Processo Licitatório n.º 85.695/2014

Pregão Eletrônico n.º 004/2014

Decisão Pregoeiro n.º 001/2014

Trata-se de tempestiva impugnação (fls. 137-146) interposta pela empresa **MICHIELIN – CENTRO DE PROMOÇÃO À SAÚDE OCUPACIONAL LTDA.** contra termos do Edital do Pregão Eletrônico n.º 004/2014 - Processo Licitatório n.º 85.695/2014, deste CREA-SC.

Alega a impugnante, em suma, que o objeto licitado, em virtude das vedações contidas no artigo 17, XI e XII, da Lei Complementar n.º 123/2006, exige que empresas optantes pelo Simples Nacional, que venham a participar e sagrem-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, por se tratar de cessão de mão de obra (XII) e por decorrer do exercício de atividade de natureza técnica e desportiva (XI).

Apresenta legislações, doutrinas, jurisprudências, soluções da Receita Federal do Brasil e modelos de outros Editais de Licitação para embasar suas alegações.

Requer, ao final, que seja julgada procedente a presente impugnação para alterar o Edital, especificando no mesmo os critérios de participação das empresas optantes pelo Simples Nacional, bem como especificando a consequente obrigatoriedade de exclusão do Simples Nacional a que estará sujeita a empresa vencedora se enquadrada naquela opção e indevidamente vinculada a tal regime de tributação.

É o breve relatório. Decidimos.

As irresignações da impugnante não merecem prosperar, uma vez que a situação fática e a fundamentação expostas não se amoldam ao caso em tela, podendo ter ocorrido equívoco na interpretação do Edital, senão vejamos.

Em primeiro lugar, é necessário salientar que a maior parte do texto da impugnação encontra-se desatualizado após a promulgação da Lei Complementar n.º 147, de 07 de agosto de 2014, a qual fez uma série de alterações na Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, e, dentre elas, revogou expressamente o inciso XI, do artigo 17, que anteriormente vedava o recolhimento de impostos e contribuições na forma do Simples Nacional por microempresas ou empresas de pequeno porte que tenham por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade de natureza intelectual, técnica e desportiva.

Nesta senda, todos os excertos da impugnação que dispõe sobre essa antiga e revogada vedação, dentre eles os exemplos de alguns Editais de Licitação e, em especial, todas as Soluções de Consultas (19/2013, 15/2013 e 17/2010) da Receita Federal do Brasil, não se prestam mais a embasar a impugnação ora em análise.

Nesta feita, a análise e julgamento da impugnação se concentram apenas na caracterização, ou não, do objeto licitatório como atividade realizada mediante cessão de mão de obra. E, neste ínterim, também não há cabimento nas insurgências da presente impugnação.

Ainda que a atividade objeto da licitação possa vir a ser desenvolvida mediante cessão de mão de obra, não o é com relação ao objeto da presente licitação, da maneira como virá a ser contratado por este CREA-SC.

Em se tratando de cessão de mão de obra, o seu conceito legal e jurídico encontra-se descrito no Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, o qual define, no seu artigo 219, §1º, que "*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, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.*"

E, neste mesmo diapasão, nas diretrizes específicas acerca do "*enquadramento ou não nas vedações à opção pelo Simples Nacional foram firmadas pelo Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN*", o qual estipulou em sua Resolução nº 58/2009 o seguinte: "*Art. 6º O MEI* [Microempreendedor Individual] *não poderá realizar cessão ou*

locação de mão-de-obra. § 1º Cessão ou locação de mão-de-obra é a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores, inclusive o MEI, que realizem serviços contínuos relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. § 2º Dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços.§ 3º 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. § 4º Por colocação à disposição da empresa contratante entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato."

E, também, na mesma sintonia, no artigo 115, da Instrução Normativa RFB n.º 971, de 13 de novembro de 2009, *in verbis: "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 temporário 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 a 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."*

Assim, de acordo com os referidos diplomas legais e normativos, vislumbra-se que serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra possuem três requisitos essenciais: i) a colocação dos empregados da contratada à disposição do contratante; ii) ser prestado nas dependências do contratante, ou em local por ele determinado; iii) serem os serviços contínuos e de necessidade permanente do contratante.

Pois bem. Com exceção do segundo (ii) requisito, nenhum dos outros dois (i e iii) estão presentes na forma de contratação objeto da licitação ora impugnada.

Por disponibilização de trabalhadores (i) entende-se a efetiva cessão dos empregados da empresa contratada para o contratante, nas dependências deste ou onde ele indicar, deixando de ter a prestadora de serviços contratada a força do labor dos seus trabalhadores cedidos. Tal conceituação, que à primeira vista parece tautológica, permite, quando bem entendida, que se afira a efetiva cessão de mão de obra, uma vez que a empresa contratada quando cede seus trabalhadores com eles não pode contar para a realização de qualquer outra tarefa, exceto aquela estabelecida com o seu contratante, na qual, mediante cessão de mão-de-obra, prestará o serviço avençado.

Essa, pois, não é a situação do objeto licitado. O Edital exige (itens 4.3.2.2.1 e 5.1 do Termo de Referência – Anexo I) que a frequência da execução do serviço de ginástica laboral da Sede do CREA-SC, da Inspetoria de Florianópolis/SC e do Escritório de São José/SC seja de 02 (duas) vezes por semana, de segunda à sexta-feira, no horário compreendido entre as 09:00 hs e as 17:00 hs. Ou seja, ficará a critério e liberdade da contratada definir os dias e horários em que prestará o serviço. E tampouco é exigida coincidência de dias e horários.

Ademais, considerando os 12 (doze) grupos de empregados do CREA-SC (10 na Sede, 01 na Inspetoria e 01 no Escritório), e levando-se em conta a duração de 15 (quinze) minutos de ginástica para cada grupo, temos que, num universo de 40 (quarenta) horas semanais possíveis de prestação do serviço, a contratada deverá disponibilizar um trabalhador seu ao CREA-SC por apenas 06 (seis) horas semanais, ou seja, 15% (quinze por cento) do tempo total.

Isso, em hipótese alguma, caracteriza a efetiva cessão de mão de obra, uma vez que a empresa contratada poderá contar com esse trabalhador para outras tarefas, inclusive perante outros contratantes. Quanto mais porque o Edital em nenhum momento exige a pessoalidade e/ou a habitualidade de um mesmo trabalhador da empresa contratada, nem para a mesma unidade (Sede, Inspetoria ou Escritório), e muito menos para todas elas. Perceba-se, ainda, que, inclusive, o próprio Edital de Licitação admite a subcontratação dos serviços licitados.

Já com relação à continuidade da prestação dos serviços (iii), essa não deve ser entendida como um tempo, ou ainda uma frequência da efetiva contratação da prestadora de serviços; mas sim, deve ser aferida quanto à necessidade do contratante, ou seja, será contínuo o serviço se a utilidade do serviço prestado pela contratada, por necessidade do contratante, se repetir para a tomadora do serviço de modo contínuo, perene, mesmo que com amplo intervalo de tempo entre os eventos que demandem a prestação de serviço, uma vez que a necessidade do contratante, nesse caso, é contínua, é perene.

No caso em tela, da mesma forma, não há uma necessidade contínua do CREA-SC na prestação dos serviços objeto desta Licitação. Nem mesmo há essa necessidade, institucionalmente falando. A oferta desses serviços aos seus empregados é uma benesse colocada à disposição por esta Autarquia, à qual a mesma não está obrigada, nem legalmente, nem mesmo por força de negociação coletiva. A qualquer momento, por pura discricionariedade, pode o CREA-SC deixar de se utilizar de tal serviço. É um serviço prestado para o CREA-SC, e não pelo CREA-SC, como seria, por exemplo, a sua vigilância, a sua limpeza, a sua recepção, dentre outros, de modo que a sua interrupção não traz prejuízos institucionais à Autarquia.

Tanto não há essa necessidade, que a prestação dos serviços ora licitados ocorrerá em apenas 03 (três) unidades do CREA-SC (Sede, Inspetoria de Florianópolis/SC e Escritório de São José/SC), deixando de ser prestado nas outras 31 (trinta e um) unidades existentes no Estado de Santa Catarina.

Assim, assentemos. Ocorre prestação de serviços mediante cessão de mão de obra quando a prestadora disponibiliza seus trabalhadores (deixando de com eles contar para outras tarefas que não as contratadas no caso em análise), para prestar serviços que sejam de necessidade contínua da tomadora, nas dependências dela, ou em local por ela indicado. O que, definitivamente, como acima exposto, não configura a condição do objeto ora licitado.

Além disso, a Lei de Custeio da Previdência Social - Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 -, em seu artigo 31, determina que a retenção previdenciária incidirá nos

serviços prestados por meio de cessão de mão de obra e que integrem, além da listagem do seu §4º, o rol exaustivo constante do Regulamento da Previdência Social - RPS. Este Regulamento, por sua vez, enquadra em seu artigo 219, § 2º, um rol *numerus clausus* de uma série de serviços, dentre os quais, entretanto, não está elencado o serviço de ginástica laboral.

Dessa forma, a prestação do serviço ora licitado não é enquadrada como sendo por meio de cessão de mão de obra, mas sim, por meio de simples empreitada, sendo, nesse caso, empreitada por preço global, ainda que de execução diferida, conforme bem explicita a alínea "a", do inciso VIII, do artigo 6º, da Lei n.º 8.666/93: *"(...) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total."*

E também o artigo 116, da Instrução Normativa RFB n.º 971, de 13 de novembro de 2009, *ipsis literis:* "*Art. 116. Empreitada é a execução, contratualmente estabelecida, de tarefa, de obra ou de serviço, por preço ajustado, com ou sem fornecimento de material ou uso de equipamentos, que podem ou não ser utilizados, realizada nas dependências da empresa contratante, nas de terceiros ou nas da empresa contratada, tendo como objeto um resultado pretendido."*

A empreitada é um regime de execução no qual a contratada fica encarregada de prestar o serviço, responsabilizando-se tanto pela mão de obra como pelo material necessário para a consecução do objeto ajustado. Essa é a característica comum às três espécies de empreitada: a por preço global, a integral e a por preço unitário. Nas duas primeiras, a contratada se responsabiliza pela prestação do serviço e como contraprestação recebe um valor correspondente ao todo contratado. Isto é, nessas situações, a execução do contrato não ocorre de acordo com a demanda da Administração. A rigor, a empreitada integral e a empreitada por preço global são vocacionadas para as contratações nas quais a demanda do Poder Público não é variável. Destinam-se esses institutos às ocasiões nas quais o ente contratante pode, ainda na fase do planejamento da contratação, delimitar a quantidade da sua necessidade.

Nos regimes de empreitada por preço global e de empreitada integral o valor da remuneração da contratada não depende da necessidade da Administração, pois será um valor certo, que será desembolsado pelo Poder Público conforme a contratada

executar o serviço ao tempo previsto no cronograma, ainda que tal execução seja diferida no tempo.

Em sendo uma empreitada, conforme exposto, não há que se falar em vedações e/ou outras implicações atinentes às empresas optantes pelo Simples Nacional, estando, por óbvio, cada Licitante obrigada a cumprir com a legislação aplicável a cada caso, não podendo alegar, por torpeza, o desconhecimento da lei como forma de se beneficiar inadequadamente na presente Licitação.

Ao CREA-SC cabe fiscalizar a prestação do serviço e, se for o caso, comunicar à Receita Federal do Brasil quaisquer irregularidades a que tenha conhecimento, para que, de ofício, sejam tomadas as medidas cabíveis.

Logo, não há alterações a serem realizadas no Edital ora impugnado.

Sendo assim, esperando ter prestados os esclarecimentos cabíveis, julgamos improcedente a impugnação interposta pela empresa **MICHIELIN – CENTRO DE PROMOÇÃO À SAÚDE OCUPACIONAL LTDA.** para o fim de manter inalterados os termos do Edital do Pregão Eletrônico n.º 004/2014 - Processo Licitatório n.º 85.695/2014, deste CREA-SC.

Florianópolis, 13 de agosto de 2014.

ALEXANDRE TIETZ LAIBIDA
Pregoeiro do CREA-SC

ANA CRISTINA MEIRA FERRARY
Gerente do Departamento de Recursos Humanos do CREA-SC

Advogado JEAN MAICON GABIATTI
Procurador do CREA-SC