Orbenk Sua empresa bem cuidada

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO DA PREFEITURA DE XAXIM – SANTA CATARINA

REF.: Pregão Presencial 037/2019 – Processo Licitatório 073/2019

ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, devidamente qualificada no processo licitatório em epígrafe, vem, tempestivamente, por meio de seu representante legal, interpor **RECURSO ADMINISTRATIVO**, contra o julgamento que declarou a empresa **GM INSTALADORA EIRELI** vencedora do certame em epígrafe, com fulcro no que prescreve o inciso XVIII, do art. 4º, da Lei nº 10.520/2002, pelos fundamentos expostos a seguir.

Caso a Recorrida não comprove pedido de exclusão do regime simples nacional quando da assinatura de contrato emergencial (abril/maio 2019) derivado da Dispensa de Licitação Emergencial de Serviço nº. 0020/2019, consoante argumentos a seguir delineados, requer-se pela cópia integral do processo para fins de encaminhamento para denúncia junto a **RECEITA FEDERAL DO BRASIL,** bem como eventual representação perante o **TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA** para apuração de eventual fraude fiscal

Requer-se, desde já, caso ultrapassado o juízo de retratação, o recebimento das presentes razões de recurso, na forma prevista em lei, com seu encaminhamento à autoridade competente para a devida apreciação, requerendo a total e completa procedência.

Recebido
Ediane G. de Almeida
EDIANE G. DE ALMEIDA
Diretora Geral
CPF: 042.253.949-05
11.07.19

I – DA TEMPESTIVIDADE

De pronto, urge registrar a tempestividade do presente recurso administrativo, consoante informações constantes na própria ata, sendo facultada a apresentação de razões recursais quanto a habilitação e proposta em momentos distintos.

Assim, conforme consignado na ata de sessão, aos licitantes será assegurado o prazo recursal contra a proposta apresentada pela empresa GM INSTALADORA.

Do exposto, a Recorrente apresentou suas razões contra a habilitação da empresa GM INSTALADORA, resguardando-se naquela oportunidade quanto ao direito de ulteriormente apresentar razões recursais contra a proposta da referida empresa.

II - DAS RAZÕES PARA REFORMA DO ATO ADMINISTRATIVO

A – DOS INDÍCIOS DE FRAUDE FISCAL E DA NECESSÁRIA DESCLASSIFICAÇÃO: DO PEDIDO DE DILIGÊCIA

Consoante se extrai do portal da Receita Federal do Brasil a empresa GM INSTALADORA é optante pelo regime simples nacional desde 14 de novembro de 2011, figurando ainda nessa condição até a presente data.

Data da consulta: 11/07/2019
Identificação do Contribuinte - CNPJ Matriz

CNPJ : **14.623.473/0001-50**
A opção pelo Simples Nacional e/ou SIMEI abrange todos os estabelecimentos da empresa

Nome Empresarial : **GM INSTALADORA EIRELI**

Situação Atual

Situação no Simples Nacional : **Optante pelo Simples Nacional desde 14/11/2011**

Situação no SIMEI: **NÃO optante pelo SIMEI**

Períodos Anteriores

Opções pelo Simples Nacional em Períodos Anteriores: **Não Existem**

Opções pelo SIMEI em Períodos Anteriores: **Não Existem**

Agendamentos (Simples Nacional)

Agendamentos no Simples Nacional: **Não Existem**

Eventos Futuros (Simples Nacional)

Eventos Futuros no Simples Nacional: **Não Existem**

Eventos Futuros (SIMEI)

Eventos Futuros no SIMEI: **Não Existem**

Ocorre que conforme publicação do Diário Oficial do Estado de Santa Catarina (DOESC) Página 101, publicação de 22 de Abril de 2019, referida empresa presta serviços com concessão de mão de obra que envolvem a concessão de mão de obra de merendeiras:

Estado de Santa Catarina
Município de Xaxim
AVISO De LICITAÇÃO
Processo Adm. nº. 0051/2019
edital: Dispensa de Licitação Emergencial de Serviço nº. 0020/2019
Fundamento: Art. 24, IV e II da Lei 8.666/93.
Objeto : contratação emergencial de empresa terceirizada para prestação dos serviços de merendeiras para atuarem nas unidades escolares do município.
Fornecedor: GM INSTALADORA LTDA
Valor: R$ 12.400,00 (doze mil e quatrocentos reais), correspondente a quantidade de 05 (cinco) merendeiras, tendo como valor de preço unitário R$ 2.480,00 (dois mil e quatrocentos e oitenta reais).
Dotação Orçamentária: 3.3.90.37.02.00.00.00 (33/2019)
Xaxim/SC, 17 de abril de 2019. LÍRIO DAGORT. Prefeito Municipal

De acordo com o que se extrai do próprio contrato, constata-se que haverá locação

de mão de obra na relação contratual, uma vez que a empresa vencedora deverá colocar à disposição do ente contratante funcionário para execução do serviço, no caso, postos de merendeiras.

De acordo com a legislação previdenciária nos termos do regulamento da previdência social no §1º do artigo 219 do Decreto nº.3.048 de 06 de maio de 1999, conceitua-se assim mão de obra:

> *[...] 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.*

Com relação ao conceito de cessão de mão-de-obra no que diz respeito a legislação tributária, vale transcrever definição dada pela Receita Federal, por meio da Instrução Normativa nº 971/2009:

> *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.*" (g.n.)

Não obstante todos os arrazoados, a Lei 8.212/91 esclarece o conceito, ao definir no Art. 31, §3º, que: "***§ 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).*

No caso em tela, a empresa contratada deixava seus funcionários à disposição da Contratante a fim de cumprir o objeto do edital, ou seja, os funcionários são lotados nos postos de trabalho NO LOCAL da prestação de serviços, havendo, portanto, a locação da mão de obra para a prestação dos serviços objeto do edital.

A Receita Federal também já julgou a matéria, utilizando a mesma definição dos

aludidos artigos:

> *RETENÇÃO NA FONTE. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. A locação de mão-de-obra pode ser definida como o contrato pelo qual o locador se obriga a fazer alguma coisa para uso ou proveito do locatário, não importando a natureza do trabalho ou do serviço. Os trabalhos são realizados sem a obrigação de executar a obra completa, ou seja, sem a produção de um resultado determinado.* ***Na locação de mão-de-obra, também definida como contrato de prestação de serviços, a locadora assume a obrigação de contratar empregados, trabalhadores avulsos ou autônomos sob sua exclusiva responsabilidade do ponto de vista jurídico. A locadora é responsável pelo vínculo empregatício e pela prestação de serviços, sendo que os empregados ou contratados ficam à disposição da tomadora dos serviços (locatária), que detém o comando das tarefas, fiscalizando a execução e o andamento dos serviços. A locação de mão-de-obra, a empreitada exclusivamente de mão-de-obra e a cessão de mão-de-obra têm o mesmo tratamento tributário, submetendo-se à retenção na fonte".***[1] (g.n.)

Destarte, por certo que os serviços contratados implicam na cessão de mão de obra ao tomador de serviços, uma vez que o funcionário da contratada ficará à disposição da administração pública, sendo que **tal hipótese é expressamente vedada aos optantes pelo Simples Nacional**, consoante determinação do art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006:

> *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****;*
> *§ 1º As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem* ***exclusivamente*** *às atividades referidas nos §§ 5º-B a 5º-E do art. 18 desta Lei Complementar,* ***ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no caput deste artigo***..(g.n.)

Não se desconhece o fato de que a própria Lei aponta exceções pertinentes a possiblidade de locação de mão de obra, todavia, as exceções se limitam a atividades de limpeza e vigilância, sendo que a Receita Federal não estende as excludentes para outras atividades:

---

[1] Receita Federal; Solução de Consulta nº 66, de 04 de março de 2004; Site: http://www.receita.fazenda.gov.br/Publicacoes/Legislacao/ProcessoConsulta/2004/DISIT06RF/Mar%C3%A7o/EDISIT06RF0403200400066.htm;

SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 59, DE 27 DE FEVEREIRO DE 2015 (Publicado(a) no DOU de 07/04/2015, seção 1, página 43)
Os serviços de recepção, porque não se confundem com vigilância, limpeza ou conservação e são prestados mediante cessão de mão-de-obra, são vedados aos optantes pelo Simples Nacional. DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei Complementar nº 123, de 2006,

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". SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 76 de 27 de Marco de 2008.*

SIMPLES. ATIVIDADE VEDADA. A prestação de serviços por meio de cessão ou locação de mão-de-obra, impede o enquadramento no SIMPLES. O exercício de atividade vedada obsta o ingresso no regime do Simples". *ACÓRDÃO Nº 12-23545 de 30 de Março de 2009. DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO NO RIO DE JANEIRO.8ª TURMA.*

CIRCUNSTÂNCIAS IMPEDITIVAS DE INGRESSO E/OU PERMANÊNCIA NO SIMPLES FEDERAL. O exercício de atividade que pressupõe o domínio de conhecimento técnico-científico próprio de profissional da engenharia ou tecnólogo, bem como a ***locação de mão-de-obra são circunstâncias que impedem o ingresso ou a permanência no Simples Federal****". ACÓRDÃO Nº 06-21680 de 08 de Abril de 2009. DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO EM CURITIBA. 2 º TURMA.*

O posicionamento no sentido de que a prestação de serviços terceirizados envolve concessão de mão de obra vem sendo brilhantemente acolhido em inúmeros julgados. Conforme abaixo, em sentença proferida pela Nobre Togada Soraia Tullio, da 4ª Vara Federal de Curitiba, no mandado de segurança nº 2009.70.00.030677-5/PR, interposto pela Agravante, abrangendo os mesmos fatos que ora se aplicam no caso em exame:

O conceito de cessão de mão-de-obra vem expresso no art. 31, § 2º da Lei nº 8212/91:
Art. 31. (...)
§ 2° 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 cujas características impossibilitem a plena identificação dos fatos geradores das

contribuições, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros assemelhados especificados no regulamento, independentemente da natureza e da forma de contratação.
Sobre o conceito de cessão de mão-de-obra o Eg. TRF4 no AG 2008.04.00.021643-3, Segunda Turma, Relator Eloy Bernst Justo, D.E. 03/07/2008, decidiu que:
Cessão de mão-de-obra é figura própria do Direito do Trabalho, significando, em termos práticos, a contratação indireta da mão-de-obra por intermédio de empresa interposta. Essa contratação indireta vem crescendo enormemente, rebatizada de "terceirização". É adotada principalmente para serviços periféricos das empresas, não vinculados às suas finalidades institucionais, como limpeza e conservação, segurança, vigilância e outros assemelhados. Em torno desses serviços vicejaram empresas "prestadoras de serviços" que, na verdade, "alugam" trabalhadores para as empresas-clientes.

O que identifica tais contratos é que a exploração da mão-de-obra, captada pela empresa intermediária, é feita direta ou indiretamente pela empresa contratante. Embora possa haver uma certa especialização (limpeza, segurança, etc), o determinante é a mão-de-obra em si, mais que o resultado do trabalho: não se contrata a vigilância, e sim vigilantes; não se contrata a limpeza, e sim faxineiros. São contratos de lavor, e não de obra, embora muitas vezes se disfarce a merchandage sob as vestes da empreitada ou de outra figura jurídica. ***Foi exatamente esse o conceito de cessão de mão-de-obra adotado pelo § 3º do art. 31 da Lei 8.212/91.***
O conceito de cessão de mão-de-obra exige a colocação dos trabalhadores à disposição do contratante. Ficar à disposição significa ficar sujeita às ordens, ao controle, à vontade do contratante.
Verifica-se, assim, que há a necessidade de existência de serviço contínuo perpetrado por trabalhador que fica à disposição da tomadora, sob sua fiscalização".

NO CASO, O SERVIÇO DE MERENDA ESCOLAR COM EMPREGO DE MÃO DE OBRA NÃO SE ENCONTRAM EXCEPCIONADOS NA LEI 123/06, DAÍ PORQUE A RECORRIDA DEVERIA TER PEDIDO SUA EXCLUSÃO DO REGIME SIMPLES NACIONAL DESDE ABRIL DE 2019, DATA EM QUE ASSINOU O CONTRATO EMERGENCIAL.

AGORA VEJAM EMÉRITOS JULGADORES, A RECORRIDA

PARTICIPOU DO PROCESSO EM TELA E INDICA EM SUA COMPOSIÇÃO TRIBUTAÇÃO DE EMPRESA NÃO ENQUADRADA NO REGIME (COTANDO SISTEMA "S" – SESI, SENAI, SENAC, INCRA, SALÁRIO EDUCAÇÃO, SEBRAE) COMO SE INFORMASSE, ENTRE OUTRAS PALAVRAS, QUE IRÁ PEDIR SUA EXCLUSÃO APÓS ASSINATURA DO CONTRATO!!

OCORRE QUE A EXCLUSÃO JÁ DEVERIA TER OCORRIDO QUANDO JÁ ASSINADO O CONTRATO EMERGENCIAL DE SERVIÇO Nº. 0020/2019, DAÍ PORQUE A FRAUDE FISCAL E A CONDIÇÃO QUE IMPLICA EM NECESSÁRIA DESCLASSIFICAÇÃO.

A CONDIÇÃO, AO QUE NOS PARECE, RELEVA CONDUTA TIPIFICADA NO ITEM 3.7 DO EDITAL E QUE IMPUTA A FALSA DECLARAÇÃO COMO FATO GERADOR DE SANÇÃO, PORTANTO, POR LÓGICA CONSEQUÊNCIA, FATO GERADOR DE INABILITAÇÃO.

A esse respeito, nos termos do que orienta o Tribunal de Contas da União, o licitante optante pelo regime simples nacional de fato pode participar de processo licitatório cujo objeto envolva outras atividade além de limpeza e vigilância e que haja concessão de mão de obra, **todavia**, deve o licitante comprovar seu pedido de exclusão e de que em sua proposta de preços não foram considerados os benefícios da Lei 123/06:

> *A condição de optante pelo Simples Nacional não constitui óbice à participação de empresa em licitação para a prestação de serviços de limpeza, conservação e higienização, desde que comprovada a não utilização dos benefícios tributários desse regime diferenciado na proposta de preços (art. 17, inciso XII, da LC 123/2006). Caso declarada vencedora, a empresa deverá solicitar a exclusão do referido regime, nos termos do art. 31, inciso II, da mesma lei complementar. Por determinação do Acórdão 1.511/2015 Plenário, foi instaurada representação com a finalidade de avaliar supostas irregularidades na contratação efetivada pelo Hospital Universitário da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (HU/UFMS) da empresa vencedora do Pregão Eletrônico 198/2010, tendo por objeto a "prestação de serviços de limpeza, conservação e higienização de*

ambientes administrativos e médico-hospitalares, internos e externos, com fornecimento de materiais de consumo e equipamentos". Entre as irregularidades identificadas, estava a "inserção de cláusula restritiva à competitividade no edital de licitação", a qual "dizia respeito à proibição de participação no certame de empresas optantes do Simples Nacional, tendo em vista o que dispunha o art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006, o que afrontaria o art. 3º, caput e § 1º, inciso I, e o art. 30 da Lei 8.666/93, assim como a jurisprudência do Tribunal de Contas da União". Instados a se manifestarem, o ex-Presidente da Comissão Permanente de Licitação e o então Procurador Federal junto à UFMS apresentaram justificativas que foram acolhidas pela unidade técnica, sob o argumento de que, "embora a interpretação do art. 17, XII, da Lei Complementar 123/2006, dada pelos agentes não tivesse sido a mais adequada, ela não o fora de todo desarrazoada ou absurda. Assim, seria escusável que os responsáveis tivessem agido daquela maneira, o que os eximiria de culpabilidade na prática da infração". Corroborando, em essência, a proposta da unidade instrutiva, o relator assinalou em seu voto que o art. 17, inciso XII, da LC 123/2006 "não serve para alijar as micro e pequenas empresas optantes do Simples Nacional de licitações visando à terceirização de mão-de-obra, mas tão somente dispor que essas empresas, ao optarem pela realização de serviços de cessão ou locação de mão-de-obra, devem ser excluídas do regime do Simples Nacional". Nesse sentido, o edital em exame "extrapolou o que estava previsto no inciso XII do art. 17 da Lei Complementar 123/2006, restringindo indevidamente a competitividade do certame, ao proibir a participação de empresas optantes do Simples Nacional no certame". A despeito de ressaltar que a melhor hermenêutica do art. 17, inciso XII, da LC 123/2006 não fora adotada pelos responsáveis no âmbito do Pregão Eletrônico 198/2010, o relator ponderou que, na época da realização do certame, "havia dúvidas sobre como os dispositivos da referida lei deveriam ser aplicados nas licitações públicas. A jurisprudência do Tribunal ainda não estava consolidada". E arrematou: "Portanto, não se vislumbra na conduta dos responsáveis a culpabilidade necessária para que sejam apenados", reputando pertinente, todavia, dar ciência da restrição contida no edital em exame ao hospital universitário, "para que a infração não volte a ocorrer". Acolhendo a proposta do relator, o Plenário decidiu dar ciência ao HU/UFMS, administrado atualmente pela Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH), de que: a) "constitui restrição à competitividade a inserção, nos editais de licitação para a contratação de empresas prestadoras de serviço de limpeza, conservação e higienização, de cláusula proibitiva de participação de empresas optantes do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional"; e b) "consoante jurisprudência desta Corte (Acórdãos 2798/2010, 1627/2011, 2510/2012, 1914/2012 e 341/2012, todos do Plenário), à

luz do disposto no art. 17, XI [XII], da Lei Complementar 123/2006, é vedada à licitante, optante pelo Simples Nacional, a utilização dos benefícios tributários do regime tributário diferenciado na proposta de preços e na execução contratual (com relação ao recolhimento de tributos), estando ela sujeita, em caso de contratação, à exclusão obrigatória desse regime tributário diferenciado a contar do mês seguinte ao da assinatura do contrato, nos termos do art. 31, inciso II, da referida lei complementar". Acórdão 1113/2018 Plenário, Representação, Relator Ministro Bruno Dantas.

OCORRE QUE NO CASO EM TELA A EMPRESA GM JÁ DEVERIA TER PEDIDO SUA EXCLUSÃO, sendo que sua participação da licitação como optante pelo simples nacional importa em necessária desclassificação, **além de caracterizar possível fraude fiscal a ser diligenciada pela Comissão de Licitações mediante solicitação de comprovação de pedido de exclusão em ABRIL DE 2019, nos termos do artigo 43 §3º da Lei 8.666/93.**

Ademais, diante do poder de vigilância a ser exercido pelo Órgão Licitante sobre a conduta funcional do outro, necessário se faz observar o respectivo controle administrativo que deve ser desempenhado pelos órgãos da administração, tendo em vista que este controle almeja a boa destinação do dinheiro público sendo assim indispensável para que tal objetivo seja atingido e preservando o tratamento igualitário no julgamento das propostas.

Considerando para fins de contra-argumento a hipótese de a recorrida ser classificada e permanecer como optante do simples, se esta não efetuar o recolhimento dos tributos relativos a locação de mão de obra recairá para o tomador de serviços responsabilidade pelo pagamento, conforme preceitua a Lei nº 8.212/91

Importante rememorar que a Constituição Federal expressamente estabelece em seu art. 173, § 2º, que "*as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado*".

Neste sentido, quanto à substituição tributária, colhe-se do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RETENÇÃO DE 11% SOBRE NOTA FISCAL OU FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ART. 31 DA LEI Nº 8.212/1991. 1- A retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços constitui forma antecipada de recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários, que já prevê a compensação ou

> *restituição, quando o valor retido for maior que o devido, não acarretando a transmutação da base de cálculo ou alíquota, ou mesmo a criação de nova contribuição social. 2-* ***Nos termos da decisão proferida no recurso repetitivo - RESP 1131047, julgado em 02/12/10, a partir de 01.02.1999, quanto em vigor as alterações promovidas pela Lei nº 9.711/98, o tomador do serviço passou a ser o único sujeito passivo da obrigação tributária, não havendo necessidade de fiscalização junto a empresa prestadora dos serviços****. (TRF4, AC 2006.70.16.002863-6, PRIMEIRA TURMA, Relatora MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, D.E. 15/06/2011)*

Assim, é medida de justiça a desclassificação da empresa GM.

A lição de Adilson Abreu DALLARI explica que "*a Administração Pública não pode meter-se em contratações aventurosas; não é dado ao agente público arriscar a contratação em condições excepcionalmente vantajosas, pois ele tem o dever de zelar pela segurança e pela regularidade das ações administrativas*". (Aspectos Jurídicos da Licitação. 4 ed, Saraiva, 1997, p. 131).

Por conseguinte, é obrigação do órgão licitante fazer com que sejam cumpridas as determinações contidas no art. 17, inc. XII, da LC 123/2006, devendo observá-las no julgamento das propostas, seja por expressa previsão editalícia, ou por aplicação tácita da lei, **não podendo jamais convalidar com as ilegalidades apontadas, vez que só lhe é autorizado agir dentro do que está determinado em lei**.

Portanto, imperiosa a desclassificação da Recorrida tendo em vista a utilização de amparo tributário irregular e, ainda, qualquer comprovação de que a mesma deixará de optar pelo referido regime ao firmar contrato com a Administração, uma vez que já não o fez quando da assinatura do contrato emergencial!

B – DO FAP

Em regra, a empresa optante pelo regime Simples Nacional é isento quanto a contribuição SAT-RAT X FAP, todavia, referido benefício se aplica apenas para as empresas que serão tributadas na forma dos anexos I, II e III, sendo que as empresas tributadas na forma do anexo IV e V devem proceder o recolhimento FAP/SAT, é o que se explica pelo quadro abaixo elaborado pelo "Lefisc" – Legislação Fiscal, disponível em http://www.lefisc.com.br/materias/2007/472007previdenciaria.asp:

Empresas Enquadradas nos Anexos I; II e III

Contribuições Previdenciária Devidas
Contribuição Previdenciária descontada dos empregados na Folha de Pagamento.
Contribuição Previdenciária de 11%, descontada do Pró-labore e Autônomos.

Empresas Enquadradas nos Anexos IV e V

Contribuições Previdenciária Devidas
Contribuição Previdenciária descontada dos empregados na Folha de Pagamento.
Contribuição Previdenciária de 11%, descontada do Pró-labore e Autônomos.
Contribuição Previdenciária de 20% a cargo da empresa, sobre a Folha de Salários, Pró-labores e Autônomos.
Contribuição Previdenciária de 1; 2 ou 3% para o RAT, sobre a Folha de Pagamento dos empregados.
Contribuições Previdenciárias Adicionais ao RAT, sobre a Folha de Pagamento dos Empregados, destinadas ao financiamento da aposentadoria especial.
Contribuição Previdenciária de 15%, a cargo da empresa, sobre os valores pagos à Cooperativa de Trabalho.

Para melhor entendimento, as empresas que exercem atividade de prestação de serviços prevista no § 5º-C do artigo 18 da Lei Complementar nº 123/2006 estão legalmente obrigadas à tributação prevista no Anexo IV da referida Lei Complementar, cuja alíquota comum do Simples Nacional **NÃO** contempla as contribuições previdenciárias, que deverá ser recolhida segundo a legislação prevista para os demais contribuintes:

> *Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação das alíquotas constantes das tabelas dos Anexos I a VI desta Lei Complementar sobre a base de cálculo de que trata o § 3o deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º.*

(...)

§ 5º-C Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as atividades de prestação de serviços seguintes serão tributadas na forma do Anexo IV desta Lei Complementar, hipótese em que não estará incluída no Simples Nacional a contribuição prevista no inciso VI do caput do art. 13 desta Lei Complementar, DEVENDO ELA SER RECOLHIDA SEGUNDO A LEGISLAÇÃO PREVISTA PARA OS DEMAIS CONTRIBUINTES OU RESPONSÁVEIS:

[...]

VI – serviço de vigilância, limpeza ou conservação.

Consoante se extrai do Portal da Receita Federal a empresa Recorrida possui como atividade econômica preponderante serviços de instalação e manutenção elétrica, daí porque não estaria enquadrada na exceção prevista no § 5º-C do artigo 18 da Lei Complementar nº 123/2006.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA

NÚMERO DE INSCRIÇÃO **14.623.473/0001-50** **MATRIZ**	**COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL**	DATA DE ABERTURA **14/11/2011**

NOME EMPRESARIAL **GM INSTALADORA EIRELI**	
TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA) **GM INSTALADORA**	PORTE **EPP**
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL **43.21-5-00 - Instalação e manutenção elétrica**	

Nota-se que o inciso VI do artigo 13 da Lei 123/06 determina que, para as empresas que se dedicam às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do artigo 18 (e aqui se destaca empresas do ramo de limpeza e conservação), as contribuições

previdenciária não estão incluídas no valor recolhido mensalmente mediante documento único de arrecadação, no caso, o Documento de Arrecadação do Simples Nacional – DAS.

É sempre bom lembrar que o FAP está vinculado a atividade preponderante e não ao serviço a ser prestado.

Se a empresa ainda é optante pelo Regime Simples Nacional, e é o que se comprova acima, o referido custo não deveria fazer parte de seus custos, mormente porque ainda não há FAP determinado pela previdência no exercício 2018.

Não obstante, ainda que se considere a possibilidade de recolhimento do SAT/RAT, parece-nos que a rubrica deve ser objeto de diligência.

In casu, o SAT – Seguro Acidente do Trabalho é uma contribuição paga pelas empresas para cobrir as despesas da Previdência Social com benefícios decorrentes de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais.

Atualmente no ordenamento jurídico brasileiro há três alíquotas de contribuição SAT que variam de 1% a 3%, cujo valor está estritamente vinculado ao grau de risco do ramo de atividade da empresa atualmente representado pelo seu CNAE.

Referida classificação (CNAE) comporta um instrumento de padronização de códigos de atividades utilizado pela Previdência e pela Receita Federal para fins de atribuição de alíquotas e contribuições previdenciárias.

Nos termos do que prevê a Instrução Normativa RFP nº, 1071 de 15 de setembro de 2010, **o CNAE será auto declarável não estando, todavia, vedada a fiscalização por autoridade administrativa, aplicando-se como atividade relativa ao CNAE o objeto social da empresa ou a atividade preponderante em caso de mais de uma atividade:**

> *Art.72.*
> .....
>
> *§ 1º A contribuição prevista no inciso II do caput será calculada com base no grau de risco da atividade, observadas as seguintes regras:*
>
> *I - cabe à pessoa jurídica classificar a atividade por ela desenvolvida e atribuir-lhe o grau de risco correspondente, com base no Anexo I, desta Instrução Normativa, **SEM PREJUÍZO DA ATUAÇÃO, DE OFÍCIO, DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA;***
>
> *II - na hipótese de a pessoa jurídica desenvolver mais de uma atividade, prevalecerá, para fins de classificação, a atividade preponderante, assim considerada a que representa o objeto social da*

> *empresa, ou a unidade de produto, para a qual convergem as demais em regime de conexão funcional (CLT, art. 581, § 2º); (grifo nosso).*

De igual modo estabelece a Consolidação das Leis do Trabalho:

> *Art. 581. Para os fins do item III do artigo anterior, as empresas atribuirão parte do respectivo capital às suas sucursais, filiais ou agências, desde que localizadas fora da base territorial da entidade sindical representativa da atividade econômica do estabelecimento principal, na proporção das correspondentes operações econômicas, fazendo a devid a comunicação às Delegacias Regionais do Trabalho, conforme localidade da sede da empresa, sucursais, filiais ou agências.* (Redação dada pela Lei nº 6.386, de 9.12.1976) (Vide Lei nº 11.648, de 2008)
>
> *§ 1º Quando a empresa realizar diversas atividades econômicas, sem que nenhuma delas seja preponderante, cada uma dessas atividades será incorporada à respectiva categoria econômica, sendo a contribuição sindical devida à entidade sindical representativa da mesma categoria, procedendo-se, em relação às correspondentes sucursais, agências ou filiais, na forma do presente artigo.*
> (Redação dada pela Lei nº 6.386, de 9.12.1976)
>
> *§ 2º Entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente em regime de conexão funcional.*

Conforme destacado acima, o CNAE da empresa Recorrida está atrelado a serviços de serviços de instalação e manutenção elétrica, sendo que conforme citado alhures referidas atividades segundo o anexo V do DECRETO Nº 6.957, DE 9 DE SETEMBRO DE 2009 representam risco 3.

Para melhor entendimento, tem-se que sobre alíquota SAT, que pode variar de 1% a 3%, incidirá o Fator Acidentário de Prevenção (FAP) que poderá variar de 0,5 a 2,0, o que significa dizer que a alíquota de contribuição da empresa pode ser reduzida à metade ou dobrar.

Veja, se uma determinada empresa que faz parte de um ramo de atividade de alto risco (que tem alíquota de 3%), isoladamente, apresenta os menores indicadores de risco de acidentes.

Graças ao bom desempenho dessa empresa em relação à segurança do trabalho, ela tem um FAP de 0,5. Então multiplica-se a alíquota de 3% (do ramo de atividade) por 0,5

(da empresa). O resultado, de 1,5%, será a nova alíquota de contribuição dessa empresa. Já a empresa classificada no mesmo ramo de atividade, com alta incidência de morbidade, terá um FAP de 2,0, que multiplicado pelos 3% chega-se a alíquota de 6%.

No caso da Recorrida há indicação RAT/SAT 3,0 e nesse ponto deve comprovar que seu FAP é 1,0.

A necessidade de comprovação é necessária por diversos aspectos, mormente porque pode a rubrica estar subdimensionada ou pode sequer existir.

Assim, o procedimento utilizado pela Recorrida comporta omissão de percentual de rubrica obrigatória que incidirá sobre toda a composição e trará benefício indevido em detrimento dos demais concorrentes.

Ademais disso, em eventual inadimplência do particular, inclusive após identificação de eventual fraude perante a Receita Federal do Brasil, se esta não efetuar o recolhimento dos tributos relativos a locação de mão de obra, recairá para o tomador de serviços responsabilidade pelo pagamento, conforme preceitua a Lei nº 8.212/91.

Neste sentido, quanto à substituição tributária, colhe-se do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), *in verbis*:

> *TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RETENÇÃO DE 11% SOBRE NOTA FISCAL OU FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ART. 31 DA LEI Nº 8.212/1991. 1- A retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços constitui forma antecipada de recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários, que já prevê a compensação ou restituição, quando o valor retido for maior que o devido, não acarretando a transmutação da base de cálculo ou alíquota, ou mesmo a criação de nova contribuição social. 2-* ***Nos termos da decisão proferida no recurso repetitivo - RESP 1131047, julgado em 02/12/10, a partir de 01.02.1999, quanto em vigor as alterações promovidas pela Lei nº 9.711/98, o tomador do serviço passou a ser o único sujeito passivo da obrigação tributária, não havendo necessidade de fiscalização junto a empresa prestadora dos serviços.*** *(TRF4, AC 2006.70.16.002863-6, PRIMEIRA TURMA, Relatora MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, D.E. 15/06/2011)*

Portanto, observando as aludidas determinações, tem-se que **a Administração não pode compactuar com as ilegalidades apontadas, não podendo, sob hipótese alguma, afastar a disciplina normativa, que é clara e espraia seus efeitos a todas as esferas da Administração Pública.**

C – DOS CUSTOS INDIRETOS

Estabelece o edital de licitação que além da execução do objeto, deverá fornecer supervisor/encarregado e escritório para fins de servir como base de apoio.

Ocorre que analisando a composição de custos apresentada pela Recorrida há a indicação de custos indiretos subdimensionados e que não são suficientes para a cobertura dos custos indiretos.

Não se desconhece o fato de que a teor da Súmula 262 do TCU e assim dispõe:

> *O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.*

Justamente por isso é que se requer que a Recorrida seja devidamente intimada para fins de esclarecer como arcará com os custos indiretos de escritório e supervisão.

D– DAS DEMAIS INCONSISTÊNCIAS

Ainda que a presente matéria comporte Recurso em face de proposta de preço, não há óbice na indicação de irregularidades na documentação de habilitação, ao passo que de acordo com a Súmula 473 do STF "*A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos*".

Analisando os documentos apresentados pela Recorrida consta 02 (dois) balanços, um de 2017 e outro referente ao exercício 2018.

O que se destaca para o momento refere-se ao fato de o balanço da Recorrida indica em Notas Explicativas que seu balanço está de acordo com a ITG 1000, norma contábil destinada a Empresas de Pequeno Porte ou Microempresas.

3. APRESENTAÇÃO DAS DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS:

A empresa declara expressamente que a elaboração e apresentação das demonstrações contábeis estão de acordo com as práticas contábeis adotadas no Brasil, tomando-se como base a Lei 11.638/2007 e a ITG 1000 aprovada pela Resolução CFC nº 1.418/2012 e a ITG 2000 aprovada pela Resolução CFC nº 1.330/2011 de que trata da escrituração contábil. Na eventualidade de incorrerem eventos materiais não cobertos pela ITG 1000 conforme orientado em seu item 11, a entidade referencia-se na NBC TG 1000 aprovada pela Resolução CFC 1.255/2009. Em consonância com as normas a empresa apresenta o Balanço Patrimonial e a Demonstração do Resultado do Exercício, bem como as Notas explicativas relativas as demonstrações, ficando dispensada da elaboração das demais demonstrações conforme rege a resolução.

4. QUADRO SOCIETÁRIO

O Conselho Federal de Contabilidade (CFC), editou várias resoluções tratando das demonstrações contábeis e sua apresentação. A NBC TG 2610 que é novo nome da antiga NBC T 19.27 e refere a "***Apresentação das Demonstrações Contábeis e a Demonstração das Mutações do Patrimônio Líquido***" – a qual está em plena vigência[2], sendo que assim estabelece:

> *Conjunto completo de demonstrações contábeis*
> *10. O conjunto completo de demonstrações contábeis inclui:*
> *balanço patrimonial ao final do período;*
> *demonstração do resultado do período;*
> *demonstração do resultado abrangente do período;*
> ***demonstração das mutações do patrimônio líquido do período;***
> *demonstração dos fluxos de caixa do período;*
> *demonstração do valor adicionado do período, conforme NBC TG 09 – Demonstração do Valor Adicionado, se exigido legalmente ou por algum órgão regulador ou mesmo se apresentada voluntariamente;*
> ***(g) notas explicativas, compreendendo um resumo das políticas contábeis significativas e outras informações explanatórias;*** *e (grifou-se)*

Importante destacar, aliás, que até mesmo as Micro e Pequenas Empresas estão obrigadas a apresentar Notas Explicativas. Veja que NBC TG 1000 que é o novo nome da antiga NBC T 19.41 e que faz referência a "Contabilidade para Pequenas e Médias Empresas", justamente a NORMA A QUE A RECORRIDA CITA EM NOTAS EXPLICATIVAS:

> *Conjunto completo de demonstrações contábeis*

[2] http://www.portalcfc.org.br/wordpress/wp-content/uploads/2012/12/NBC_TG_GERAL_COMPLETAS_271112.pdf

> *3.17 O conjunto completo de demonstrações contábeis da entidade deve incluir todas as seguintes demonstrações: (grifou-se)*
> *balanço patrimonial ao final do período;*
> *(b) demonstração do resultado do período de divulgação;*
> *(c) demonstração do resultado abrangente do período de divulgação. A demonstração do resultado abrangente pode ser apresentada em quadro demonstrativo próprio ou dentro das mutações do patrimônio líquido. A demonstração do resultado abrangente, quando apresentada separadamente, começa com o resultado do período e se completa com os itens dos outros resultados abrangentes;*
> ***(d) demonstração das mutações do patrimônio líquido para o período de divulgação**;*
> *(e) demonstração dos fluxos de caixa para o período de divulgação;*
> ***(f) notas explicativas, compreendendo o resumo das políticas contábeis significativas e outras informações explanatórias.** (grifou-se)*

Ocorre que analisando o balanço apresentado pela Recorrida não consta demonstração de mutações do patrimônio líquido, não havendo de igual forma, nas notas explicativas, explicação acerca da não apresentação da referida obrigação. Não há de igual forma demonstração do resultado abrangente e fluxo de caixa.

Em verdade, o balanço é inteligível, razão pela qual a Recorrida deve ser inabilitada.

III – DO PEDIDO

Por todo exposto, para que não se consolide uma decisão equivocada, lembrando o próprio dever de evitar-se o ônus de eventual demanda judicial, a **ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.**, requer,

a) O recebimento e provimento do presente recurso administrativo, com vistas a reformar a decisão administrativa fins de desclassificar a empresa **GM INSTALADORA EIRELI;**

b) Caso a Recorrida não comprove pedido de exclusão do regime simples nacional quando da assinatura de contrato emergencial (abril/maio 2019) derivado da Dispensa de Licitação Emergencial de Serviço nº. 0020/2019, consoante argumentos a seguir delineados, requer-se pela cópia integral do processo para fins de encaminhamento para

denúncia junto a **RECEITA FEDERAL DO BRASIL,** bem como eventual representação perante o **TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA** para apuração de eventual fraude fiscal

c) O encaminhamento do presente recurso administrativo para instância superior, caso este seja julgado improcedente, o que se admite apenas como argumentação, para que então, se proceda a reforma da decisão.

d) Requer-se que a decisão administrativa seja devidamente publicada e encaminhada para o e-mail juridico03@orbenk.com.br;

Nestes termos,

Pede e espera deferimento.

Joinville/SC, 08 de julho de 2019.

ALEXANDRE DO VALE PEREIRA DE OLIVEIRA

Assinado de forma digital por ALEXANDRE DO VALE PEREIRA DE OLIVEIRA
Dados: 2019.07.11 16:03:09 -03'00'

Simone Costa
OAB/SC 43.503

Alexandre do Vale Pereira
OAB/SC 30.208