

EXM. ° SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA JUSTIÇA
FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU – SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO

EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N.º 09/2013

MICHIELIN – CENTRO DE PROMOÇÃO À SAÚDE OCUPACIONAL LTDA, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Rua Dom Pedro II nº 1610/304 Bairro São João, Porto Alegre – RS, CEP:90550-141, inscrita no CNPJ sob nº 73.695.322/0001-76, por seu representante legal ADEMIR MONTICELLI, nacionalidade brasileira, solteiro, Administrador de Empresas, CPF nº 40117715034, Cédula de Identidade nº 1014278095, SSP/RS, residente na cidade de Porto Alegre-RS, vem apresentar impugnação ao edital de pregão eletrônico nº 2013/007, pelos seguintes fatos e fundamentos que passa a expor:

I - Dos fatos

Em princípio, insta salientar que de acordo com o item 1 do referido edital, o objeto desta convocação é a “a contratação, por lotes, de serviços de ginástica laboral e massagem expressa (Quick Massage), conforme especificações constantes neste Edital e seus Anexos.

Portanto, pode-se concluir que o objeto licitado se refere à atividade de natureza intelectual a ser exercida mediante **cessão de mão de obra**.

Diante do objeto da licitação e em virtude das vedações contidas no artigo 17 XI e XII da Lei Complementar 123/2006 conclui-se que empresas optantes pelo SIMPLES NACIONAL não podem participar de tal concorrência pública ou, se vierem a participar e sagrarem-se vencedoras estariam obrigadas à exclusão do referido regime tributário, uma vez que o objeto licitado é justamente aquele expressamente vedado às empresas beneficiadas pelo Regime Simplificado de Tributação.

Vejamos:

“Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte.”

“XI – que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural,



que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou qualquer tipo de intermediação de negócios." (grifei)

"XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra;" (grifei)

II – DA IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE OPTANTES PELO REGIME INSTITUÍDO PELA LC 123/2006 NO CERTAME

O artigo 3º da Lei nº 8.666/93, que, como é de curial sabença, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, dispõe o seguinte:

"Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional de isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos." (grifos nossos)

Da leitura do referido dispositivo, pode-se concluir que o administrador público deverá se pautar pela obediência ao princípio constitucional da isonomia, devendo garantir igualdade de condições entre os participantes.

Não há como concorrer em pé de igualdade com uma entidade que indevidamente se beneficia por pagar menos impostos, pois os valores pagos ao erário são lançados na apuração dos custos e influenciam diretamente na formação do lance.

De acordo com as lições do professor Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª Ed. – São Paulo : Dialética, 2010, pág. 90, "cabe apontar a inconstitucionalidade de valer-se de mecanismos de natureza tributária para frustrar o princípio da isonomia. É vedado à administração instituir providências que possam, de modo indireto, fraudar a competitividade nas licitações. Os licitantes estabelecidos no território da unidade federada que promove a licitação não podem receber qualquer modalidade de benefício que a eles permita uma vantagem jurídica em relação aos demais competidores, domiciliados em outras

unidades federadas. *Se houver algum fundamento para manter a validade dessas benesses sob o prisma tributário, tal não se estende ao âmbito das licitações.*" (grifo nosso)

De acordo com a decisão proferida pela TCU – Tribunal de Contas da União, ao apreciar a Representação 025.664/2010-7; Ac. 2798/2010, a participação em licitação pública de empresa optante pelo Simples Nacional somente seria possível se comprovada a não-utilização dos benefícios tributários do regime tributário diferenciado na proposta de preços e a solicitação de exclusão do referido regime, caso contrário, não seria possível a sua participação na concorrência.

Vejamos a ementa:

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. LICITAÇÃO TIPO MENOR PREÇO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE COPEIRAGEM. NATUREZA DE CESSÃO E LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA. INABILITAÇÃO DE LICITANTE VENCEDORA. SUPOSTA VIOLAÇÃO À VEDAÇÃO CONTIDA NA LEI COMPLEMENTAR N.º 123/2006 (ART. 17). SIMPLES NACIONAL. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL OU EDITALÍCIA PARA PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO PÚBLICA DE EMPRESA OPTANTE PELO REFERIDO REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. COMPROVAÇÃO DE SOLICITAÇÃO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. ANULAÇÃO DO ATO IRREGULAR. COMUNICAÇÃO. As vedações descritas no art. 17 da Lei Complementar n.º 123/2006 não constituem óbice à participação em licitação pública de empresa optante pelo Simples Nacional, desde que comprovada a não-utilização dos benefícios tributários do regime tributário diferenciado na proposta de preços e a solicitação de exclusão do referido regime. (Tribunal de Contas da União TCU; Repres 025.664/2010-7; Ac. 2798/2010; Tribunal Pleno; Rel. Min. José Jorge; Julg. 20/10/2010; DOU 26/10/2010) (grifo nosso)

Cumpra salientar, ainda, que a Receita Federal do Brasil já se manifestou em Solução de Consulta COSIT N.º 17, DE 14 DE JANEIRO DE 2010, publicada no DOU 04.02.2010, que "a prestação de serviços de ginástica laboral e de massoterapia é vedada aos optantes pelo Simples Nacional." (grifo nosso).



Nessa ordem de ideias, descrevemos a recente decisão de aditamento do Edital Convocatório da Comissão de Licitações da COPEL Companhia Paranaense de Energia, referente ao **Pregão Presencial Copel SLS 120028/2012**, cujo objeto refere-se à prestação de serviços de ginástica laboral:

ADITAMENTO Nº 04

A COPEL DISTRIBUIÇÃO S/A, COPEL GERAÇÃO E TRANSMISSÃO S/A, e COPEL TELECOMUNICAÇÕES S/A, todas Subsidiárias Integrais da COMPANHIA PARANAENSE DE ENERGIA – COPEL, doravante denominadas abreviadamente COPEL, comunicam que estão aditando a licitação em epígrafe nos seguintes termos:

1. Ficam incluídos no Edital, os seguintes subitens que passam a ter a redação a seguir:

Item 4- PARTICIPAÇÃO:

4.4. Considerando tratar-se de contratação de serviços mediante cessão de mão de obra, conforme previsto no artigo 31 da Lei 8.212, de 24/07/1991 e alterações nos artigos 112, 115, 117 e 118 da Instrução Normativa RFB nº 971, de 13/11/2009 e alterações, o proponente Microempresa- ME ou Empresa de Pequeno Porte- EPP, optante pelo Simples Nacional, que, porventura, venha ser contratado, não poderá beneficiar-se da condição de optante e estará sujeito à retenção na fonte de tributos e contribuições sociais, na forma da legislação em vigor, em decorrência da sua exclusão obrigatória do Simples Nacional a contar do mês seguinte ao da contratação em consequência do que dispõem o artigo 17, inciso XII, artigo 30, inciso II artigo 31, inciso II, da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações.

4.4.1. O proponente optante pelo Simples Nacional, que, por ventura venha a ser contratada, após a assinatura do contrato, no prazo de 90 (noventa) dias, deverá apresentar cópia dos ofícios, com comprovantes de entrega e recebimento, comunicando a assinatura do contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra (situação que gera vedação a opção por tal regime tributário) às respectivas Secretarias Federal, Estadual e/ou Municipal, no prazo previsto no inciso II do § 1º do artigo 30 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações.

4.4.2. Caso o proponente optante pelo Simples Nacional não efetue a comunicação no prazo acima assinalado, ficará sujeito às sanções previstas no item 12.2., sem prejuízo da possibilidade de a própria COPEL, em obediência ao

princípio da probidade administrativa, efetuar a comunicação à Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, para que efetue a exclusão de ofício conforme disposto no inciso I do artigo 29 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações.

4.4.3. Os proponentes optantes pelo Simples Nacional deverão cotar, na planilha de custos e formação de preços, os encargos sociais e trabalhistas, bem como os tributos na forma das empresas não beneficiárias do regime especial unificado de arrecadação de tributos e contribuições devidos pelas microempresas e empresas de pequeno porte instituído pela Lei Complementar 123/2006.

Item 6- PREÇO:

6.3. O proponente optante pelo SIMPLES Nacional deverá cotar os encargos sociais e trabalhistas e os tributos sem considerar os benefícios do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e empresas de pequeno porte, vez que deverão, caso vencedora deste certame, descredenciar-se do SIMPLES Nacional, conforme subitem 3.12.1. deste Edital.

2. Fica alterada a redação do item 12 do Edital, que passa a ter a redação a seguir:

12.2. Em caso de recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato ou aceitar o instrumento equivalente dentro do prazo estabelecido; não mantiver sua proposta ou, deixar de cumprir a obrigação prevista no item 4.4.1, o proponente ficará sujeito às penalidades seguintes, sem prejuízo da aplicação de outras cabíveis:

3. Fica alterada a data de entrega e abertura dos envelopes constante no preâmbulo do edital, para 18/09/2012- 14 horas.

4. Permanecem inalteradas as demais disposições do edital e seus anexos.

Curitiba, 30 de agosto de 2012.

EDSON LUIZ TODESCO

Gerente do Departamento de Contratações e Aquisições Corporativas “

Citamos abaixo outros exemplos de editais publicados ou republicados recentemente, os quais especificam os critérios de participação de empresas optantes pelo SIMPLES NACIONAL:

OBJETO: "CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM GINÁSTICA LABORAL, COMO PARTE DO PROGRAMA DE QUALIDADE DE VIDA NO TRABALHO, PARA OS EMPREGADOS DA UNIDADE REGIONAL ESPÍRITO SANTO PELO PERÍODO DE 24 (VINTE E QUATRO) MESES". (Edital do Pregão Eletrônico N° 009/2012 – Processo N° 44110.000006/2012-57 da Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social – DATAPREV – Unidade Regional Espírito Santo, abertura 10/12/2012).

" 4.6.12. 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 XI e XII, o Art. 30, Inciso II e o Art. 31, Inciso II, da Lei Complementar nº 123/2006.

4.6.13. A licitante contratada fica obrigada 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 Secretaria da Receita Federal do Brasil, no prazo previsto no Art. 30, § 1º, Inciso II, da Lei Complementar nº 123/2006."

OBJETO: "contratação de prestação de serviços continuados de Ginástica Laboral, Orientações Ergonômicas e "Quick Massage" (Massagem Expressa), com execução mediante o regime de empreitada global, para atender às necessidades da Fundação Nacional de Saúde – Superintendência Estadual de São Paulo, conforme especificações e quantidades estabelecidas no Termo de Referência e neste Edital e seus Anexos." (Edital do Pregão Eletrônico N° 14/2012 - PROCESSO N° 25290.006.332/2012-52 da FUNASA – Fundação Nacional da Saúde – Superintendência Estadual de São Paulo, abertura 21/12/2012)

4.3.1.3. Considerando que a prestação dos serviços objeto desta licitação envolve cessão ou locação de mão de obra, é vedado à licitante microempresa ou empresa de pequeno porte, por força do artigo 17, da Lei Complementar nº 123, de 2006, utilizar-se dos benefícios tributários do Simples Nacional em sua proposta de preços. O proponente optante pelo Simples Nacional, que, por ventura venha a ser contratado, deverá comunicar à Secretaria da Receita Federal do Brasil, até o último dia útil do mês subsequente ao do início da execução contratual, sua exclusão

obrigatória do Simples Nacional, nos termos do artigo 30, II, e § 10, II, da Lei Complementar nº 123, de 2006, em virtude das vedações do artigo 17, da mesma lei;

OBJETO: "PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE GINÁSTICA LABORAL EM UNIDADES DA ECT-DR/BA, conforme Especificação Técnica/Descrição Técnica e demais detalhamentos e condições constantes neste Contrato e seus Anexos. (EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº (12000071/2012) – DR/BA da EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT, abertura 07/01/13)

2.4.1. Caso o objeto desta contratação esteja enquadrado nas vedações do art. 17 da Lei Complementar 123/06, sendo a CONTRATADA MICROEMPRESA-ME ou EMPRESA DE PEQUENO PORTE-EPP, optante do SIMPLES NACIONAL, fica obrigada a apresentar para a CONTRATANTE cópia do ofício, com comprovante de entrega e recebimento, comunicando a assinatura do contrato de prestação de serviço com cessão de mão de obra à Receita Federal do Brasil, no prazo previsto no artigo 30, § 1º, inciso II, da Lei Complementar nº 123/2006.

2.4.1.1. No caso de a empresa CONTRATADA não realizar a comunicação, a CONTRATANTE oficiará à Receita Federal do Brasil, para que esta proceda à exclusão de ofício, conforme disposto no art. 29, Inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006.

OBJETO: "Contratação, pelo prazo de 12 (doze) meses de empresa especializada para prestação de serviços de orientação à prática de ginástica laboral em unidades da CAIXA no Estado do Rio Grande do Sul, tudo em conformidade com as disposições deste Edital e de seus Anexos, que o integram e complementam". (EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº (116/7072-2012-GILIC/PO) da CAIXA ECONOMICA FEDERAL, abertura 14/01/13)

2.2.4 Considerando tratar-se de contratação de serviços mediante cessão de mão de obra, conforme previsto no artigo 31 da Lei 8.212, de 24/07/1991 e alterações nos artigos 112, 115, 117 e 118 da Instrução Normativa RFB nº 971, de 13/11/2009 e alterações, o proponente Microempresa- ME ou Empresa de Pequeno Porte-EPP, optante pelo Simples Nacional, que, porventura, venha ser contratado, não poderá beneficiar-se da condição de optante e estará sujeito à retenção na fonte de tributos e contribuições sociais, na forma da legislação em vigor, em decorrência da sua exclusão obrigatória do Simples Nacional a contar do mês seguinte ao da contratação em consequência do que dispõem o artigo 17, inciso XII, artigo 30, inciso II artigo 31, inciso II, da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações.

5.3.2.4 O proponente optante pelo SIMPLES Nacional deverá cotar os encargos sociais e trabalhistas e os tributos sem considerar os benefícios do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e empresas de pequeno porte, vez que deverão, caso vencedora deste certame, descredenciar-se do SIMPLES Nacional, conforme subitem 3.12.1. deste Edital.

19.10 O proponente optante pelo Simples Nacional, que, por ventura venha a ser contratado, após a assinatura do contrato, no prazo de 90 (noventa) dias, deverá apresentar cópia dos ofícios, com comprovantes de entrega e recebimento, comunicando a assinatura do contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra (situação que gera vedação a opção por tal regime tributário) às respectivas Secretarias Federal, Estadual e/ou Municipal, no prazo previsto no inciso II do § 1º do artigo 30 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações.

Isto posto requer seja julgada procedente a presente impugnação para alterar o edital, especificando no mesmo os critérios de participação das empresas optantes pelo SIMPLES NACIONAL (a exemplo do que fizeram os órgãos públicos citados acima), bem como especificando a consequente obrigatoriedade de exclusão do SIMPLES NACIONAL à que estará sujeita a empresa vencedora enquadrada naquela opção e indevidamente vinculada a tal regime de tributação.

Porto Alegre, 12 de abril de 2013.

MICHIELIN – CENTRO DE PROMOÇÃO À SAÚDE OCUPACIONAL LTDA
ADM. ADEMIR MONTICELLI – SÓCIO GERENTE
CRA/RS N° 11653