

## PARECER JURÍDICO

**Encaminhamento:** Setor de Licitações do Município de Xanxerê.

**Interessados:** ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA, BARREIRAS PRESTADORA DE SERVIÇOS EIRELLI SYSTEM.

**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 0214/2018 – Pregão nº 0125/2018**, cujo objeto é a contratação de empresa para terceirização de serviços gerais, zelador e merendeiras.

As empresas Orbenk Administração e Serviços Ltda e Barreiras Prestadora de Serviços Eirelli System.

Os argumentos em si são de que a empresa Mara Fagundes apresentou proposta inexecutável, está em irregularidade fiscal – simples nacional, não tinha capacidade técnica para execução do serviço, bem como não comprovava o item 12.3 do edital – comprovação de que a empresa cumpre as normas de segurança de trabalho.

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

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

É o relato



## PARECER

### Da Irregularidade Fiscal – Simples Nacional

A recorrente ORBENK alega 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 recorrente já foi vencida sobre esse fato na decisão do TJPR – Apelação 1.602.393-1, 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 da recorrente ORBENK é improcedente.

**Do SESMT – Pedido de Diligência e Capacidade Técnica**



A empresa recorrente ORBENK alega que a ora recorrida MARA não teria comprovado o item 12.3 do edital, ou seja, de que segue as normas e seguranças de medicina do trabalho.

Compulsando os autos verifico que a empresa recorrida MARA apresentou declaração que não obriga a empresa a compor o SESMT por estar enquadrada na norma 4.14. Nesse caso, a priori, não vislumbro nenhuma ofensa ao edital ou a proposta, pois a empresa recorrida subscreveu a declaração firmando que não se enquadra no SESMT.

Ademais, sendo mantida a decisão quanto a habilitação e homologação da proposta a empresa MARA FAGUNDES, deve a ela ser oportunizada a apresentação de posteriores documentos, verificando-se assim a probidade da empresa, conforme igualmente estabelecido no Edital e na norma contratual

Por essa razão, opino pelo indeferimento do pedido da Recorrente.

A empresa ORBENK igualmente insurgiu-se sobre o atestado de capacidade técnica, alegando que a recorrida MARA não teria cumprido com o requisito solicitado no edital.

Razão não lhe assiste.

Conforme se extrai da ata do Pregão, a comissão de licitação procedeu a diligência insculpida no artigo 43 da Lei 8666/93 e confirmou que a empresa Recorrida MARA FAGUNDES atendia o objeto do edital.

O artigo 43, §3º da Lei 8.666 faculta ao administrador público, na satisfação do interesse público e da proposta mais vantajosa, a realização de diligências. A realização de diligências representa importante instrumento concedido à comissão responsável pela licitação (ou pregoeiro) para o esclarecimento de dúvidas relacionadas às propostas, e assim foi feito.

Assim, opino pelo indeferimento do pedido da Recorrente quanto a capacidade técnica da Recorrida.

#### **Da Inexequibilidade da Proposta**



As empresas recorrentes ORBENK e BARREIRAS alegam que a composição de preços ofertadas pela empresa recorrida MARA é inexeqüível, requerendo ambas a desclassificação da concorrente.

Contudo, não lhes cabe razão.

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** [...].*

O assunto já foi ventilado em parecer retro, pelo qual, reproduzo nos seguintes termos:

*“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** [...].*

*Ou seja, a Administração Pública deve prezar pelo maior número de participantes, ampliando assim o leque de interessados e conseqüentemente a proposta que lhe seja mais conveniente, que atenda o objeto proposto.*

*No caso em exame, o objeto destina-se a contratação de empresa especializada na prestação de serviços (serviços gerais, merendeira, zelador), pela modalidade Pregão Presencial com menor preço global. **O valor máximo estabelecido pela municipalidade para as contratações teve como base os orçamentos apresentados por três empresas com experiência no mercado, extraindo-se assim o custo unitário para cada serviço a ser prestado, que via de regra, gerou o valor máximo lançado no edital para que os proponentes apresentem no certame seus valores.***

*Assim, observo que não há nenhuma ilegalidade, pois a argumentação apresentada pela impugnante quanto a exigência de planilha não se mostra necessária para a presente disputa, pois como já dito, o valor lançado no edital tem referência de preços de mercado, conforme estipulado no Anexo I.*



Quanto a exequibilidade das propostas, a Administração Pública resguardou seus interesses nos itens 11 e 12, exigindo dos interessados além da documentação obrigatória, atestados de qualificação técnica da empresa, atestados de vistoria nos locais que o serviço serão prestados, atestados de execução de serviço, comprovação das normas de segurança do trabalho, além da apresentação do balanço patrimonial da empresa interessada.

Ademais, as interessadas prestam o compromisso formal de assumir todas as obrigações entabuladas no edital. Assim, não há como dizer que a proposta é inexequível sem antes dar o direito a empresa de demonstrar o seu trabalho.

De acordo com a Súmula nº 262/2010 do Tribunal de Contas da União “o critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta”.

Isso mostra que a exequibilidade depende da demonstração de que a licitante vencedora terá condições de executar o objeto licitado, considerando os diversos fatores.

Nesse sentido, quando a licitante demonstra que possui meios para cumprir a proposta, e nesse caso, atestado pelos documentos exigidos pela Administração Pública, não poderá ela ser desclassificada. Ressalta-se também que, quando houver desclassificação de licitantes que ofertam propostas inexequíveis, haverá possível violação ao princípio da proposta mais vantajosa, conforme já definido na Apelação Cível n. 0303447-38.2017.8.24.0080.

Soma-se o fato que recentemente o TCU no Informativo de Licitações e Contratos 323 Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e->

[informativos/informativo-de-licitacoes-e-contratos.htm](#)., de 13 de junho de 2017, disse:

“A desclassificação de proposta por inexecuibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados, e deve ser franqueada oportunidade de o licitante defender sua proposta e demonstrar sua capacidade de bem executar os serviços, nos termos e condições exigidos pelo instrumento convocatório, antes de ter sua proposta desclassificada.” (grifei e sublinhei)

O assunto sobre inexecuibilidade da proposta já foi inclusive tema da Apelação Cível do TJSC n. 0303447-38.2017.8.24.0080 (lide entre a própria recorrente ORBENK e recorrida MARA FAGUNDES), decisão da qual salienta que deve ser oportunizado a participante do certame demonstrar a sua capacidade de execução contratual, antes de ser desclassificada sumariamente.

Assim, não vejo motivos ou fundamentos para desclassificação da proponente recorrida MARA FAGUNDES, uma vez que ela apresentou todos os atestados exigidos e comprometeu-se formalmente a executar o contrato, deve-se, portanto, ser dado a recorrida o direito de demonstrar sua capacidade, conforme preceitua as decisões do TJSC e do TCU acima elencadas.

Posto isso, *s.m.j.*, essa assessoria opina pela rejeição total dos recursos apresentados.

É o parecer que submeto a autoridade superior para julgamento.

Xanxerê/SC, 23 de janeiro de 2019.



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 BARREIRAS PRESTADORA DE SERVIÇOS EIRELLI SYSTEM e ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA no Processo Licitatório nº 02142018 – Pregão nº 0125/2018, mantendo a proposta apresentada pela empresa MARA APARECIDA FAGUNDES ME.**

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

Xanxerê/SC, 23 de janeiro de 2019.



**AVELINO MENEGOLLA**  
Prefeito Municipal