

ANÁLISE EM RECURSO ADMINISTRATIVO

**PROCESSO LICITATÓRIO N° 12/2019
PREGÃO PRESENCIAL N° 06/2019**

**RECORRENTE: CONSERVEL LTDA
RECORRIDA: OTIMIZA TERCEIRIZAÇÃO E SERVIÇOS EIRELI**

1. Trata-se do Pregão Presencial nº 06/2019, cujo objeto é o Contratação de empresa especializada na prestação, de forma contínua, de serviço de recepcionista, para atender à demanda da Câmara Municipal de Pará de Minas, compreendendo o fornecimento de insumos (uniformes) necessários à execução dos serviços, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Termo de Referência.
2. Inicialmente recomendo a leitura do recurso e das contrarrazões apresentadas, uma vez que nesta instrução para julgamento não serão reproduzidas condições editalícias.
3. Verificada a tempestividade do ato impugnativo e da defesa apresentada, analisei sobre as questões que motivaram parte das contestações e que me auxiliaram no entendimento final que se firma a seguir.
4. A sessão pública ocorreu no dia 05 de setembro de 2019, e após a análise das propostas e documentações de habilitação, conforme especificações previstas no instrumento convocatório, restou como vencedora do processo a empresa OTIMIZA TERCEIRIZAÇÃO E SERVIÇOS EIRELI.

RECURSO CONSERVEL LTDA.

Em síntese a RECORRENTE alega:

Que houve ofensa à legislação e ao edital, pois a empresa considerada vencedora não atendia ao instrumento convocatório, devido à incompatibilidade de tributação.

Cita como motivo o disposto na Lei Complementar 123/06 que em seu artigo 17 reza:

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 (grifo nosso)

Alega também que a empresa OTIMIZA TERCEIRIZAÇÃO E SERVIÇOS EIRELI se utilizou da sua condição de optante pelo Simples para formular sua proposta, e por este motivo ela teria oferecido um valor mais baixo.

Argumenta ainda que, caso a referida empresa tivesse efetuado sua proposta baseada no

LUCRO PRESUMIDO, sua proposta seria no mínimo inequívoca, fazendo com que a Administração corra sérios riscos, como o de inadimplemento ou de não cumprimento integral das obrigações tributárias.

Anexa, por fim, a Consulta de nº 57 – COSIT da Receita Federal do Brasil para embasar seus argumentos e requer a desclassificação da empresa OTIMIZA TERCEIRIZAÇÃO E SERVIÇOS EIRELI com a consequente declaração da empresa CONSERVEL LTDA como vencedora do certame.

Como pedido alternativo, requer que, caso não atendido o pleito principal, sejam enviadas cópias da ata da 2ª sessão, planilha de lances, o recurso, as contrarrazões e o resultado final para a Receita Federal para fins de desenquadramento legal do Simples Nacional da empresa OTIMIZA TERCEIRIZAÇÃO E SERVIÇOS EIRELI.

CONTRARRAZÕES OTIMIZA TERCEIRIZAÇÃO E SERVICOS EIRELI.

Em contraposição a RECORRIDA alega:

Que a decisão em admitir que esta participasse da licitação foi acertada pois se trata de empresa especializada na prestação, de forma contínua, de serviço de recepcionista. Para corroborar com isso, cita que apresentou atestado de capacidade técnica relativo à execução de serviços de características semelhantes ao objeto e que o seu Contrato Social, registrado na Junta Comercial, tem objeto social também compatível com o objeto da licitação;

Que não se utilizou dos benefícios do Simples Nacional na especificação de sua oferta e sim do enquadramento de lucro presumido (juntou novamente a planilha de custos apresentada na sessão para comprovar);

Que possui em seu CNPJ o CNAE 78.10-8/00, o qual se refere à seleção e agenciamento de mão de obra, que a isenta legalmente da vedação de enquadramento no Simples Nacional, possibilitando o fornecimento e faturamento de prestação de serviço idêntico ao objeto licitado.

Por fim, cita o Acórdão nº 2.510/2012 como precedente ao permitir que empresas optantes pelo Simples Nacional participem de licitação que tenham como objeto cessão e locação de mão de obra.

DA ANÁLISE ÀS ALEGACÕES RECURSAIS

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 serem optantes do Simples Nacional, com o intuito de reduzir tributos.

Não obstante, a condição de optante não impede a empresa de participar de licitação cujo objeto envolva cessão de mão de obra, entendimento este que resta quase pacificado devido aos diversos Acórdãos e Decisões do Tribunal de Contas da União – TCU envolvendo a questão, dos quais podemos citar como exemplo os de nº 2.510/2012(já transcrito pela recorrida em suas contrarrazões) e o Acórdão n.º 2798/2010-Plenário :

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 nº 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.

Com relação às alegações de que a recorrida formulou sua proposta se baseando na condição de optante pelo Simples, a recorrente também se equivoca. Nas próprias razões recursais, em sua página 05, a empresa CONSERVEL LTDA insere uma tabela com os percentuais do enquadramento da empresa no LUCRO PRESUMIDO, percentuais estes que foram exatamente utilizados pela recorrida na apresentação de sua proposta, como pode-se perceber analisando a planilha apresentada pela empresa OTIMIZA TERCEIRIZAÇÃO E SERVIÇOS EIRELI, não se tratando, portanto, de proposta inexequível, haja vista que a diferença de preço entre a proposta das duas empresas ficou

em apenas R\$ 416,12(quatrocentos e dezesseis reais e doze centavos) mensais.

Finalmente, a Consulta de nº 57 – COSIT da Receita Federal do Brasil citada pela recorrente, trata, em sua essência, em distinguir os serviços de portaria e de zeladoria dos serviços de vigilância, limpeza ou conservação, não agregando em nada argumentos que possam corroborar com o pleito de desclassificação da recorrida.

Já no que se refere às contrarrazões apresentadas pela empresa OTIMIZA TERCEIRIZAÇÃO E SERVIÇOS EIRELI realmente ela possui objeto compatível com o da licitação, como pudemos avaliar pelo seu Contrato Social bem como pelos atestados de capacidade técnica apresentados.

Como já mencionamos, a sua condição de optante do Simples Nacional não impede que a microempresa ou a empresa de pequeno porte participe de licitação cujo objeto envolva a cessão de mão-de-obra (Acordão nº 2798/2010-Plenário TCU).

Esse entendimento decorre do fato de que nem a Lei Complementar nº 123/2006, tampouco a Lei de Licitações nº 8.666/93 fazem qualquer proibição nesse sentido.

Acontece que o fato de ser permitida à empresa optante pelo Simples participar do certame não significa que ela possa fazer jus ao benefício da tributação reduzida quando da contratação.

Antes pelo contrário, a empresa optante será excluída de tal regime a partir do mês subsequente ao da contratação, conforme art. 31, II da LC nº 123/2006, sendo obrigatória a comunicação à Receita Federal a situação ensejadora da exclusão do regime diferenciado, sob pena das sanções previstas na legislação tributária.

Também são vários os entendimentos neste sentido:

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, consequentemente, 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 ocorreu, 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.

“Representação apontou possíveis irregularidades na condução do Pregão Eletrônico nº 24/2011, promovido pela Companhia Energética de Alagoas (CEAL), visando à contratação de serviços especializados em recepção. A autora da representação destacou que a empresa Vega Comércio e Serviços Ltda. – ME, por recolher impostos e contribuições na forma do Simples Nacional, só poderia “participar de licitação cujo objeto seja pertinente ao descrito na Lei Complementar n. 123/2006, sob pena de desvirtuar diversos princípios do direito, dentre eles, o da legalidade e o da igualdade”. O relator considerou serem duas as questões abordadas no processo: a) apresentação pela citada empresa de proposta de preços utilizando-se dos benefícios decorrentes da sua opção pelo Simples Nacional; b) ausência de previsão no edital do certame de que a empresa proponente não poderia estar beneficiada pelo sistema de tributação do Simples Nacional, tendo em vista o disposto no art. 17, inciso XII, da Lei Complementar nº 123/2006. Observou, quanto à primeira dessas questões, que a empresa Vega Ltda. – ME enviou planilhas retificadas, já cotadas “com base na tributação pelo Lucro Presumido e com o mesmo valor unitário proposto inicialmente no contrato assinado, mantendo-se, assim, como a proposta mais vantajosa para a CEAL”. A despeito disso, considerou necessário expedir determinação à CEAL impondo a formalização desses ajustes e sua exclusão do referido sistema de tributação. Em relação à segunda questão enunciada, ressaltou que a jurisprudência deste Tribunal aponta no sentido de que “a condição de optante pelo Simples Nacional não impede a empresa de participar de licitação cujo objeto envolva a cessão de mão de obra (Acórdão nº 2.798/2010 – Plenário)”. Mas a licitante que venha a ser contratada, “não poderá beneficiar-se da condição de optante e estará sujeita à exclusão do Simples Nacional (...).” O Tribunal, ao endossar proposta do relator, decidiu: I) informar à CEAL sobre a necessidade de “incluir nos editais de suas licitações disposição no sentido de que, em ocorrendo as hipóteses de que tratam os arts. 17, inciso XII, e 30, inciso II, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, seja vedada à licitante, optante pelo Simples Nacional, a utilização dos benefícios tributários do regime tributário diferenciado na 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, conforme já decidido neste Tribunal no Acórdão nº 797/2011 – Plenário”; II) determinar à CEAL que regularize o contrato firmado com a empresa vencedora do Pregão Eletrônico nº 24/2011, de modo a ajustá-lo à orientação acima transcrita. Acórdão n.º 341/2012-Plenário, TC-033.936/2011-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 15.2.2012.”

Até mesmo o próprio Acórdão de nº 2.510/2012 - TCU citado pela recorrida como fins de justificativa quanto à sua participação no certame trata da questão da exclusão.

Já o argumento apresentado de que “possui em seu CNPJ o CNAE 78.10-8/00, o qual se refere à seleção e agenciamento de mão de obra , que a isenta legalmente da vedação de enquadramento no Simples Nacional, possibilitando o fornecimento e faturamento de prestação de serviço idêntico ao objeto licitado” também não deve, de forma alguma, prosperar.

Há uma diferença óbvia entre prestação de serviços e a intermediação de mão de obra. O CNAE 78 - Seleção, agenciamento e locação de mão-de-obra é autoexplicativo quanto ao objeto:

78 - SELEÇÃO, AGENCIAMENTO E LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA
Esta divisão compreende as atividades de seleção e agenciamento de mão-de-obra que implicam o recrutamento e encaminhamento de candidatos a empregos em empresas clientes, sendo que os indivíduos selecionados não são funcionários das agências de emprego. Estão incluídas as atividades de seleção e colocação de executivos em empresas clientes e as atividades de agenciamento de elenco (casting). Esta divisão compreende também as atividades de locação de mão-de-obra temporária. Os trabalhadores temporários são encaminhados às empresas clientes para complementar o seu quadro de pessoal por tempo determinado e são remunerados pelas agências de trabalho temporário nas condições da legislação trabalhista, porém a supervisão desse pessoal é feita pelo cliente. Estão também compreendidas nesta divisão as atividades de fornecimento de recursos humanos e de serviços de gestão de recursos humanos a empresas clientes.

É evidente que contratar uma prestação de serviços se utilizando de um CNAE de intermediação de mão de obra pode ser constituído, inclusive, como fraude trabalhista. Inúmeras são as decisões neste sentido. São coisas totalmente distintas.

Destarte, na verdadeira terceirização, a empresa tomadora contrata um serviço especializado da empresa prestadora, e não a mera colocação de mão de obra a sua disposição. A terceirização, portanto, não pode servir para intermediar mão de obra, que, em regra, é proibida, pois o trabalho humano, como valor social, não pode ser tratado como mercadoria.

A legislação não autoriza o simples fornecimento de mão de obra de uma empresa para outra, chamada de intermediação de mão de obra ou “marchandage”. O que o nosso ordenamento jurídico autoriza é a contratação de outra empresa para a prestação de um

determinado serviço, podendo ser, inclusive, relacionada com a atividade-fim da empresa.

Ante todo o exposto, passamos a decidir abaixo.

DA DECISÃO

Desta forma, recebo o recurso interposto, dele conheço porque possui todos os requisitos de admissibilidade recursal, para, no mérito, **NEGAR-LHE O PROVIMENTO**, considerando os termos e fundamentos ora expostos, por não restar dúvida quanto à regularidade de todo o processo licitatório, sendo observadas todas as formalidades dos princípios da isonomia, competitividade, vinculação ao instrumento convocatório e ao julgamento objetivo.

Entretanto, a empresa vencedora, qual seja, OTIMIZA TERCEIRIZAÇÃO E SERVIÇOS EIRELI estará sujeita à exclusão obrigatória do Simples Nacional a contar do mês seguinte ao da contratação com a Câmara Municipal de Pará de Minas, 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.

Em atenção ao art. 109, § 4º da Lei 8.666/93, utilizada nesse caso de forma subsidiária, encaminham-se os autos à decisão superior do Presidente da Câmara Municipal de Pará de Minas.

Pará de Minas, 18 de setembro de 2019.

Evandro Rafael Silva
Pregoeiro

