

PARECER JURÍDICO

Encaminhamento: Setor de Licitações do Município de Xanxerê.

Interessados: ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA, SERVIZA SERVIÇOS LTDA ME MARA APARECIDA FAGUNDES ME.

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO. ILEGALIDADES NÃO COMPROVADAS. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL E A PROPOSTA MAIS VANTAJOSA.

RELATÓRIO

O Setor de Licitações e Contratos requer parecer jurídico a respeito do Processo Licitatório nº 00108/2017 – Pregão nº 0006/2017, cujo objeto é a contratação de empresa para terceirização de serviços gerais, zelador e merendeiras.

As empresas Orbenk Administração e Serviços Ltda e Serviza Serviços Ltda apresentaram Recurso em face da empresa Mara Fagundes ME.

Os argumentos em si são de que a empresa Mara Fagundes está em irregularidade fiscal – simples nacional, não se encontra registrada no CRA, incorreção na planilha de custos, não apresentou qualificação econômica financeira, bem como não teria apresentado cópias autenticadas de seus atestados.

Em contrarrazões a empresa Mara Fagundes sustenta que cumpriu com os requisitos do edital, pugnando a rejeição dos recursos.

Desta forma, recebidas as impugnações, apresentadas as contrarrazões, o processo licitatório foi encaminhado à assessoria jurídica para que seja emitido parecer acerca dos recursos.

É o relato



PARECER

As impugnações são as seguintes:

a) A empresa Orbenk Administração e Serviços Ltda apresentou recurso em face da empresa Mara Fagundes, sob o argumento, em resumo, de que a empresa estaria em irregularidade fiscal, não possuía cadastro no CRA – Conselho Regional de Administração, não comprovação da planilha de custos, não teria apresentado comprovante econômico financeiro/qualificação técnica, violando assim o ato convocatório do Edital.

b) A empresa Serviza reiterou as mesmas razões da empresa Orbenk, acrescentando ainda que a empresa Mara Fagundes não teria apresentado certidões/atestados com cópias autenticadas.

Os recursos foram apresentados tempestivamente, contudo, não se percebe qualquer ilegalidade na proposta e na qualificação técnica da empresa Mara Fagundes ME.

Por economia e agilidade, os pontos serão analisados conjuntamente, considerando que as alegações dos recursos são basicamente as mesmas, senão vejamos.

Da Irregularidade Fiscal – Simples Nacional

As recorrentes alegam que a ora recorrida é optante do simples nacional, e por isso, possui vedação em realizar atividades de cessão de mão de obra, com fundamento no artigo 17, XII da LC 123/2006.

Importante primeiramente frisar que não se trata de licitação para contratação de prestação de serviço por cessão ou locação de mão de obra, mas sim por terceirização.

Os contratos de cessão de mão de obra possuem a finalidade de contratar a figura do profissional que efetuará os serviços e que será ele gerenciado pelo contratante. Já a terceirização, por sua vez, de acordo com os ensinamentos de Sérgio Pinto Martins “*consiste na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa*”. Essa contratação pode compreender tanto a produção de bens, como de

serviços, como ocorre na necessidade de contratação de empresa de limpeza, zelador, conforme o caso aqui em debate.

Isto é, a terceirização é a contratação de serviços através de uma empresa, intermediária (interposta) entre o tomador de serviços e a mão de obra, que se dá por meio de contrato de prestação de serviços. A relação de emprego aqui se faz entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, e não diretamente com o contratante (tomador).

Ademais, a condição da empresa vencedora de optante pelo Simples Nacional não a impede de participar de processo de licitação cujo objeto envolva a cessão de mão de obra, ainda que este fosse o caso dos autos. Nem a Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, tampouco a Lei de Licitações nº 8.666/1993 trazem qualquer vedação a respeito.

Nesse mesmo sentido está o entendimento do Plenário do Tribunal de Contas da União, acórdão nº 2798/2012, relator ministro José Jorge:

“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 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. (...) O Plenário acolheu o voto do relator. Acórdão n.º 2798/2010Plenário, TC-025.664/2010-7, rel. Min. José Jorge, 20.10.2010." (grifei)

Ademais, a empresa recorrida colacionou uma recente decisão (2017) do TJPR – Apelação 1.602.393-1, que inclusive envolvia a empresa Orbenk, decidindo que nada impede a participação da empresa optante do simples, dizendo ainda:

“Além disso, a empresa vencedora e contratada, optante pelo regime tributário do Simples Nacional deverá ser excluída de tal regime a partir do mês subsequente ao da sua contratação, consoante dispõe o art. 31, inciso II, da LC nº 123/2006, cabendo ao administrador público comunicar à Receita Federal a situação ensejadora da exclusão da empresa.”

Em outra decisão, o mesmo entendimento:



EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO TERCEIRIZADO. TERCEIRIZAÇÃO QUE NÃO SE CONFUNDE COM CESSÃO DE MÃO DE OBRA. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES NO PROCESSO LICITATÓRIO.SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.RELATÓRIO: (TJPR - 5ª C.Cível - AC - 1602393-1 - Jacarezinho - Rel.: Carlos Mansur Arida - Unânime - - J. 21.02.2017) (TJ-PR - APL: 16023931 PR 1602393-1 (Acórdão), Relator: Carlos Mansur Arida, Data de Julgamento: 21/02/2017, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1984 **08/03/2017**) (grifei)

Sendo assim, o pedido das recorrentes é improcedente.

Da Falta de Inscrição no CRA

As recorrentes alegam que a empresa recorrida não possui registro no CRA – Conselho Regional de Administração.

Não obstante, a inscrição no CRA não era motivo para não habilitar a recorrente Mara Fagundes, pois houve alteração no Edital – Segunda Alteração, suprimindo a exigência do CRA, entendendo a administração que a exigência cercearia a participação de maiores interessados e conseqüentemente restringiria o leque de empresas.

O próprio conselho de administração impugnou o edital, porém suas alegações foram rejeitadas.

No caso em tela, a exigência do CRA pela Administração Pública, constituiria formalidade excessiva, frustrando assim o caráter competitivo da licitação.

Segue o trecho do parecer que opinou pela improcedência da exigência:

“Bem porque, o registro só é exigido para aquelas empresas que possuam a atividade fim de administração, fato esse que não se

amolda ao caso em exame. A jurisprudência sobre o caso já tem pacificado o entendimento, vejamos:

CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO - CRA. ATIVIDADE BÁSICA. HOLDING. DESNECESSIDADE DE REGISTRO NO CRA.1. Somente as empresas que têm como atividade-fim o exercício profissional da administração, ou que prestem serviços relacionados a esse ramo, é que estão obrigadas a se registrarem no Conselho Regional de Administração. 2. De acordo com o Estatuto Social trazido aos autos, verifico que a empresa do demandante não tem, como atividade básica, "participação direta ou indireta, como sócia ou acionista, de outras sociedades, no país ou no exterior". Processo APL 50022530520164047100 RS 5002253-05.2016.404.7100. Órgão Julgador TERCEIRA TURMA. Julgamento 25 de Abril de 2017. Relator MARGA INGE BARTH TESSLER.

ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. **CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. EMPRESA DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. ATIVIDADE BÁSICA. DESNECESSIDADE DE REGISTRO NO CRA.** 1. A exigibilidade da anuidade é determinada pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados pela pessoa jurídica (art. 1º da Lei 6.839/80). 2. **As atividades realizadas pela empresa apelante incompatíveis com a necessidade de inscrição junto ao Conselho de Administração.** 3. **Consoante precedentes desta Corte, as atividades relacionadas à prestação de serviços de terceirização de mão-de-obra não envolvem atos de administração, o que afasta a necessidade de registro da empresa embargante perante o órgão fiscalizador exequente.** APELAÇÃO CÍVEL Nº 5000904-55.2016.4.04.7103/RS. RELATOR: ROBERTO FERNANDES JUNIOR (grifei) (grifos no original)

Desta forma, improcedente são as alegações das recorrentes, pois a Administração Pública não exigia como requisito para participação o registro da empresa proponente no CRA, não podendo agora inovar no Edital.

Da Ausência da Qualificação Econômica Financeira, da Planilha de Custos e Violação ao Ato Convocatório

As empresas recorrentes alegam que a empresa recorrida Mara Fagundes não apresentou qualificação econômica financeira exigida, bem como sua planilha de custos não atendeu o Edital.

Pois bem.

O edital em seu item 12, assim previu:

12.2. Apresentação do Balanço Patrimonial e/ou demonstrações Contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados da forma da Lei, devidamente assinado por contador ou por profissional equivalente, devidamente registrado no Conselho Regional de Contabilidade-CRC, que comprovem a boa situação econômico-financeira da empresa, vedada sua substituição por balancetes ou balanços provisórios

a) A comprovação da boa situação financeira mencionada no item 12.2 será baseada no cálculo (que deverá ser apresentado pelo licitante, assinado pelo seu contador) dos índices de Liquidez Corrente (LC), Liquidez Geral (LG), Grau de Endividamento (GE) e Solvência Geral (SG), demonstrados a seguir, sendo que, serão julgadas inabilitadas as licitantes que apresentarem resultado igual ou menor do que 1,00 (um), exceto no Grau de Endividamento que deverá ser menor ou igual a 1,00.



Conforme análise da documentação, a empresa recorrida não apresentou balanço patrimonial, em razão de ter sido constituída nesse ano de 2017, por esse fato as recorrentes solicitam a desclassificação.

Há de destacar que o art. 3º da Lei de Licitações afirma que *a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a **seleção da proposta mais vantajosa para a administração** [...]*.

Seguindo essa premissa entendo que a empresa não pode ser impedida de participar do certame e muito menos desclassificada por não possuir o balanço patrimonial.

O manual de Licitações e Contratos do TCU, em sua 4 edição, fl. 440, assim diz: “O Licitante que iniciou suas atividades no exercício em que se realizar a licitação poderá apresentar balanço de abertura.”

Por sua vez, o artigo 31, I da Lei de Licitações 8.666/93, assim diz:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

Neste norte, o balanço de abertura apresentado supre a carência exigida no item 12. Sobre esse tema, em caso análogo o TJPR assim já decidiu:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTAME PARA A REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE PRODUÇÃO DE VÍDEO E DE FILME. EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 04/2014.SECRETARIA MUNICIPAL DO MEIO AMBIENTE - SMMA. **INDEFERIMENTO DE PARTICIPAÇÃO NO CERTAME POR**



AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE BALANÇO PATRIMONIAL. EMPRESA RECÉM- CONSTITUÍDA. REJEIÇÃO INDEVIDA. POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE OUTROS DOCUMENTOS QUE AFIRAM A SITUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DA LICITANTE. Por analogia ao artigo 7º, § 1º da Lei nº 9.317/96, **o município licitado não pode exigir a apresentação de balanço patrimonial e de demonstrações de resultados de uma empresa recém-constituída como condição para participação do Pregão Eletrônico.** RECURSO NÃO PROVIDO. (TJ-PR - APL: 15519581 PR 1551958-1 (Acórdão), Relator: Nilson Mizuta, Data de Julgamento: 06/09/2016, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1889 23/09/2016) (grifei)

Ademais, a recorrida Mara Fagundes apresentou declaração que cumpre com os requisitos do edital. Sendo assim, sabedor das condições e preços apresentados pela Administração Pública, apresentou proposta e lance condizente com a realidade de mercado, sabendo de igual forma que o seu não cumprimento ensejará as penalidades previstas na Lei de Licitações. Ademais, as formalidades ou equívocos apontados em planilhas são superados com o valor final apresentado, o qual, como já dito, assume a empresa proponente com os lances ofertados o compromisso de execução.

Nota-se que a empresa recorrida firmou declaração no sentido de que os preços propostos estão devidamente previstos, além do lucro, todos os custos diretos e indiretos relativos ao cumprimento integral do objeto deste pregão.

Logo, não vislumbro ilegalidade na sua qualificação econômica financeira, nas planilhas de custos e muito menos violação ao ato convocatório por parte da empresa Mara Fagundes ME.

Portanto, improcedente deve ser julgada as alegações das recorridas, reiterando o que acima já foi explanado, pois o artigo 3 da Lei de Licitações estipula a proposta mais vantajosa para a Administração, razão essa que atendeu perfeitamente o certame.



Sendo assim, a empresa cumpriu com todos os requisitos impostos. Outrossim, o Pregoeiro e sua Equipe de Apoio declarou a empresa Mara Fagundes ME como vencedora, após a análise de todos os trâmites legais.

Não obstante, tais observações são necessárias pontuar mais uma vez que a empresa declarada vencedora aceitou cumprir com todos os requisitos estabelecidos no edital, incluindo normas de ordem trabalhista e de segurança e saúde no trabalho, sob pena de arcar com as penalidades previstas em lei e no próprio edital.

Da Inconsistência dos Atestados – Fotocópias Autenticadas

A recorrente Serviza alega que a recorrida Mara Fagundes apresentou atestados sem firma reconhecida.

Conforme extrai-se do Processo Licitatório, os atestados apresentados possuem carimbo “confere com o original”, ou seja, são reconhecidos pela comissão de Licitação como verdadeiros.

O Edital prevê a autenticação de documentos pela própria comissão, segue nas mesmas Notas:

As empresas que quiserem autenticar documentos junto ao órgão licitante deverão apresentá-los acompanhados dos originais sessenta minutos antes do prazo final para protocolo dos envelopes, junto ao Departamento de Compras e Licitações.

Deste modo, a empresa recorrida cumpriu com o Edital, autenticando preteritamente os documentos com a Comissão de Licitação.

Assim, improcede as alegações da recorrente Serviza, pois tais casos são previstos no Edital, sendo desnecessário o reconhecimento em Cartório quando são reconhecidos pela própria comissão como originais.

Posto isso, considerando o Princípio da Legalidade e o Princípio da busca pela oferta mais vantajosa ao interesse público, o OPINATIVO é pela improcedência dos recursos apresentados e, consequentemente, pela manutenção da proposta apresentada pela empresa MARA APARECIDA FAGUNDES ME.

Xanxerê/SC, 05 de setembro de 2017.



ADRIANO FRANCISCO CONTI

Assessor Jurídico
OAB/SC 32.161

JULGAMENTO:

Considerando o parecer jurídico retro, o qual passa a fazer parte integrante deste julgamento, acolho a recomendação **e julgo IMPROCEDENTES os recursos apresentados pelas empresas SERVIZA SERVIÇOS LTDA ME e ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA no Processo Licitatório nº 0108/2017 – Pregão nº 0065/2017, mantendo a proposta apresentada pela empresa MARA APARECIDA FAGUNDES ME**

Encaminhe-se, intime-se, cumpra-se.

Xanxerê/SC, 5 de setembro de 2017.

AVELINO MENEGOLLA
Prefeito Municipal