ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO – SESC/SC.

PREGÃO ELETRÔNICO SESC/SC Nº 98/2022–PG

SIM COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA., já qualificada nos autos do processo licitatório, alusivo ao Pregão Eletrônico nº 98/2022 - PG, promovido pelo SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO – SESC/SC vem, tempestivamente, por meio de seu representante legal infrafirmado, com fulcro item 10.1 do edital, apresentar **FATO SUPERVENIENTE** contra a decisão que declarou a empresa **COMPACTO AGENCIAMENTO DE MÃO DE OBRA EIRELI,** vencedora do certame, conforme as razões que passa a aduzir.

I – SÍNTESE FÁTICA

O SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO – SESC/SC realizou licitação na modalidade pregão eletrônico, cujo objeto é a "CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PORTARIA PARA O SESC DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ/SC".

Após a etapa competitiva do certame, foi declarada vencedora a empresa Compacto Agenciamento de Mão de Obra Eireli, com a proposta final no valor de R$ 36.840,00 (trinta e seis mil, oitocentos e quarenta reais).

Contudo, data vênia a análise realizada por essa ilustre Comissão de Licitação, há vícios que maculam a proposta da Recorrida, acarretando a imperiosa necessidade de sua desclassificação, em apreço à segurança da futura prestação dos serviços.

Por essa razão, apresenta-se o presente Fato Superveniente, pugnando pelo seu conhecimento e provimento, a fim de que seja reformada a decisão que declarou a empresa Compacto Agenciamento de Mão de Obra Eireli vencedora do Pregão Eletrônico nº 98/2022 - PG.

II– RAZÕES RECURSAIS

II.I - Da proposta irregular - vedação ao enquadramento no Simples Nacional

De acordo com a análise da planilha de composição de custos da Recorrida, a Recorrente verificou uma grave irregularidade na proposta declarada vencedora, decorrente do ilegal usufruto dos benefícios tributários conferidos à empresas optantes pelo Simples Nacional.

De acordo com o objeto do certame, serão prestados os serviços de portaria, por meio da cessão de mão-de-obra pela empresa futura contratada.

A cessão de mão de obra está conceituada no § 3º do art. 31 da Lei nª 8.212, de 1991 e é esta a definição que, segundo a Receita Federal do Brasil, deverá ser utilizada na interpretação da legislação do SIMPLES NACIONAL:

> Art. 31. (...)
> § 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. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

A Instrução Normativa da RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009, reproduziu o conceito legal e definiu o que vem a ser “dependências de terceiros”, “serviços contínuos” e “colocação de trabalhadores à disposição da empresa contratante”.

> Art. 115. Cessão de mão de obra é a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade-fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.
> § 1º Dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços.
> § 2º Serviços contínuos são 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.
> § 3º Por colocação à disposição da empresa contratante, entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato.

Nesse sentido, de acordo com o art. 15 inciso XXI, da Resolução CGNS nª 140/2018, a empresa que realize cessão ou locação de mão de obra não poderá recolher os tributos pelo SIMPLES NACIONAL.

> Art. 15. Não poderá recolher os tributos pelo Simples Nacional a pessoa jurídica ou entidade equiparada: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, caput)
> (...) XXI - que realize cessão ou locação de mão de obra; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, inciso XII)

De acordo com a norma supra, a empresa cujos serviços sejam prestados por seus empregados na empresa do contratante, é caracterizada como como cessão de mão de obra.

A seu turno, a Lei Complementar 123/2006 preconiza, em seu Art. 17, as situações nas quais não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do SIMPLES NACIONAL a microempresa ou a empresa de pequeno porte que nelas se enquadrem.

> Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:(...)
> XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra; (...)
> § 1º As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades referidas nos §§ 5º -B a 5º -E do art. 18 desta Lei Complementar, ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo.

Se infere de modo inconteste que, caso a prestação dos serviços se enquadre como locação ou de cessão de mão de obra, é e expressa a vedação de recolhimento dos tributos na forma do SIMPLES NACIONAL, consoante disposto do inciso XII do art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006.

E não há que se falar que os serviços de portaria se enquadram nas exceções à vedação, porquanto assim dispõe o no art. 18, § 5º-H, da Lei Complementar nº 123/2006, mencionado:

> Art. 18. (...)
> § 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.(Incluído Lei Complementar nº 147, de 2014).
> (...) § 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.

Como se percebe da redação do diploma legal supracitado, somente a prestação desserviços de LIMPEZA E CONSERVAÇÃO se enquadraria na hipótese excecionada no §5-C do art. 18 da LC 123/2006, o que não se assemelha ao objeto do presente certame, qual seja, a prestação de serviços de portaria.

Diante de todo o exposto, é inequívoca a ilegalidade da tributação pelo Simples Nacional utilizada pela Recorrida, devendo ser desclassificada a proposta em face da manifesta irregularidade, devendo ser confirmada tal hipótese por meio da diligência da Administração à planilha de composição de custos da empresa.

O simples aceite da proposta Recorrida, sem qualquer comprovação do efetivo cumprimento tributário, caracterizará não somente uma omissão por parte da Administração, mas também flagrante violação ao princípio da legalidade, conforme a lição de Hely Lopes Meirelles:

> "a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso".

O princípio da legalidade é expresso na Constituição Federal em seu art. 37, *caput*, que dispõe que *''a Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência''*. Encontra-se fundamentado ainda no art. 5º, II, da mesma carta, prescrevendo que: *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei".*

Destarte, restando ilegal a tributação declarada pela Recorrida em sua planilha de composição de custos, inexequível a proposta apresentada, ante a insuficiência de valores para a devida cobertura de suas obrigações fiscais.

Admitir propostas de valores inexequíveis significa dar margem à prática reprovável, reduzindo qualidade da prestação dos serviços, no inadimplemento de tributos e na formulação de pleitos perante à Administração, conforme entende o Tribunal de Contas da União:

> [...] Com efeito, ao admitir uma proposta com tais imperfeições, a administração pública pode ficar sujeita a uma posterior oposição de dificuldades para a execução contratual de parte da empresa. Não seria surpresa se, frustrada a alíquota incerta, que possibilitou cotações mais baixas e a adjudicação do objeto, a contratada viesse alegar a necessidade de equilíbrio econômico-financeiro, com base, por exemplo, no §5º do art. 65 da Lei nº 8.666/93: [...]. Chancelar uma promessa como se fosse uma prescrição de lei, com a boa intenção de contratar por menos, pode acabar trazendo consequências danosas para os cofres públicos. Além disso, transgride o princípio da legalidade desprezando, no caso, a realidade tributária. (Acórdão nº 395/2005, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar).

Entende o Professor Joel de Menezes Niebhur que a admissão de propostas inexequíveis pode ser desastrosa para a Administração e ao invés de trazer vantagens, impõe a ela prejuízos como obras mal estruturadas, objetos imprestáveis, reparações, manutenções, além de novos, demorados e onerosos processos licitatórios (NIEBUHR, 2005, p. 195).

Do mesmo modo, assevera Marçal Justen Filho:

> [...] Usualmente, a contratação avençada por valor insuficiente acarretará a elevação dos custos administrativos de gerenciamento do contrato. Caberá manter grande vigilância quanto à qualidade e perfeição do objeto executado e litígios contínuos com o particular, sempre interessado em obter uma solução que propicie a reestruturação da contratação. Logo, as vantagens obtidas pela Administração poderão ser meramente aparentes. No final, a Administração obterá ou um objeto de qualidade inferior ou se deparará com problemas muito sérios no tocante à execução do contrato. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 654-655).

Constata-se, portanto, que a adjudicação do objeto à empresa Recorrida, que apresentou proposta inexequível, gerará graves prejuízos à Administração, e o que parece economicamente vantajoso poderá se tornar um grave problema.

Nesse sentido, Joel de Menezes Niebuhr esclarece que:

> O que importa à Administração Pública é que a licitação e o contrato lhe propiciem resultado concreto. Para tanto, é imprescindível avaliar se as propostas lançadas pelos licitantes possuem condições concretas de serem executadas (que são exequíveis). Não basta selecionar a proposta com o melhor preço ou com a melhor qualidade: é imperioso verificar-se se ela pode ser mantida, ou seja, se o licitante tem meios para adimplir a obrigação a ser assumida (NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão presencial e eletrônico. 4. ed. Curitiba: Zênite, 2006. p. 212.).

Ante o exposto, uma vez evidente a irregularidade da proposta da Recorrida, que não cotou devidamente os impostos incidentes, infringindo à lei e aos princípios da legalidade e vinculação ao instrumento convocatório, requer-se a reforma da decisão que declarou a empresa COMPACTO AGENCIAMENTO DE MÃO DE OBRA EIRELI, vencedora do certame.

II.II - Da inexequibilidade da proposta

Não bastasse a flagrante irregularidade acima demonstrada, há outro vício no processo de licitação que deve ser considerado no que se refere a proposta apresentada pela empresa Recorrida, que deixou de cotar rubricas obrigatórias, alusivas aos serviços que serão executados.

O primeiro vicio é relativo à ausência de previsão do premio de assiduidade, consignado na Clausula Sexta da CCT da categoria laboral, senão vejamos:

> CLÁUSULA SEXTA - PRÊMIO ASSIDUIDADE
> Fica instituído a todos os trabalhadores integrantes da categoria profissional o adicional de assiduidade correspondente a 7% (sete por cento) incidente sobre o total da remuneração, em caráter indenizatório.

> Parágrafo primeiro: O adicional de assiduidade somente será concedido ao empregado que, no curso do mês, não tenha faltado ao trabalho, inclusive faltas justificadas ou abonadas.

Da redação da norma supracitada, se infere a obrigatoriedade de pagamento do aludido premio, a não ser que o colaborador falte ao trabalho, o que certamente não há como ser previsto de forma categórica pela Recorrida em sua proposta, a ponto de afastar a incidência da aludida rubrica.

Outra omissão na proposta apresentada diz respeito à Contribuição Assistencial Patronal, prevista na Clausula Quadragésima Sexta da CCT, *in verbis*:

> CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA SEXTA - CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL PATRONAL
> Considerando o previsto no art. 611-A da CLT de que prevalecerão sobre a lei todos os pontos objetos de Acordo ou Convenção Coletiva, ressaltadas as vedações previstas no art. 611-B;
> Considerando que o art. 611-B não veda a estipulação de contribuição decorrente de Convenção Coletiva para toda a categoria econômica, diante disso prevalece o negociado sobre o legislado;
> Fica estabelecido que as empresas abrangidas pelo presente instrumento contribuirão para o sindicato patronal com a importância equivalente a 1% (um por cento) incidente sobre o salário normativo e adicional de insalubridade de todos os empregados devido, mensalmente, durante a vigência do presente instrumento, com prazo de pagamento até o dia 20 de cada mês, observado o salário do mês imediatamente anterior.

Novamente não se verifica na redação da norma coletiva qualquer permissivo que exonere a Recorrida do efetivo pagamento e que, portanto, deveria ter sido integrado ao valor da proposta apresentada.

Outrossim, a alíquota do ISS cotada pela Recorrida é inferior à vigente no município de Balneário Camboriú, que consigna na Lei nº 2326/2004 a alíquota de 2,5% para os serviços ora licitados, a despeito do valor de 2% cotado pela Recorrida.

Por fim, mas não menos importante, a proposta é omissa em relação à cotação dos materiais necessários à execução dos serviços, como, por exemplo, o livro de ocorrências.

Cristalino aos olhos tais discrepâncias, é evidente que a empresa não abarca todos os custos inerentes a sua futura contração, pois todos os vícios e omissões supracitadas absorvem a margem de lucro cotada, não havendo razões plausíveis para licitante participar do certame, a não ser que haja interesses obscuros na contratação.

E mesmo considerando que a Recorrida se sentiu generosa e resolveu trabalhar sem lucrar, deve-se considerar que o valor do lucro pode muitas vezes cobrir inúmeras irregularidades e inexequibilidades inerentes à Contratação.

O respeitado Prof. Jesse Torres assim assevera sobre o preço inexequível, ou inviável, como prefere denominar:

> Preço inviável é aquele que sequer cobre o custo do produto, da obre ou do serviço. Inaceitável que empresa privada **(que almeja sempre o lucro)** possa cotar preço abaixo do custo, o que a levaria a arcar com prejuízo se saísse vencedora do certame, adjudicando-lhe o respectivo objeto. Tal fato, por incongruente com a razão de existir de todo empreendimento comercial ou industrial (o lucro), conduz, necessariamente, à presunção de que a empresa que assim age está a abusar do poder econômico, com o fim de ganhar mercado ilegitimamente, inclusive asfixiando competidores de menor porte. São hipóteses previstas na Lei n° 4.137, de 10.09.62, que regula a repressão ao abuso do poder econômico. (PEREIRA JÚNIOR, 2007, p. 557-558) (grifo nosso)

Para Hely Lopes Meireles, evidencia-se a inexequibilidade de preços nas seguintes situações:

> [...] A inexequibilidade se evidencia nos preços zero, simbólicos ou excessivamente baixos, nos prazos impraticáveis de entrega e nas condições irrealizáveis de execução diante da realidade do mercado, da situação efetiva do proponente e de outros fatores, preexistentes ou supervenientes, verificados pela Administração. (MEIRELES, 2010, p. 202).

A necessidade de a Administração afastar a proposta que for comprovadamente inexequível foi bem defendida pelo preclaro Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Roque Citadini:

> Por outro lado, da mesma forma que o Poder Público deve afastar as propostas que apresentarem preços claramente excessivos, deverá também fazê-lo, quando os preços forem exageradamente baixos, incompatíveis com a regular execução contratual. Quando os preços se mostrarem inferiores aos que possua a Administração, o proponente deverá demonstrar que sua proposta é exequível. Para tanto, deverá socorrer-se, assim como o Poder Público, de comparações com os preços vigentes no mercado ou praticados por outros órgãos públicos, da mesma ou de outra esfera administrativa. Na documentação que juntar para comprovar a viabilidade de sua proposta, além de comparações citadas deverá demonstrar que os seus custos de insumos são compatíveis com os praticados pelo mercado, ou por outros órgãos públicos. Os critérios de comprovação de exequibilidade deverão estar previstos no próprio ato convocatório; no entanto, não se pode exigir além do estabelecido em lei, no que diz respeito a comparação de preço e de produtividade. (CITADINI, 1977, p. 277)

Constata-se, portanto, que a adjudicação do objeto à empresa Recorrida, que apresentou proposta inexequível, gerará graves prejuízos à Administração, e o que parece economicamente vantajoso poderá se tornar um grave problema.

Depreende-se, a luz da melhor doutrina, que não basta que a empresa apresente a proposta com menor preço, sendo imprescindível que a proponente reúna todas as condições para execução do objeto licitado.

Desse modo, é manifesta a irregularidade da decisão que declarou vencedora a Recorrida no Pregão nº 098/2022, uma vez que foi aceita proposta manifestamente inexequível, conforme exaustivamente comprovado alhures, devendo ser reformada a decisão e consequentemente declarada desclassificada a Recorrida no aludido certame.

II.III- Da irregularidade do atestado de capacidade técnica

As Resoluções de Licitações e Contratos do SESC determinam, em relação ao atestado de capacidade técnica, o seguinte:

> Art. 12 (…)
> II - qualificação técnica:
> a) registro ou inscrição na entidade profissional competente;
> b) documentos comprobatórios de aptidão para desempenho de atividade **pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação; (grifo nosso)**

De acordo com a norma que regulamenta as licitações realizadas pelo SESC, para comprovação da qualificação técnica, a empresa licitante deve comprovar experiencia anterior em características, quantidades e prazos com o objeto do certame.

Todavia, ainda que o presente pregão busque a contratação dos serviços de portaria pelo período e 12 meses, a Recorrida comprovou a experiência anterior de apenas 1 mês na execução dos serviços.

Isso posto, ante a manifesta incompatibilidade entre a experiência anterior da Recorrida e o escopo da futura contratação, pugna-se pela sua inabilitação no certame.

III – PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Por todo o exposto, demostradas as irregularidades da proposta e da habilitação, consoante fundamentação supra, pugna-se pela reforma da decisão que

declarou a empresa Compacto Agenciamento de Mão de Obra Eireli vencedora do Pregão Eletrônico nº 98/2022 - PG.

Requer deferimento.

Balneário Camboriú/SC, 11 de outubro de 2022.

JORGE GOETTEN DE LIMA:43927998915

Assinado de forma digital por JORGE GOETTEN DE LIMA:43927998915
Dados: 2022.10.11 17:37:59 -03'00'

REPRESENTANTE LEGAL

SIM COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.