

Sessões: 29 e 30 de março de 2011

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO**Plenário**

Participação de empresas optantes pelo regime tributário do Simples Nacional:

1 – A atuação do TCU é justificada quando são indicados contratos ou licitações em que uma empresa possa ter sido beneficiada de maneira indevida pela opção do regime tributário do Simples Nacional;

2 – É possível a participação de empresas optantes pelo Simples Nacional em licitações para contratação de serviços de cessão de mão de obra vedados pela Lei Complementar 123/2006, 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 para que passe a recolher os tributos pelo regime comum.

A escolha da utilização de convênios ou contratos não se insere no âmbito da discricionariedade e é determinada pelas normas aplicáveis à matéria.

PLENÁRIO**Participação de empresas optantes pelo regime tributário do Simples Nacional: 1 – A atuação do TCU é justificada quando são indicados contratos ou licitações em que uma empresa possa ter sido beneficiada de maneira indevida pela opção do regime tributário do Simples Nacional**

Denúncia formulada ao Tribunal trouxe notícias acerca de supostas irregularidades cometidas pela empresa AP Serviços de Limpeza, Asseio e Conservação Ltda., em face de sua participação no Pregão Eletrônico nº 49/2009, promovido pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Santa Catarina - (IFSC), para a contratação de serviços de copeiragem e de recepção. Para o denunciante, a empresa AP Serviços teria se beneficiado, de modo indevido, da 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 nº 123, de 14 de dezembro de 2006 - (LC 123/2006). O impedimento da opção pelo regime de tributação diferenciado decorreria de a empresa prestar serviços de cessão de mão de obra impedidos pela norma legal. Ao analisar a matéria, a unidade técnica entendeu que a denúncia não deveria ser conhecida, pois trataria de matéria tributária, estranha às competências do TCU, o qual, em duas situações análogas anteriores, houvera decidido na forma da proposta apresentada. Todavia, o relator divergiu da proposta, por considerar que, primeiramente, nos dois precedentes mencionados, as pessoas jurídicas envolvidas teriam 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 tivesse levado a benefícios indevidos por parte das denunciadas. No presente caso, ainda para o relator, o denunciante evidenciou que quatro contratos foram firmados pela empresa AP Serviços com o IFSC, a possibilitar a atuação do Tribunal, para que, por exemplo, procedesse à análise da participação da referida empresa no certame que originou os contratos, com o uso de benefício que não lhe seria devido. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. Precedente citado: Acórdão 221/2011, do Plenário. *Acórdão n.º 797/2011-Plenário, TC-024.993/2010-7, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 30.03.2011.*

Participação de empresas optantes pelo regime tributário do Simples Nacional: 2 – É possível a participação de empresas optantes pelo Simples Nacional em licitações para contratação de serviços de cessão de mão de obra vedados pela Lei Complementar 123/2006, 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 para que passe a recolher os tributos pelo regime comum

Outra suposta irregularidade indicada na denúncia relacionada à participação da empresa AP Serviços de Limpeza, Asseio e Conservação Ltda. no Pregão Eletrônico nº 49/2009, promovido pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Santa Catarina - (IFSC), também diretamente ligada ao fato de a LC 123/2006 vedar a opção pelo Simples Nacional por parte de empresas que prestam serviços de cessão ou locação de mão de obra nas áreas de copeiragem e de recepção, seria a assinatura pela empresa AP Serviços com o IFSC de quatro contratos nessas áreas, em consequência de ter vencido itens correspondentes no Pregão Eletrônico nº 49/2009. Em seu voto, o relator concordou que os serviços prestados pela AP Serviços por intermédio dos contratos firmados como o IFSC, realmente não lhe permitiriam a opção pelo regime do Simples Nacional. Todavia, enfatizou que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal, *“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”*. Nesse quadro, o TCU orientara suas próprias unidades administrativas que, *“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”*. No caso concreto, verificou o relator, entretanto, não haver indícios que demonstrassem que a condição de optante pelo Simples Nacional tenha acarretado a vitória da empresa AP Serviços em quatro itens do Pregão Eletrônico nº 49/2009, razão pela qual concluiu não confirmada a suspeita de fraude levantada pela denunciante. Por outro lado, entendeu o relator que nada impediria a oportuna fiscalização dos órgãos fazendários competentes, com o fito de verificar se os recolhimentos por parte da empresa ocorreram no regime tributário correto. Por conseguinte, ao considerar a denúncia parcialmente procedente, e de maneira a evitar falha semelhante em futuras contratações do IFSC, votou por que se expedisse alerta à entidade administrativa, para que atente para situações que podem implicar ofensa às disposições da LC 123/2006 e que poderiam resultar em oferta de preços mais baixos em licitações por empresas que se beneficiem de custos menores, em decorrência de serem optantes, de modo indevido, do Simples Nacional. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. Precedente citado: Acórdão 2798/2010, do Plenário. **Acórdão n.º 797/2011-Plenário, TC-024.993/2010-7, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 30.03.2011.**

A escolha da utilização de convênios ou contratos não se insere no âmbito da discricionariedade e é determinada pelas normas aplicáveis à matéria

Ao examinar representação que informou ao TCU possíveis irregularidades na execução do contrato celebrado entre a Caixa Seguradora S.A., coligada da Caixa Econômica Federal – Caixa, e a empresa Gerencial Brasitex Serviços Técnicos Ltda., cujo objeto consistiu na atuação desta última como responsável por fiscalizar, orçar custos e selecionar empresas para os serviços de reparação de imóveis vinculados à Apólice do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro de Habitação – SH/SFH, o relator divergiu de entendimento mantido por unidade técnica do Tribunal de que a escolha do instrumento de convênio ou contrato, no caso, estaria inserida no âmbito da discricionariedade das entidades administrativas do Estado. Para ele, *“na Administração Pública, a adoção de cada uma dessas modalidades de avença está vinculada ao disposto no art. 48 do Decreto nº 93.872/1996 e nos demais normativos em vigor”*. Na espécie, a Superintendência de Seguros Privados – (Susep) firmara, por intermédio da Portaria MF nº 29/2006, convênio de cooperação técnica com a Caixa, objetivando inspeção em imóveis financiados e vinculados à Apólice de Seguro Habitacional do SFH, com cobertura de danos físicos aos imóveis (DFI) reconhecida por seguradora. O objetivo do convênio seria a realização pela Caixa de vistorias técnicas de engenharia em obras de imóveis sinistrados por danos físicos, em vista de a Susep não contar em seu quadro de pessoal com engenheiros ou arquitetos, o que impossibilitaria o cumprimento de atribuições que haveriam lhe sido dadas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados – (CNSP). Por conta do convênio, a Caixa seria remunerada pela Susep, em razão das vistorias a serem executadas, o que, na opinião do relator, constituiria, inequivocamente, pagamento da Susep à Caixa pela prestação de serviços de responsabilidade da primeira. Neste caso, ainda para o relator, haveria que se proceder a indispensável licitação, pois *“as vistorias técnicas*

*de engenharia podem ser realizadas por diversas empresas atuantes no mercado, por não constituírem objeto singular que exija notória especialização”. Desse modo, a Caixa somente poderia ser contratada se fosse vencedora de eventual certame licitatório, não sendo adequada a figura do convênio, utilizada para a assinatura do acordo entre as instituições. Por isso, votou por que se expedisse recomendação a todas as instituições públicas envolvidas, de modo a corrigir a situação, ajustando-a aos preceitos normativos referenciais, no que contou com a aprovação do Plenário. **Acórdão n.º 759/2011-Plenário, TC-001.066/2004-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 30.03.2011.***

*Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br*