

JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO
COORDENADORIA JURÍDICA

PROCESSO Nº 8.258/10/2012-EOF
REQUERENTE: NÚCLEO DE GESTÃO DE PESSOAS
REQUERIDO: JUIZ FEDERAL DIRETOR DO FORO

P A R E C E R Nº 111/2013

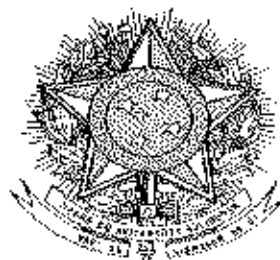
Trata-se de processo administrativo, por meio do qual visa a Administração à contratação de empresa para prestação de serviços de ginástica laboral e massagem expressa.

Publicado o edital, fora interposta a Impugnação de fls. 296/299v, pela empresa MICHELIM - CENTRO DE PROGRAMAÇÃO À SAÚDE OCUPACIONAL LTDA., ao argumento de que o silêncio do edital no que tange à participação de empresas optantes pelo SIMPLES NACIONAL, o que se mostra necessário, tendo em vista o disposto no artigo 17, incisos XI e XII, da Lei Complementar nº 123/2006, viola, em síntese, o princípio da isonomia, porquanto admite a utilização de benefícios tributários indevidamente, em prejuízo dos licitantes que não se encontram inscritos no referido regime.

Requer, a Impugnante, portanto, a inserção, no edital, de regras que estabeleçam a impossibilidade de utilização dos benefícios tributários correlatos ao citado regime, e, que determinem a obrigatoriedade de exclusão do mesmo benefício de empresa inscrita no SIMPLES NACIONAL que eventualmente venha a ter êxito no certame.

Vieram os autos para análise.

É o relatório.



JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO
COORDENADORIA JURÍDICA

Passo à análise.

1 - De início, destaco a tempestividade da impugnação em foco, porquanto observado o limite temporal estabelecido no artigo 18 do Decreto nº 5.450/2005/2000, vez que a sessão publica encontra-se designada para o dia 24/04/2013, conforme cópia de aviso colacionado à fl. 289.

2 - Quanto à questão de mérito, verifico que se cuida de alegação de violação a um dos princípios norteadores das licitações, que, em síntese, impedem o alcance do caráter competitivo do certame. Cuida-se do princípio da isonomia, que, segundo ela, estaria sendo inobservado pela ausência de disciplina no edital acerca da participação de empresas optantes pelo SIMPLES NACIONAL, conforme entendimento assentado no âmbito do Tribunal de Contas da União, vez que o objeto se refere a trabalhos desportivos a serem realizados mediante cessão de mão-de-obra.

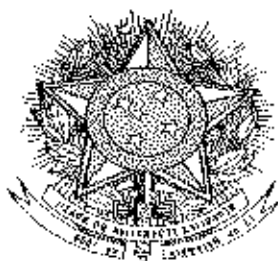
Com efeito, conforme prescrição do artigo 17, incisos XI e XII, da Lei Complementar nº 123/2006¹, não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a

¹ 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 de qualquer tipo de intermediação de negócios;

XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra;



JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO
COORDENADORIA JURÍDICA

microempresa ou a empresa de pequeno porte que tenha por finalidade a prestação de serviços de natureza, dentre outras, desportiva, na qual se enquadra a ginástica laboral, conforme entendimento sedimentado pela Receita Federal do Brasil nas Soluções de Consultas a seguir transcritas:

SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 17, DE 14 DE JANEIRO DE 2010
DOU 04.02.2010

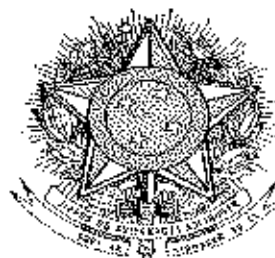
Assunto: Simples Nacional
SIMPLES NACIONAL. GINÁSTICA LABORAL. MASSOTERAPIA.
A prestação de serviços de ginástica laboral e de massoterapia é vedada aos optantes pelo Simples Nacional.
Dispositivos Legais: Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, XI.
MARCO ANTÔNIO FERREIRA POSSETTI
Chefe da Divisão

SOLUÇÃO DE CONSULTA RFB Nº 15/2013 - SIMPLES NACIONAL - SERVIÇO PERSONAL TRAINER E GINÁSTICA LABORAL - VEDAÇÃO OPÇÃO

Solução de Consulta nº 15, de 7 de março de 2013 (P. no DOU em 04/04/2013)
ASSUNTO: Simples Nacional
EMENTA: SIMPLES NACIONAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PERSONAL TRAINER, GINÁSTICA LABORAL, PRÁTICAS ESPORTIVAS, AVALIAÇÃO FÍSICA E POSTURAL. VEDAÇÃO.

As atividades de prestação de serviços de personal trainer, ginástica laboral, práticas esportivas, avaliação física e postural, por caracterizarem exercício de atividade intelectual e de natureza técnica, bem como exercício de atividade desportiva, impedem a opção pelo Simples Nacional ou a permanência nele, nos termos do inciso XI do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006.
DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, XI e art. 18, § 5º-D.

CESAR ROXO MACHADO
Auditor-Fiscal
p/Delegação de Competência



JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO
COORDENADORIA JURÍDICA

No que se refere à atividade de cessão de mão-de-obra, no entanto, destaco:

A cessão de mão-de-obra referida na Lei Complementar nº 123/2006 é legalmente conceituada pelo artigo 31, § 3º, da Lei nº 8.212/93, que assim prescreve:

§ 3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

E, de acordo com o § 4º, do mesmo artigo, enquadram-se como cessão de mão-de-obra, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:

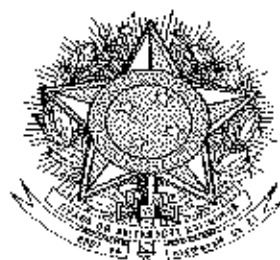
I - limpeza, conservação e zeladoria: (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

II - vigilância e segurança: (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

III - empreitada de mão-de-obra: (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

A Instrução normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009, apenas reproduziu o conceito legal e definiu "dependências de terceiros", "serviços contínuos" "colocação de trabalhadores à disposição da empresa contratante", conforme disciplina do seu artigo 115:



JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO
COORDENADORIA JURÍDICA

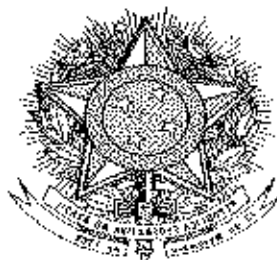
Art. 115. Cessão de mão-de-obra é a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporária na forma da Lei nº 6.019, de 1974.

§ 1º Dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços.

§ 2º Serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não à sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores.

§ 3º Por colocação à disposição da empresa contratante, entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato.

É certo, no entanto, que, no caso da presente contratação, não se exige a colocação de trabalhadores à disposição da Contratante, cuidando-se, portanto, de contrato de mera prestação de serviços, e não de cessão de mão-de-obra, que, se caracterizada, de fato impedia a inscrição no regime tributário em questão, conforme legislação acima mencionada e entendimento consolidado no âmbito da Receita Federal do Brasil, de acordo com o que observo na solução de consulta a seguir transcrita:



306
7

JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO
COORDENADORIA JURÍDICA

SOLUÇÃO DE CONSULTA SRF Nº 76, DE 27 DE MARÇO DE 2008

DOU 07.04.2008

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. IMPOSSIBILIDADE DE OPÇÃO.

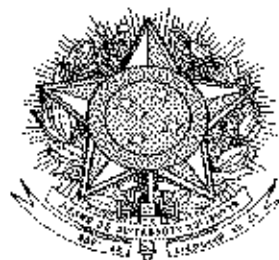
A cessão de funcionário para a prestação de serviços nas dependências de contratante, impedirá a opção ou permanência de pessoa jurídica no Simples, em face da vedação estabelecida à atividade de locação de mão-de-obra.

Dispositivos Legais: Lei nº 9.317, de 1996, art. 9º, inciso XII, alínea "f".

CLÁUDIO FERREIRA VALLADÃO - Chefe da Divisão

Em síntese, portanto, no que se refere aos apontamentos da Impugnante, considero que, embora procedentes seus argumentos de que serviços de natureza desportiva, bem como serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, impedem a opção pelo Simples Nacional, no caso do edital impugnado, não se evidencia a prestação de serviços por meio de cessão de mão-de-obra, mas, somente de serviços de natureza desportiva.

3 - No entanto, no que pertine à suscitada necessidade de o edital contemplar as regras determinadas pelo Tribunal de Contas da União por meio do Acórdão nº 2798/2010-Plenário, é necessário que se entenda que aquela Corte de Contas, ao fazer suas recomendações, se refere a empresas que passem a prestar serviços que vedam a sua opção pelo Simples a partir da contratação de que trata o edital, de modo que não se impeça a participação na licitação de sociedades empresariais que estejam regularmente inscritas no regime tributário em tela, mas, tão-somente, que se impeça a utilização indevida dos benefícios correlatos aquele regime, em detrimento das empresas que sejam optantes pelo regime adequado,



JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO
COORDENADORIA JURÍDICA

em violação ao princípio da isonomia, e, que não se admita uma contratação com irregularidade tributária, vez que esta última situação pode, inclusive, levar a Administração a deixar de executar obrigação tributária principal, qual seja, a retenção de 11% (onze por cento) determinada pelo artigo 31 da Lei nº 8.212/93, quando devida.

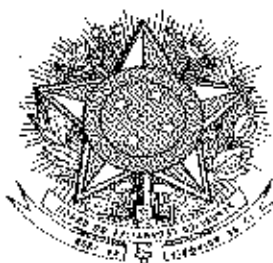
No caso dos autos, não há que se falar em passar a exercer a atividade de natureza desportiva, porquanto o próprio edital exige que as licitantes comprovem já ter prestado serviços de ginástica laboral, conforme subitem 28.3, de modo que, por imposição legal, tais empresas não poderão mesmo estar inscritas no Simples Nacional.

De todo o modo, tendo em vista a possibilidade de, por motivos diversos, comparecem à licitação sociedades empresariais optantes indevidamente pelo regime tributário de que se trata, considero que deve, de fato, o edital disciplinar a questão conforme comando da Corte de Contas.

5 - E, tendo em vista que eventual mudança de regime tributário, por exigência administrativa, inequivocamente implica maiores custos, deve se reconhecer que a alteração a ser implementada afeta a formulação das propostas, de modo que deve ser observada a prescrição do § 4º do artigo 21 da Lei nº 8.666/93, que determina a republicação do edital, com a reabertura do prazo inicialmente estabelecido.

6 - Em síntese, portanto, sugiro:

* Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrendo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.



JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO
COORDENADORIA JURÍDICA

- a) Que sejam conhecidas as razões as razões impugnativas, e, que sejam as mesmas parcialmente providas;
- b) Que o edital seja alterado para contemplar as exigências determinadas pelo Tribunal de Contas da União por meio do Acórdão nº 2798/2010;
- c) Que seja reaberto o prazo inicialmente estabelecido para a apresentação das propostas.

7 - É o parecer.

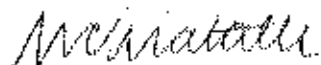
Vitória, 16 de abril de 2013.


GELCIANE RAMOS ALVES
Coordenadora Jurídica



CONCLUSOS estes autos, nesta data, ao
MM. Juiz Federal Diretor do Foro, Dr. **Fernando
Cesar Baptista de Mattos**.

Vitória, 19/042013.


Maria Cristina Natalli
Diretora da Secretaria Geral

DESPACHO

Trata-se de processo de execução orçamentária e financeira para contratação de empresa para prestação de serviços de ginástica laboral e massagem expressa, na sede desta Seção Judiciária e na Subseção Judiciária da Serra.

As fls. 296/299v, impugnação interposta pela empresa **Michielin - Centro de Promoção à Saúde Ocupacional Ltda** ao Edital de Pregão Eletrônico nº 09/2013. Requer a impugnante a alteração do edital de modo que dele constem os critérios de participação das empresas optantes pelo SIMPLES NACIONAL, fazendo constar a obrigatoriedade de exclusão da opção por aquele regime de empresa que eventualmente venha a ter êxito no certame.

As fls. 301/308, a Coordenadoria Jurídica sugere, em síntese, que sejam conhecidas as razões impugnativas e que sejam parcialmente providas com a alteração do edital para contemplar as exigências determinadas pelo Tribunal de Contas de União através do Acórdão nº 2798/2010, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido para a apresentação das propostas.

Decido.

Tendo em vista a possibilidade de, por motivos diversos, comparecerem à licitação sociedades empresariais optantes indevidamente pelo regime tributário de que se trata, acolho o parecer de fls. 301/308 da Coordenadoria Jurídica. Dessa forma, conheço da impugnação interposta pela empresa **Michielin - Centro de Promoção à Saúde Ocupacional Ltda** (fls. 296/299v.), dando-lhe parcial provimento.

Autorizo, assim, a alteração do edital para contemplar as exigências determinadas pelo Tribunal de Contas de União constantes do Acórdão nº 2798/2010, com a sua consequente republicação, reabrindo-se o prazo anteriormente concedido.

Comunique-se, com cópia do Parecer de fls. 301/308.

Vitória, 22/042013.


Fernando Cesar Baptista de Mattos
Juiz Federal Diretora do Foro



RECEBIDOS estes autos, nesta data, do
MM. Juiz Federal Diretor do Foro, Dr. **Fernando**
Cesar Baptista de Mattos, com a r. decisão
acima.

Ao NCO para cumprimento da r. decisão de
fl. 309.

Vitória, 22/04/2013

MC Natalli
Maria Cristina Natalli
Diretora da Secretaria Geral