



PARECER JURÍDICO

Referência: Processo Licitatório PRC nº 070/2019 // Pregão Presencial nº 027/2019 // Memorando SAAE MAC nº 020/2019

Assunto: Recurso contra decisão do pregoeiro que admitiu participação e habilitou empresa optante pelo SIMPLES Nacional em certame cujo objeto envolve cessão de mão de obra

Recorrente: COLMÉIA RH TECNOLOGIA SERVIÇOS EIRELLI - ME

Recorrida: JOAQUIM PAULINO DA COSTA NETO - EPP

Solicita-nos o Pregoeiro do SAAE, por meio do memorando em referência, parecer jurídico acerca do recurso interposto pela Recorrente nos autos do respectivo Processo Licitatório, que tem por objeto a “*Cessão de mão de obra, em regime terceirizado, para atender necessidades temporárias da CONTRATANTE na realização de serviços de Pedreiro*”.

Teceremos, portanto, considerações acerca da admissibilidade e do mérito do recurso apresentado, de forma a orientar a decisão da autoridade competente no sentido de manter a legalidade, imparcialidade e objetividade no âmbito do respectivo procedimento.

1 – ADMISSIBILIDADE

De acordo com os ensinamentos de Marçal Justen Filho, em seus “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”*, em se tratando de Recursos Administrativos, antes de entrar no mérito das alegações, faz-se mister a análise dos critérios de admissibilidade, em seus aspectos **subjetivos** (legitimidade e interesse recursal) e **objetivos** (existência de ato administrativo decisório, tempestividade, forma escrita, fundamentação e pedido de nova

* JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 10ª Edição – Capítulo V*. São Paulo: Dialética, 2004



decisão), de forma a determinar se o conteúdo material do recurso merece ser conhecido.

No que tange aos requisitos **subjetivos** do recurso em análise, presente a legitimidade para recorrer, vez que a recorrente optou por participação presencial e possuía representante devidamente credenciado durante a sessão de pregão; o interesse recursal, por sua vez, decorre da possibilidade de favorecimento da Recorrente com a alteração do resultado do certame, já que não se sagrou vencedora.

Com relação aos requisitos **objetivos**, inquestionável a existência de decisão do pregoeiro admitindo a participação e habilitando a Recorrida (Ata CP - nº 029/2019); trata-se de recurso tempestivo, vez que houve manifestação da intenção de recorrer em momento oportuno e as respectivas razões foram apresentados dentro do prazo estabelecido pela pregoeira; e os memoriais apresentados pela recorrente se adequaram às exigências de elaboração em forma escrita e fundamentada, contendo ao final requerimento de nova decisão.

Entendemos, portanto, que estão presentes todos os requisitos de admissibilidade, devendo o recurso apresentado ser conhecido e analisado em seu mérito.

2 – MÉRITO

Síntese do Pedido

Em sua exposição de mérito, a Recorrente alega que a Pregoeira não poderia ter admitido a participação, a classificação da proposta, nem a habilitação da RECORRIDA no Pregão em referência.

Fundamenta esta alegação, em suma, nas seguintes assertivas:



- (1) tratar-se de serviço de *cessão de mão de obra*, reunindo seleção, treinamento, administração de pessoal, etc., ultrapassando a mera execução física de atividades, conforme previsto no §3º do Art. 31 da Lei Federal nº 8.212/91;
- (2) ser tal atividade incompatível com a tributação pelo SIMPLES Nacional, sistema de recolhimento adotado pela RECORRIDA, por força do estabelecido no Art. 17, XVII, da Lei Complementar 123/2006;
- (3) a participação de empresa em tal regime tributário nesta licitação significar violação ao princípio da isonomia e igualdade;
- (4) a incompatibilidade do objeto social da RECORRIDA e dos CNAEs inscritos na Receita Federal, com o objeto da Licitação.

Solicita, por estas razões: a) a desclassificação da proposta da Recorrida, por violação dos princípios disposto no Art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93; b) denúncia da Recorrida aos órgãos de controle por fraude ao regime tributário SIMPLES; c) subsequente avaliação da habilitação da 2ª colocada e adjudicação do objeto à mesma; d) providências para se evitar repetição destes problemas em futuras licitações.

A Recorrida foi intimada para apresentar contrarrazões, mas não se manifestou no prazo estabelecido.

Cessão de mão de obra e incompatibilidade com o Simples Nacional

Com relação às duas primeiras assertivas, não há qualquer equívoco por parte da Recorrente: trata-se de licitação cujo objeto envolve *cessão de mão de obra* em seu aspecto clássico, indo além de atividades executivas e, portanto, enquadrando-se nas especificidades tributárias para o respectivo instituto, seja o disposto no Art. 31 da Lei Federal nº 8.212/91 ou no Art. 17, XVII, da Lei Complementar 123/2006.



Entendemos que tal circunstância, contudo, não impede a participação, classificação ou habilitação de interessados que, durante o processo de licitação, estejam enquadrados no SIMPLES Nacional.

Primeiramente, porque o enquadramento tributário não foi estabelecido como condição de participação, classificação ou habilitação no respectivo edital (que, destaca-se, não foi alvo de impugnação no momento oportuno); ao revés, houve efetiva previsão de admissão de empresas optantes pelo SIMPLES nacional na presente competição, conforme se pode depreender dos itens 8.4 e 8.12 do Edital.

Segundo, porque tais previsões não representam, a priori, qualquer ilegalidade, já que procedimento para adequação tributária é previsto na própria Lei Complementar nº 123/2006 e esta concede prazo, a ser contado data de ocorrência da situação de vedação, para exclusão do regime SIMPLES, senão vejamos:

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

(...)

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou (...)

§ 1º A exclusão deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal:

(...)

II - na hipótese do inciso II do caput deste artigo, até o último dia útil do mês subsequente àquele em que ocorrida a situação de vedação;

Perceba-se, pois, que o desenquadramento no SIMPLES nacional não é exigível da Recorrida (seja por edital ou por lei) no curso do procedimento licitatório, mas sim após a efetiva contratação, que consubstanciará o início da atividade vedada.

Como não constam dos autos, nem dos bancos de dados das Receitas Federal, Estadual e Municipal (vide habilitação fiscal apresentada) qualquer irregularidade presente no respectivo enquadramento ou obrigações fiscais, entendemos não caber exclusão do certame, desclassificação de proposta, ou inabilitação da RECORRIDA por motivos fiscais. Afinal, o princípio da vinculação ao edital, aliado ao da ampla competitividade, exige leitura taxativa dos requisitos editalícios de participação e habilitação.



Neste sentido, vide **Acórdão n.º 2798/2010-Plenário, TC-025.664/2010-7, rel. Min. José Jorge, 20.10.2010.**

Violação ao princípio da isonomia e igualdade

Entendemos que a alegação de violação aos princípios da isonomia e igualdade também não merece prosperar. Isso porque, analisando detalhadamente os autos, é possível verificar que a competição não foi afetada, em qualquer de seus aspectos, por suposto favorecimento à Recorrida.

No que tange a suposto favorecimento material indevido - ou seja, redução efetiva e ilegal de custos operacionais frente aos concorrentes já enquadrados no sistema tributário devido -, já restou esclarecido que a cessão de mão de obra importará, em momento imediatamente subsequente à assinatura do contrato, na exclusão da RECORRIDA do SIMPLES Nacional. Desta forma, as condições balizadoras das respectivas propostas, sobretudo os encargos que incidirão sobre a efetiva prestação e faturamento dos serviços, são basicamente idênticas entre os licitantes.

Já do ponto de vista de favorecimento processual/procedimental, da análise dos lances ofertados constata-se que a definição de vencedor não foi pautada pelo benefício de desempate previsto no Art. 44, §2º, da Lei Complementar nº 123/2006; nem foi utilizado pela Recorrida o benefício de regularização fiscal disposto nos Arts. 42 e 43 da mesma Lei e no item 11.2 do Edital.

Cabe lembrar que o momento processual não é o de debate de normas edilícias em tese, discussão que deveria ter sido invocada temporaneamente em sede de impugnação de edital (e não o foi). A fase recursal das licitações tem escopo delimitado (Art. 109, I, da Lei de Federal nº 8.666/93), destinando-se tão somente à impugnação dos atos administrativos emitidos no curso da competição.

Assim, diante da ausência demonstração de qualquer favorecimento efetivo à Recorrida, seja de ínole material ou procedural, decorrente de seu enquadramento no SIMPLES Nacional durante o curso da competição,



entendemos pela inexistência de violação dos princípios da isonomia/igualdade nos atos administrativos relacionados.

Incompatibilidade do objeto social da RECORRIDA e dos CNAEs inscritos na Receita Federal

Por fim, afirma a Recorrente que a participação da Recorrida deveria ter sido negada por inadequação de seu objeto social e CNAEs, uma vez que os mesmos estariam vinculados exclusivamente a atividades de *edificações, ampliações e reformas completas* (Código CNAE 4120400), sem fazer menção à atividade específica de *cessão de mão de obra*.

A princípio, os CNAEs cadastrados junto à Receita Federal do Brasil são indicadores utilizados para finalidade tributária, não sendo capazes de, sozinhos, limitarem a atuação das respectivas empresas em procedimentos licitatórios.

O objeto societário, contudo, é elemento de maior peso na atuação dos representantes legais da empresa, vez que atos estranhos às finalidades negociais registradas são passíveis impugnação pela teoria dos atos *ultra vires*, vigente no ordenamento pátrio por força do Art. 1.015, Parágrafo Único, do Código Civil.

Doutrina e jurisprudência pátrias são praticamente pacíficas em reconhecer que não se pode exigir *identidade* entre o objeto societário e o objeto licitatório, sob pena de cerceamento indevido do universo de competição e violação do princípio da competitividade. A *compatibilidade* entre estes elementos, porém, pode e deve ser analisada como condição de habilitação jurídica, sob pena de riscos desnecessários a todos os envolvidos, sejam representante, sócios ou contratantes. Neste sentido, vide **Acórdão n.º 642/2014-Plenário, TC- 015.048/2013-6, rel. Min. Augusto Sherman, 19/03/2014**.

Da análise do *Requerimento de Empresário* (fl.48) apresentado pela Recorrida para comprovar sua constituição jurídica, destaca-se que a mesma tem por finalidade “*Edificações, ampliações e reformas completas*”. Trata-se,



pois, de pessoa jurídica constituída para atuar diretamente no ramo de construção civil.

O objeto do certame, por sua vez, é “*Cessão de mão de obra, em regime terceirizado, para atender necessidades temporárias da CONTRATANTE na realização de serviços de Pedreiro*”.

Do cruzamento destas informações, entendemos que a Recorrente tem razão ao questionar a compatibilidade do ramo de atuação da Recorrida e o objeto da licitação.

A administração deixou bastante clara a necessidade de contratação de empresa responsável por *cessão de mão de obra em regime terceirizado*. A cessão, ainda que tenha como finalidade principal a disponibilização de funcionários para execução física de tarefas, também inclui no núcleo de prestação, de forma igualmente relevante, a celeridade, eficiência e segurança nas rotinas de seleção, admissão, gerenciamento trabalhista, demissão, etc., ações que representam atividades típicas das áreas de Contabilidade, Administração, Gestão de Recurso Humanos e afins, conforme legislação de regência das mesmas.

A realização de obras de construção civil, por si, não nos parece elemento revelador de capacidade ou legalidade para atuação no ramo de *cessão de mão de obra terceirizada*, ainda que relacionada a serviços de pedreiro. A oferta de obrigações de resultado na construção civil (edificações, reformas, etc.) não demonstra especialização ou finalidade empresarial dirigida ao gerenciamento de mão de obra terceirizada, sobretudo em ramo marcadamente conhecido pela informalidade e tratativas em forma de empreitada.

Como na presente licitação não foram exigidos nem apresentados atestados/comprovações relacionadas a capacidade técnica dos licitantes, o objeto social das empresas é o único elemento constante dos autos para delimitar o respectivo ramo e histórico de atuação. Inexistindo, pois, qualquer elemento indicativo de aptidão da Recorrida no ramo de gestão/cessão de pessoal, entendemos que área de atuação da mesma, dentro do verificável pela documentação acossada aos autos, é incompatível com o objeto da



licitação, podendo sua contratação trazer riscos e ônus desnecessários à Administração.

3 – CONCLUSÕES

Pelas circunstâncias e considerações expostas, concluímos que o recurso apresentado pela Recorrente observou todos os requisitos de admissibilidade, merecendo análise e subsequente provimento parcial para fins de inabilitação jurídica da Recorrida, por motivo de incompatibilidade entre o objeto societário e o objeto da licitação.

Não vislumbramos necessidade de denúncia da Recorrida aos órgãos de controle tributário por suposta violação ao SIMPLES Nacional, visto que não resta comprovada nos autos qualquer atuação efetiva da mesma em atividades vedadas à referida modalidade tributária.

Salvo melhor juízo e respeitando opiniões em contrário, este é o nosso parecer.

Machado – MG, 29 de dezembro de 2019.

MARCELO SILVA DIAS
Advogado Autárquico
OAB/MG 116.586