

Brasília - DF, 09 de agosto de 2012.

PARECER Nº 275 /2012.

Processo nº: 59500.002078/2011-31

1610

Assunto: Recurso apresentado pela empresa “Music Story” ao Pregão Eletrônico nº 25/2012.

Interessado: AE

Senhor Chefe,

Trata-se de solicitação de análise jurídica realizada pela AE/GTI às fls. 07 do processo em epígrafe acerca do recurso de impugnação de edital apresentado pela empresa “Music Story” às fls. 03.

Entende-se que o fato trazido no âmbito do recurso apresentado não foi capaz de apontar ilegalidade.

Em primeiro lugar, o edital traz a informação de que a manutenção preventiva e corretiva de equipamentos e Corretiva de equipamentos de informática será com locação/cessão de mão de obra, conforme se observa do edital e seus anexos.

A alegação de que empresas optantes pelo “Simples Nacional” não podem participar de licitação cujo objeto refere-se a serviço com locação ou cessão de mão de obra advêm talvez de interpretação errônea, data vênua, do art. 17, inciso XII da Lei Complementar n 123/2006, que diz:

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;

Entretanto, entende-se que, apesar da proibição da norma apontada acima, as empresas prestadoras de serviços de cessão/locação de mão-de-obra optantes pelo Simples Nacional não devem ser proibidas de participarem de licitações em atendimento ao Princípio da Ampla Competitividade.

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

Assim, caso a micro ou pequena empresa seja prestadora de serviços de cessão/locação de mão-de-obra e esteja enquadrada irregularmente no Simples Nacional, tal fato (situação ensejadora da exclusão do regime diferenciado) deve ser comunicado à Receita Federal, uma vez que não poderia estar desfrutando dos benefícios do regime de tributação do Simples.

Desta forma, estas empresas não devem ser desclassificadas da participação em licitações, apenas devendo ser excluídas do regime do Simples Nacional a partir do mês subsequente ao de contratação. Entretanto não poderá haver prejuízo do valor ajustado a despeito de os tributos serem recolhidos sem os benefícios do Simples. Nesse sentido, art. 31,II da LC nº 123/2006:

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

I - na hipótese do inciso I do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, ressalvado o disposto no § 4º deste artigo;

II - na hipótese do inciso II do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva;

(...)

Desse modo, a micro ou pequena empresa arcará com as consequências de seu enquadramento irregular no regime do Simples, tendo que manter o valor global ajustado, adequando a sua proposta ao regime comum, cotando suas planilhas com tributação no lucro real.

Nesse sentido está o entendimento do Plenário do Tribunal de Contas da União, acórdão nº 2798/2012, relator ministro José Jorge:

“Opção pelo Simples Nacional: I - A condição de optante não impede a empresa de participar de licitação cujo objeto envolva cessão de mão de obra. 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."

"Opção pelo Simples Nacional: 2 - Nas licitações cujo objeto envolva cessão de mão de obra, a empresa optante será excluída de tal regime a partir do mês subsequente ao da contratação. 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, conseqüentemente, 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 ocorrera, 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."

Diante do exposto entende-se pela legalidade do certame, concluindo-se pela improcedência do recurso apresentado pela empresa.

É o parecer, que se submete à apreciação superior.

Túlio Ferreira Pinheiro
Chefe da Unidade de Assuntos Administrativos

De acordo em 09/08/2012.
Aprovo o parecer supra. A **AE**, para os devidos fins.

Alessandro Luiz dos Reis
Chefe da Assessoria Jurídica

Sérgio Paulo de Miranda
Área de Gestão Estratégica
Gerente - Executivo

PR/SL - Recebido
Em, 10/08/12 Horas 9:35

Rubrica

De ordem,
informe-se ao interessado
de improcedência do recurso
conforme, o parecer Jurídico

STÊNIO PETROVICH PEREIRA
Chefe de Gabinete da Presidência
CODEVASF