

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO MUNICÍPIO DE XAXIM-SC.  
ILMA. AUTORIDADE SUPERIOR COMPETENTE.**

**PREGÃO PRESENCIAL Nº 48/2014**

*Processo Licitatório 090/2014*

*Contratação de empresa para execução dos serviços de limpeza, conservação e manutenção junto as Unidades de Saúde do Município de Xaxim – SC, de acordo com o termo de referência anexo ao presente Edital.*

**ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 79.283.065/0001-41, com sede na Rua Dona Leopoldina, 26, Centro, Joinville - SC, vêm, tempestivamente, por meio de seu representante legal, interpor

**RECURSO ADMINISTRATIVO**

Com base na Lei n.º 10.520/02 e 8.666/93, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

Requer-se, desde já, caso ultrapassado o juízo de retratação, o recebimento das presentes razões de recurso, na forma prevista em lei, com seu encaminhamento, devidamente informado, à autoridade superior para a devida apreciação, requerendo sua total e completa procedência.

**PREFEITURA MUNICIPAL XAXIM**  
**RECEBIDO** 28 / 04 / 2014  
08:32   
Protocolo



## I - DA LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA – SIMPLES NACIONAL

1. Higieniza Serviços, Limpeza e Conservação Ltda – EPP
2. Essencial Produtos para Higiene e Limpeza Ltda-ME
3. Castilho & Moreira Comércio e Serviços Ltda-ME

De acordo com o edital, podemos constatar que haverá cessão de mão de obra, uma vez que a empresa vencedora deverá colocar à disposição do ente contratante funcionários para execução do serviço. Vejamos o termo de referência (Anexo I):

*“I. Na proposta deverá estar incluso despesas com alimentação, transporte e EPIs (uniforme, crachá de identificação), fornecido aos funcionários colocados a disposição pela licitante vencedora;*

*II - Os profissionais que prestarão serviço nas Unidades de Saúde, deverão seguir as normas e rotinas estabelecidas pela Secretaria de Saúde;” (g.n.)*

E ainda, dispõe a minuta contratual:

**“CLAUSULA QUARTA - DAS CONDIÇÕES E FORMAS DOS PAGAMENTOS: Para liberação dos pagamentos dos serviços contratados, a contratada deverá fornecer mensalmente a relação dos empregados que trabalharam de forma direta ou indireta na execução dos serviços contratados, comprovado através da ficha de registro; deverá anexar também a GFIP – Guia de FGTS e Informações a Previdência Social, contendo a relação dos empregados com prova de recolhimento de todos os encargos; cópia dos cartões de controle do horário de trabalho; e prova de pagamento dos salários dos empregados.” (g.n.)**

Cumprе apontar que todas as empresas recorridas são optantes pelo regime tributário intitulado SIMPLES NACIONAL, no que trata a cessão de mão-de-obra, o que lhes gera manifesta vantagem tributária.

Explica-se:

Conforme se extrai do site da Receita Federal, consulta optante pelo simples nacional, todas as recorridas são optantes pelo regime.

Dois aspectos precisam ser observados no caso em exame. *A priori*, os serviços contratados implicam na cessão ou locação de mão de obra ao tomador de serviços, uma vez que estamos tratando de serviços contínuos, onde o(s) funcionário(s) da contratada ficarão à disposição da administração pública.

*A posteriori*, consoante se observa do próprio Edital, haverá cessão de mão-de-obra nos diversos postos. Tal atividade é expressamente vedada aos optantes pelo simples nacional, consoante determinação do art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006.

Nota-se, aqui, que não se trata de faturamento de empresa que, no exercício seguinte, deixa de ser optante pelo Simples Nacional (casos do Art. 3º, §9º, da LC 123/06), mas sim de expressa vedação legal no que trata a cessão ou locação de mão-de-obra, o que se coaduna em manifesta ilegalidade perpetrada em prejuízo da Recorrente que, apesar de cumprir a lei, se vê impedida de competir com empresa indevidamente incluída no regime de benefício do Simples Nacional, sujeita às alíquotas reduzidas constantes no Anexo IV, da Lei Complementar 123/06.

O artigo 17, inciso XII, da Lei Complementar nº 123/2006 é claro ao determinar:

*“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 exercem em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo.**” (g.n.)*

Portanto, observando as aludidas determinações, tem-se que **a Administração não pode compactuar com as ilegalidades apontadas, não podendo, sob hipótese alguma, afastar a disciplina normativa, que é clara e espraia seus efeitos a todas as esferas da Administração Pública.**

Assim, sob um ou dois fundamentos a proposta não pode ser admitida.

- 1- Os serviços implicarão em cessão de mão-de-obra;
- 2- A lei veda expressamente a opção pelo simples àqueles que realizam, em conjunto, atividades vedadas pela Lei, como no caso licitado.

Logo, não se trata apenas de serviços esporádicos, mas sim de serviços contínuos, onde a empresa deverá ceder ou locar a mão-de-obra para administração pública, que será a tomadora desse serviço.

Com efeito, o artigo 18, §5º B e C, esclarece que estas atividades não poderão ser prestadas em prejuízo do §1º, do Art. 17, ou seja, não poderão ser realizados em conjunto com cessão ou locação de mão-de-obra.

Assim, em que pese a legislação autorizar serviços de limpeza e vigilância (Art. 18, inciso VI, da L. 123/06), a empresa não poderá, em conjunto, realizar atividade que implique em cessão ou locação de mão-de-obra (Art. 17, inciso XII e §1º), como no caso presente.

Com relação ao conceito de cessão de mão-de-obra, vale transcrever definição dada pela Receita Federal, por meio da Instrução Normativa 971:

*“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.” (g.n.)*

A Receita Federal também já julgou a matéria, utilizando a mesma definição do aludido artigo:

*“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”<sup>1</sup> (g.n.)*

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,*

<sup>1</sup> 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>;

quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

Podemos assinalar edital realizado pelo **Tribunal de Contas da União**, em que o serviço era de limpeza, havendo cessão de mão de obra. Vejamos o tratamento dado pelo TCU para o caso:

“TCU. PREGÃO ELETRÔNICO Nº 7/2011 – 18/02/2011 – UASG 30001 – [www.comprasnet.gov.br](http://www.comprasnet.gov.br) . Consulta em 01/2013. Objeto: **A presente licitação tem como objeto a contratação de serviços continuados de limpeza, conservação e higienização, em regime de empreitada por preço unitário, nas dependências da Secretaria de Controle Externo no Estado de Sergipe – Secex-SE, conforme especificações constantes do Anexo II deste edital. (...)5. Considerando tratar-se de contratação de serviços mediante cessão de mão de obra, conforme previsto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24/07/1991 e alterações e nos artigos 112, 115, 117 e 118, da Instrução Normativa – RFB nº 971, de 13/11/2009 e alterações, o licitante Microempresa - ME ou Empresa de Pequeno Porte – EPP optante pelo Simples Nacional, que, por ventura venha a ser contratado, não poderá beneficiar-se da condição de optante e estará sujeito à retenção na fonte de tributos e contribuições sociais, na forma da legislação em vigor, em decorrência da sua exclusão obrigatória do Simples Nacional a contar do mês seguinte ao da contratação em consequência do que dispõem o art. 17, inciso XII, art. 30, inciso II e art. 31, inciso II, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações.**” (g.n.).

Sobre o tema e vantagem tributária, a jurisprudência já se pronunciou:

“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). As 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 VEDACÃO, IMPUNHA-SE A SUA EXCLUSÃO DE PROCESSO LICITATÓRIO que tem por objeto a contratação de mão-de-obra para prestação de serviços de telefonista**”.<sup>2</sup> (g.n.)

Ademais, diante do poder de vigilância a ser exercido pelo Órgão Licitante sobre a conduta funcional do outro, necessário se faz observar o respectivo controle administrativo que deve ser desempenhado pelos órgãos da administração, tendo em vista que este controle almeja

<sup>22</sup> TJSC, AC nº 2009.057809-8, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 13.12.2010.

a boa destinação do dinheiro público sendo assim indispensável para que tal objetivo seja atingido e preservando o tratamento igualitário no julgamento das propostas.

A lição de Adilson Abreu DALLARI explica que "*a Administração Pública não pode meter-se em contratações aventurosas; não é dado ao agente público arriscar a contratação em condições excepcionalmente vantajosas, pois ele tem o dever de zelar pela segurança e pela regularidade das ações administrativas*". (Aspectos Jurídicos da Licitação. 4 ed., Saraiva., 1997, p. 131).

Por conseguinte, é obrigação do órgão licitante fazer 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.**

Portanto, imperiosa a desclassificação das referidas empresas, tendo em vista a utilização de amparo tributário irregular, indevidamente beneficiada por um regime tributário ao qual não poderia estar aderida.

Dessa forma, sob todos os aspectos, assiste razão à Orbenk, sendo certa a desclassificação de todas as empresas.

## II – DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA INCOMPATÍVEL

### 1. Higieniza Serviços, Limpeza e Conservação Ltda - EPP

Outrossim, o atestado apresentado pela Recorrida está em desconformidade com a exigência editalícia, não se prestando, por conseguinte, como forma de comprovação da capacidade técnica dessa empresa.

Consoante disposto no edital, vê-se como obrigatoriedade que as licitantes comprovem ter executado serviços de proporção igual ou equivalente ao objeto licitado:

“10.3.2 Outros documentos necessários à habilitação:  
10.3.2.1 Pelo menos um atestado de capacidade emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado **comprovando já ter executado serviços de proporção igual ou equivalente ao objeto da presente licitação**, com firma reconhecida em cartório.”  
(g.n.)

Quanto ao tema, assim dispõe a Lei 8.666/93, em seu art. 30:

“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...]

**II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;**” (g.n.)

É certo, portanto, que a compatibilidade dos serviços prestados deve ser averiguada quanto às suas características, quantidades e prazos, em consonância ao estabelecido tanto na Lei, quanto no edital.

Ocorre que, o atestado apresentado pela Recorrida não esclareceu desde quando ocorre a prestação do serviço, e qual a duração do contrato, devendo-se levar em conta que uma contratação para um período de três meses, por exemplo, não pode ser considerada de proporção equivalente à uma contratação de 12 meses, como a do caso em tela.

Inobstante, a informação “Serventes de Limpeza com 200 horas mensais: 16 (dezesesseis)” não é clara o suficiente para aferir-se a compatibilidade do atestado com as exigências editalícias, logo, a Recorrida deve ser inabilitada/desclassificada, por não ter comprovado adequadamente sua capacidade técnica, conforme exigido pelo edital.

Cumpre esclarecer que o atestado é fundamental para avaliar a capacidade técnica da licitante, em especial de gerir a mão de obra, com o correto pagamento de verbas rescisórias trabalhistas e fiscais.

Sobre o tema, já fixou posicionamento o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

**“ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO PÚBLICA - SERVIÇOS DE LEITURA DE HIDRÔMETROS E ENTREGA DE CONTAS - EDITAL - EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR - CAPACITAÇÃO TÉCNICA - ARTIGO 30, § 1º, I, E § 5º DA LEI N. 8.666/93 - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações. Dessarte, inexistente violação ao princípio da igualdade entre as partes se os requisitos do edital, quanto à capacidade técnica, são compatíveis com o objeto da concorrência. In casu, a exigência, prevista no edital, de apresentação de atestados que comprovem a experiência anterior dos participantes na prestação dos serviços objeto de licitação não é abusiva ou ilegal, pois é uma forma de demonstrar sua capacidade técnico-operacional segundo os critérios discricionariamente estabelecidos pela Administração para a execução a”**

**conteúdo dos serviços.** "A ausência de explícita referência, no art. 30, a requisitos de capacitação técnico operacional não significa vedação à sua previsão. A cláusula de fechamento contida no § 5º não se aplica à capacitação técnico-operacional, mas a outras exigências" (Marçal Justen Filho, in "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 8ª ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2000, p. 335). Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 361.736/SP, rel. Min. Franciulli Netto, DJ 31.03.2003) (g.n.)

Desta forma, conclui-se pelo descumprimento do edital, uma vez que o único atestado apresentado não comprova a compatibilidade do serviço prestado com o objeto ora licitado.

### III - DOS REQUERIMENTOS

Por todo exposto, para que não se consolide uma decisão equivocada, lembrando o próprio dever de evitar-se o ônus de eventual demanda judicial, a **ORBENK**, requer:

1. O Conhecimento e provimento do recurso, com a consequente desclassificação/inabilitação das empresas RECORRIDAS;
2. O encaminhamento do presente recurso administrativo para instância superior, em caso de ser julgado improcedente, o que se admite apenas hipoteticamente, devidamente informado;
3. Protesta provar o alegado por todas as provas em direito, em especial a documental, pericial e realização de diligências.

Nestes Termos,  
Pede Deferimento.  
Xaxim/SC, 25/04/2014.

Loreni Carlos Gomes  
Representante Legal

**ORBENK**  
Loreni Carlos Gomes - Gerente de Unidade  
Rua Benjamin Constant, 533 D - Centro  
CEP: 89.801-070 - Chapecó/SC  
Fone/fax: (49) 3331-5030 / 3324-0961  
gerencia.chapeco@orbenk.com.br