

## PARECER JURÍDICO

- Encaminhamento:** Setor de Licitações do Município de Xanxerê.
- Interessados:** FLASH SERVIÇOS EIRELLI - S M BUDNIAK & CIA LTDA - UNIJPE SERVIÇOS E TRANSPORTES.
- EMENTA:** SERVIÇOS DE TERCEIRIZAÇÃO. PROPOSTAS DE COMPOSIÇÃO DE CUSTOS COM BASE NO SIMPLES NACIONAL. PROPOSTAS INCOMPATÍVEIS COM LOCAÇÃO E CESSÃO DE MÃO DE OBRA. RECURSOS INDEFERIDOS.

### RELATÓRIO

O Setor de Licitações e Contratos requer parecer jurídico a respeito do Processo Licitatório – Pregão nº 0019/2020, cujo objeto é a contratação de empresa destinada a prestação de serviços de serviços gerais, zelador e merendeiras, ou seja, mão de obra terceirizada.

As empresas FLASH SERVIÇOS EIRELLI, S M BUDNIAK & CIA LTDA AGIL e UNIJPE SERVIÇOS E TRANSPORTES, após serem desclassificadas do certame na análise das propostas, apresentaram recurso.

A FLASH alega diferenças com a empresa ORBENK sugerindo ainda um direcionamento, continua dizendo que a Administração agiu com “pegadinhas no edital”, fugindo daquilo que era proposto no edital.

A S M BUDNIAK & CIA LTDA - AGIL alega que sua proposta é exequível, e que não seria necessária a apresentação de planilhas, argumentou da mesma forma que a situação de estar enquadrada no simples não era óbice a sua participação, dizendo que a municipalidade estaria exigindo documentos que não eram exigidos no edital.

A empresa UNIJPE SERVIÇOS E TRANSPORTES igualmente argumentou que sua proposta é exequível e que a aferição da mesma deve se dar pelo valor global, não unitário.



A empresa ORBENK apresentou contrarrazões dos recursos reiterando à manutenção da decisão administrativa excluindo do certame as empresas recorrentes.

É o relato. Opino.

### PARECER

Precipualemente é importante esclarecer que o julgamento das propostas anteriormente apresentadas deu-se de forma a economia do processo licitatório, do qual, foi constatado irregularidades nas propostas das empresas classificadas na fase de lances, com isso, procedeu-se com a chamada da 4ª colocada para apresentação da sua proposta, sem haver “atropelamento dos atos”, tanto que, as desclassificadas é oportunizado nesse momento a apresentação de recurso.

Passado isso, analisam-se os recursos individualmente, vejamos.

A empresa FLASH mais uma vez reitera que sua proposta é válida, sustentando que a municipalidade “criou” situações não exigidas no edital para desclassificá-la.

A verdade não é essa!

Como já dito e pelo parecer da controladoria interna anteriormente já descrito:

*A empresa FLASH SERVIÇOS EIRELLI ME apresentou a composição dos custos dos serviços de mão de obra baseado na Medida Provisória nº 905 de 11 de novembro de 2019, que institui o contrato de trabalho verde e amarelo, do qual cabem as seguintes considerações:*

- 1. O contrato verde e amarelo é uma modalidade de **contratação destinada a criação de novos postos de trabalho para as pessoas entre dezoito e vinte e nove anos de idade, para fins de registro de primeiro emprego** em carteira de trabalho e previdência social;*
- 2. A contratação total de trabalhadores nesta modalidade fica limitada a 20% do total de empregados da empresa, levando-se em consideração a folha de pagamento do mês corrente da apuração;*
- 3. **Só poderão ser contratados nesta modalidade os trabalhadores com salário base mensal de até um salário mínimo e meio nacional;***
- 4. O contrato será celebrado por prazo determinado, por até 24 (vinte e quatro) meses;*



5. **A alíquota mensal do FGTS neste contrato é de 2%, independentemente do valor da remuneração;**

6. *Ficam isentas das parcelas incidentes sobre a folha de pagamento (contribuição previdenciária, salário-educação e contribuição destinada ao SESI, SESC, SEST, SENAI, SENAC, SENAT, SEBRAE, INCRA, SENAR e SESCOOP);*

*O objetivo da medida provisória é reduzir a carga tributária das empresas a fim de aumentar os postos de trabalho, entretanto, esta modalidade não poderá ser aplicada para fins de composição de custos dos serviços contínuos de mão de obra terceirizada em serviços de limpeza e conservação em serviços gerais, serviços com merendeira e serviços com zelador, pois não retrata a realidade da composição de preços apresentada pela proponente.*

*Importante ressaltar, que além da utilização dos benefícios da Medida Provisória nº 905, a planilha apresentada demonstra inconsistências quanto ao valor do vale transporte estabelecido em planilha em R\$ 58,00, entretanto o custo da passagem é de R\$ 3,30 (compra antecipada), nos termos do Decreto Municipal 214/2018 e ainda na alíquota do ISS do município, a qual foi estabelecida como 2% e de acordo com o Código Tributário Municipal é de 3%.*

*Desta forma, a utilização dos benefícios da MP 905 e as inconsistências apresentadas nas planilhas de custos dos serviços contínuos de mão de obra terceirizada em serviços de limpeza e conservação em serviços gerais, serviços com merendeira e serviços com zelador, refletem diretamente na formação dos preços da empresa Flash Serviços Eirelli Ltda, contribuindo para que a proposta apresentada não seja exequível e ainda demonstrando que a proponente possivelmente não consiga honrar os compromissos decorrentes de salários e obrigações patronais aos seus colaboradores.*

***Frente ao exposto, esta Controladoria é de parecer que a proposta de preços apresentada pela empresa FLASH SERVIÇOS EIRELLI ME é inexecuível.*** (grifei)

A decisão deve ser mantida, explico.

A Lei Complementar nº 123/06 é bastante clara ao determinar que não podem optar pelo Super Simples ou Simples Nacional as empresas que prestem serviço de locação de mão-de-obra, como é o caso da FLASH. Referida pretensão está expressamente disposta no artigo 17, inciso XII da referida Lei Complementar 123/2006, *in verbis*:

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;



A jurisprudência segue a linha:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - MICROEMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA - SIMPLES NACIONAL - IMPOSSIBILIDADE. **Em homenagem ao art. 17, XII da Lei Complementar nº 123/2006, as microempresas e empresas de pequeno porte que realizem a cessão ou locação de mão-de-obra não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional.** (TJMG - Apelação Cível 1.0000.18.010154-5/002, Relator(a): Des.(a) Jair Varão , 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 09/05/2019, publicação da súmula em 10/05/2019) (grifei)

O fato da autoridade julgadora considerar a empresa habilitada para participar do certame, **não garante, contudo, a sua execução contratual por infringência a norma tributária.** Bem por isso foi ofertada a empresa após ser classificada em primeiro no processo licitatório, a teor do artigo 43, 3º, da Lei 8.666/93, a apresentação da planilha dos valores, para que fosse analisado o seu enquadramento tributário, e nessa fase, verificou-se que a empresa apresentou proposta com base na Medida Provisória 905/2019 – Contrato Verde Amarelo, que como já dito, é regime vedado pelo disposto na Lei acima citada, fato esse que representa flagrante ofensa aos princípios norteadores do processo licitatório, entre eles o Princípio da Igualdade e Legalidade. Assim é forçoso reconhecer como inadequada a proposta apresentada, pois não atende a norma de tributação aplicada a espécie.

Além do mais, o contrato pela MP 905/2019 só pode ser feito com trabalhadores que se enquadrem na contratação de novos postos de trabalho para pessoas de 18 a 29 anos, desde que, tenham como base salários de até um salário mínimo e meio mensal, fato esse que também é inconsistente com a proposta de valores dos cargos ofertados pela Flash, dado que, o menor valor ofertado pela Flash foi de R\$ 2.400,00. Soma-se ainda o fato que a MP 905/2019 perdeu sua validade em 23/04/2020.

Frente a isso, deve ser mantida a desclassificação da empresa FLASH, pois sua proposta é contrária a legislação.

A empresa S M BUDNIAK & CIA LTDA – ÁGIL, pelo relato no parecer retro, foi excluída do certame diante do parecer da Controladoria Interna, a qual reprimou:





“A empresa **S M BUDNIAK & CIA LTDA** apresentou a composição dos custos dos serviços de mão de obra baseado com tributação pelo Simples Nacional, da qual cabem algumas considerações:

A Lei Complementar 123/06 é bem clara quando diz em seu Inciso XII do Artigo 17 quanto a proibição de empresas prestadoras de Serviços Contínuos de Cessão ou Locação de Mão-de-obra:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte

I – [...]

XII – que realize cessão ou locação de mão-de-obra

Por outro lado, as Atividades de Vigilância Patrimonial, Limpeza e Conservação que também é uma prestação de Serviços Contínuos de Cessão ou Locação de Mão-de-obra, ficarão de fora desta proibição, ou seja, podem ser optantes do Simples Nacional, conforme diz o parágrafo 1º desse mesmo artigo:

§ 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 parágrafo 5º C, Inciso VI do Artigo 18, diz textualmente a que estas atividades podem sim ser optantes do Simples nacional:

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 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 – [...]

VI – serviço de vigilância, limpeza ou conservação.

Estas dúvidas foram sanadas através de diversos Acórdãos e Decisões do Tribunal de Conta da União – TCU, **Acórdão n.º 2798/2010-Plenário e o Acórdão n.º 2798/2010-Plenário**, conforme segue:

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 n.º 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.***

*As 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:*

*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, conseqüentemente, 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 ocorreria, 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.*

*Conforme jurisprudências do TCU qualquer Microempresa ou Empresa de pequeno porte optante ou não do Simples Nacional poderão participar de licitações cujo objeto é Cessão ou locação de Mão-de-obra que não seja Vigilância Patrimonial ou Limpeza e Conservação, **porém os preços apresentados não poderão receber os benefícios do Simples Nacional.** Frente ao exposto, esta Controladoria é de parecer que a proposta de preços apresentada pela empresa S M BUDNIAK & CIA LTDA não apresenta de forma real a composição dos custos, devido a vedação dos benefícios do Simples Nacional para esta atividade." (grifei)*

Veja-se, no julgamento do parecer foi mencionado que "...a empresa licitante estar enquadrada no simples não revela óbice a sua participação, contudo, frente ao relato emitido pela Controladoria Interna Municipal, verificou-se que as empresas habilitadas aos lances FLASH SERVIÇOS EIRELLI - S M BUDNIAK & CIA LTDA e UNIJPE SERVIÇOS E TRANSPORTES não apresentaram liquidez em suas propostas, afrontando de tal maneira os artigos 43 e 48 da lei 8.666/93, ou seja, em suas composições de preços e alíquotas tributárias, quando ofertada a possibilidade de apresentação de custos, apresentaram argumentos que não condizem com a realidade dos fatos..."

Em seu recurso, a empresa ÁGIL deu interpretação errônea ao julgamento, visto que, sua desclassificação do certame ocorreu pelo fato da empresa ter apresentado sua composição de preços com base na tributação do Simples Nacional, fato esse vedado pela legislação, mesma situação da empresa FLASH.

Novamente intimada para apresentar planilha com composição de preços com base no desenquadramento do regime, a resposta foi a seguinte:

*"A empresa S. M. BUDNIAK CIA LTDA ME, não tem interesse em se desenquadrar do regime simples nacional, uma vez que em primeira análise e montagem do processo não tinha essa previsibilidade em edital sendo assim a planilha de formação de preço junto com a proposta de preço realizadas no regime simples nacional e o qual nesse momento do processo fazer alteração da tributação contida na base de elaboração das planilhas*



*não atendera as exigências da convenção e naturalmente os valores estarão sendo alterados o que nesse momento do processo não é possível. sendo assim esta empresa solicita a nomeada comissão e setor jurídico, que de prosseguimento ao processo licitatório abrindo os prazos para contra-razões e demais fazes.”*

Ora, não havendo interesse em fazer o desenquadramento, não pode o município contratar com a Licitante, sobre o risco de incidir em ilegalidade. Cito outras jurisprudências análogas ao caso:

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRAÇÃO - SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO (SESC) - LICITAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - ORDEM DENEGADA - **RECURSO PROVIDO** O processo licitatório rege-se também por princípios, entre os quais destaca-se o "princípio da igualdade de todos os licitantes" (Lei n. 8.666/1993, art. 3º). Às empresas submetidas a "Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional" (LC n. 123/2006) são outorgados benefícios de natureza tributária que comprometem o princípio da igualdade; proporcionam-lhe privilegiadas condições de competitividade, que devem ser anuladas. Ademais, não pode optar pelo "**Simples Nacional**" empresa que "**realize cessão ou locação de mão-de-obra**" (LC n. 123/2006, art. 17, XII). Em face dessa vedação, impunha-se a sua exclusão de processo licitatório que tem por objeto a **contratação de mão-de-obra para prestação de serviços de telefonista**. (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2009.057809-8, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, Primeira Câmara de Direito Público, j. 19-10-2010). (grifei)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. MICROEMPRESA. **FORNECIMENTO DE MÃO-DE-OBRA. OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 17, XII, DA LC 123/2006. SANEAMENTO DA IRREGULARIDADE. NECESSIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. Nos termos do art. 17, XII, da Lei Complementar nº 123/2006, a microempresa ou empresa de pequeno porte que realize cessão ou locação de mão-de-obra não poderá recolher os tributos na forma do Simples Nacional. 2. Demonstrado que a impetrante, ao participar do procedimento licitatório, elaborou proposta de preços como não optante pelo Simples Nacional e que na vigência do contrato apresentou fatura para pagamento como optante pelo regime tributário diferenciado, não há falar em ilegalidade na**





exigência por parte da Administração, de migração para o regime comum, sob pena de rescisão do contrato. 3. Inexistindo excesso da autoridade administrativa na espécie, ante a estrita observância de preceito legal, não cabe a revisão do ato impugnado pelo Judiciário, por ausência de direito líquido e certo. 4. Apelação a que se nega provimento. Ap 0038583-88.2011.4.01.3400 / DF. Relator: Exmo. Sr. DESEMBARGADORA FEDERAL DANIELE MARANHAO COSTA. Revisor: Exmo (a). Sr(a). Presidente da Sessão: Exmo(a). Sr(a). DESEMBARGADORA FEDERAL DANIELE MARANHAO COSTA. Julgado em: 12/06/2019. (grifei)

Mantém-se, assim, a desclassificação da empresa ÁGIL do certame.

Quanto a empresa UNIJPE, a mesma não apresentou nenhum contrário quanto a sua desclassificação pela inexequibilidade da proposta apresentada, assim, cito para decidir novamente o parecer da Controladoria Interna:

*“A fim de demonstrar a metodologia da avaliação da exequibilidade da proposta ofertada pela empresa, seguem os cálculos:*

*Licitante A - R\$ 6.500,00*

*Licitante B - R\$ 7.685,33*

*Licitante C - R\$ 6.194,31*

*Licitante D - R\$ 8.043,28*

*Licitante E -R\$ 7.702,66*

*Licitante F – R\$ 3.352,02*

*Valor orçado pela administração R\$ 8.259,08 x 50% = R\$ 4.129,54.*

*Média das propostas acima de 50% do valor orçado pela administração = (6.500,00+ 7.685,33 + 6.194,31 + 8.043,28 + 7.702,66) / 5 = R\$ 7.225,12*

*É inexequível a proposta inferior a 70% de R\$ 7.225,12, portanto inferior a R\$ 5.057,58. Frente ao exposto, têm-se que a proposta de preços apresentada pela empresa UNIJPE SERVIÇOS E TRANSPORTE LTDA para o item 4 é inexequível.*

*E ainda considerando que o erro na cotação dos preços do item 04 interferem no valor da proposta global em R\$ 120.672,72 esta Controladoria é de parecer que a proposta de preços apresentada pela empresa UNIJPE SERVIÇOS E TRANSPORTE LTDA deverá ser desclassificada do certame.” (grifei)”*



**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 FLASH SERVIÇOS EIRELLI - S M BUDNIAK & CIA LTDA e UNIJPE SERVIÇOS E TRANSPORTES no Processo Licitatório - Pregão nº 0019/2020,** convocando-se a quarta colocada no certame - ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA. Igualmente, intime-se novamente a empresa ORBENK para reformular sua proposta para um valor menor que a oferta inicial, diante do quadro econômico do município e da pandemia que assola o mundo todo. Após a apresentação da oferta, encaminhe-se novamente para o Chefe do Executivo para análise.

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

Xanxerê/SC, 24 de abril de 2020.



**AVELINO MENEGOLA**  
Prefeito Municipal