

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) OFICIAL DO MUNICÍPIO DE
XANXERÊ - SC**

PREGÃO PRESENCIAL N° 019/2020

PROCESSO ADMINISTRATIVO N. 0046/2020

ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n. 79.283.065/0003-03, com sede na Rua Dona Leopoldina, n. 29, Joinville/SC, doravante denominada simplesmente ORBENK, devidamente qualificada nos autos processo licitatório em epígrafe, vem, tempestivamente, por meio de seu representante legal, com fundamento no inciso XVIII do artigo 4º da Lei nº 10.520/2002, interpor **CONTRARRAZÕES** ao recurso administrativo interposto pela empresa SM BUDNIAK E CIA LTDA, forte nos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir aduzidos.

I – DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, importante salientar a tempestividade das presentes contrarrazões, mormente porque interpostas no prazo de 03 dias úteis, considerando que a intimação ocorreu no dia 17 de abril (sexta feira), com termo inicial no dia 20 de abril, descontando-se o dia 21 de abril (Tiradentes).

II – DOS FATOS

A Prefeitura Municipal de Xanxerê instaurou o processo licitatório de Pregão Presencial destinado à contratação de serviços prestação de serviços continuados de limpeza, conservação entre outros.

Após o regular transcurso da fase de credenciamento, habilitação e lances, a Controladoria Interna do Município de Xanxerê apresentou Parecer Opinativo, alertando que a empresa possuía inconsistências graves em sua proposta, colocando em risco a exequibilidade dos

serviços.

Ato contínuo, em face das informações ventiladas pelas partes no presente processo administrativo, o parecer da Controladoria Interna foi no sentido de que a empresa lançou mão de propostas inexequíveis, inclusive no que diz respeito às alíquotas tributárias incidentes sobre a empresa do Simples Nacional.

Acatando o parecer Opinativo, o Ente Licitante desclassificou a empresa, utilizando-se do parecer opinativo como fundamento.

Indignada com sua desclassificação, a empresa apresenta novo recurso, lançando mão dos mesmos argumentos utilizados anteriormente e novamente não demonstrando ou comprovando a regularidade de sua proposta, jogando para o município o ônus probatório, afirmando que caberia ao município a prova das irregularidades.

Em que pesem os argumentos lançados na presente peça processual, a verdade é que sequer deveria ser conhecida pelo Sr. Pregoeiro Oficial, uma vez que a empresa já foi ouvida anteriormente, quando se utilizou dos mesmos argumentos.

Entretanto, por cautela, passa-se a tratar dos argumentos utilizados de forma a demonstrar o acerto do parecer opinativo e da decisão de desclassificação da empresa, pelos argumentos jurídicos e fáticos a seguir ventilados:

III – DO DIREITO

Da Manutenção da Decisão

Da Cotação de Preços de Empresas do Simples Nacional

Inicialmente, constata-se que o presente Recurso não aborda frontalmente o conteúdo do parecer opinativo que fundamentou a decisão de desclassificação da empresa. O motivo é bastante claro e objetivo, a empresa apresentou proposta de preços, com inconsistências graves.

Mais especificamente, a empresa se utilizou dos benefícios do Simples Nacional para formação de preços, sabendo, ou pelo menos devendo saber, que a prática é vedada há muito tempo pelos tribunais judiciais e administrativos. A fundamentação da decisão, neste contexto, é irretocável.

Obviamente, por representar custos menores para as empresas optantes, o Simples implica em um custo impraticável e inexecutável, pois a empresa deverá posteriormente desenquadrar-se, nos termos da legislação, e esses custos serão aumentados em muito.

Assim, não há que se falar em legislação não aplicável, ou falta de fundamentação, ou ainda em desrespeito ao princípio do contraditório e ampla defesa, uma vez que a empresa se manifesta nesse momento e, novamente não trata do assunto.

Nesse contexto, é acertada a decisão que desclassifica a empresa por aplicar regime tributário vedado pela legislação de regência. Não se desconhece que as empresas optantes pelo regime tributário do Simples Nacional, podem participar de processos licitatórios que envolvam a cessão/locação de mão de obra mas, caso sejam declaradas vencedoras, precisarão solicitar o seu imediato desenquadramento.

Assim, por óbvio, é pacífico o entendimento de que as propostas elaboradas pelas empresas optantes do Simples Nacional, **para licitação que envolva locação/cessão de mão de obra**, deverão compor o custo com base no regime de comum, cotando suas planilhas com tributação no lucro real, sob pena de afronta ao princípio da isonomia entre os licitantes.

De acordo com a legislação previdenciária nos termos do regulamento da previdência social no §1º do artigo 219 do Decreto nº.3.048 de 06 de maio de 1999, conceitua-se assim mão de obra:

[...] 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, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

Com relação ao conceito de cessão de mão-de-obra no que diz respeito a legislação tributária, vale transcrever definição dada pela Receita Federal, por meio da Instrução Normativa nº 971/2009:

*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 1974.

Não obstante todos os arrazoados, a Lei 8.212/91 esclarece o conceito, ao definir no Art. 31, §3º, que: “§ 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 Receita Federal também já julgou a matéria, utilizando a mesma definição dos aludidos artigos:

RETENÇÃO NA FONTE. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. A locação de mão-de-obra pode ser definida como o contrato pelo qual o locador se obriga a fazer alguma coisa para uso ou proveito do locatário, não importando a natureza do trabalho ou do serviço. Os trabalhos são realizados sem a obrigação de executar a obra completa, ou seja, sem a produção de um resultado determinado. Na locação de mão-de-obra, também definida como contrato de prestação de serviços, a locadora assume a obrigação de contratar empregados, trabalhadores avulsos ou autônomos sob sua exclusiva responsabilidade do ponto de vista jurídico. A locadora é responsável pelo vínculo empregatício e pela prestação de serviços, sendo que os empregados ou contratados ficam à disposição da tomadora dos serviços (locatária), que detém o comando das tarefas, fiscalizando a execução e o andamento dos serviços. A locação de mão-de-obra, a empreitada exclusivamente de mão-de-obra e a cessão de mão-de-obra têm o mesmo tratamento tributário, submetendo-se à retenção na fonte”.¹ (g.n.) Receita Federal; Solução de Consulta nº 66, de 04 de março de 2004; Site: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Publicacoes/Legislacao/ProcessoConsulta/2004/DISIT06RF/Mar%C3%A7o/EDISIT06RF0403200400066.htm>;

Destarte, **tal hipótese é expressamente vedada aos optantes pelo Simples Nacional,** consoante determinação do art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006:

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.

O posicionamento no sentido de que a prestação de serviços terceirizados envolve concessão de mão de obra vem sendo brilhantemente acolhido em inúmeros julgados. Conforme abaixo, em sentença proferida pela Nobre Togada Soraia Tullio, da 4ª Vara Federal de Curitiba, no mandado de segurança nº 2009.70.00.030677-5/PR, interposto pela Agravante, abrangendo os mesmos fatos que ora se aplicam no caso em exame:

O conceito de cessão de mão-de-obra vem expresso no art. 31, § 2º da Lei nº 8212/91:

Art. 31. (...)

§ 2º 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 cujas características impossibilitem a plena identificação dos fatos geradores das contribuições, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros assemelhados especificados no regulamento, independentemente da natureza e da forma de contratação.

Sobre o conceito de cessão de mão-de-obra o Eg. TRF4 no AG 2008.04.00.021643-3, Segunda Turma, Relator Eloy Bernst Justo, D.E. 03/07/2008, decidiu que:

Cessão de mão-de-obra é figura própria do Direito do Trabalho, significando, em termos práticos, a contratação indireta da mão-de-obra por intermédio de empresa interposta. Essa contratação indireta vem crescendo enormemente, rebatizada de "terceirização". É adotada principalmente para serviços periféricos das empresas, não vinculados às suas finalidades institucionais, como limpeza e conservação, segurança, vigilância e outros assemelhados. Em torno desses serviços vicejaram empresas "prestadoras de serviços" que, na verdade, "alugam" trabalhadores para as empresas-clientes.

*O que identifica tais contratos é que a exploração da mão-de-obra, captada pela empresa intermediária, é feita direta ou indiretamente pela empresa contratante. Embora possa haver uma certa especialização (limpeza, segurança, etc), o determinante é a mão-de-obra em si, mais que o resultado do trabalho: não se contrata a vigilância, e sim vigilantes; não se contrata a limpeza, e sim faxineiros. São contratos de labor, e não de obra, embora muitas vezes se disfarce a merchandage sob as vestes da empreitada ou de outra figura jurídica. **Foi exatamente esse o conceito de cessão de mão-de-obra adotado pelo § 3º do art. 31 da Lei 8.212/91.***

O conceito de cessão de mão-de-obra exige a colocação dos trabalhadores à disposição do contratante. Ficar à disposição significa ficar sujeita às ordens, ao controle, à vontade do contratante.

Verifica-se, assim, que há a necessidade de existência de serviço contínuo perpetrado por trabalhador que fica à disposição da tomadora, sob sua fiscalização”.

A esse respeito, nos termos do que orienta o Tribunal de Contas da União, o licitante optante pelo regime simples nacional pode participar de processo licitatório cujo objeto envolva outras atividades além de limpeza e vigilância e que haja concessão de mão de obra, **todavia**, deve o licitante comprovar seu pedido de exclusão e de que **em sua proposta de preços não foram considerados os benefícios da Lei 123/06:**

A condição de optante pelo Simples Nacional não constitui óbice à participação de empresa em licitação para a prestação de serviços de limpeza, conservação e higienização, desde que comprovada a não

utilização dos benefícios tributários desse regime diferenciado na proposta de preços (art. 17, inciso XII, da LC 123/2006). Caso declarada vencedora, a empresa deverá solicitar a exclusão do referido regime, nos termos do art. 31, inciso II, da mesma lei complementar. Por determinação do Acórdão 1.511/2015 Plenário, foi instaurada representação com a finalidade de avaliar supostas irregularidades na contratação efetivada pelo Hospital Universitário da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (HU/UFMS) da empresa vencedora do Pregão Eletrônico 198/2010, tendo por objeto a “prestação de serviços de limpeza, conservação e higienização de ambientes administrativos e médico-hospitalares, internos e externos, com fornecimento de materiais de consumo e equipamentos”. Entre as irregularidades identificadas, estava a “inserção de cláusula restritiva à competitividade no edital de licitação”, a qual “dizia respeito à proibição de participação no certame de empresas optantes do Simples Nacional, tendo em vista o que dispunha o art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006, o que afrontaria o art. 3º, caput e § 1º, inciso I, e o art. 30 da Lei 8.666/93, assim como a jurisprudência do Tribunal de Contas da União”. Instados a se manifestarem, o ex-Presidente da Comissão Permanente de Licitação e o então Procurador Federal junto à UFMS apresentaram justificativas que foram acolhidas pela unidade técnica, sob o argumento de que, “embora a interpretação do art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006, dada pelos agentes não tivesse sido a mais adequada, ela não o fora de todo desarrazoada ou absurda. Assim, seria escusável que os responsáveis tivessem agido daquela maneira, o que os eximiria de culpabilidade na prática da infração”. Corroborando, em essência, a proposta da unidade instrutiva, o relator assinalou em seu voto que o art. 17, inciso XII, da LC 123/2006 “não serve para alijar as micro e pequenas empresas optantes do Simples Nacional de licitações visando à terceirização de mão-de-obra, mas tão somente dispor que essas empresas, ao optarem pela realização de serviços de cessão ou locação de mão-de-obra, devem ser excluídas do regime do Simples Nacional”. Nesse sentido, o edital em exame “extrapolou o que estava previsto no inciso XII do art. 17 da Lei Complementar

123/2006, restringindo indevidamente a competitividade do certame, ao proibir a participação de empresas optantes do Simples Nacional no certame”. A despeito de ressaltar que a melhor hermenêutica do art. 17, inciso XII, da LC 123/2006 não fora adotada pelos responsáveis no âmbito do Pregão Eletrônico 198/2010, o relator ponderou que, na época da realização do certame, “havia dúvidas sobre como os dispositivos da referida lei deveriam ser aplicados nas licitações públicas. A jurisprudência do Tribunal ainda não estava consolidada”. E arrematou: “Portanto, não se vislumbra na conduta dos responsáveis a culpabilidade necessária para que sejam apenados”, reputando pertinente, todavia, dar ciência da restrição contida no edital em exame ao hospital universitário, “para que a infração não volte a ocorrer”. Acolhendo a proposta do relator, o Plenário decidiu dar ciência ao HU/UFMS, administrado atualmente pela Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH), de que: a) “constitui restrição à competitividade a inserção, nos editais de licitação para a contratação de empresas prestadoras de serviço de limpeza, conservação e higienização, de cláusula proibitiva de participação de empresas optantes do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional”; e b) “consoante jurisprudência desta Corte (Acórdãos 2798/2010, 1627/2011, 2510/2012, 1914/2012 e 341/2012, todos do Plenário), à luz do disposto no art. 17, XI [XII], da Lei Complementar 123/2006, é vedada à licitante, optante pelo Simples Nacional, a utilização dos benefícios tributários do regime tributário diferenciado na proposta de preços e na execução contratual (com relação ao recolhimento de tributos), estando ela sujeita, em caso de contratação, à exclusão obrigatória desse regime tributário diferenciado a contar do mês seguinte ao da assinatura do contrato, nos termos do art. 31, inciso II, da referida lei complementar”. Acórdão 1113/2018 Plenário, Representação, Relator Ministro Bruno Dantas.

Ora, como se vê, é o licitante que deve comprovar sua regularidade. Não há fundamento para exigir do ente licitante a comprovação de irregularidade no ato de desclassificação, invertendo o

ônus da prova. Isso seria um verdadeiro absurdo.

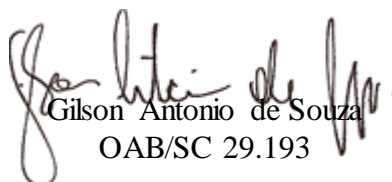
Na verdade, é obrigação do órgão licitante fazer com que sejam cumpridas as determinações contidas no art. 17, inc. XII, da LC 123/2006, devendo observá-las no julgamento das propostas, seja por expressa previsão editalícia, ou por aplicação tácita da lei, **não podendo jamais convalidar com as ilegalidades apontadas, vez que só lhe é autorizado agir dentro do que está determinado em lei**, pois sua atividade é vinculada a ela.

IV – DOS PEDIDOS

Por todo exposto, evitando-se quaisquer equívocos no âmbito do presente processo licitatório, a **ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.**, requer o não conhecimento do recurso interposto pela Recorrente, ou, caso entenda-se cabível o recurso, sua improcedência total ratificando-se os argumentos já ventilados no Parecer da Controladoria Interna da Prefeitura Municipal de Xanxerê.

Nesses termos, pede deferimento.

Xanxerê/SC, 23 de abril de 2020.



Gilson Antonio de Souza
OAB/SC 29.193