

Pregão/Concorrência Eletrônica

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO

Referência:

Pregão Eletrônico nº 7110/2022

Recorrente: IGUASSEG ASSEIO E CONSERVAÇÃO LTDA

Recorridas: EPIFANIO & MONTEIRO CIA LTDA

OBJETO: Contratação de empresa especializada para a prestação de serviços terceirizados de recepcionista para diversas Unidades do TRT/SC.

A empresa IGUASSEG ASSEIO E CONSERVAÇÃO LTDA., inscrita no CNPJ sob nº 09.411.290/0001-30, com sede a Av. João Paulo II, nº 1883, CEP: 85857-060, Jd. Panorama, Foz do Iguaçu – PR, por meio de seu representante legal e advogado, Helder de Oliveira, inscrito na OAB/PR sob o nº 110.224, endereço eletrônico: licitacoes@iguasseg.com.br, onde deverão ser encaminhadas todas as intimações, vem, perante Vossa Senhoria, nos termos do art. 4º, XVIII, da lei 10.520/02 apresentar:

RAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO

Em face da decisão que aceitou as propostas e declarou como vencedora do certame a empresa EPIFANIO & MONTEIRO CIA LTDA, pelos fatos e fundamentos a seguir aduzidos.

I - DA TEMPESTIVIDADE

Sem quaisquer delongas, eis que a fundamentação legal referente a este ponto é amplamente conhecida, o prazo para apresentação das razões recursais é de três dias, a contar do dia imediatamente posterior ao deferimento da intenção do recurso no sistema, o qual ocorreu em 04/10/2022.

Considerando que o prazo para apresentação das razões recursais é de 3 dias, a contar da data do deferimento da intenção de recurso, o último dia para apresentação das razões recursais será o dia 07/10/2022.

Considerando que as razões estão sendo apresentadas na presente data, ao final registrada, é tempestiva, portanto, a apresentação da presente peça.

II – DOS FATOS

O presente certame, já anteriormente identificado em epígrafe, tinha data para abertura das propostas e início da sessão de disputa marcada para 27/09/2022, o qual assim ocorreu, havendo a abertura das propostas para análise e classificação no mesmo dia.

Após a fase da disputa, o pregoeiro procedeu com a convocação da empresa melhor classificada para apresentação de proposta ajustada, sendo esta a empresa EPIFANIO & MONTEIRO CIA LTDA, a ser tratada adiante tão somente como “recorrida”, a qual apresentou suas planilhas ajustadas. O Pregoeiro aceitou a proposta da forma que foi apresentada, sendo esta aceita e declarada a recorrida como vencedora do certame.

Desta forma, irrisignada com a decisão do douto Pregoeiro, não teve esta recorrente outra escolha senão manifestar intenção de recurso antes do encerramento da sessão pública, ocorrida em 04/10/2022.

Conforme adiante se demonstrará, a recorrida não cumpriu com postulados básicos do regime tributário a que pertence (ou irá pertencer), bem como preencheu sua planilha de custos com diversos erros, fazendo com que ganhasse indevidamente bastante vantagem na disputa do certame.

É a síntese do necessário.

Assim, apresenta-se as Razões Recursais pelos fundamentos que passa a expor.

II – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A) ENQUADRAMENTO DA RECORRIDA NO SIMPLES NACIONAL – ATIVIDADES VEDADAS PELA LC 123/06 – DEIXAR EXPRESSO A CIÊNCIA DO DESENQUADRAMENTO DO SIMPLES NACIONAL

Nos termos do artigo 16 da Lei Complementar 123/06, o enquadramento no regime de tributação do Simples Nacional é UMA OPÇÃO dada as empresas que cumpram determinados requisitos dispostos no mesmo diploma legal.

É também sabido que a mesma lei, em seu artigo 17, traz diversas vedações para empresas optantes do simples nacional, destacando-se, entre elas, a vedação de opção por este regime para empresas que realizem CESSÃO ou locação de mão-de-obra, nos termos do inciso XII do citado artigo. Vejamos:

Art. 17. NÃO PODERÃO recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte:

XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra;

A definição de cessão de mão de obra, quem traz muito bem é a lei 8.212/91, que assim estabelece em seu artigo 31, § 3º:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5o do art. 33 desta Lei.

§ 3o Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

O objeto do presente certame é:

Contratação de empresa especializada para a prestação de serviços terceirizados de recepcionista para diversas Unidades do TRT/SC.

Evidentemente, os empregados da empresa detentora do eventual contrato serão colocados à disposição da administração para trabalharem em suas dependências. Os serviços também serão contínuos. Não há dúvida, portanto, que o presente certame trata de contratação de empresas para prestação de serviços MEDIANTE CESSÃO DE MÃO DE OBRA.

Inobstante a citada vedação (prestação de serviços mediante cessão de mão de obra), sabe-se que a Lei Complementar 123/06 traz exceções de serviços que podem ser prestados mediante cessão de mão de obra, sem a necessidade de que a empresa optante pelo regime de tributação do SIMPLES NACIONAL realize o desenquadramento. É o que define o artigo 18, § 5º-H da referida lei:

Art. 18 [...]

§ 5o-H. A vedação de que trata o inciso XII do caput do art. 17 desta Lei Complementar NÃO SE APLICA às atividades referidas no § 5o-C deste artigo.

Conforme bem delineado pelo dispositivo acima, não se aplica a vedação de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra SOMENTE as atividades elencadas no § 5º-C do artigo 18, quais sejam:

§ 5º-C Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as atividades de prestação de serviços seguintes serão tributadas na forma do Anexo IV desta Lei Complementar, hipótese em que não estará incluída no Simples Nacional a contribuição prevista no inciso VI do caput do art. 13 desta Lei Complementar, devendo ela ser recolhida segundo a legislação prevista para os demais contribuintes ou responsáveis:

I - construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada, execução de projetos e serviços de paisagismo, bem como decoração de interiores;

VI - serviço de vigilância, limpeza ou conservação.

VII - serviços advocatícios.

Sendo assim, de acordo com o art. 18, § 5º-H, da Lei Complementar nº 123, de 2006, apenas os serviços tributados pelo Anexo IV (conforme acima colacionados - construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada, execução de projetos e serviços de paisagismo, decoração de interiores, vigilância, limpeza, conservação e serviços advocatícios) podem ser prestados por meio de cessão ou locação de mão-de-obra, sem prejuízo para a opção pelo Simples Nacional.

Cabe ressaltar que o rol trazido pela legislação é taxativo, isto é, uma lista DEFINITIVA e LIMITADA, estabelecida pelo legislador, delineando quais os limites do regime, sem que possa haver qualquer interpretação extensiva.

Assim, tudo o que está fora da lista, conforme dispõe a lei com uma CLAREZA SOLAR, é vedado aos optantes do SIMPLES NACIONAL, especialmente a cessão de mão de obra em geral.

Tais cuidados que a legislação toma em permitir a opção deste regime de tributação para apenas determinados seguimentos, é devido a reduzida carga tributária que empresas optantes por este regime têm de arcar. Não precisam pagar os tributos do sistema S (S: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai); Serviço Social do Comércio (Sesc); Serviço Social da Indústria (Sesi); e Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (Senac), sendo que para fins de participação em processos licitatórios, as empresas zeram estes encargos do submódulo 2.2 (desde que o objeto seja de acordo com este regime, evidentemente) e também as alíquotas de PIS, COFINS e ISS, são recolhidas de acordo com o seu faturamento. Isso por si só traz muita vantagem na composição de custos destas empresas.

Contudo, ressalta-se que não há vedação de participação para empresas optantes do SIMPLES NACIONAL em licitações e não é, nem de longe, o que aqui está se apontando ou defendendo.

O que em verdade deve ser observado, é que empresas optantes por este regime, por estarem impedidas de prestarem serviços vedados em determinada licitação que participem, DEVEM, por uma questão de observância ao princípio da isonomia, considerarem um dos regimes de tributação que irão escolher após OBRIGATORIAMENTE terem de desenquadrar, caso venham a vencer o certame com atividades incompatíveis com o regime (que é o presente caso), pois como acima se demonstrou, é incompatível a prestação de serviços de atividades, mediante cessão de mão de obra, que sejam vedados pela lei, o que inclusive reconhece-se que fez a recorrida, considerando o regime de tributação do LUCRO PRESUMIDO (alíquotas de PIS e COFINS somadas em 3,65%, conforme planilhas ajustadas apresentadas).

Neste sentido, fica evidenciado que eventual licitante optante do Simples que venha a se sagrar vencedora de uma licitação cujo objeto é uma das atividades vedadas pela Lei Complementar nº 123/2006, deverá se desvincular desse regime diferenciado de tributação.

A rigor, este é um requisito essencial para a celebração do contrato e surtirá efeitos a partir do mês seguinte a tal ato (art. 30 inc. II c/c art. 31 inc. II da LC 123/06).

Pois bem, estabelecidas tais premissas, tem-se que a recorrida claramente é optante do Simples Nacional atualmente, o que pode ser verificado em simples consulta pelo nº CNPJ da recorrida em: <https://consopt.www8.receita.fazenda.gov.br/consultaoptantes/Home/ConsultarCnpj?vc=04753848000142>

Desta feita, que fique claro e expresso o fato de que a recorrida (podendo o pregoeiro solicitar diligências neste sentido, como uma declaração de ciência desta) após firmar o contrato com a administração, se for o caso, NÃO PODERÁ se beneficiar do regime de tributação do 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 Lei Complementar nº 123/2006. Justifica-se a vedação devido ao fato de os serviços não estarem compreendidos nos termos do art. 18, § 5º-C, inciso VI, c/c § 5º-H, da Lei Complementar 123/2006, e tampouco nas outras hipóteses em que essa Lei permite a aplicação do regime do SIMPLES, nos termos do §1º do art. 17 da Lei Complementar 123/2006.

B) DO QUANTITATIVO DE UNIFORMES COTADOS DIVERGENTE AO ESTABELECIDO NO ANEXO I - DETALHAMENTO DOS SERVIÇOS

Estabelece o Edital, no que pese a desclassificação das propostas:

7.2- O Pregoeiro verificará as propostas apresentadas, desclassificando desde logo aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos neste Edital e/ou contenham vícios insanáveis e ilegalidades.

Em simples verificação do Anexo I, item 2 – requisitos da contratação (pág. 18), percebe-se que a administração estabeleceu previamente o quantitativo de uniformes a serem fornecidos pela eventual contratada, sendo o quantitativo basicamente o seguinte:

- 6 calças;
- 6 camisas
- 2 blazers
- 2 prendedores de cabelo
- 6 meias
- 3 calçados de couro, tipo preto

Ocorre que a última planilha ajustada apresentada pela recorrida, os quantitativos considerados para fins de cálculo dos uniformes está diferente da quantidade solicitada pela administração, tendo cotado os itens no seguinte quantitativo:

- 4 calças;
- 5 camisas
- 2 blazers
- 2 prendedores de cabelo
- 5 meias
- 2 calçados de couro, tipo preto

Fato é que se realizar a alteração tão somente do quantitativo dos itens, sem nem sequer mexer nos valores unitários considerados pela recorrida, haverá majoração do valor provisionado para uniformes, aumentando os custos unitários dos postos e tornando a proposta da recorrida inexecutável, considerando que essa majoração seria

de R\$ 13,60 mensais por posto, representado, ao todo, 244,88 para os 18 postos, que anualmente representa o valor de R\$ 2.938,50.

Certamente, para que a correção seja possível, teria a recorrida que diminuir ainda mais o seu lucro e despesa administrativa, sendo que tal hipótese seria impossível face ao regime que irá se submeter quando desenquadrar do simples nacional (lucro presumido), considerando que mesmo agora, sem considerar esta correção, a proposta já se encontra inexecutável, conforme adiante se demonstrará.

Deverá, portanto, o pregoeiro, se atentar ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, considerando que as proponentes e o condutor do certame devem respeitar integralmente as regras dispostas no Edital e seus anexos, bem como, principalmente ao princípio da isonomia, considerando que se cada proponente pudesse definir ao bel prazer o quantitativo necessário de uniformes necessários para a prestação de serviços, não haveria sentido em a administração estabelecer estes quantitativos previamente. Desta forma, aceitar de forma diferente, como fez a recorrida, leva a um tratamento desigual entre as proponentes, tendo neste caso a recorrida se beneficiado com a omissão do duto pregoeiro quanto a este erro.

C) LUCRO PRESUMIDO – DESPESA ADM E LUCRO INSUFICIENTE PARA COBERTURA DE CSLL E IRPJ

Pode se dizer tranquilamente que o principal objetivo de uma empresa é produzir com poucos custos obtendo o maior lucro possível, ou seja, o principal objetivo das empresas e das sociedades empresárias em geral é obter lucros.

No caso da recorrida, parece não ser este o seu objetivo precípuo, posto que a previsão de custos indiretos e lucro é irrisória, tendo aportado a este título os percentuais de 2,30% e 2,24%, respectivamente.

O mais incauto pensaria que a recorrida trabalhará de graça para a administração pública, sendo que, em verdade, a situação é bem pior, pois conforme adiante se demonstrará a recorrida terá prejuízos.

O fato de este módulo como um todo encontrar-se com tais percentuais é temerário, na medida em que a administração poderá suportar a longo prazo uma quebra contratual, devido a incapacidade de a Recorrida continuar mantendo o contrato com NENHUM retorno, aliás, um contrato que gastará mais do que ganhará para manter.

Some-se a isso o fato de ter preenchido as células de uniforme de forma irregular, conforme já apontado alhures o que por si só é um indicativo de que já terá dificuldades para prestar os serviços de forma satisfatória a administração ao longo da execução contratual.

Veja que especificamente sobre o Lucro e Despesas Indiretas de empresas tributadas pelo Lucro Presumido (a Recorrida claramente adotará tal regime de tributação, conforme percentuais adotados em suas planilhas), o Tribunal de Contas da União (Acórdão 1214/2013-Plenário/TCU) tem importantíssimo entendimento, no que pese a cotação mínima desses percentuais, a fim de que as proponentes não avancem sobre outras verbas de natureza trabalhista, para conseguir manter o contrato, o que, inclusive tem sido praxe. Vejamos trecho da decisão:

“217. No tocante ao LDI, cumpre mencionar que as despesas com tributos federais incorridas pelas empresas optantes pelo lucro presumido correspondem ao percentual de 11,33%, sendo 4,8% de IR, 2,88% de CSLL, 3% de COFINS e 0,65% de PIS.

218. É certo que o Tribunal de Contas da União já fixou orientação no sentido de que o IR e a CSLL não devem constar das planilhas de obra. Contudo, sendo despesas obrigatórias, incidentes inclusive sobre o total da receita, retidas antecipadamente pelo tomador do serviço, NÃO HÁ COMO SE DEIXAR DE CONSIDERAR ESSES TRIBUTOS COMO DESPESAS EFETIVAS INCORRIDAS PELOS CONTRATADOS PRESTADORES DE SERVIÇOS CONTINUADOS E QUE IMPACTAM SIGNIFICATIVAMENTE O VALOR DO CONTRATO.

219. A exemplo das empresas optantes pelo lucro presumido, a administração deve avaliar a exequibilidade da proposta, no que se refere ao LDI, à luz dos regimes fiscais advindos da contratação. ANTECIPE-SE, CONTUDO, QUE NÃO DEVEM SER ACEITAS, SEM AS DEVIDAS JUSTIFICATIVAS, PROPOSTAS QUE NÃO CONTEMPLAM O PAGAMENTO DE TODOS OS TRIBUTOS. Do mesmo modo, lucro, como se sabe, pode ser maximizado com uma boa gestão de mão de obra, mas não se deve abrir mão de um mínimo aceitável, pois NÃO É CRÍVEL QUE PRESTADORES DE SERVIÇOS ESTEJAM DISPOSTOS A TRABALHAREM DE GRAÇA PARA O ERÁRIO. NÃO FIXAR LUCRO MÍNIMO É UM INCENTIVO PARA QUE AS EMPRESAS AVANCEM SOBRE OUTRAS VERBAS, COMO DIREITOS TRABALHISTAS, TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES COMPULSÓRIAS, COMO TEM SIDO PRAXE.

220. TAMBÉM AS DESPESAS ADMINISTRATIVAS, DEVEM SER OBJETO DE ANÁLISE PELA ADMINISTRAÇÃO, POIS NÃO É RAZOÁVEL QUE A EMPRESA NÃO POSSUA ESSE GASTO. No entanto, é aceitável que existam justificativas para reduzi-lo ou eliminá-lo [...]”

Tal decisão oriunda do respeitável órgão de controle externo, respalda-se no fato de que o regime de tributação pelo lucro presumido, como o próprio nome já diz, está baseada na presunção do lucro – que varia de acordo com as atividades desenvolvidas pela empresa e o seu faturamento nos períodos anteriores. Assim, o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e a Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL) para pessoa jurídica não variará tal qual acontece na hipótese de a empresa ser tributada pelo Lucro Real.

Em síntese e a grosso modo, para pagamento de IRPJ e CSLL, deve se considerar que a tributação pelo Lucro Presumido na atividade de serviço é o faturamento bruto do contrato presumido deste o lucro em 32,00% e aplicando sobre o resultado a alíquota de 9% de CSLL e 15% IRPJ.

Por isso que para empresas tributadas desta forma, deve se diligenciar melhor se os percentuais de lucro e custos indiretos que pretende a empresa perceber estarão aptos a cobrir as alíquotas fixas (presumidas) desses impostos (IRPJ e CSLL), muito embora eles não possam constar em separado na planilha. Logo de cara é possível perceber que no caso da recorrida isto não será possível, considerando que se considerar estes dois impostos somados, se

chegará a um percentual de 7,68% do faturamento que precisará ser recolhido (4,8% de IR, 2,88% de CSLL).

Ressaltamos que com isso não estamos dizendo que tais valores devem ser calculados em apartado na planilha, posto que não ignoramos que a inclusão deste item é expressa e AMPLAMENTE VEDADO pelos órgãos de controle externo.

O que queremos tão somente chamar a atenção é que a título de Custos indiretos, e Lucro, matematicamente a recorrida receberá valores insuficientes para cobertura destes impostos.

Caso a estratégia comercial seja trabalhar com valores tão irrisórios para ter vantagem nos certames licitatórios, deveria adotar o regime de tributação pelo LUCRO REAL, assim, poderá aportar em sua planilha em seu lucro, caso queira, VALORES ZERADOS, se assim lhe aprouver pois o IRPJ e CSLL neste caso, não incidirão sobre uma presunção legal de lucro, tal qual ocorre no regime Lucro Presumido, mas sim sobre o que a empresa realmente vier a ter de lucro. Se não ganhar nada, não terá que pagar nada.

Por fim, não ignoramos de forma alguma o fato de que cabe a administração buscar a melhor proposta nos procedimentos licitatórios, afinal, é para isso que um processo tão formal como este se destina, mas a melhor proposta tem também de se demonstrar minimamente exequível a longo prazo. E isso necessariamente deve ser auferido de acordo com o regime de tributação a que cada empresa se submete. Não é justo que seja dado a recorrida o mesmo tratamento que se daria a uma empresa tributada pelo lucro real, no que pese a este módulo.

Pedimos, mais uma vez, a observância do Acórdão 1214/2013-Plenário/TCU, já aqui citado. No mais, mesmo que o TRT se submeta a outro órgão de controle externo, suplicamos pela observância da sumula 222, também do TCU, devendo suas decisões serem respeitadas e acatadas.

Por fim, consideramos que quanto a este módulo dificilmente caberia alguma justificativa, pois a recorrida deveria ter sua proposta recusada de plano, já que não terá como tirar de outros itens qualquer valor e percentual para readequar sua planilha e ainda assim manter o valor do seu último lance durante a disputa.

VI – DOS PEDIDOS

Tendo em vista todo o acima exposto, requer, por medida de inteira JUSTIÇA desclassificada a empresa EPIFANIO & MONTEIRO CIA LTDA, dado os vícios insanáveis apontados em sua planilha de composição de custos, em nome da vinculação ao instrumento convocatório, princípio da Isonomia e com base no acórdão 1.214/13 do TCU, que trata da cautela na exequibilidade das propostas das proponentes tributadas pelo lucro presumido.

Termos em que,
Espera deferimento.

Foz do Iguaçu, em 7 de outubro de 2022.

IGUASSEG ASSEIO E CONSERVAÇÃO LTDA
CNPJ 09.411.290/0001-30

Helter de Oliveira
Advogado
OAB/PR 110.224

Fechar