

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA AUTARQUIA MUNICIPAL DE
TURISMO GRAMADOTUR - SR. JOSÉ ALBERTO PEREIRA DA SILVA JUNIOR

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 052/2022

RAZÕES RECURSAIS

FENIX SERVICOS DE SEGURANCA E PORTARIA LTDA - ME, inscrita no CNPJ sob nº 27.986.321/0001-63, com endereço na Rua Pingo de Ouro, nº 960, Várzea Grande, Gramado-RS, por seu representante legal, devidamente qualificado nos autos do certame em epígrafe, vem, à presença de V.S.a., apresentar razões recursais nos termos do art. 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/02 c/c art. 44, do Decreto nº 10.024/19, replicado no Decreto Municipal nº 218/19 (omitido no regulamento do processo licitatório em ataque), e item 7.3 do Edital do Certame, nos seguintes termos:

1. RELATÓRIO

De modo sucinto, a recorrente restou inabilitada do certame pelos motivos adiante expostos:

Após análise da documentação da empresa FENIX SERVICOS DE SEGURANCA E PORTARIA LTDA – ME foram constatados os seguintes problemas: - O divisor adotado pelo TRT 4ª região e pelo TST, nas jornadas de trabalho em escalas 12 por 36, é de 220 horas: JORNADA DE TRABALHO. REGIME 12X36. DIVISOR APLICÁVEL. O trabalho no regime de compensação 12x36 abrange inevitavelmente o período noturno, em que a duração da hora é reduzida, nos termos do art. 73, `PAR` 1º, da CLT. Por essa razão, não é correto afirmar que a carga horária semanal média e de tão somente 42 horas, porque, considerada a duração ficta da hora noturna de 52 minutos e 30 segundos, ocorre a prestação de mais horas que aquelas reveladas pela simples média aritmética. Assim, na esteira da jurisprudência do TST o divisor aplicável é 220 e não 190h40 ou 210. (TRT 4: ROT 0020768-35.2016.5.04.0232) II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/17. RITO SUMARÍSSIMO - REGIME 12X36. DIVISOR APLICÁVEL. O divisor de horas extras aplicável ao regime 12x36 é 220, pois a duração normal de trabalho permanece 8 horas diárias e 44 horas semanais, sendo este regime (12x36) apenas uma forma de compensação de jornada. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST: RR-10608-21.2018.5.03.0098) - A prestação de serviços de cessão de mão de obra é vedado às empresas do simples nacional, exceto quanto à serviços de vigilância, limpeza e conservação que são expressamente excepcionados pela LC nº. 123/2006. Assim sendo, outras atividades exercidas mediante cessão de mão de obra, que não as expressamente excepcionadas da vedação, impossibilitam o ingresso ou a permanência no Simples Nacional. Ainda, conforme decisão da consulta Cosit nº 57/2015 - Receita Federal: “Os serviços de portaria e de zeladoria, porque não se confundem com vigilância, limpeza ou

conservação e são prestados mediante cessão de mão-de-obra, são vedados aos optantes pelo Simples Nacional.” Diante do exposto, a empresa será inabilitada por descumprimento das exigências editalícias.
14/07/2022 16:48:58

De modo objetivo, equivocou-se o Ilmo. Pregoeiro, inabilitando a recorrente de forma indevida, havendo necessidade de rever seu posicionamento.

2. DA NECESSIDADE DE REVISÃO DO POSICIONAMENTO - QUESTÕES DE MÉRITO E DE DIREITO

Conforme descrição sintética no relatório, equivocou-se o Ilmo. Pregoeiro em inabilitar a recorrente, eis que esta cumpriu adequadamente os requisitos previstos no Edital.

Em primeiro lugar a recorrente cumpre os requisitos de participação no certame, estabelecidos no item 2.2 do edital.

Em segundo momento, não há vedação expressa quanto à participação de licitantes optantes do SIMPLES Nacional, que nada mais é que um regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido, previsto na LC nº 123/06.

Na mesma toada, o regime de trabalho aplicável 12x36, é divisor estabelecido pela jurisprudência, que apresentado em proposta, mesmo em condição diversa, é fator de correção de planilha, não de inabilitação.

Por fim, a interpretação dada quanto à negativa de participação de empresas optantes do SIMPLES é equivocada, ao passo que extrapola a competência do ente público da administração indireta e seus agentes.

Indubitável, pois, os equívocos cometidos pelo Ilmo. Pregoeiro, que causaram, indevidamente, a inabilitação da recorrente.

2.1 Da jornada de trabalho

O primeiro ponto em combate diz respeito ao cômputo em relação ao trabalho noturno e feriados, refletidos na jornada de trabalho imposta pelo edital.

Diferentemente das insinuações trazidas nos fundamentos da inabilitação, o moderno posicionamento do Tribunal de Contas da União, no Acórdão 712/2019 - Plenário, retrata que nas jornadas de trabalho com escala 12x36 horas, não poderá ser aplicada a disposição da Súmula nº 60 do TST que prevê o pagamento de adicional noturno quando da prorrogação da hora noturna, por força do que dispõe o § 2º do art. 8º da CLT:

2. Os órgãos e entidades da Administração Pública devem promover revisão ou repactuação, conforme o caso, dos contratos de serviços prestados mediante dedicação exclusiva de mão de obra com jornada em regime de 12x36 horas, tendo em vista as alterações trazidas pelo art. 59-A do Decreto-lei 5.452/1943 (CLT), incluído pela Lei 13.467/2017 (reforma trabalhista), por não serem mais devidos o pagamento em dobro pelo trabalho realizado em feriados e o adicional noturno nas prorrogações de trabalho noturno, salvo se previstos em

acordo, convenção coletiva ou contrato individual de trabalho. Em representação formulada pela Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog), o TCU apreciou os efeitos da Lei 13.467/2017 (reforma trabalhista) quanto à jornada de trabalho 12x36 horas em contratos de dedicação exclusiva de mão de obra firmados pela Administração Pública. O ponto central da discussão referiu-se à questão de obrigatoriedade do pagamento em dobro pelo trabalho realizado em feriados e do adicional noturno nas prorrogações do trabalho noturno, tendo em vista a inclusão do art. 59-A na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Ao apreciar a matéria, relator destacou que até o advento da Lei 13.467/2017, a Súmula TST 444 disciplinava a jornada de 12x36, chamando a atenção para os seguintes aspectos: o caráter excepcional dessa jornada, que deveria sempre ser prevista em lei ou em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho; o pagamento da remuneração em dobro quando do trabalho em feriados; e o fato de que o empregado não teria direito ao pagamento de adicional referente ao trabalho prestado nas décima primeira e décima segunda horas. Observou, contudo, que, com a reforma trabalhista, a jornada de trabalho 12x36 foi institucionalizada e, ao teor do § 1º do art. 59-A, quando dispõe que “a remuneração mensal abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno”, ficou estabelecido que as parcelas referentes ao pagamento em dobro pelo trabalho realizado em feriados e ao adicional noturno nas prorrogações do trabalho noturno deixaram de ser devidas aos empregados que atuam com essa jornada. Para o condutor do processo, a inovação legislativa era relevante, “pois altera a forma de remuneração dos empregados e, por conseguinte, dos respectivos contratos de serviços continuados de dedicação de mão de obra firmados pela Administração Pública Federal, no regime de 12x36 horas”. Não obstante assinalar que a Lei 13.467/2017 se aplicava aos contratos administrativos desde a data de sua publicação (11/11/2017), o relator deixou assente que “a percepção das rubricas acima, pelos trabalhadores, estaria resguardada caso prevista em instrumento de negociação entre as partes, em observância à prevalência do negociado sobre o legislado, princípio realçado na reforma trabalhista, notadamente com a inserção dos arts. 8º, § 2º (súmulas não podem restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei), 611-A (direitos nos quais o negociado prevalece sobre a lei) e 611-B (direitos que não podem ser suprimidos ou reduzidos por acordos ou convenções coletivas), à CLT pela Lei 13.467/2017”. Nesse sentido, prosseguiu, “admitir-se-ia, a princípio, para os contratos firmados antes ou mesmo depois de 11/11/2007 que contenham cláusula de pagamento dessas rubricas, lastreada em acordo ou convenção coletiva de trabalho, e que as rubricas estejam realmente sendo pagas, a hipótese de que esses pagamentos seriam mais benéficos ao trabalhador e que prevaleceriam sobre a lei”. Por fim, discorrendo a respeito do instituto mais adequado para a alteração dos contratos em andamento na Administração Pública Federal, o relator afirmou que haveria duas possibilidades, a revisão ou a repactuação, alertou, todavia, que “não caberia ao TCU estabelecer os procedimentos, o momento e o instituto que cada órgão/entidade vai utilizar para adequar seus contratos, tendo em vista as peculiaridades intrínsecas de cada caso, como, por exemplo, o número de contratos a serem adequados, o estágio de vigência individual dos

contratos, as suas estruturas administrativas e de pessoal, entre outros”. Assim, acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu expedir determinações a diversos órgãos da Administração Pública Federal, inclusive à Secretaria-Geral de Administração do próprio TCU, para que orientem os órgãos e entidades da estrutura administrativa em que se insiram ou que diretamente “promovam a adequação (revisão ou repactuação, conforme o caso) dos contratos de prestação de serviços de execução indireta com dedicação exclusiva de mão de obra com jornada em regime de 12x36 horas, tendo em vista as modificações trazidas pelo art. 59-A da Consolidação das Leis do Trabalho, no sentido de não serem mais devidos o pagamento em dobro pelo trabalho realizado em feriados e o adicional noturno nas prorrogações de trabalho noturno, caso não previstos em Acordo, Convenção Coletiva de Trabalho ou em contrato individual”. Acórdão 712/2019 Plenário, Representação, Relator Ministro Bruno Dantas

Dessa forma, há implicação no cômputo desde o início da jornada, refletindo no divisor, ao passo que o indigitado, de 220 horas, não pode ser analisado como verdade absoluta, até porque deixa uma margem flutuante entre 190 horas e 220 horas, aplicando-se o cálculo da hora trabalhada e o custo desta decorrente, pois em simples aritmética, um trabalhador mensalista em regime de trabalho 12x36 horas, trabalhará 15 (quinze) dias de um mês comercial, variando o excedente no cômputo em horas noturnas e feriados.

A Autarquia, mantendo o posicionamento equivocado (que gerou a inabilitação da recorrente), pagaria um valor superior ao que será de fato prestado, incorrendo em lesão ao erário.

Nesse sentido, não pode ficar atrelada a um tese de forma inexorável, sem considerar os pontos práticos da casuística, especialmente porque as funções em contratação devem ser remuneradas pelo período de serviço devidamente prestados, e não a mais, sob pena de ferir os princípios norteadores das licitações.

Diante deste conflito incitado pela própria jurisprudência da Corte Superior do Direito do Trabalho, deveria ter sido explicitado no edital o divisor a ser aplicado para uma correta composição de planilha de custos (já que a Autarquia pretende pagar valor superior ao serviço que será devidamente prestado; não olvidemos as possibilidades de responsabilização dos agentes que derem causa a eventual dano constatado).

Em sua omissão, impera a necessidade de deferimento de prazo para correção da planilha, observando o princípio do formalismo moderado e o entendimento do TCU, nos Acórdãos nº 1811/2014, 2873/14, 2546/15, todos do Plenário, cujo saneamento pode ser efetuado por simples diligência (fato aplicado ao item seguinte, também) - Não a inabilitação!

Não podemos esquecer que dos princípios basilares para todo certame licitatório está a busca pela proposta mais vantajosa para a Administração, motivo pelo qual o procedimento em comento mostra-se plenamente adequado e indicado.

Reforçando essa tese, na decisão proferida no Acórdão nº 2742/17-Plenário, o TCU solidificou o posicionamento pela possibilidade de saneamento de planilha de custos, desde não seja alterado o valor global e tampouco contemplem preços inexequíveis e alheios ao que o mercado oferece.

Assim, em vez de inabilitar, o procedimento correto a ser adotado pelo Ilmo. Pregoeiro, era de permitir o saneamento da planilha.

2.2 Do objeto da Licitação e da opção ao SIMPLES Nacional

Do mesmo modo como fora explanado no tópico acima, não há como inabilitar a recorrente por ser optante do SIMPLES Nacional.

O item 1.1 do Edital estabelece como objeto:

1.1. Contratação de empresa para prestação de serviços de vigia, portaria e zeladoria, para atendimento das instalações prediais de responsabilidade da Gramadotur, pelo período de 12 (doze) meses, conforme serviços descritos no Projeto Básico, cujo processo e julgamento serão realizados de acordo com os preceitos da supra referida Lei.

Da leitura, depreende-se que há necessidade de contratação de empresa, para os serviços de vigia, portaria e zeladoria, visando atender as necessidades da Autarquia.

Em nenhum momento o objeto menciona que a contratação se dá em cessão de mão obra (até porque não é usual das administrações públicas, ao passo dos custos envolvidos).

Todavia, não podemos nos furtar de que, apesar de não fundamentado pelo Ilmo. Pregoeiro, há posicionamento indicando que os serviços de zeladoria e portaria só podem ser prestados mediante cessão de mão de obra (Solução de Consulta COSIT nº 57/2015), vedado a empresas optantes pelo SIMPLES Nacional.

Mas equivoca-se o Pregoeiro no sentido de que, em sendo contratada a recorrente, por óbvio sofrerá o desenquadramento, exclusão que compete à empresa que deixar de atender os requisitos para o regime tributário em questão.

Assim como um MEI pode ser contratado para prestar um serviço, e que em razão dos recebíveis não se enquadrar mais na situação, procedendo sua readequação, uma empresa, firmando o contrato para os serviços de zeladoria e portaria, procederá com os atos de comunicação visando adequação da situação, caso haja o posicionamento de tratar-se de cessão de mão de obra.

Este ato é de competência exclusiva da empresa e do fisco, sendo incompetente um Pregoeiro para tal julgamento.

Neste caso, a recorrente deve firmar o contrato e ato contínuo prosseguir com o trâmite junto ao fisco; não se pode impor ato prévio sob pena de impor prejuízo indevido.

Para esta situação, invoca-se os princípios da isonomia, ampla concorrência, obtenção da proposta mais vantajosa, moralidade e probidade.

Sobre a questão relacionada a vantajosidade, é usual que os entes públicos não trabalhem com a cessão de mão de obra, considerando os custos envolvidos,

adequado os serviços a serem contratados, justamente para ampliar a concorrência, favorecendo a inclusão de licitantes optantes do SIMPLES nos certames.

Por esse motivo, além de injusta, é ilegal a inabilitação da recorrente pelo fato de ser optante do SIMPLES Nacional.

3. DOS REQUERIMENTOS

Por todo o exposto, postula-se o devido recebimento e processamento das presentes razões recursais, e, ato contínuo, provimento recursal, de modo a habilitar a ora recorrente eis que cumpriu fielmente os termos entabulados no edital do certame, por medida de justiça, eis que indevida a inabilitação por vício passível de saneamento em planilha, bem como como ilícita é a inabilitação por ato que não compete ao Pregoeiro, como no caso a exclusão do SIMPLES Nacional.

Ato contínuo, após as formalidades processuais, que seja firmado o contrato de prestação de serviços, em razão do objeto do certame.

Termos em que,
Pede deferimento.

Gramado, 25 de julho de 2022.

FENIX SERVICOS DE SEGURANCA E PORTARIA LTDA - ME