

## PARECER JURÍDICO

**Encaminhamento:** Setor de Licitações e Contratos do Município de Xanxerê/SC

**Interessado:** AGIL EIRELI

**EMENTA:** IMPUGNAÇÃO AO EDITAL. SERVIÇO DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA. SERVIÇO CARACTERIZADO COMO CESSÃO DE MÃO DE OBRA. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL PODE PARTICIPAR DE LICITAÇÕES CUJO OBJETO SEJA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS VEDADOS PELA LC Nº 123/2006, DESDE QUE COMPROVADA A NÃO UTILIZAÇÃO DO REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO NA PROPOSTA DE PREÇOS, E CASO VENHA A SER CONTRATADA, COMUNIQUE O FISCO PARA EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. PRECEDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

### RELATÓRIO

O Setor de Licitações e Contratos do Município de Xanxerê/SC solicitou pela emissão de parecer jurídico acerca da **impugnação** exarada pela empresa **AGIL EIRELI.**, ao Edital do **Processo Licitatório nº 0002/2024, Pregão Eletrônico nº 0001/2024**, cujo objeto refere-se à *“Contratação de empresa especializada para Prestação de serviços continuados de terceirização de mão de obra de apoio as atividades operacionais, de caráter subsidiário (operador de máquinas pesadas) para atender a Secretaria Municipal de Agricultura de Xanxerê-SC (...)”*.

A empresa impugnante mostrou-se irresignada com relação ao item “3” do Termo de Referência, ao indicar que o contratado não poderá se beneficiar da condição de optante pelo Simples Nacional *“em razão do disposto no art. 17, XII da Lei Complementar nº 123/2006 (...)”*. Alegou a impugnante que o serviço objeto do edital não se refere a uma cessão de mão de obra, e que as *“atividades desempenhadas pela empresa (...) são de prestação de serviços, logo ficarão de fora desta proibição”*. Neste sentir, que estaria a Administração ferindo o princípio da igualdade e da ampla competitividade do certame. Pugnou, por fim, pela readequação ao Edital para que fosse permitida a participação de empresas optantes pelo simples nacional.

Veio a impugnação encaminhada até esta Procuradoria Jurídica para emissão de parecer.

É lacônico relatório.

## PARECER

Como dito em relatório, insurge-se o impugnante quanto ao item "3" do Termo de Referência, que assim dispõe, *in litteris*:

*3. REQUISITOS DA CONTRATAÇÃO. O serviço objeto desta contratação será realizado mediante cessão de mão de obra e, em virtude disso, o contratado não poderá beneficiar-se de eventual condição de optante pelo Simples Nacional, em razão do disposto no art. 17, XII da Lei Complementar nº 123/2006, que impede a opção ou a permanência do Simples Nacional de empresas que prestam serviços mediante cessão de mão de obra. Assim, o contratado estará sujeito as normas aplicáveis ao Regime Comum de Tributação, o que inclui a retenção na fonte da contribuição previdenciária (INSS) e do imposto de renda, além da retenção do ISSQN com base na alíquota prevista na Lei Municipal. (Grifei)*

Pois bem!

Primeiramente de esclarecer que o objeto do presente Processo refere-se a uma "cessão de mão-de-obra", não havendo que diferenciá-lo de uma "prestação de serviços", como quer fazer parecer o impugnante. O objeto pretendido pela Administração Pública é um serviço, e não meramente um fornecimento de mão-de-obra; logo, entende-se que o serviço *terceirizado* "de mão de obra de apoio as atividades operacionais, de caráter subsidiário (operador de máquinas pesadas)" enquadra-se, inegavelmente, como uma cessão de mão-de-obra.

O Comitê Gestor do Simples Nacional define "cessão ou locação de mão-de-obra" como sendo 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.** Por colocação à disposição da empresa contratante entende-se a cessão do

trabalhador em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato”.<sup>1</sup> Trata-se, exatamente, do objeto pretendido pela Administração Pública.

Portanto, em sendo o objeto uma cessão de mão-de-obra, ciente de que não poderá a empresa proponente “recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional”. Essa é a redação do art. 17, inciso XII da LC 123/2006, senão, *in litteris*:

*Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte: (...) **XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra;***

Imperioso citar, entretanto, que a adesão ao Simples Nacional é concedida às empresas - ainda que no contrato social constem atividades vedadas -, desde que a empresa não esteja exercendo tais atividades (visto que a LC 123/2003 trata diferentemente algumas atividades específicas, como serviços de vigilância, limpeza ou conservação).

Fora neste exato sentir que o Tribunal de Contas da União (TCU) se manifestou, conforme vê-se do Acórdão nº 2798/2010 – Plenário, ao entender que determinada empresa optante do simples **PODE** participar de licitações cujo objeto seja a prestação de serviços vedados pela LC 123/2006, **DESDE QUE COMPROVADA A NÃO UTILIZAÇÃO DO REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO** na proposta de preços. E, na hipótese em que vier a ser contratada, far-se-á obrigatório que comunique o fisco para imediata exclusão do Simples, passando a recolher os tributos exigidos pelo regime comum.

Em Acórdão do Relator André de Carvalho (Acórdão nº 4023/2020 – Segunda Câmara), assim também restou definido, senão, veja-se:

**A condição de optante pelo Simples Nacional não constitui óbice à participação de empresa em licitação para prestação de serviços com cessão de mão de obra, desde que comprovada a não utilização dos benefícios tributários de tal regime diferenciado na proposta de preços.** Caso declarada vencedora, a empresa deverá solicitar a exclusão do referido regime. (Grifei)

A jurisprudência do TCU é, portanto, no sentido da vedação à licitante, optante pelo Simples Nacional, da utilização dos benefícios tributários do simples nacional na proposta de preços e na execução do contrato, com relação ao recolhimento de tributos, devendo em caso de

<sup>1</sup> Resolução CGSN nº 58, de 27 de abril de 2009.

contratação providenciar a exclusão obrigatória desse regime tributário diferenciado a contar do mês seguinte ao da assinatura do contrato, nos termos do art. 31, inciso II, da aludida Lei Complementar.

De forma análoga, o entendimento extraído do Acórdão nº 797/2011 – Plenário (TCU), senão:

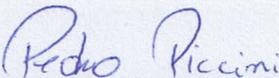
1. incluir nos editais de suas licitações disposição no sentido de que, em ocorrendo as hipóteses de vedação de opção pelo Simples Nacional (arts. 17, XII, e 30, II, da LC 123/2006), seja vedada à licitante, optante pelo Simples Nacional, a utilização dos benefícios tributários desse regime na sua proposta de preços e na execução contratual (com relação ao recolhimento de tributos), ressaltando que, em caso de contratação, estará sujeita 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; 2. no momento imediatamente anterior à assinatura de seus contratos, verifique se a licitante vencedora, que iniciará a prestação de serviços à entidade, não se enquadra em quaisquer das vedações previstas na LC 123/2006, tomando, se for o caso, as providências para que a Secretaria da Receita Federal do Brasil tenha imediata ciência da situação. (Grifei)

Não haverá redução de participação de empresas interessadas no certame; tampouco há direcionamento editalício para uma ou outra empresa específica. Assim, com relação ao pedido do impugnante, tem-se que empresas optantes pelo simples nacional poderão participar do certame (com a condição de que não utilizem do regime tributário diferenciado na proposta de preços); porém, na hipótese em que eventualmente contratado(s) para a execução do ajuste, deverão comunicar o fisco para sua devida exclusão do simples.

**Assim, frente ao exposto**, considerando as disposições legais acerca do tema, o **OPINATIVO** é pelo **INDEFERIMENTO** da impugnação apresentada pela empresa **AGIL EIRELI.**, mantendo-se o Edital em seus exatos termos.

É, portanto, o opinativo que submeto à apreciação superior.

Xanxerê/SC, 16 de fevereiro de 2024.

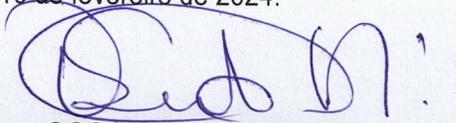
  
**PEDRO HENRIQUE PICCINI**  
Consultor Jurídico do Município de Xanxerê  
OAB/SC 61.229



**DECISÃO:**

Considerando os termos do parecer jurídico retro, que passam a fazer parte integrante desta decisão, **ACATO o OPINATIVO na íntegra**, ao fim de **INDEFERIR** a impugnação apresentada pela empresa **AGIL EIRELI.**, mantendo-se o Edital em seus exatos termos.

Xanxerê/SC, 16 de fevereiro de 2024.



**OSCAR MARTARELLO**

Prefeito Municipal