
CONTRA-RAZÕES X COBRANCA ADV EIREL

À

Companhia de Saneamento Municipal – CESAMA

CNPJ 21.572.243/0001-74 I.E. 367.698.776.0099

Departamento de Licitações e Assessoria de Contratos

Avenida Barão do Rio Branco, 1843/10º andar - Centro

CEP: 36.013-020 / Juiz de Fora – MG / (32) 3692-9198 / 9199 / 9200 / 9201

ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) OFICIAL DA COMPANHIA DE SANEAMENTO MUNICIPAL - CESAMA - JUIZ DE FORA/MG

Ref.: **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 072/18 – PA nº. 138/2017**

UASG: 925894

ARTHA TECNOLOGIA SOLUÇÕES IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO

LTDA – EPP, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 19.500.028/0001-16, com sede a Rua Afonso Braz, nº 295, Conj. 04, Vila Nova Conceição, São Paulo – SP, CEP: 04511-011, neste ato representada legalmente por pela Sra. Cintia Lavaissiéri, portadora da Cédula de Identidade Sob Nº 32.569.532-5 e CPF Sob Nº 284.722.808-02 e Marcelo de Andrade, portador da Cédula de Identidade Sob Nº 28.874.140-7 e e CPF Sob Nº 276.145.078-78 devidamente habilitados e qualificados no processo epigrafado, vem, respeitosa e tempestivamente, na forma da legislação vigente, em especial o artigo 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/2002, opor as presentes **CONTRA-RAZÕES** ao **RECURSO ADMINISTRATIVO** interposto pela empresa **COBRANCA ADV EIRELI**, inscrita no CNPJ/CPF nº 04.331.437/0001-69, e assim o faz em conformidade com as razões de fato e de direito adiante despendidas:

I - DOS FATOS

A RECORRIDA atua no ramo de soluções tecnológicas, tendo adquirido, ao longo de sua larga experiência no mercado, respeitabilidade e credibilidade, atributos estes que lhe credenciaram e qualificaram para participar do PREGÃO ELETRÔNICO Nº 072/2018, promovido por essa COMPANHIA DE SANEAMENTO MUNICIPAL – CESAMA – JUIZ DE FORA/MG, cujo objeto é a “Contratação de pessoa jurídica especializada na prestação de serviços de leitura de

Página 1 de 17

ARTHA TECNOLOGIA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA - EPP

CNPJ: 19.500.028/0001-16

I.E.:143.134.533.110

I.M.: 4.900.557-0

Rua Afonso Brás, Nº 295 – CJ 04 - CEP: 04511-011 – Vila Nova Conceição – São Paulo – SP

Tel : 11 96401-2804

E-mail: marcelo@arthatecnologia.com.br

CONTRA-RAZÕES X COBRANCA ADV EIREL

hidrômetros, emissão simultânea e entrega de faturas, apontamento de inconsistência de dados cadastrais, vistoria de vazamentos internos e apresentação de resultados, a serem executados na cidade de Juiz de Fora e Distritos atendidos pela CESAMA, com fornecimento de equipamento de registro de leitura, impressoras, insumos, mão-de-obra e meios de transporte necessários para o eficaz desempenho dos trabalhos”.

Consta nos registros do processo licitatório em questão que a ora RECORRIDA foi regularmente HABILITADA e CLASSIFICADA no respectivo Certame, tendo em vista haver cumprido toda a disciplina legal e as regras e exigências editalícias, e ofertado o menor preço que garante tanto a exequibilidade da contratação, quanto a economia para a futura Contratante, assegurando, deste modo, a proposta mais vantajosa para a Entidade Licitante.

Ocorre que, inconformada com tal fato, a RECORRENTE interpôs o RECURSO ADMINISTRATIVO em deslinde, arguindo, diga-se de passagem, equivocadamente, que a RECORRIDA não poderia participar da licitação por não atender as exigências do edital, consoante as seguintes suposições:

“CAPÍTULO 04: CONDIÇÕES GERAIS PARA PARTICIPAÇÃO 4.2 Não poderão participar da presente licitação a pessoa jurídica: g) cujo objeto social não seja compatível com o objeto desta licitação. Justificativa: Não existe em seu CNPJ CNAE para a atividade econômica principal ou secundária compatível com o exigido em edital. Sendo esta COMERCIO, sem atividade de serviços de leitura com impressão imediata.

QUANTO A QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA: A justificativa apresentada pela licitante ARTHA TECNOLOGIA leva vantagens injusta sobre o demais concorrentes. Apresentando em seu detalhamento de despesas, tributos para empresa cuja atividade econômica principal é comércio, sendo inferiores aos de Empresas cuja atividade principal seja serviço, objeto desta licitação. Enquanto que as empresas de serviço enquadram-se em alíquotas de impostos superiores, inviabilizando a concorrência.

Sendo assim, a manutenção da licitante supracitada como vencedora fere princípios norteadores da Lei 8.666/92, como o da legalidade e Isonomia, estabelecida no edital, em suas normas”.

Consoante adiante se verá, a RECORRENTE, inconformada com a legítima habilitação e classificação da RECORRIDA, acabou por lançar argumentos totalmente despididos de embasamento fático-jurídico suficientemente capaz de fazer prosperar seu intento, causando, portanto,

CONTRA-RAZÕES X COBRANCA ADV EIREL

protelação injustificável do andamento regular do processo, o que decerto vem a causar prejuízos ao atendimento da necessidade pública invocada no objeto licitatório.

Destarte, compete a esta RECORRIDA, em nome da defesa da legalidade e da regularidade dos atos realizados no PREGÃO ELETRÔNICO Nº 072/2018, e da manutenção da proposta mais vantajosa a essa COMPANHIA DE SANEAMENTO MUNICIPAL – CESAMA – JUIZ DE FORA, apresentar os esclarecimentos e contrarrazões recursais adiante aduzidos:

II – DAS CONTRA-RAZÕES RECURSAIS

a) OBSERVÂNCIA DA LEGALIDADE E DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, NA CLASSIFICAÇÃO DA RECORRIDA, QUANTO ÀO CNAE QUE A MESMA POSSUI

Cumpre esclarecer, *ab initio*, que a Administração deve, em primazia, observar os princípios basilares da licitação e dos atos administrativos, mormente o da legalidade, o da vinculação ao instrumento convocatório e o do julgamento objetivo.

Tais princípios norteiam a atividade administrativa, impossibilitando o administrador de fazer prevalecer uma convicção de ordem subjetiva, e impõem ao mesmo o dever de pautar sua conduta segundo as prescrições legais e editalícias.

Assim sendo, surge para Administração, como corolário dos postulados supra, o dever de pautar seu julgamento segundo critérios objetivos previamente elencados no instrumento convocatório, evitando-se assim surpresas e subjetivismos na avaliação operada.

Qualquer excepcionalidade imposta frente ao rigor do caráter objetivo inerente ao processo licitatório somente deve se dar de modo justificado e fazendo prevalecer o interesse público, mediante o emprego dos princípios da segurança jurídica, do formalismo moderado e da verdade material, que preponderam no campo jurídico administrativo.

CONTRA-RAZÕES X COBRANCA ADV EIREL

Descabe, portanto, excepcionar a interpretação ou aplicação das regras do edital licitatório meramente por convicção subjetiva de determinado licitante, ou desejo do mesmo pelo emprego de formalismos exagerados ou desnecessários ao Certame.

Com efeito, os particulares que pretendem fornecer bens à Administração Pública devem formular suas propostas obedecendo às instruções indicadas no instrumento convocatório (edital). Na mesma esteira, a Administração deve conduzir o processo licitatório de modo a respeitar os preceitos editalícios. Nesta e naquela hipótese, deve-se observância ao princípio da vinculação ao edital, conforme consubstanciado no art. 3º e 41 da Lei nº 8.666/93, abaixo transcritos:

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

“Art. 41 - A administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada. “

Neste sentido, clarividente o ensinamento do mestre Hely Lopes Meireles (In Licitação e Contrato Administrativo, 14ª ED. 2007, p.39):

“A vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam adstritos nos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas e ao contrato...”

Por tais razões, denota-se que os reclames do interesse público indicativos das especificações técnicas pertinentes e quantitativos adequados dos bens a serem adquiridos pela Administração, devem se encontrar estabelecidos expressamente no edital licitatório, sob pena de infringência aos arts. 3º e 41 supra evidenciados.

De outro modo, tem-se que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório impõe à Administração a obrigação de julgar as propostas dos particulares sob o pálio de critérios objetivos, zelando, ainda, para que não sejam perpetradas alterações editalícias ou interpretações sob o enfoque de sua aplicação que malfiraram os princípios da ampla competitividade e isonomia.

Acerca do tema, já é assente na jurisprudência pátria que não só os documentos solicitados aos licitantes, mas também os requisitos e critérios relacionados às exigências habilitatórias

CONTRA-RAZÕES X COBRANCA ADV EIREL

e qualificatórias dirigidas aos mesmos, devem se deter aos estritos termos do instrumento convocatório, ainda que não haja clareza em determinada cláusula editalícia. Ressalte-se, por igual, a vedação de inabilitação do licitante em face de interpretação impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. Veja-se:

EMENTA: “ADMINISTRATIVO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. LICITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIA. INTERPRETAÇÃO. EDITAL. DESCLASSIFICAÇÃO. 1. O princípio da persuasão racional ou da livre convicção motivada do juiz, a teor do que dispõe o art. 131 do Código de Processo Civil, revela que ao magistrado cabe apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos. 2. Em decorrência do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o edital do certame deverá conter as regras regulatórias do procedimento licitatório, as quais deverão ser observadas pela Administração Pública licitante e pelos proponentes em todos os seus termos e condições. 3. Qualquer requisito ou critério que não estiver claramente estipulado no edital não pode ser exigido dos proponentes na elaboração e apresentação das propostas e, de igual modo, não pode justificar a eventual desclassificação por parte da Administração licitante. 4. A interpretação das regras do edital não deve ser restritiva, isto é, o ordenamento jurídico regulador da licitação não admite a inabilitação de concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. 5. Recurso desprovido. (TJ-ES - AC: 24060012226 ES 24060012226, Relator: SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR, Data de Julgamento: 08/01/2008, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 07/02/2008) grifos nossos

De mais a mais, tem-se que o art. 30 da Lei nº 8.666/93, acerca das exigências voltadas a verificar a aptidão técnica do licitante, determina o seguinte:

“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso”.

CONTRA-RAZÕES X COBRANCA ADV EIREL

Nesta esteira, supõe-se que a Administração Licitante exija no edital licitatório que o licitante apresente determinado documento para comprovar o cumprimento de regra definida em lei especial. Não havendo tal exigibilidade em lei especial, são suficientes os requisitos disciplinados nos incisos I a III do dispositivo supra transcrito. Assim sendo, não cabe à Administração inovar (exigindo documento não definido em lei especial) ou avaliar determinado documento em sentido distinto do que preconiza a lei especial, a pretexto do entendimento isolado e subjetivo de um dado licitante.

Corroborando com tal afirmação, a jurisprudência massiva do Superior Tribunal de Justiça – STJ:

EMENTA: “ADMINISTRATIVO – EDITAL DE LICITAÇÃO – EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS COMPROBATÓRIOS DE PRESTAÇÃO ANTERIOR DE SERVIÇO IDÊNTICO OU SIMILAR AO DO OBJETO DA LICITAÇÃO, ACOMPANHADOS DE EMPENHO, ORDEM DE SERVIÇO OU NOTA FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA – ILEGALIDADE DO ATO – RECONHECIMENTO, EM SEDE DE APELAÇÃO – RECURSO ESPECIAL – ACÓRDÃO RECORRIDO INCENSURÁVEL. IMPROVIMENTO. Na realização de licitação, se do edital, no item relativo à apresentação de documentos para comprovar a qualificação técnica, são estabelecidas outras exigências não previstas na legislação de regência (artigo 30, inciso II da Lei nº 8.666/93), configura-se ilegalidade a ser reparada pela via do mandado de segurança. Recurso improvido”. (STJ - REsp: 316755 RJ 2001/0040498-7, Relator: Ministro GARCIA VIEIRA, Data de Julgamento: 07/06/2001, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.08.2001 p. 392</br> RSTJ vol. 149 p. 123)

In casu, convém esclarecer, *a priori*, que a RECORRENTE encontra-se regularmente registrada no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), na atividade econômica secundária capitulada sob o código: **82.99-7-01 - Medição de consumo de energia elétrica, gás e água**. Tal registro poderá ser consultado no seguinte endereço eletrônico oficial: http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/CNPJ/cnpjreva/Cnpjreva_Solicitacao.asp.

Cumpre elucidar que a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), originalmente criada pela Resolução IBGE de 26.12.1994, e alterada pelas Resoluções IBGE/CONCLA 01 de 07.05.2001 e 02 de 18.05.2001, padroniza em termos classificatórios e por categoria as diversas atividades abrangidas pelo mercado brasileiro. Sua finalidade é identificar as atividades submetidas a regulamentação e tratamento tributário diferenciados e assim, possibilitar o acompanhamento fiscal.

A CNAE, cujo órgão gestor é o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), vem sendo adotado pelo governo federal desde 1995. Contudo, sua utilização pelos Estados e

CONTRA-RAZÕES X COBRANCA ADV EIREL

Municípios ocorreu apenas a partir de 1998, ano em que a CNAE foi adaptada às necessidades das três esferas do governo por meio de detalhamento de subclasses.

Muitos processos licitatórios preveem no ato convocatório que a licitante deve possuir em seu Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) o código da CNAE compatível com objeto licitado. Contudo, como se expõe a seguir, essa limitação prevista em edital pode ferir o caráter competitivo do certame licitatório.

A classificação da CNAE passou a ser utilizada em licitações pelas três esferas do governo para comprovar que o licitante atua no ramo do objeto licitado. Assim, por exemplo, o edital que objetiva a compra de suco de fruta concentrado exige que o licitante possua em seu CNPJ o código 1033-3/01 do CNAE que corresponde a *fabricação de sucos concentrados de fruta, hortaliças e legumes*.

Dentro dos quadros da Lei 8.666/93, o ato convocatório pode fixar requisitos que condicionem a participação de um licitante em potencial. Cada certame licitatório possui um objeto específico e persegue um determinado interesse de natureza coletiva. Isso justifica certas restrições e exigências para se atingir com plenitude o interesse coletivo sob a responsabilidade da Administração. Assim, para atingir a finalidade pública, o edital pode prever limitações, porém, jamais poderá extrapolar os limites da Lei 8.666/93 e ferir o caráter competitivo da licitação.

Observa-se, então, que a utilização de outros critérios, que não os já apresentados pela Lei, deve ser feita com o único intuito de contribuir para o sucesso da licitação, sem prejudicar ou reduzir a competição entre os particulares. De fato, criar empecilhos para a participação dos particulares pode, inclusive, acarretar prejuízos para a própria Administração. É o que ensina Marçal Justen Filho:

Ora, a Administração necessita tanto de segurança quanto de vantajosidade em suas contratações. A finalidade da licitação é selecionar a proposta com a qualidade adequada, pelo menor preço possível. A conjugação de ambos os valores conduz à necessidade de ponderação nas exigências de habilitação. Não é correto, por isso, estabelecer soluções extremadas. É indispensável estabelecer requisitos de participação, cuja eliminação seria desastrosa. Mas tais requisitos devem ser restritos ao mínimo necessário para assegurar a obtenção de uma prestação adequadamente executada (Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos. 15ª ed. Dialética, 2010, p. 459/460).

CONTRA-RAZÕES X COBRANCA ADV EIREL

Uma das limitações usualmente consagradas em edital é a necessidade de a empresa interessada comprovar sua atuação no ramo do objeto licitado. Para isso, vem sendo exigido que a empresa possua em seu CNPJ o código CNAE compatível com o objeto licitado.

Ao restringir o certame licitatório através da CNAE, o caráter competitivo pode ser violado e pode ser frustrada a busca pela proposta mais vantajosa e apta a realizar o interesse coletivo. Muitas vezes, ao atribuir o código da CNAE ao certame licitatório, outros códigos presentes na ficha cadastral da pessoa jurídica, mesmo que compatíveis com o objeto, são descartados. Também ocorre que empresas que possuem atividades semelhantes são classificadas em outro código da CNAE, por divergência em sua atividade principal.

A exigência prevista em edital de que a empresa interessada deve comprovar especialização no ramo da atividade licitada é um meio apto para diminuir os riscos da contratação. Porém, pode não se revelar vantajoso para a Administração e, por conseguinte, pode frustrar o regime legal do processo licitatório que essa comprovação seja através do código CNAE. Exigir um código específico pode excluir outras atividades com grande proximidade e com modo de execução muito semelhante à atividade em questão. Por decorrência, empresas aptas a executar o contrato podem ser inabilitadas, o que potencialmente pode restringir a competição e prejudicar o interesse coletivo perseguido pela Administração.

De mais a mais, o certo é que as atividades econômicas e profissionais permissivas à empresa ou sociedade civil são as que se encontram previstas no objeto do seu Contrato Social ou Estatuto. O código CNAE se presta a uma função menos abrangente, ou seja, serve como identificador da sociedade empresária ou civil junto à Receita Federal do Brasil (RFB), para efeitos fiscais. Neste sentido, o TCU entendeu pela “**impossibilidade de limitação de participação de licitantes, em certame público, em razão da CNAE**” (Acórdãos 1203/2011 e nº 42/2014, o TCU).

Desta forma, reputa-se indevida a exigência em processo licitatório, por exemplo, que condicione a participação do licitante à circunstância de o mesmo possuir código CNAE específico (ou secundário) do objeto do certame.

Com efeito, ao possuir solenemente a atividade econômica secundária capitulada sob o código: **82.99-7-01 - Medição de consumo de energia elétrica, gás e água**, comprova-se, portanto, que a RECORRIDA detém expertise e capacidade técnica exata para executar o serviço licitado, cujo objeto precisamente se coaduna com o código do CNAE da mesma.

CONTRA-RAZÕES X COBRANCA ADV EIREL**b) DA OBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DA RECORRIDA – CONDIÇÃO JURÍDICA QUE LHE PERMITE TRIBUTAÇÃO DIFERENCIADA**

Decerto que todo o escopo e as nuances da execução do futuro contrato devem estar, em sua plenitude, definidos no Edital, que é o conjunto de regras diretrizes do Certame.

Indubitável que as características essenciais do objeto licitando se fazem presentes na constatação da capacidade técnica da RECORRIDA, que, não se furtando ao seu inteiro cumprimento, assume as responsabilidades pela integral execução contratual, tanto a nível da execução dos serviços em si, como nas obrigações legais (encargos e tributação).

Especificamente no que concerne à tributação, esta deve ser adequável à situação jurídica da RECORRIDA, que atualmente detém a condição de optante do regime tributário diferenciado SIMPLES NACIONAL.

Nesta senda, vejamos o que nos diz a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a respeito da matéria em questão:

“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.

§ 5º-B Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, serão tributadas na forma do Anexo III desta Lei Complementar as seguintes atividades de prestação de serviços:

I - creche, pré-escola e estabelecimento de ensino fundamental, escolas técnicas, profissionais e de ensino médio, de línguas estrangeiras, de artes, cursos técnicos de

CONTRA-RAZÕES X COBRANCA ADV EIREL

pilotagem, preparatórios para concursos, gerenciais e escolas livres, exceto as previstas nos incisos II e III do § 5º-D deste artigo;

II - agência terceirizada de correios;

III - agência de viagem e turismo;

IV - centro de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e de carga;

V - agência lotérica;

VI - (REVOGADO)

VII - (REVOGADO)

VIII - (REVOGADO)

IX - serviços de instalação, de reparos e de manutenção em geral, bem como de usinagem, solda, tratamento e revestimento em metais;

X - (REVOGADO)

XI - (REVOGADO)

XII - (REVOGADO)

XIII - transporte municipal de passageiros;

XIV - escritórios de serviços contábeis, observado o disposto nos §§ 22-B e 22-C deste artigo.

XV - produções cinematográficas, audiovisuais, artísticas e culturais, sua exibição ou apresentação, inclusive no caso de música, literatura, artes cênicas, artes visuais, cinematográficas e audiovisuais.

XVI - fisioterapia

XVII - corretagem de seguros

XVIII - arquitetura e urbanismo

XIX - medicina, inclusive laboratorial, e enfermagem

XX - odontologia e prótese dentária

XXI - psicologia, psicanálise, terapia ocupacional, acupuntura, podologia, fonoaudiologia, clínicas de nutrição e de vacinação e bancos de leite

§ 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

Página 10 de 17

ARTHA TECNOLOGIA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA - EPP

CNPJ: 19.500.028/0001-16

I.E.:143.134.533.110

I.M.: 4.900.557-0

Rua Afonso Brás, Nº 295 – CJ 04 - CEP: 04511-011 – Vila Nova Conceição – São Paulo – SP

Tel : 11 96401-2804

E-mail: marcelo@arthatecnologia.com.br

CONTRA-RAZÕES X COBRANCA ADV EIREL

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;

II - (REVOGADO)

III - (REVOGADO)

IV - (REVOGADO)

V - (REVOGADO)

VI - serviço de vigilância, limpeza ou conservação.

VII - serviços advocatícios

§ 5º-D. Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as seguintes atividades de prestação de serviços serão tributadas na forma do Anexo III desta Lei Complementar

I - administração e locação de imóveis de terceiros

II - academias de dança, de capoeira, de ioga e de artes marciais;

III - academias de atividades físicas, desportivas, de natação e escolas de esportes;

IV - elaboração de programas de computadores, inclusive jogos eletrônicos, desde que desenvolvidos em estabelecimento do optante;

V - licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação;

VI - planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas, desde que realizados em estabelecimento do optante;

VII - (REVOGADO)

VIII - (REVOGADO)

IX - empresas montadoras de estandes para feiras;

X - (REVOGADO)

XI - (REVOGADO)

XII - laboratórios de análises clínicas ou de patologia clínica;

CONTRA-RAZÕES X COBRANCA ADV EIREL

XIII - serviços de tomografia, diagnósticos médicos por imagem, registros gráficos e métodos óticos, bem como ressonância magnética;

XIV - serviços de prótese em geral.

§ 5º-E. Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as atividades de prestação de serviços de comunicação e de transportes interestadual e intermunicipal de cargas, e de transportes autorizados no inciso VI do **caput** do art. 17, inclusive na modalidade fluvial, serão tributadas na forma do Anexo III, deduzida a parcela correspondente ao ISS e acrescida a parcela correspondente ao ICMS prevista no Anexo I.

(...)

Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e das empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

Art. 43. As microempresas e as empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, mesmo que esta apresente alguma restrição

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, será assegurado o prazo de cinco dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento do débito e para emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa

§ 2º A não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1º deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação. (...)”.

De acordo com referenciadas disposições legais, temos que a opção do interessado em participar de determinada licitação, no caso, pelo SIMPLES NACIONAL, não lhe deverá ser imputada como critério de exclusão (inabilitação) do certame, ainda que, a priori, esteja o interessado não enquadrado nos requisitos do regime diferenciado de tributação. É que, no compasso do art. 42 supra, a regularidade fiscal do licitante tipificado como microempresa ou empresa de pequeno porte, somente será exigida para efeito de assinatura do contrato. Neste sentido, o Tribunal de Consta da União (TCU):

Opção pelo Simples Nacional: 1 - A condição de optante não impede a empresa de participar de licitação cujo objeto envolva cessão de mão de obra. Representação formulada ao Tribunal noticiou possíveis irregularidades no âmbito de pregão eletrônico destinado à contratação da prestação de serviços de copeiragem, com fornecimento de materiais/produtos destinados ao atendimento dos diversos órgãos que compõem a

CONTRA-RAZÕES X COBRANCA ADV EIREL

Administração Central da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) – Brasília/DF. A representante intentou o expediente perante o TCU em razão, basicamente, de decisão da pregoeira da ECT, que, a partir de recurso administrativo de outra licitante, reformou sua decisão inicial, na qual havia declarado vencedora do certame a representante. Em razão do recurso, a pregoeira entendeu ser devida a inabilitação da representante. Ao examinar a matéria, o relator destacou que o deslinde da questão envolvia a análise da **possibilidade de participação de empresa optante pelo Simples Nacional em licitações de cessão e locação de mão de obra, ante a vedação expressa contida no art. 17 da Lei Complementar 123, de 2006 – LC 123/2006**, que estabelece tal regime diferenciado de tributação. Inicialmente, destacou o relator que os serviços licitados, copeiragem, estariam enquadrados na referida vedação e, portanto, não poderia a representante desfrutar dos benefícios do regime de tributação do Simples. No entanto, isso **“não constitui óbice à participação em licitação pública, pois, consoante destacou a unidade técnica, a Lei Complementar nº 123/2006 não faz qualquer proibição nesse sentido, tampouco a Lei de Licitações”**. Desse modo, **“inexistindo vedação legal, o caminho a ser trilhado por empresa optante pelo Simples Nacional que eventualmente passe a executar serviços para Administração, mas que se enquadre nas hipóteses vedadas pela lei, seria, como sugerido pela unidade técnica, a comunicação, obrigatória, à Receita Federal da situação ensejadora da exclusão do regime diferenciado, sob pena das sanções previstas na legislação tributária”**, providência essa já adotada pela representante em licitação anterior, promovida pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - MPDFT, na qual se sagrara vencedora. Todavia, considerando os argumentos apresentados pelos responsáveis da ECT, baseados em entendimentos do próprio TCU, o relator deixou de imputar-lhes sanções, votando tão somente pela expedição de determinação à entidade para adoção de providências com vistas à anulação do ato irregular (inabilitação da representante), bem como pela expedição de recomendação corretiva, de que, em licitações futuras, **“faça incluir, nos editais, disposição no sentido de obrigar a contratada a apresentar cópia do ofício, com comprovante de entrega e recebimento, comunicando a assinatura do contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra (situação que gera vedação à opção pelo Simples Nacional) à Receita Federal do Brasil, no prazo previsto no art. 30, § 1º, inc. II, da Lei Complementar nº 123, de 2006”**. O Plenário acolheu o voto do relator. **Acórdão n.º 2798/2010-Plenário, TC-025.664/2010-7, rel. Min. José Jorge, 20.10.2010.** *Grifos acrescidos*

Ainda em consonância com a jurisprudência do TCU, na hipótese de a empresa contratada pelo poder público não mais se enquadrar no regime diferenciado de tributação, SIMPLES NACIONAL, sendo-lhe, portanto, vedado manter-se como optante de tal regime, sob pena de se submeter às cominações da Lei nº 8.666/93, há o entendimento de que o desligamento do regime em alusão se dê no mês subsequente à contratação. Veja-se o seguinte julgado:

Opção pelo Simples Nacional: 2 - Nas licitações cujo objeto envolva cessão de mão de obra, a empresa optante será excluída de tal regime a partir do mês subsequente ao da contratação

CONTRA-RAZÕES X COBRANCA ADV EIREL

Ainda na representação oferecida ao Tribunal noticiando possíveis irregularidades no âmbito de pregão eletrônico destinado à contratação da prestação de serviços de copeiragem, com fornecimento de materiais/produtos destinados ao atendimento dos diversos órgãos que compõem a Administração Central da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) – Brasília/DF, outra questão fundamental seria a data de início dos efeitos da exclusão do regime do Simples Nacional. Para o relator, com base nos arts. 28, 29 e 30 da LC 123/2006, são duas as formas pelas quais se materializa a exclusão do Simples Nacional, com consequências distintas, conforme explicitado pela unidade técnica: “no caso de opção pela exclusão, a data de vigência dos efeitos se dá a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente. **Já no caso de incidência das vedações, a empresa é excluída a partir do mês seguinte à ocorrência da situação impeditiva**”. Na espécie, a representante “solicitou sua exclusão do Simples Nacional via ‘opção’, o que, consequentemente, só gera efeitos a partir de 31/12/2010, permanecendo a empresa até lá no regime diferenciado, não obstante já tenha incorrido na vedação prevista na lei desde o momento em que começou a prestar serviços para o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios”. Contudo, para o relator, a situação não constituiria “motivo para penalizar a empresa, tolhendo-a de participar ou contratar com a Administração”. O que ocorrera, no caso concreto, foi o equívoco quanto ao enquadramento da exclusão da representante, que não deveria ter sido por “opção”, com efeitos a partir de 1º janeiro do ano-calendário subsequente (2011, no caso), mas sim pelo fato de ela incidir em vedação desde 1º de julho de 2010, data de assinatura do contrato com o MPDFT. Todavia, para o relator, a despeito do erro de enquadramento, a representante, na licitação examinada, não contou com privilégios tributários, conforme declarado pela própria ECT, uma vez que na sua proposta não fora utilizada a tributação pelo regime do Simples Nacional. Assim sendo, votou pela expedição de recomendação corretiva à entidade, de que, em licitações futuras, “faça incluir, nos editais, disposição no sentido de que a licitante, optante pelo Simples Nacional, que venha a ser contratada, não poderá beneficiar-se da condição de optante e estará sujeita à exclusão obrigatória do Simples Nacional a contar do mês seguinte ao da contratação, em consequência do que dispõem o art. 17, inciso XII, o art. 30, inciso II, e o art. 31, inciso II, da Lei Complementar nº 123”. O Plenário acolheu o voto do relator. **Acórdão n.º 2798/2010-Plenário, TC-025.664/2010-7, rel. Min. José Jorge, 20.10.2010.**

Grifos acrescidos

Superada a questão a respeito da plena possibilidade de a empresa optante pelo SIMPLES NACIONAL participar de licitações, ainda que a mesma proceda, dentro o objeto licitando e futuro contrato, valor consolidado que lhe exija revisão do regime de tributação, resta evidente que os serviços licitados no Pregão Eletrônico sob comento, consolidam um **complexo de atividades**, as quais envolvem pessoal, insumos, equipamentos e processos de trabalho, à disposição do contratada, cabendo à entidade contratante tão somente se valer do resultado obtido com as obrigações contratuais, cumprindo-lhe realizar a gestão das obrigações da contratada, acompanhar e fiscalizar os serviços e atestar/pagar pela regular execução dos mesmos, consoante se depreende da minuta contratual constante do Edital da licitação em questão.

CONTRA-RAZÕES X COBRANCA ADV EIREL

Assim sendo, forçoso concluir-se que o objeto do **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 072/2018 - CESAMA**, não condiciona ao futuro contratado a vedação contida no art. 17, XII, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, de sorte que as empresas de pequeno porte e microempresas que gozem dos benefícios do regime diferenciado de tributação (SIMPLES NACIONAL), além de poderem livremente participar da licitação sob comento, ainda poderão suscitar a não exclusão da opção ao referido regime tributário, a despeito de se enquadrarem na exceção prevista no §1º do art. 17 do supra evidenciado dispositivo legal.

A RECORRIDA, que goza das prerrogativas legais inerentes aos optantes pelo SIMPLES NACIONAL, apresentou planilha de custos ao (à) Pregoeiro (a), onde consigna as seguintes referências de tributação:

Percentual de Repartição dos Tributos

IRPJ	4,00%	0,47%
CSLL	3,50%	0,41%
PIS/PASEP	2,96%	0,35%
COFINS	13,64%	1,60%
CPP	43,40%	5,09%
ISSQN	32,50%	3,81%
Lucro	12,33%	12,33%
Outros (especificar)	0,00%	

Sobreditos percentuais estão de acordo com os permissivos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, bem assim de todo o ordenamento relativo à tributação dos optantes do regime SIMPLES NACIONAL, de modo que o regime diferenciado em questão, que **não impede de os seus beneficiários disputarem licitação valendo-se dos padrões tributários distintos** dos padrões tributários dos não optantes pelo SIMPLES NACIONAL.

Constata-se, pois, que, ao contrário do que alega a RECORRENTE, esta RECORRIDA, além de deter plena capacidade técnica e operacional para executar o objeto licitado, ainda detém condição econômico-financeira inteiramente legal e adequada à sua documentação de habilitação e proposta de preços apresentada à CESAMA.

c) DA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA DECISÃO QUE

CONTRA-RAZÕES X COBRANCA ADV EIREL**CLASSIFICOU A RECORRIDA**

O Princípio da Isonomia é um dos corolários do Estado Democrático de Direito, sendo certo que, para a Administração Pública, tal preceito deve ser aplicado incontinenti, conforme prenuncia o caput do art. 5º c/c o art. 37, XXI, da Constituição Federal:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).”

“Art. 37. (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

A isonomia encontra-se também solenemente deflagrada no art. 3º da lei 8666/93, impondo, pois, que nos processos licitatórios se observe o tratamento igual quando em condições iguais para todos.

Ao discorrer sobre o Princípio da Isonomia em processos licitatórios, Celso Antônio Bandeira de Mello elucida o seguinte:

*“O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. É o que prevê o já referido art. 37, XXI, do Texto Constitucional. Aliás, o §1º do art. 3º da Lei 8.666 proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como entre empresas brasileiras ou estrangeiras, ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato”. (in BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. 2004. p. 73-74)*

CONTRA-RAZÕES X COBRANCA ADV EIREL

No presente caso, o tratamento isonômico reclamado pela empresa RECORRENTE não pode e nem deve ser concedido de forma contrária à lei e aos princípios norteadores do procedimento licitatório, conquanto a RECORRIDA veio a demonstrar cabalmente que se encontra sob o pálio da legalidade, tendo apresentado documentação de habilitação plenamente albergada na Lei Complementar nº 123/2006, Lei nº 10.520/2002 e Lei nº 8.666/93, razão pela qual se mostra devida a manutenção da decisão atacada no recurso em deslinde.

III – DAS CONCLUSÕES E PEDIDOS FINAIS

Ante o exposto requer desse (a) digníssimo (a) Pregoeiro (a) oficial o conhecimento da presente peça contra recursal, para que, acolhendo-a, venha a julgá-la totalmente pertinente, pugnando, portanto, pela manutenção integral da decisão que veio a CLASSIFICAR a proposta de preços vencedora do Certame apresentada por esta RECORRENTE, dando, assim, continuidade ao procedimento, seguindo-se à adjudicação, homologação e contratação respectiva, respeitando, sobretudo, os princípios da legalidade, da economicidade e da vinculação ao instrumento convocatório.

São Paulo, 13 de setembro de 2018.

Aguarda deferimento.



Cintia Lavaissiéri

CPF 284.722.808-02

RG 32.569.532-5

Sócia Proprietária-Artha Tecnologia



Marcelo de Andrade
CPF: 276.145.078-78

19.500.028/0001-16
IE: 143.134.533.110
IM: 4.900.557-0
Artha Tecnologia Soluções
Importação e Exportação Ltda EPP
Rua Afonso Brás, 295 cj 4
Vila Nova Conceição - CEP: 04511-011
São Paulo/SP