



**ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE XAXIM**

Xaxim, 30 de abril de 2014.

Parecer Jurídico

I – OBJETO:

Em 30 de abril de 2014, fora encaminhado a esta Procuradoria-Geral, pela empresa Orbenk Administração e Serviços Ltda., recurso proveniente da ata de julgamento de Processo Licitatório de nº 090/2014 – Pregão Presencial de nº 048/2014, o qual tem como objetivo a contratação de empresa especializada para execução de serviços de limpeza, conservação e manutenção junto às unidades de saúde do Município de Xaxim - SC, onde passamos a analisar:

II – QUANTO À EXIGÊNCIA DE DESVINCULAÇÃO AO SIMPLES:

A empresa Orbenk Administração e Serviços Ltda., entende que as empresas Higieniza Serviços, Limpeza e Conservação Ltda., Essencial Produtos para Higiene e Limpeza Ltda. e Castilho & Moreira Comércio e Serviços Ltda., optantes pelo regime tributário Simples Nacional, não poderiam, *a priori*, realizar atividade que implique em cessão ou locação de mão-de-obra, à luz do art. 17, XII da Lei Complementar nº 123/2006, devendo, as mesmas serem portanto, desclassificadas por tal razão.

É clara a lei no que se refere sobre a impossibilidade de empresa prestar serviços contínuos através de cessão ou locação de mão-de-obra, sendo, simultaneamente, optante do regime Simples Nacional.

No entanto, o fato de uma empresa ser optante do regime tributário Simples Nacional, não é motivo razoável para sua desclassificação na participação de Processo Licitatório, até porque, caso fosse deste modo, restringiríamos a concorrência em favor de poucos participantes, o que sem dúvidas, elevaria o preço do serviço. É o entendimento firmado pela Jurisprudência, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO-SESC. LICITAÇÃO. NÃO SUJEIÇÃO AOS PROCEDIMENTOS DA LEI Nº 8.666/93. OBSERVÂNCIA DO REGULAMENTO APROVADO DA ENTIDADE, BEM COMO DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO PROCESSO LICITATÓRIO. ESCLARECIMENTOS DA COMISSÃO LICITANTE. CARTA ENDEREÇADA APENAS AO CONSULENTE. AUSÊNCIA DE EFEITO VINCULANTE. PARTICIPAÇÃO NO CERTAME DE EMPRESA DE PEQUENO



**ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE XAXIM**

PORTE ADERENTE DO SIMPLES NACIONAL. POSSIBILIDADE. LOCAÇÃO OU CESSÃO DE MÃO DE OBRA. EXCLUSÃO DO REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO. RECOLHIMENTO PELO REGRAMENTO GERAL. MANUTENÇÃO DOS DEMAIS BENEFÍCIOS NÃO TRIBUTÁRIOS. SEGURO DE ACIDENTES DE TRABALHO. PARCELA QUE NÃO AFETA O VALOR GLOBAL DA CONTRATAÇÃO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. VALOR RAZOÁVEL. MANUTENÇÃO. 1. O serviço social do comércio-sesc (entidade componente do denominado sistema "s") não está sujeito à observância dos estritos procedimentos estabelecidos na Lei nº 8.666/93, mas ao seu regulamento próprio, bem como aos princípios gerais do processo licitatório e da administração pública (TCU - Acórdão nº 907/1997). 2. Os esclarecimentos prestados pela comissão licitante somente operam efeito vinculante caso a resposta seja comunicada a todos os licitantes. Sendo feita a apenas um deles, não há que se reconhecer o ato como apto a modificar o instrumento convocatório. 3. Inexiste óbice à participação, em certame licitatório, de microempresas ou empresas de pequeno porte aderentes do simples nacional - Regime tributário que pressupõe o pagamento por parcela única, com percentual progressivo incidente sobre a receita bruta. 4. Havendo causa de vedação parcial ao recolhimento na modalidade simplificada - Na espécie, locação ou cessão de mão de obra, consoante art. 17 da Lei Complementar nº 123/06 -, deverá a empresa comunicar sua exclusão, passando a recolher os impostos e contribuições pelo regime geral de tributação - Mantendo, contudo, os demais benefícios não tributários. 5. O seguro de acidentes de trabalho-sat é devido pelo empregador à previdência social, como custeio pelos riscos ambientais do trabalho. Assim, eventual divergência em sua alíquota não terá o condão de viciar a proposta, pois que resta inalterado o valor global desta. 6. Tendo sido fixada em patamar razoável, apta a remunerar dignamente o trabalho exercido, não há que se falar em redução da verba honorária sucumbencial. 7. Recurso desprovido. (TJDF; Rec 2011.01.1.165290-3; Ac. 768.604; Quinta Turma Cível; Rel. Des. Sebastião Coelho; DJDFTE 20/03/2014; Pág. 175) (grifamos)

Ou seja, não há impedimento quanto à participação em certame licitatório por empresas optantes pelo Simples Nacional.

Contudo, na hipótese de uma empresa aderente a esse regime tributário ser vencedora de licitação, que implica em locação ou cessão de mão-de-obra, a mesma deverá providenciar sua exclusão do regime Simples Nacional, passando a recolher impostos e contribuições pelo regime geral de tributação.

Tal fato, portanto, não se presume suficiente para excluir a empresa durante a fase do Processo Licitatório.

No mesmo sentido, a própria empresa Recorrente apontou em seu recurso, entendimento do Tribunal de Contas da União, que vai ao encontro desta opinião, em fl. 5, o qual dispõe que *"...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*



**ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE XAXIM**

forma da legislação em vigor, em decorrência da sua exclusão obrigatória do Simples Nacional a contar do mês seguinte ao da contratação...”

III – DA DÚVIDA QUANTO À CAPACIDADE TÉCNICA:

Em outro fator inerente ao mérito, a Recorrente aduz que uma das Recorridas, a empresa Higieniza Serviços Limpeza e Conservação Ltda., estaria em desconformidade com exigência editalícia, relativo ao atestado de capacidade técnica, necessário à habilitação do certame licitatório.

Conforme a Lei 8.666/93, em seu art. 30, a documentação referente à qualificação técnica “...deverá comprovar *aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características e prazos com o objeto da licitação.*”

Nesse sentido, a Jurisprudência cumpre esclarecer:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. Licitação na modalidade de concorrência pública do tipo menor preço. Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam afastada. Presidente da comissão de licitação responsável pelo ato combatido. Mérito. Impetrante inabilitada sob a alegação de ter apresentado atestado de capacidade técnica genérico, sem especificar exatamente o material licitado. Exigência não prevista no edital. Instrumento convocatório que previa a necessidade de se atestar ou certificar que a empresa forneceu ou fornece "materiais de natureza compatível" com o objeto do edital. Condição cumprida. Ilegalidade do ato verificada. Desclassificação em desacordo com o instrumento convocatório. Controle jurisdicional dos atos administrativos. Interferência do judiciário. Possibilidade. Restrição à verificação da legalidade ou não do ato. Sentença mantida. Recurso e remessa desprovidos. (TJSC; AC-MS 2009.009485-3; Criciúma; Rel. Des. José Volpato de Souza; Julg. 02/07/2010; DJSC 09/07/2010; Pág. 350)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. LICITAÇÃO. PRELIMINAR. PERDA DO OBJETO E CARÊNCIA DA AÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. DECISÃO QUE INDEFERE EFEITO SUSPENSIVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITO SUBSTITUTIVO. NÃO OCORRÊNCIA. PROVISORIEDADE DA DECISÃO. POSSIBILIDADE DO JUÍZO SINGULAR REVER SEU POSICIONAMENTO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. [...] 7. A restrição da competitividade, desde que escorada em parâmetros absolutamente técnicos, não é apenas uma possibilidade mas também uma meta a ser alcançada pelo administrador público, que, ao reclamar certas exigências dos licitantes, acaba por afastar as pessoas incapazes de realizar o objeto e, com isso, satisfazer a necessidade da administração. 8. Se por um lado é importante favorecer a competição no certame licitatório, possibilitando a participação do maior número possível de concorrentes, medida que irá refletir positivamente no preço da contratação, por outro não se deve olvidar que



ESTADO DE SANTA CATARINA MUNICÍPIO DE XAXIM

grande parte dos insucessos dos contratados na execução do objeto decorre da falta de capacidade operativa real, e aqui inclui-se tanto a capacidade técnico-operacional (know-how da empresa) quanto a capacidade técnico-profissional (habilidade/conhecimento dos profissionais que executarão as tarefas), não verificada pela administração na fase própria da licitação, que é a da habilitação dos proponentes. 9. A certeza de que um terceiro conseguirá satisfazer a necessidade administrativa, por meio de uma solução adequada ao caso proposto, somente será efetivada quando a área de planejamento da licitação estabelecer um número ideal de requisitos que inexoravelmente devem ser atendidos pelos interessados em participar do certame licitatório, notadamente por meio da exigência de documentos que comprovem suficiente qualificação técnica dos licitantes. 10. Tendo a administração bem justificado a exigência de a empresa interessada em participar do certame comprovar que já desempenhou atividade pertinente e compatível com o objeto licitado, não há que se falar em exigência excessiva capaz de afrontar o princípio da competitividade e tampouco em qualquer vício no edital do certame, notadamente quando várias outras empresas, que não apenas a vencedora da licitação, apresentam o documento exigido no instrumento convocatório. 11. Recurso conhecido, porém desprovido. (TJES; AI 0901586-68.2011.8.08.0000; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. William Couto Gonçalves; Julg. 17/07/2012; DJES 27/07/2012) (grifamos)

Através do aresto supra, fica claro que, apresentado o documento comprobatório e demonstrada a exigência pretendida, no desenvolvimento de atividade pertinente e compatível com o objeto licitado, é dispensável exigência excessiva que venha a prejudicar o princípio da competitividade.

A informação do item 10.3.2.1 constante do edital prevê a comprovação de a empresa já ter prestado o serviço de *proporção igual ou equivalente* ao objeto licitado.

É de importância esclarecer que, o objeto em tela é, senão idêntico, de similitude latente, restando evidente que a Recorrida possui experiência para prestar o serviço que se pretende contratar, demonstrando sua compatibilidade e não sua igualdade absoluta.

Não se faz menção no item especificações relativas a prazos, até porque, isso estaria ferindo o princípio da competitividade, conforme se vê na Lei 8.666/93:

Art. 30. [...]

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação. (grifamos)

Por fim, ressalta-se que, em caso de dúvidas sobre o conteúdo dos atestados de capacidade técnica, pode-se realizar diligências junto à Comissão de Licitação para esclarecer ou complementar informações; no caso, havendo tal faculdade, não houve impugnação do edital ou qualquer solicitação de esclarecimentos por parte da recorrente à Administração Pública de Xaxim.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE XAXIM**

Art. 41 [...]

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (grifamos)

IV – CONCLUSÃO:

Assim, o parecer da Procuradoria-geral do Município, consoante o art. 37, *caput* da Constituição Federal, e de acordo com o disposto na Lei 8.666/93, visando o não prejuízo do procedimento licitatório em questão, é no sentido de INDEFERIR o recurso à ata de julgamento de Processo Licitatório de nº 090/2014 – Pregão Presencial de nº 048/2014, interposto pela empresa Orbenk Administração e Serviços Ltda.

Salvo melhor juízo, é o entendimento.

Xaxim, 30 de abril de 2014.

Fabio José Dal Magro
Procurador-Geral do Município
OAB/SC 20.041

Pedro Rui Rodrigues
Assessor Jurídico
OAB/SC 8.754