

002509/2016



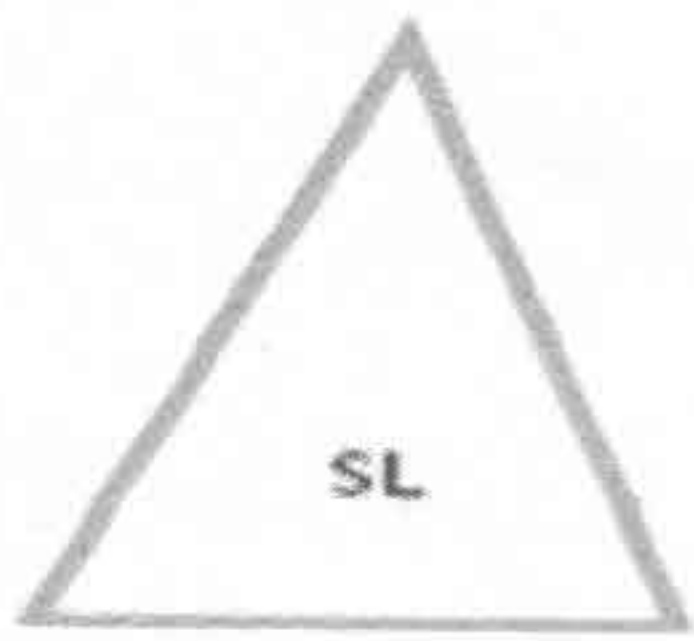
22/03/2016 14:00

RECEPÇÃO / PROTOCOLO

CRM-ES

Pregão: 002/2016

Fls. 397



SERVILIMP - SERVIÇOS DE CONSERVAÇÃO E LIMPEZA DE VITÓRIA LTDA EPP

EXCELENTÍSSIMO SENHOR GESTOR DO CONTRATO DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Pregão: 002/2016

RECEBEMOS
EM, 22/03/16

Sérgio Pazolini Marim
Pregoeiro do CRM/ES

SERVILIMP SERVIÇOS DE CONSERVAÇÃO E LIMPEZA DE VITÓRIA LTDA-EPP, pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 15.454.201/0001-36, com sede na Rua Milton Manoel dos Santos, nº 820, Bairro Jardim Camburi, Vitória/ ES. CEP: 29090-110, neste ato representado pelo sócio administrador Antonio Aristides Gomes Tavares, brasileiro, casado, residente e domiciliado à Rua Orlando Caliman, 511, Jardim Camburi, Vitória/ ES, CEP: 29.090-220, propor:

RECURSO, pelos fatos e fundamentos a seguir:

Contra decisão que declarou como habilitada para Pregão Presencial nº002/2016 a empresa **SERVIBRAS SERVICOS LTDA EPP**, nos termos que seguem.

- 1) DA REFORMA DA DECISÃO QUE HABILITOU A EMPRESA **SERVIBRAS**- Atestado de Capacidade técnica não condiz com os postos de telefonistas;
- 2) A empresa **SERVIBRAS** é vedada de prestar serviço de telefonista, visto que é optante pelo simples nacional.

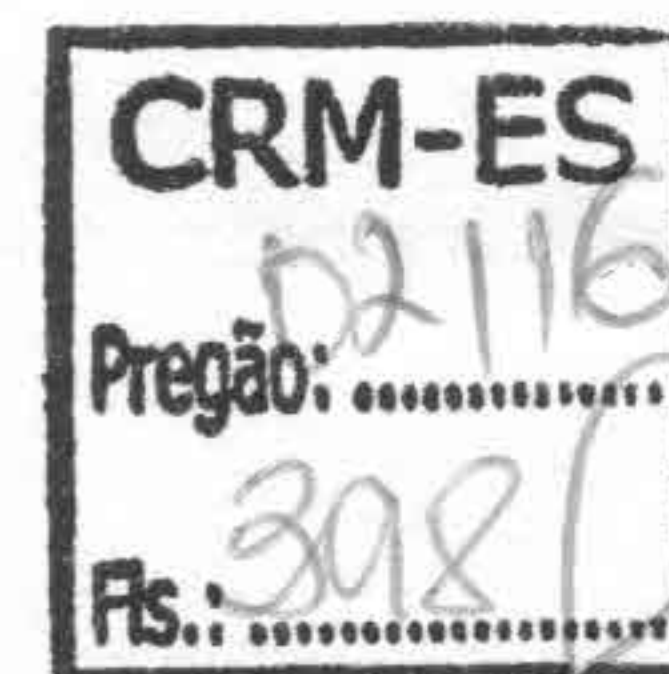
Ocorre que o edital prevê a necessidade de comprovação de atestado compatível com a necessidade do cargo, quantidade e prazo do objeto do edital.

No entanto, a **SERVIBRAS** deixou de comprovar o profissional que possui em seu quadro permanente aptidão para o desempenho das atividades de administração de serviço semelhante ao objeto.

Além disso, a empresa **SERVIBRAS** é simples nacional. Esta não poderá exercer determinadas atividades. Analisa-se o art. 17 da Lei 123/2006 a seguir:

RUA Milton Manuel dos Santos, 820 – Jardim Camburi – VITORIA – ES.
CEP: 29.090-110 – Tel: (27) 3026-4444 / (27) 9982-5777

SERVILIMP
Antonio A.G. Tavares
Sócio Administrador



SERVILIMP – SERVIÇOS DE CONSERVAÇÃO E LIMPEZA DE VITÓRIA LTDA EPP

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 exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo.

No entanto, o art. 18º, parágrafo § 5º-C, estabeleceu alguns exceções, vejamos:

§ 5º-C Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as atividades de prestação de serviços seguintes serão tributadas na forma do Anexo IV desta Lei Complementar, hipótese em que não estará incluída no Simples Nacional a contribuição prevista no inciso VI do **caput** do art. 13 desta Lei Complementar, devendo ela ser recolhida segundo a legislação prevista para os demais contribuintes ou responsáveis:

I - construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada, execução de projetos e serviços de paisagismo, bem como decoração de interiores;

[..]

VI - serviço de vigilância, limpeza ou conservação.

VII - serviços advocatícios.

Da leitura dos supracitados artigos, infere-se pela Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 128/2008, no art. 17, inciso XII, que se proibiu a opção de ingresso no Simples Nacional às empresas que realizem cessão ou locação de mão-de-obra, mas abriu determinadas exceções às atividades referidas. Nestas exceções não há a atividade de telefonista, portanto a empresa SERVIBRAS não poderá exercer a atividade, no Conselho Regional de Medicina, optante pelo simples nacional, **conforme acordo do TCU em anexo.**

Assim, a opção de simples pela SERVIBRAS, utilizada no certame licitatório, é indevida, pois o serviço de telefonista não poderia ser objeto de recolhimentos tributários mais benéficos à empresa, proporcionados pelo Simples Nacional, o que implicara, em tese, em uma vantagem competitiva da SERVIBRAS. A vantagem esta caracterizada, em princípio, pela oferta de preços mais baixos à Administração, por ocasião da participação em licitações, pois na estrutura de custos da empresa os tributos obedeceriam aos parâmetros fixados na LC nº 123, de 2006 e não no regime tributário comum.

RUA Milton Manuel dos Santos, 820 – Jardim Camburi – VITORIA – ES.
CEP: 29.090-110 – Tel: (27) 3026-4444 / (27) 9982-5777

SERVILIMP
Antonio A.G. Tavares
Sócio Administrador



SERVILIMP – SERVIÇOS DE CONSERVAÇÃO E LIMPEZA DE VITÓRIA LTDA EPP

Todavia, a empresa SERVIBRAS poderá ser excluída de tal regime, a partir do mês subsequente ao da contratação, conforme art. 31, II da LC nº 123/2006, sendo dever do Administrador comunicar à Receita Federal a situação ensejadora da exclusão do regime diferenciado.

Caso o Conselho Nacional de Medicina proceda com a habilitação da empresa SERVIBRAS. Esta deverá arcar com as consequências do seu enquadramento irregular, mantendo o valor global ajustado.

Não resta dúvida, portanto, ante a análise do edital e da Lei 123/2006, deverá a empresa SERVIBRAS ser inabilitada, já que não há atestado de capacidade técnica e, é vedada pela Lei 123/2006 em prestar serviço de telefonista.

DO PEDIDO

Requer-se:



- 1) Que seja inabilitada a empresa SERVIBRAS, visto que não apresentou atestado de capacidade técnica, conforme o objeto do edital;
- 2) Que seja inabilitada a empresa SERVIBRAS, visto que é vedada pela Lei 123/2006 de prestar serviço de telefonista.

Nestes Termos,
Pede-se Deferimento

Vitória, 22 de janeiro de 2016.

SERVILIMP
Antonio A.G. Tavares
Sócio Administrador

Antonio Aristides Gomes Tavares
CPF: 218.542.586-87


Priscila Belo Tavares
 OAB/ES 23960



GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 024.993/2010-7

Natureza: Denúncia

Entidade: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Santa Catarina (IFSC)

Interessado: Identidade preservada (art. 55, *caput*, da Lei nº 8.443/1992)

Advogado: não houve

SUMÁRIO: DENÚNCIA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE COPEIRAGEM E RECEPÇÃO. OPÇÃO INDEVIDA PELO SIMPLES NACIONAL, EM FACE DE VEDAÇÃO CONTIDA NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO SOBRE A NECESSIDADE DE EXCLUSÃO DA CONDIÇÃO DE OPTANTE PELO REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO. RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS PELO REGIME COMUM. COMPETÊNCIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. ALERTA. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como parte deste relatório a instrução de AUFC da Secex/SC (fls. 79/80), com a qual anuiu o titular da unidade técnica (despacho à fl. 81)

“A denúncia trata de possível violação aos princípios da isonomia, legalidade e moralidade envolvendo a contratação, por entes da Administração Pública Federal, da empresa AP Serviços de Limpeza, Asseio e Conservação Ltda. – EPP, para a prestação de serviços. A empresa estaria se beneficiando indevidamente do regime tributário Simples Nacional (Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte) instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, que diminui os seus encargos, podendo, assim, oferecer preços mais baixos pelos seus serviços.

2. *O benefício indevido se daria pelo fato de que a empresa, além de prestar serviços de limpeza e conservação, permitidos pela lei, faz a locação de mão de obra de outras categorias profissionais. A opção pelo regime simplificado de tributação somente é admissível no caso em que preste, cumulativamente, serviços permitidos em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação.*

3. *O denunciante junta contratos firmados com o Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Santa Catarina, onde a empresa AP presta serviços de copeiragem e recepcionista.*

ANÁLISE

4. *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**. Dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços. Serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores. Por colocação à*

disposição da empresa contratante entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato (Resolução CGSN nº 58, de 27 de abril de 2009).

5. Assim, as empresas que prestam serviços à Administração Pública, na modalidade de execução indireta das atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade, conforme estabelecido no Decreto 2.271/1997, exercem a atividade econômica genérica de **cessão ou locação de mão de obra**. O registro dessas empresas na Receita Federal se dá em um dos códigos de classificação de atividade previstos na CNAE – Classificação Nacional de Atividades Econômicas, estabelecidos pelas Resoluções IBGE/CONCLA nº 01, de 4/9/2006 e nº 02, de 15/12/2006.

6. Não por outra razão, as despesas da União com contratos de prestação de serviços terceirizados são registrados na rubrica **33903700 – LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA**, do SIAFI.

7. A vedação para a adesão ao regime do Simples Nacional das empresas que praticam cessão ou locação de mão de obra fora das exceções contidas na própria lei é matéria de entendimento pacífico na Receita Federal do Brasil - RFB, conforme atestam as várias consultas, disponíveis nas páginas da RFB, bem como na área de “Perguntas e Respostas” da página do Simples Nacional.

8. A Receita Federal do Brasil, com fundamento na Lei Complementar nº 123/2006 e resoluções regulamentadoras, não concede o registro de adesão ao Simples Nacional a empresas que exerçam atividades econômicas qualificadas como cessão ou locação de mão de obra que não estejam elencadas nas exceções constantes da própria lei.

9. A empresa AP presta serviços de limpeza e conservação, recepcionista e contínuo a esta Secretaria, razão pela qual, motivados por denúncia de igual teor envolvendo outra empresa com situação fiscal similar, foi instaurado procedimento administrativo com vistas a apurar a licitude do enquadramento no regime do Simples.

10. Estivemos na Delegacia da RFB de Florianópolis, em reunião com o delegado-substituto, onde este nos informou 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 essas atividades. O registro é feito a partir de declaração do representante legal da empresa e não há uma verificação prévia sobre a veracidade do que foi declarado.

11. Por essa razão, empresas cujo objeto social contempla a exploração do ramo de prestação de diversos tipos de serviços, declaram apenas a atividade lícita. No caso da AP, o CNAE registrado é o de nº 8121-4-00 - Limpeza em prédios e em domicílios.

12. A partir da diligência realizada no procedimento administrativo, a Delegacia da RFB de Florianópolis instaurou processo de fiscalização que resultou na exclusão da empresa AP no Simples Nacional. A empresa recorreu e o processo se encontra na Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Florianópolis para exame do recurso interposto.

13. A empresa AP já foi ouvida no procedimento administrativo e a instrução de mérito está sob apreciação da Secretaria.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

14. Em vista dos fatos retro apontados, os quais podem caracterizar fraude aos princípios licitatórios, entendemos que a empresa AP serviços de Limpeza, Asseio e Conservação Ltda – EPP, por meio de seu representante legal, deva ser ouvida em audiência para apresentar esclarecimentos quanto à licitude do se enquadramento no regime tributário “Simples Nacional”, tendo em vista que a empresa presta serviços vedados pela Lei Complementar nº 123/2006, em conjunto com serviços de limpeza e conservação, ato que pode caracterizar infração aos artigos 90 e 93 da lei nº 8.666/1993, sujeitando a empresa à declaração de inidoneidade para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, nos termos do art. 46 da lei nº 8.443/1992.”

2. Realizada a oitiva da empresa AP Serviços de Limpeza, Asseio e Conservação Ltda., o AUFC da Secex/SC produziu a seguinte instrução (fls. 126/127), cujo encaminhamento contou com a concordância do Diretor da unidade técnica, atuando em substituição ao titular da referida Secex (fl. 128):

“A empresa AP Serviços de Limpeza, Asseio e Conservação Ltda – EPP encaminhou resposta à audiência sobre denúncia de possível violação aos princípios da isonomia, legalidade e moralidade envolvendo a sua contratação, por entes da Administração Pública Federal, para a prestação de serviços, por estar se beneficiando indevidamente do regime tributário Simples Nacional (Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte) instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, que diminui os seus encargos, podendo, assim, oferecer preços mais baixos pelos seus serviços.

2. *Preliminarmente, esclarecemos que a empresa mantém contrato com diversos entes federais, mas a definição da relatoria foi efetivada em razão de ter sido juntado à denúncia a contratação feita pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Santa Catarina (doc. de fls. 19 a 65), órgão integrante da LUJ de relatoria do Exmº Ministro Benjamin Zymler, agora sob responsabilidade do Min. Ubiratan Aguiar, na forma do art. 152 do RI/TCU.*

3. *Quanto às alegações apresentadas pela empresa, deixamos de proceder à sua análise, acompanhando o entendimento adotado em deliberações da Corte, em datas posteriores ao Despacho autorizativo da audiência (fl 82), exaradas tanto em despacho singular quanto em acórdão do Plenário, em dois processos de denúncia de idêntico teor.*

4. *Nas antecitadas deliberações, contidas nos processos nºs 025.269/2010-9 [número do processo digitado incorretamente pela Secex/SC; número correto: 029.569/2010-9] e 026.830/2010-8, o Tribunal entendeu que as empresas não estão sendo denunciadas por terem vencido licitações valendo-se da carga tributária menor obtida mediante adesão indevida ao Simples Nacional, mas sim por possível opção indevida a esse regime tributário.*

5. *Nessa linha de raciocínio, entendeu-se que as denúncias não preenchem os requisitos de admissibilidade e, portanto, não devem ser conhecidas, por tratarem de enquadramento tributário, matéria estranha às competências do TCU. A competência para fiscalização das obrigações tributárias seria dos órgãos previstos na legislação, razão pela qual determinou-se o arquivamento dos processos e encaminhamento de cópia dos autos à Receita Federal do Brasil.*

6. *Destacamos que a empresa AP presta serviços de limpeza e conservação, copeiragem, recepção e contínuo à Secex Santa Catarina. Em razão da dúvida quanto à situação tributária, realizamos diligência junto à Receita Federal do Brasil em Florianópolis, no curso de processo administrativo aberto para apuração dos fatos, a qual, ao tomar conhecimento da prestação de serviços vedados, cancelou, de ofício, a adesão da AP ao regime do Simples. A empresa recorreu e o processo encontra-se sob exame da Delegacia de Julgamento de Florianópolis.*

7. *Ressalte-se, ainda, que o TCU, nos seus contratos onde se constatem situações de prestação de serviços cuja opção ao Simples seja vedada, normatizou o assunto da seguinte forma: ‘ ... na constatação de qualquer situação impeditiva de opção pelo Simples Nacional pelas microempresas ou empresas de pequeno porte contratadas pelas Unidades Gestoras Executoras do TCU, as mesmas deverão ser consideradas excluídas do Simples Nacional, estando sujeitas às retenções de todos os tributos devidos. A situação de impedimento de opção pelo Simples Nacional deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à microempresa ou empresa de pequeno porte contratada, mediante ofício.’*

8. *Por derradeiro, registramos que a empresa AP encaminhou em 12 de janeiro de 2011, expediente a esta Secretaria informando que solicitou à Receita Federal a exclusão do regime do Simples Nacional, por projetar, para o exercício, receita superior à admitida para as micro e pequenas empresas optantes.*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO



9. *Somos de opinião que os autos sejam encaminhados ao Gabinete do Exmº Relator Ubiratan Aguiar, propondo, na forma do art. 235, parágrafo único, do Regimento Interno do TCU, o não-conhecimento da denúncia, por não preencher os requisitos de admissibilidade, dando-se ciência ao denunciante, o levantamento da chancela de sigilo e o arquivamento do processo.*”

É o relatório.

VOTO

Trago ao colegiado denúncia sobre suposta irregularidade que teria sido cometida pela empresa AP Serviços de Limpeza, Asseio e Conservação Ltda. - doravante denominada “AP Serviços” - por ter participado de licitação promovida pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Santa Catarina (IFSC) com enquadramento tributário indevido e posterior contratação por parte dessa entidade federal, para a prestação de serviços de copeiragem e de recepção.

2. No entendimento do denunciante, a empresa AP Serviços se beneficiou, de modo indevido, de sua opção pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), previsto na Lei Complementar (LC) nº 123, de 14 de dezembro de 2006, por prestar serviços de cessão de mão de obra com relação aos quais haveria vedação nessa norma legal.

3. Para a Secex/SC, a presente denúncia não merece ser conhecida, pois trata de matéria tributária, estranha às competências da Corte de Contas. Para embasar sua proposta de não conhecimento, a unidade técnica mencionou, conforme transcrevi no relatório que precede este voto, que essa solução foi adotada pelo TCU em outros dois processos, quais sejam, os TCs 029.569/2010-9 (apreciado por meio do Acórdão nº 221/2011 – Plenário – Relator: Ministro José Múcio Monteiro) e 026.830/2010-8 (arquivado por meio de despacho de fevereiro de 2011, assinado pelo relator, Ministro-Substituto Weder de Oliveira).

4. Nesses processos, pessoas jurídicas haviam sido denunciadas ao Tribunal unicamente em face de sua opção possivelmente indevida pelo Simples Nacional, sem que tivessem sido apontadas licitações nas quais tal opção irregular tivesse levado à vitória das empresas denunciadas.

5. Ocorre que, no presente caso, incide a competência da Corte de Contas, pois foram mencionados pelo denunciante quatro contratos firmados pela AP Serviços com o IFSC (cópias às fls. 18/65), o que desloca a discussão da arena tributária para a esfera do controle externo.

6. A atuação do TCU justifica-se, por exemplo, na análise da participação da referida empresa no certame que originou os contratos que menciono adiante neste voto, em especial quanto ao fato de a empresa ter, por hipótese, logrado êxito no certame como decorrência direta de possível opção indevida pelo Simples Nacional – o que diminuiria seus custos, em vista da estrutura tributária com menores encargos, mais vantajosa à empresa.

7. Há, portanto, preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos no *caput* do art. 235 do Regimento Interno/TCU, podendo, em decorrência, ser a denúncia conhecida por este colegiado.

8. Passo ao exame do mérito da denúncia.

9. De acordo com pesquisa realizada por minha assessoria (fls. 129/151) - que corrobora as informações juntadas aos autos na inicial da denúncia - a AP Serviços teria vencido quatro itens do Pregão Eletrônico nº 49/2009 e, em consequência, firmado com o IFSC os contratos indicados no quadro a seguir:

Nº	Nº contrato	Data de assinatura do	Objeto do contrato	Local de prestação dos serviços
----	-------------	-----------------------	--------------------	---------------------------------

		contrato		(município)
1	64/2009	28/7/2009	Serviços de copeiragem	Florianópolis
2	65/2009	28/7/2009	Serviços de copeiragem	São José
3	66/2009	28/7/2009	Serviços de copeiragem	Florianópolis
4	67/2009	28/7/2009	Serviços de recepção	Jaraguá do Sul

10. A possível irregularidade apontada na denúncia estaria diretamente relacionada ao fato de que a LC nº 123, de 2006, veda a opção pelo Simples Nacional por parte de empresas que prestam serviços de cessão ou locação de mão de obra - cessão de mão de obra, no caso dos serviços de copeiragem e de recepção -, nos seguintes dispositivos:

“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 exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo.

§ 2º Também poderá optar pelo Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte que se dedique à prestação de outros serviços que não tenham sido objeto de vedação expressa neste artigo, desde que não incorra em nenhuma das hipóteses de vedação previstas nesta Lei Complementar.

(...)” (grifo nosso)

11. Cabe lembrar, contudo, que a LC nº 123, de 2006, prevê o afastamento da citada vedação em relação a algumas atividades específicas, como a prestação de serviços de vigilância, limpeza ou conservação:

“Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar.

(...)

§ 5º-C. Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as atividades de prestação de serviços seguintes serão tributadas na forma do Anexo IV desta Lei Complementar, hipótese em que não estará incluída no Simples Nacional a contribuição prevista no inciso VI do caput do art. 13 desta Lei Complementar, devendo ela ser recolhida segundo a legislação prevista para os demais contribuintes ou responsáveis:

VI - serviço de vigilância, limpeza ou conservação.

(...)” (grifo nosso)

12. Na situação que interessa ao deslinde destes autos, importa notar que a empresa AP Serviços - cuja Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) registrada é a de nº 8121-4-00, denominada “Limpeza em prédios e em domicílios” - firmou contratos com o IFSC para prestação de dois tipos de serviços de cessão de mão de obra que não foram contemplados com o mencionado afastamento da vedação de opção pelo Simples Nacional (§ 5º-C do art. 18 da LC nº 123, de 2006), quais sejam, os serviços de copeiragem (Contratos nº 64, 65 e 66, todos de 2009) e de recepção (Contrato nº 67/2009).

13. Assim, a opção da empresa teria sido indevida, pois os serviços de copeiragem e de recepção não poderiam ser objeto de recolhimentos tributários mais benéficos à empresa, proporcionados pelo Simples Nacional, o que implicaria, em tese, em uma vantagem competitiva da

AP Serviços. A vantagem restaria caracterizada, em princípio, pela oferta de preços mais baixos à Administração, por ocasião da participação em licitações, pois na estrutura de custos da empresa os tributos obedeceriam aos parâmetros fixados na LC nº 123, de 2006 e não no regime tributário comum.

14. Antes de verificar o caso concreto do pregão eletrônico promovido pelo IFSC e dos quatro contratos firmados por essa entidade com a AP Serviços, devo destacar que a questão maior, de opção pelo Simples Nacional por empresas que pretendem participar de certames licitatórios promovidos pela Administração Pública, foi objeto de detido exame pelo TCU no Acórdão nº 2.798/2010 – Plenário.

15. Nos termos dessa deliberação, restou o entendimento de que determinada empresa optante do Simples pode participar de licitações cujo objeto seja a prestação de serviços vedados pela LC nº 123, de 2006, desde que comprovada a não utilização dos benefícios tributários do regime tributário diferenciado na proposta de preços e que, caso venha a ser contratada, faça a comunicação ao órgão fazendário competente, para fins de exclusão do regime diferenciado, e passe a recolher os tributos pelo regime comum e não pelo diferenciado - o Simples Nacional -, mais vantajoso.

16. Referido entendimento gerou reflexos na gestão administrativa do TCU, e foi externado por meio da seguinte Nota Conjunta formulada pelas Secretarias de Controle Interno (Secoi) e de Orçamento, Finanças e Contabilidade (Secof) desta Corte de Contas (publicada internamente em 18/1/2011):

“Secoi e Secof orientam unidades sobre retenção de tributos federais

Orientação trata de retenção de tributos de microempresas ou empresas de pequeno porte, optantes pelo Simples Nacional, que prestam serviços por meio de cessão de mão de obra.

A Secretaria de Orçamento, Finanças e Contabilidade (Secof), em conjunto com a Secretaria de Controle Interno (Secoi), tendo em vista o disposto no Acórdão nº 2.798/2010 TCU-Plenário, de 20/10/2010 e, ainda, parecer da Conjur, exarado nos autos do TC-021.566/2010-0, de 18/11/2010, apresentam às unidades gestoras executoras do Tribunal de Contas da União (TCU) as seguintes orientações, em relação às retenções de tributos federais e de contribuição previdenciária das empresas optantes pelo Simples Nacional prestadoras de serviços por meio de cessão de mão de obra.

Em conformidade com o art. 17, inciso XII, da Lei Complementar nº 123/2006, não podem recolher os tributos federais na forma do Simples Nacional as microempresas ou empresas de pequeno porte que realizem cessão ou locação de mão de obra. No entanto, o § 1º do art. 17 c/c os §§ 5º-B ao 5º-E e § 5º-H do art. 18, admite exceção às empresas que se dediquem exclusivamente às atividades a seguir discriminadas, ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação (desde que não sejam exercidas por meio de cessão de mão de obra):

“§ 5º-C ...

I - construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada, execução de projetos e serviços de paisagismo, bem como decoração de interiores;

...

VI - serviço de vigilância, limpeza ou conservação.”

Em cumprimento às disposições estabelecidas no art. 30, inciso II c/c com o art. 31, inciso II, ambos da Lei Complementar nº 123/2006, a exclusão do Simples Nacional dar-se-á, obrigatoriamente, quando as microempresas ou empresas de pequeno porte incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas na referida lei complementar e produzirá seus efeitos a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva.

Assim, na constatação de qualquer situação impeditiva de opção pelo Simples Nacional pelas microempresas ou empresas de pequeno porte contratadas pelas unidades gestoras executoras do TCU, as mesmas deverão ser consideradas excluídas do Simples Nacional, estando sujeitas às retenções de todos os tributos devidos. A situação de impedimento de

opção pelo Simples Nacional deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à microempresa ou empresa de pequeno porte contratada, mediante ofício.”
(grifo nosso)

17. Retomando-se o caso concreto deste processo, o que se verifica é o fato de que não há indícios nos autos que demonstrem que a condição de optante pelo Simples Nacional tenha acarretado a vitória da empresa AP Serviços em quatro dos seis itens do Pregão Eletrônico nº 49/2009. A análise das atas do Pregão Eletrônico nº 49/2009 (fls. 129/151) mostra que houve competitividade em todos os itens da licitação, sem que o benefício fiscal tivesse alterado o resultado em favor da empresa denunciada, com inobservância do princípio da isonomia.
18. À exceção apenas do item 6 do pregão (serviços de recepção – Contrato nº 67/2009), a AP Serviços não ofertou o melhor preço na fase de lances, o que seria esperado caso se considerasse verdadeira, para qualquer caso, a tese de que a empresa teria condições de fornecer seus serviços a preços menores, em decorrência de uma estrutura tributária mais benéfica a ela, na condição de contribuinte. Mesmo com relação ao mencionado item do pregão, não consta dos autos qualquer elemento que demonstre que houve utilização de estrutura tributária indevida na proposta da empresa denunciada neste processo, ao menos na fase de licitação. Não há prejuízo, contudo, à oportuna fiscalização dos órgãos fazendários, com o fito de verificar se os recolhimentos por parte da empresa ocorreram no regime tributário correto.
19. A adjudicação do objeto do certame à empresa AP Serviços, com relação aos itens 1, 3 e 4 do pregão (serviços de copeiragem, objeto dos Contratos nº 64, 65 e 66, todos de 2009), somente ocorreu em face da inabilitação de outras licitantes, que haviam ofertado valores menores que os da referida empresa em suas respectivas propostas. Verifica-se, ainda, que nos quatro itens nos quais foi sagrada vencedora no pregão, os preços ofertados pela AP Serviços foram, em média, 15% abaixo do estimado pela Administração.
20. Assim, não há que se falar em utilização de vantagem indevida da empresa AP Serviços - opção pelo Simples Nacional, no caso - no âmbito do Pregão Eletrônico nº 49/2009 e, muito menos, em fraude à licitação por parte dessa empresa.
21. De qualquer forma, não se pode ignorar o fato de a empresa não ter comunicado ao órgão fazendário competente - a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) - que havia sido contratada pelo IFSC para a prestação de serviços de cessão de mão de obra, vedados pela LC nº 123, de 2006 (vide arts. 28 a 31).
22. As medidas acerca da falta de comunicação da AP Serviços sobre a necessidade de sua exclusão do regime do Simples Nacional ao órgão fazendário competente devem ser tomadas, contudo, pela RFB e não pelo TCU. A atitude da empresa, de participar de licitações e firmar contratos com órgãos e entidades públicos para prestação de serviços vedados pela LC nº 123, de 2006, pode gerar multa e o recolhimento da diferença de tributos de modo retroativo - quando confrontado o regime diferenciado com o regime comum -, considerando o início de efeitos da exclusão do Simples Nacional, previsto no inciso II do art. 31 da LC nº 123, de 2006 (“(...) a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva”).
23. Cabe destacar que a AP Serviços foi excluída do Simples Nacional a partir de 1º/1/2011 (fl. 117), o que sujeitará a empresa à fiscalização dos órgãos competentes, no que diz respeito aos tributos incidentes sobre os Contratos 64, 65, 66 e 67, todos de 2009, a partir do mês seguinte à ocorrência da situação impeditiva, nos termos do dispositivo legal que mencionei ao final do parágrafo precedente.
24. Considerando que apenas parte das irregularidades apontadas pelo denunciante foi confirmada pelo Tribunal - especialmente a opção indevida da empresa AP Serviços pelo Simples Nacional, sem que tenha ocorrido a comunicação tempestiva da necessidade de sua exclusão desse regime ao órgão fazendário competente e o recolhimento de tributos no regime tributário comum, a



partir do início dos efeitos da exclusão -, deve-se considerar a denúncia, no mérito, parcialmente procedente.

25. Para que em futuras contratações do IFSC não ocorra a mesma falha identificada neste processo, será dirigido alerta à entidade para que atente para as situações que representem inobservância da LC nº 123, de 2006, e que podem, em determinados casos, implicar ofensa ao princípio da isonomia (oferta de preços menores em licitações por empresas que se beneficiem de custos menores, em decorrência de serem optantes, de modo indevido, do Simples Nacional), previsto no caput do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

26. Tendo em conta a incidência de tributos federais e do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre os serviços que vêm sendo prestados pela empresa AP Serviços ao IFSC, cabe encaminhar cópia do acórdão que vier a ser proferido por este colegiado nesta Sessão Plenária à Secretaria da Receita Federal do Brasil e às Prefeituras dos Municípios de Florianópolis, Jaraguá do Sul e São José, todos no Estado de Santa Catarina – onde os serviços foram ou estão sendo prestados -, para que tomem as providências de sua alçada (cf. competência prevista no art. 33 da LC 123, de 2006).

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à deliberação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 30 de março de 2011.

UBIRATAN AGUIAR
Relator

ACÓRDÃO Nº 797/2011 – TCU – Plenário

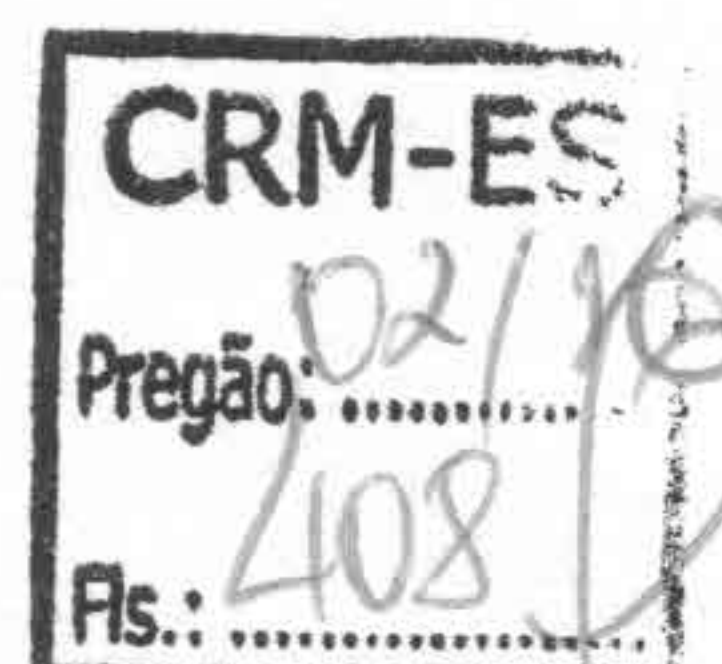
1. Processo nº TC 024.993/2010-7
2. Grupo II – Classe VII – Assunto: Denúncia
3. Interessado: Identidade preservada (art. 55, *caput*, da Lei nº 8.443/1992)
4. Entidade: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Santa Catarina (IFSC)
5. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo - SC (SECEX-SC)
8. Advogado constituído nos autos: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de denúncia sobre suposta irregularidade que teria sido cometida pela empresa AP Serviços de Limpeza, Asseio e Conservação Ltda. ao ter participado de licitação promovida pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Santa Catarina (IFSC), com enquadramento tributário indevido e posterior contratação por parte dessa entidade federal.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Extraordinária de caráter reservado do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente denúncia, nos termos do art. 53 da Lei nº 8.443/1992 e dos arts. 234 e 235 do Regimento Interno/TCU, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;



9.2. alertar o Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Santa Catarina para que:

9.2.1. 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;

9.2.2. 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 Lei Complementar nº 123, de 2006, tomando, se for o caso, as providências para que a Secretaria da Receita Federal do Brasil tenha imediata ciência de situações como aquela tratada neste processo;

9.3. encaminhar cópia desta deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, à Secretaria da Receita Federal do Brasil e às Prefeituras dos Municípios de Florianópolis, Jaraguá do Sul e São José, todos no Estado de Santa Catarina, para que tomem as providências de sua alçada (cf. competência prevista no art. 33 da Lei Complementar nº 123, de 2006);

9.4. encaminhar cópia deste acórdão, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentam, ao denunciante, à empresa AP Serviços de Limpeza, Asseio e Conservação Ltda. e ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Santa Catarina;

9.5. retirar a chancela de sigilo que recai sobre os autos;

9.6. arquivar o presente processo.

10. Ata nº 10/2011 – Plenário.

11. Data da Sessão: 30/3/2011 – Extraordinária de Caráter Reservado.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0797-10/11-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Benjamin Zymler (Presidente), Ubiratan Aguiar (Relator), Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro, José Jorge e José Múcio Monteiro.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
BENJAMIN ZYMLER
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
UBIRATAN AGUIAR
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral