

Conforme explicou o Ministro Augusto Nardes, no Acórdão TCU nº 1914/2012 - Plenário, “As vedações descritas no art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006 não constituem óbice à participação em licitação pública de empresa optante pelo Simples Nacional, desde que comprovada a não-utilização dos benefícios tributários do regime diferenciado na proposta de preços e a exclusão do referido regime.”

No mesmo sentido, no Acórdão TCU nº 2.510/20212 - Plenário, relatado pelo Ministro Valmir Campelo, o TCU já prolatou entendimento de que “a prestação de serviços por microempresa ou empresa de pequeno porte que envolva cessão ou locação de mão de obra, entre os quais se incluem serviços contínuos ligados a atividade meio da contratante, impede a incidência de regime tributário inerente ao Simples Nacional.”

Analisando os argumentos da impugnação, temos que: a condição de optante pelo Simples Nacional não impede a empresa de participar da licitação cujo objeto envolva cessão de mão de obra, bem como da leitura da descrição das atividades constantes do Termo de Referência, não se impede de perceber que a contratada haverá de colocar empregados à disposição da Funarte de modo não eventual em vista da continuidade dos serviços e da necessidade permanente, pois precisam ocorrer diária e regularmente; os serviços serão sempre realizados nas dependências da Funarte e ainda os trabalhadores estarão à disposição da Funarte, a tomadora do serviço. Tudo isso se amolda com perfeição aos requisitos caracterizadores da cessão de mão-de-obra consignados no art.6º, inciso XVI, da Lei nº 14.133/2021.

Assim sendo, a contratação terceirizada de serviço de apoio administrativo para o desempenho regular de atividades materiais, acessórias e complementares configura cessão de mão-de-obra, atividade vedada aos optantes do Simples Nacional.

Quanto à divisão da licitação por lotes, resta esclarecer que, este Pregão conta com apenas um serviço, ou seja, um único lote. A motivação para o lote único encontra-se na observação do Item 1, subitem 1.1 do Termo de Referência, Anexo I do Edital, conforme se observará adiante, na manifestação da Área Técnica.

Quanto ao Simples Nacional corroborando a análise desta Pregoeira, manifestou-se a Área Requisitante/Técnica, com auxílio da Procuradoria Federal desta Fundação, trazendo os seguintes argumentos:

“A impugnante, xxxxxxxx, empresa especializada no ramo de prestação de serviços, optante do Simples e, portanto, não pode realizar cessão ou locação de mão-de-obra, afirma que 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.

E que, portanto, estar-se-ia restringindo a quantidade de licitantes de forma ilícita ao vedar a participação de optantes pelo Simples Nacional.

Não tem razão.

Por primeiro, é importante esclarecer que a participação de empresas optantes pelo Simples não foi vedada pelo edital, que dispõe:

4.7. Na presente licitação, a microempresa e a empresa de pequeno porte não poderão se beneficiar do regime de tributação pelo Simples Nacional, visto que os serviços 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 LC nº 123/2006.

O Tribunal de Contas da União, já em 2011, afirmava possível a participação de empresas optantes pelo Simples Nacional em licitações para contratação de serviços de cessão de mão de obra vedados pela Lei Complementar 123/2006, desde que comprovada a não utilização dos benefícios tributários do regime tributário diferenciado na proposta de preços e que, caso venha a ser contratada, faça a comunicação ao órgão fazendário competente, para fins de exclusão do regime diferenciado, e para que passe a recolher os tributos pelo regime comum (Acórdão n.º 797/2011-Plenário, TC-024.993/2010-7, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 30.03.2011).

Por outro lado, como já afirmou a consulente, é assente que, para a prestação de serviços ser enquadrada como cessão de mão de obra, é necessário que os trabalhadores sejam colocados à disposição da empresa contratante, ou seja, deve haver a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato, sendo desnecessária a transferência de qualquer poder de comando/coordenação/supervisão, parcial ou total, sobre a mão de obra cedida; os serviços prestados devem ser contínuos, entendidos como aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores; e a prestação de serviços deve acontecer nas dependências da contratante ou nas de terceiros.

Na Solução de Consulta 4.012/2022, mais uma vez, a Receita Federal interpreta o disposto no § 6º do art. 7º da Lei nº 12.546, de 2011, trazendo os requisitos fundamentais para que a prestação de serviço seja enquadrada no conceito de cessão de mão-de-obra, dentre os quais não há a transferência de comando dos trabalhadores, não havendo qualquer espaço para o acolhimento da tese apresentada pela impugnante.”

Quanto à Divisão da Licitação por Lotes, manifestou-se a Área Requisitante/Técnica, da seguinte forma:

“Da Divisão da Licitação por Lotes - a justificativa para o não parcelamento da solução encontra-se pormenorizada no item 10. dos Estudos Técnicos Preliminares, apêndice do Anexo I - Termo de Referência, do Edital:

"10.1. Após análise, a Equipe de Planejamento da contratação avaliou todas as possibilidades e riscos de parcelamento da solução, bem como a viabilidade do não parcelamento. Conclui-se que a contratação dos serviços sem o parcelamento do seu objeto é a opção que melhor atende aos interesses e necessidades da Administração pelos seguintes motivos:

10.1.1. Valor significativo: O parcelamento dos serviços resultaria em contratos de menor valor, o que poderia torná-los menos atrativos para as empresas do segmento. Ao realizar uma contratação sem parcelamento, é possível manter um valor expressivo que seja mais vantajoso para as empresas participantes, estimulando a competição no processo licitatório.

10.1.2. Maior competitividade: Ao consolidar o objeto em um único contrato de maior valor, é esperado que haja uma maior atratividade para as empresas do mercado. Isso resulta em uma maior competição entre os licitantes, o que pode favorecer a obtenção de propostas mais vantajosas para a Administração.

10.1.3. Economia processual: Optar por um único contrato evita a necessidade de gerir múltiplos contratos, proporcionando uma economia processual significativa. A centralização das atividades de contratação simplifica os procedimentos administrativos e reduz a burocracia, otimizando o uso dos recursos da Administração.

10.1.4. Facilidade de fiscalização: A concentração dos serviços em um único contrato facilita os procedimentos de fiscalização, uma vez que os controles e acompanhamentos serão exercidos sobre uma única empresa contratada. Isso simplifica a gestão e permite um melhor monitoramento dos resultados e cumprimento das obrigações contratuais.

10.1.5. Economia de recursos financeiros: Ao evitar o parcelamento, reduz-se a necessidade de múltiplas publicações, como resultados de julgamento da licitação, extratos de contratos e termos de aditamentos. Isso resulta em economia de recursos financeiros, que poderão ser direcionados para outras áreas ou investimentos prioritários.

10.1.6. Otimização de recursos humanos: A realização de um único procedimento de contratação concentra as atividades da equipe responsável pelo processamento da licitação, a assessoria jurídica e a equipe de fiscalização. Dessa forma, é possível otimizar a alocação de recursos humanos, evitando dispersão de esforços e garantindo uma gestão mais eficiente e eficaz.

10.2. Em suma, a não fragmentação da contratação do serviço de apoio administrativo em diferentes contratos apresenta diversos benefícios, sendo, portanto, a abordagem que melhor atende aos interesses da Administração, garantindo a eficiência e qualidade na contratação dos serviços.

Pelos argumentos acima narrados, fica claro que o não parcelamento no caso em tela demonstra ser a solução mais vantajosa para a Administração Pública.”

#### IV - CONCLUSÃO E JULGAMENTO:

Assim, diante do exposto, apoiada nas razões trazidas pela Área Requisitante/Técnica auxiliada pela Procuradoria Federal desta Fundação, conheço da impugnação, por tempestiva, para, no mérito, REJEITAR os argumentos expedidos pela Impugnante, ratificando-se a redação original do Edital de licitação e informando que será mantida a data de abertura do Pregão, na forma eletrônica, nº 02/2024, da Fundação Nacional de Artes - Funarte, qual seja 26/02/2024 às 11h.

Valquiria Pimentel da Cunha Correia  
Agente de Contratação / Pregoeira  
Fundação Nacional de Artes - FUNARTE