

Processo: 1104843
Natureza: RECURSO ORDINÁRIO
Recorrente: Daniel Santana Soares
Órgão: Prefeitura Municipal de Nova Lima
Processo referente: Denúncia n. 1040524
Procuradores: Daniel Santana Soares, OAB/MG 137.785; Ieda Magalhães Vaz de Barros, OAB/MG 42.898
MPTC: Cristina Andrade Melo
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO

TRIBUNAL PLENO – 14/6/2023

RECURSO ORDINÁRIO. DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. ADMISSÃO DE PROPOSTA IRREGULAR QUANTO À COMPOSIÇÃO DOS ENCARGOS TRIBUTÁRIOS. ALÍQUOTAS DE PIS/COFINS EM DESACORDO COM AS REGRAS INSCRITAS NA LEI COMPLEMENTAR N. 123/06. APLICAÇÃO DE MULTA. PRETENSÃO DE DESCONSTITUIR A PENALIDADE, OU DE SUBSTITUI-LA POR RECOMENDAÇÃO. RAZÕES INSUFICIENTES. DESPROVIMENTO.

1. Presentes os pressupostos que legitimam a interposição do recurso, deve-se conhecer do apelo, por ser próprio, tempestivo, e haver sido interposto por parte legítima.
2. Confirma-se a irregularidade da admissão de proposta com cotação incorreta de encargos tributários, sem a realização de diligência junto à licitante para adequar sua composição de preços à legislação de regência, tendo em vista o disposto no art. 17, inciso XII, da Lei Complementar n. 123/06.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em:

- I) conhecer do recurso, em preliminar, tendo em vista que o recorrente ostenta legitimidade recursal, o apelo é próprio e tempestivo;
- II) negar provimento ao recurso, no mérito, para manter, na íntegra, a decisão proferida pela Segunda Câmara na sessão de 17/6/21, no julgamento da Denúncia n. 1040524, por seus próprios fundamentos, visto que as razões de reforma apresentadas são insuficientes para ensejar a modificação do acórdão hostilizado;
- III) determinar a intimação do recorrente e o arquivamento dos autos, uma vez concluídas as medidas cabíveis.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Wanderley Ávila, o Conselheiro Mauri Torres, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro Agostinho Patrus.

Presente à sessão o Procurador-Geral Marcílio Barenco Corrêa de Mello.

Plenário Governador Milton Campos, 14 de junho de 2023.

GILBERTO DINIZ
Presidente

HAMILTON COELHO
Relator

(assinado digitalmente)

TRIBUNAL PLENO – 14/6/2023

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto por Daniel Santana Soares contra acórdão exarado por esta Corte de Contas nos autos da Denúncia n.º 1.040.524, de relatoria do Conselheiro Substituto Telmo Passareli, prolatada na sessão da Segunda Câmara realizada em 17/6/21.

Na ocasião foi julgada parcialmente procedente a denúncia, por unanimidade, e considerado irregular o Pregão Presencial n.º 146/2017, promovido pela Prefeitura de Nova Lima, diante da aceitação de proposta com cotação de alíquotas PIS e COFINS com infração a normas previstas na Lei Complementar n.º 123/06. Aplicou-se multa no valor de R\$3.000,00 ao Pregoeiro que conduziu o certame, ora recorrente.

O procedimento licitatório teve por objeto a contratação serviços gerais nas áreas de limpeza, conservação e vigilância por demanda do Departamento Municipal de Atenção Secundária em Saúde de Nova Lima.

Cumpre transcrever parcialmente a decisão atacada, *in verbis*:

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em:

I) julgar parcialmente procedente a presente denúncia para considerar irregular o Pregão Presencial 146/2017, promovido pelo Município de Nova Lima, diante da:

1) aceitação de proposta com cotação de PIS e COFINS em desacordo com a Lei Complementar 123/2002 e demais normas tributárias;

(...)

II) aplicar ao Senhor Daniel Santana Soares, Pregoeiro à época, multa no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 85, II, da Lei Orgânica, pela aceitação de proposta com cotação de encargos em desacordo com a Lei Complementar 123/2002 e demais normas tributárias”.

O recorrente apresentou os motivos de sua irrisignação à peça 01 dos autos eletrônicos. Ao final da exposição, requereu a reforma da decisão e a desconstituição da multa.

A unidade técnica e o Ministério Público junto ao Tribunal opinaram pela admissão do recurso e, no mérito, pelo desprovidimento, mantendo-se o apontamento de irregularidade e a decisão recorrida (peças 10 e 12, respectivamente).

É, em síntese, o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Preliminar de admissibilidade

Verifiquei que a decisão proferida nos autos da Denúncia n.º 1.040.524, na sessão da Segunda Câmara de 17/6/21, foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas do dia 15/7/21. A Secretaria do Pleno certificou, à peça 05, que a contagem do prazo a que se refere o art. 335, regimental, teve início em 19/7/21(prazo de trinta dias, na redação original do Regimento Interno). Pelo exposto, a interposição do recurso no dia 22/7/21 deu-se tempestivamente.

Constatai, ademais, que o recurso é próprio e foi interposto por parte legítima, em observância do disposto nos arts. 99, 102 e 103 da Lei Complementar n.º 102/08.

Assim, preenchidos os requisitos elencados na referida Lei Orgânica do Tribunal, conheço do presente recurso.

2. Mérito

Por ocasião do julgamento da Denúncia n.º 1.040.524, o relator narrou que as alíquotas apresentadas na proposta da empresa vencedora do lote 01 da licitação, Garcia Prestação de Serviços Ltda. – ME, não se enquadram nos percentuais previstos no Anexo IV da Lei Complementar n.º 123/06, na qual se fixaram as alíquotas para empresas optantes pelo Simples Nacional em 4,10%, relativos ao PIS, e em 18,9% para a COFINS.

Ressai do acórdão que a empresa vencedora do Pregão Presencial n.º 146/2017 considerou, em sua proposta de preços, as alíquotas de 0,34% para o PIS, e de 2,11% para a COFINS. O *Parquet* ponderou à época que, por se tratar de licitação para a prestação de serviços de vigilância e limpeza com cessão de mão de obra, foi irregular a admissão da proposta, pois, em decorrência da expressa vedação inserida no art. 17, XII da Lei Complementar n.º 123/06, não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa e a empresa de pequeno porte que realize cessão ou locação de mão de obra.

Por sua relevância para a análise da matéria debatida nos autos, cumpre transcrever o dispositivo legal mencionado na fundamentação do acórdão recorrido:

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

Naquela oportunidade, o relator consignou, acertadamente, que “a Lei Complementar n.º 123/2006 é taxativa quanto à impossibilidade das microempresas e empresas de pequeno porte gozarem dos benefícios do recolhimento de tributos e contribuições na forma do Simples Nacional para essa modalidade de serviço”.

O recorrente pugnou pela reforma do *decisum* primevo com base nos seguintes argumentos, em síntese: a) a cotação incorreta dos encargos tributários não teria resultado em prejuízo à Administração Pública; b) a licitante esclareceu, nas contrarrazões, a divergência de alíquota em decorrência de ser optante pelo Simples Nacional, o que teria sanado a irregularidade; c) alega ser necessário considerar as dificuldades impostas pela complexidade da licitação, os antecedentes favoráveis e a boa-fé do Pregoeiro.

Alegou que suas decisões geraram economia para os cofres públicos, e a sanção aplicada teria sido desproporcional, devendo ser convertida em recomendação, à luz do princípio da equidade. Afirmou se tratar “de irregularidade complexa, que foge do que se considera erro grosseiro”; trata-se, a seu ver, de “erro de difícil análise, incapaz de gerar a desclassificação da proposta, e posteriormente corrigido, até porque a retenção é feita pelo município, observando-se as normas legais pertinentes, e não houve aumento do valor adjudicado”.

Adiante, o recorrente invoca a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, com as recentes alterações introduzidas pela Lei n.º 13.655/18, especificamente os arts. 22 e 28. Limita-se, todavia, a transcrever o dispositivo legal na fundamentação da peça recursal, e não

cuidou de detalhar os obstáculos e as supostas dificuldades reais que teriam condicionado a sua conduta durante a realização do certame.

Não bastasse, suscita limitações decorrentes da expectativa de que o Pregoeiro realizasse análise das propostas sob o prisma contábil, alegando não competir ao agente público incumbido desse múnus a verificação jurídica e comercial das propostas, e argumenta se tratar de divergência tributária de alta complexidade.

No que tange à suposta ausência de prejuízo decorrente da irregularidade, a qual teria sido saneada por meio de esclarecimentos da licitante, assiste razão ao órgão técnico ao afirmar que “a composição incorreta dos encargos tributários (PIS e COFINS), poderia resultar em uma majoração, *a posteriori*, dos custos da prestação dos serviços de forma significativa”. Vale notar, ademais, que o relator do acórdão abordou as consequências da irregularidade:

“Por certo, não haveria diferença entre a oportunidade de ajuste da proposta, indicada pela unidade técnica, e a revisão no curso da execução, defendida pelo Pregoeiro. As duas hipóteses se igualam em efeitos se não houver alteração do preço global. No entanto, não se pode olvidar que a diferença entre os percentuais cotados na proposta e as alíquotas apontadas pela unidade técnica para empresas do Simples Nacional já representariam ônus significativo no custo do serviço.

Além disso, é necessário observar que, em razão da natureza do serviço – cessão ou locação de mão de obra –, os pagamentos estão sujeitos à retenção na fonte do PIS e COFINS, além da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, por força do disposto no art. 30 da Lei 10.833/2003, de modo que o Município é o responsável tributário, sobretudo se firmou convênio com a Receita Federal, nos termos do art. 33 do referido diploma.

O que torna a aceitação da proposta temerária é o fato de a cotação incorreta dos encargos tributários resultar na majoração dos custos da prestação dos serviços de forma significativa. Assim, ainda que a administração retenha os tributos na fonte com aplicação das alíquotas corretas, a ausência da planilha de custos unitários, detectada pelo Ministério Público de Contas no aditamento à denúncia, inviabiliza a aferição da exequibilidade da proposta.

Noutra face, a revisão dos preços nessas condições seria inadmissível, porque caracterizaria a burla ao próprio procedimento licitatório. São notórios os casos de inadimplência do contratado nessa espécie de serviço em relação aos direitos de seus empregados e às obrigações tributárias”.

Ora, o caso dos autos não envolve o enfrentamento de tema complexo em matéria contábil, a respeito do qual pairam dúvidas interpretativas decorrentes da existência de decisões judiciais conflitantes. Trata-se, na verdade, de observar vedação inequívoca, prevista em lei – art. 17, inciso XII da Lei Complementar n.º 123/06 –, a respeito da qual há farta jurisprudência, conforme se depreende da manifestação do *Parquet*, invocada para fundamentar a decisão de origem, na qual foram mencionados vários julgados do Tribunal de Contas da União (Acórdãos n.ºs 4.023/2020, 2ª Câmara; 1.113/2018, Plenário; 341/2012, Plenário e 2.510/2012, Plenário).

Por oportuno, a respeito das disposições introduzidas recentemente na LINDB e de seu impacto no exercício da atividade controladora, colaciono as lúcidas ponderações do Conselheiro Cláudio Couto Terrão:

“Caso exista regra jurídica clara e inequívoca que prescreva de forma exata qual deverá ser a conduta do agente, bastará ao Tribunal realizar a subsunção do fato à prescrição legal para que se verifique sua legalidade/regularidade. Entretanto, se as normas aplicáveis à matéria, em razão de seu grau de indeterminação, permitirem múltiplas interpretações, não poderá o órgão de controle impor o seu entendimento ao agente. Nesse caso, o Tribunal deverá se limitar a analisar se a interpretação realizada pelo agente consiste em uma construção hermenêutica possível e razoável da norma.” (TCEMG. Pleno. Recurso Ordinário n.º 997.565, sessão de 05/02/20)

Trata-se, *in casu*, da primeira hipótese mencionada no julgado transcrito. É dizer, está-se diante de cenário de cristalina e inequívoca vedação legal, inobservada pelo agente público, ao que se seguiu aplicação de multa pelo Tribunal, respeitados o contraditório e a ampla defesa.

Ademais, ao contrário do que alega o recorrente, cabia ao Pregoeiro o recebimento das propostas, a análise de sua aceitabilidade e classificação, bem como a habilitação e adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor, nos termos do art. 3º, IV da Lei n.º 10.520/02, conforme ressaltou o Ministério Público junto ao Tribunal. Assim, não se esperava do agente público a análise de matéria marcadamente complexa que ultrapassasse os limites de suas atribuições.

Não se desconhece que, no regime previsto pela Lei n.º 10.520/02, com aplicação subsidiária da Lei n.º 8.666/93, o Pregoeiro concentra considerável responsabilidade, competindo-lhe o desempenho de uma série de atribuições de cunho decisório. Não se trata, todavia, de falha cometida em município de pequeno porte e estrutura operacional limitada, mas sim da Prefeitura de Nova Lima, cidade de médio porte e elevada arrecadação da Região Metropolitana de Belo Horizonte, com Administração dotada de fartos recursos, de maneira que o agente público poderia e deveria haver diligenciado para sanar eventuais dúvidas.

Isso posto, confirmada a irregularidade da admissão da proposta, nego provimento ao recurso ordinário para confirmar, na íntegra, a decisão hostilizada, por seus próprios fundamentos.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, em preliminar, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

No mérito, visto que as razões de reforma apresentadas são insuficientes para ensejar a modificação do acórdão hostilizado, acorde com o *Parquet* e com a unidade técnica, nego provimento ao recurso para manter, na íntegra, a decisão proferida pela Segunda Câmara na sessão de 17/6/21, no julgamento da Denúncia n.º 1.040.524, por seus próprios fundamentos.

Intime-se e, promovidas as medidas pertinentes, arquivem-se os autos.

ms/

