

## Pregão Eletrônico

### Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões

#### CONTRA RAZÃO :

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA CATARINENSE

Ref. Pregão Eletrônico 06/2019 – Processo nº. 23351.000891/2019-38

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, apresentar CONTRARRAZÕES AO RECURSO interposto pela empresa ADSERVI – ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS LTDA., conforme fundamentação jurídica abaixo descrita.

Requer-se, desde já, o não provimento do recurso manejado pela Recorrente, ante a ausência de previsão legal, ou, se assim não entendido, lhe seja negado provimento.

#### I. DO RECURSO

Insurge-se a empresa ADSERVI – ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS LTDA, doravante chamada de Recorrente contra o ato que declarou a empresa ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS, ora Recorrida, vencedora do certame. Em síntese, a Recorrente sustenta suposta inexecuibilidade da proposta ofertada.

Apresentadas as razões da Recorrente, a empresa ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA vem apresentar memoriais de contrarrazões, para ao final requerer pela manutenção da decisão que a declarou legítima vencedora do certame.

#### II. DA PRELIMINAR DE MÉRITO

As razões apresentadas pela Recorrente são protelatórias, mormente porque não há interesse de agir.

No caso, a Recorrida apresentou proposta no valor de R\$ 45.468,00, enquanto a Recorrente apresentou proposta no valor de R\$ 49.298,80.

Ainda que fossem julgadas procedentes as razões da Recorrente, ainda figura em como classificada a empresa PEOPLE RH & SERVIÇOS TERCEIRIZADOS com proposta no valor de R\$ 47.766,56, bem como a empresa GOUVEA SERVIÇOS DE APOIO ADMINISTRATIVO LTDA em condição de ME/EPP com proposta no valor de R\$ 49.298,81.

Do exposto, ainda que as razões recursais fossem acolhidas – o que se argumenta em respeito ao debate – a Recorrente não teria proveito econômico, isso porque ainda figuram outras propostas na ordem de classificação.

De outro lado, acolher a pretensão da Recorrente seria onerar o erário, deixando a Administração Pública de contratar o menor valor ofertado na importância de R\$ 45.468,00 para contratar proposta no valor de R\$ 49.298,80.

Por mês, a diferença comporta o valor de R\$ 3.830,00, o que no ano perfaz R\$ 45.960,00. Em outras palavras, a Administração estaria sendo onerada na importância de um mês inteiro de execução.

Assim, requer-se pela rejeição das razões recursais.

#### III. DAS CONTRARRAZÕES

##### III.I - PIS/COFINS

Aduz a Recorrente preliminarmente que há erro na proposta em razão da indicação de crédito pis/cofins. Não assiste razão a Recorrente.

Consoante se observa do contrato social da empresa, assim como seu cartão de CNPJ, a atividade preponderante da empresa é o fornecimento de terceirização, sendo que conforme se compreenderá a seguir, as atividades da licitante compreendidas pela lei, geram crédito mensal de PIS e COFINS (comprovação fiscal inclusa).

A Lei nº 10.833/2003 ao tratar dos créditos do COFINS assim delimitou:

“Art. 2º Para determinação do valor da COFINS aplicar-se-á, sobre a base de cálculo apurada conforme o disposto no art. 1º, a alíquota de 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento).”

“ Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

[...]

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei no 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da Tipi; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

[...]

X - vale-transporte, vale-refeição ou vale-alimentação, fardamento ou uniforme fornecidos aos empregados por pessoa jurídica que explore as atividades de prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção. (Incluído pela Lei nº 11.898, de 2009)”

De igual forma, a Lei nº 10.637/2002 ao tratar dos créditos do PIS assim asseverou:

"Art. 2º Para determinação do valor da contribuição para o PIS/Pasep aplicar-se-á, sobre a base de cálculo apurada conforme o disposto no art. 1º, a alíquota de 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento).

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:  
(...)

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei no 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da Tipi; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

[...]

X - vale-transporte, vale-refeição ou vale-alimentação, fardamento ou uniforme fornecidos aos empregados por pessoa jurídica que explore as atividades de prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção. (Incluído pela Lei nº 11.898, de 2009)"

Conforme se extrai da composição de custos apresentada pela licitante, o abatimento atinente ao PIS/COFINS ocorreu justamente em insumos, porquanto, dentro do que estabelece a Lei.

Importa observar, outrossim, que o entendimento perfectibilizado pelos Tribunais Pátrios, pelo qual se afirma que dentro da sistemática de apuração de créditos pela não cumulatividade de PIS e COFINS, os insumos são todo e qualquer custo ou despesa necessária à atividade da empresa, dentro das peculiaridades de cada atividade empresarial. Vejamos:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. VIOLAÇÃO AO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 98/STJ. CONTRIBUIÇÕES AO PIS/PASEP E COFINS NÃO-CUMULATIVAS. CREDITAMENTO. CONCEITO DE INSUMOS. ART. 3º, II, DA LEI N. 10.637/2002 E ART. 3º, II, DA LEI N. 10.833/2003. ILEGALIDADE DAS INSTRUÇÕES NORMATIVAS SRF N. 247/2002 E 404/2004. 1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada a lide, muito embora não faça considerações sobre todas as teses jurídicas e artigos de lei invocados pelas partes. 2. Agride o art. 538, parágrafo único, do CPC, o acórdão que aplica multa e embargos de declaração interpostos notadamente com o propósito de prequestionamento. Súmula n. 98/STJ: "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório". 3. São ilegais o art. 66, § 5º, I, a e b, da Instrução Normativa SRF n. 247/2002 - Pis/Pasep (alterada pela Instrução Normativa SRF n. 358/2003) e o art. 8º, § 4º, I, a e b, da Instrução Normativa SRF n. 404/2004 - Cofins, que restringiram indevidamente o conceito de "insumos" previsto no art. 3º, II, das Leis n. 10.637/2002 e n. 10.833/2003, respectivamente, para efeitos de creditamento na sistemática de não-cumulatividade das ditas contribuições. 4. Conforme interpretação teleológica e sistemática do ordenamento jurídico em vigor, a conceituação de "insumos", para efeitos do art. 3º, II, da Lei n. 10.637/2002, e art. 3º, II, da Lei n. 10.833/2003, não se identifica com a conceituação adotada na legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, posto que excessivamente restritiva. Do mesmo modo, não corresponde exatamente aos conceitos de "Custos e Despesas Operacionais" utilizados na legislação do Imposto de Renda - IR, por que demasiadamente elásticos. 5. São "insumos", para efeitos do art. 3º, II, da Lei n. 10.637/2002, e art. 3º, II, da Lei n. 10.833/2003, todos aqueles bens e serviços pertinentes ao, ou que viabilizam o processo produtivo e a prestação de serviços, que neles possam ser direta ou indiretamente empregados e cuja subtração importa na impossibilidade mesma da prestação do serviço ou da produção, isto é, cuja subtração obsta a atividade da empresa, ou implica em substancial perda de qualidade do produto ou serviço daí resultantes. 6. Hipótese em que a recorrente é empresa fabricante de gêneros alimentícios sujeita, portanto, a rígidas normas de higiene e limpeza. No ramo a que pertence, as exigências de condições sanitárias das instalações se não atendidas implicam na própria impossibilidade da produção e em substancial perda de qualidade do produto resultante. A assepsia é essencial e imprescindível ao desenvolvimento de suas atividades. Não houvessem os efeitos desinfetantes, haveria a proliferação de microorganismos na maquinaria e no ambiente produtivo que agiriam sobre os alimentos, tornando-os impróprios para o consumo. Assim, impõe-se considerar a abrangência do termo "insumo" para contemplar, no creditamento, os materiais de limpeza e desinfecção, bem como os serviços de detetização quando aplicados no ambiente produtivo de empresa fabricante de gêneros alimentícios. 7. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1246317 MG 2011/0066819-3, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 19/05/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2015)

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. NÃO-CUMULATIVIDADE. CREDITAMENTO. CONCEITO DE INSUMOS. DEFINIÇÃO ADMINISTRATIVA PELAS INSTRUÇÕES NORMATIVAS 247/2002 E 404/2004, DA SRF, QUE TRADUZ PROPÓSITO RESTRITIVO E DESVIRTUADOR DO SEU ALCANCE LEGAL. DESCABIMENTO. DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE INSUMOS À LUZ DOS CRITÉRIOS DA ESSENCIALIDADE OU RELEVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015). 1. Para efeito do creditamento relativo às contribuições denominadas PIS e COFINS, a definição restritiva da compreensão de insumo, proposta na IN 247/2002 e na IN 404/2004, ambas da SRF, efetivamente desrespeita o comando contido no art. 3º, II, da Lei 10.637/2002 e da Lei 10.833/2003, que contém rol exemplificativo. 2. O conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, vale dizer, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte. 3. Recurso Especial representativo da controvérsia parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido, para determinar o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que se aprecie, em cotejo com o objeto social da empresa, a possibilidade de dedução dos créditos reativos a custo e despesas com: água, combustíveis e lubrificantes, materiais e exames laboratoriais, materiais de limpeza e equipamentos de proteção individual-EPI. 4. Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015), assentam-se as seguintes teses: (a) é ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF ns. 247/2002 e 404/2004, porquanto compromete a eficácia do sistema de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003; e (b) o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte. (STJ - REsp: 1221170 PR 2010/0209115-0, Relator: Ministro

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 22/02/2018, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJE 24/04/2018)"

Nesse sentido, os insumos consumidos para a produção dos produtos ofertados por força de Lei lhe dão o direito de tomada de crédito, por óbvio, passível de compensação com os tributos a recolher.

Considerando o exposto, não há que se discutir a legalidade dos créditos tributários, tampouco o direito de gestão da licitante, a qual pode utilizar dos créditos para abatimentos em seus custos sejam eles quais forem.

Para esclarecer, no regime cumulativo, a base de cálculo (valor sobre o qual incidirá o tributo) é a receita operacional bruta, ou seja, sem deduções de custos, despesas e encargos. Dessa forma, o valor pago à prestadora de serviços terceirizados não pode ser abatido da base de cálculo na operação seguinte pela tomadora de tais serviços.

Em outras palavras, pelo regime cumulativo a contratação de mão de obra terceirizada não geraria crédito para fins de apuração do PIS/COFINS nas operações seguintes, a serem realizadas pela contratante de mão de obra.

Nos termos da Lei nº 10.637/02 (PIS), e da Lei nº 10.833/03 (COFINS), estão sujeitas ao regime cumulativo as pessoas jurídicas que apuram o Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) com base no LUCRO PRESUMIDO OU ARBITRADO. As alíquotas do PIS e da COFINS a serem adotadas no regime cumulativo são, respectivamente, de 0,65% e de 3% (total de 3,65%).

Por outro lado, no REGIME NÃO-CUMULATIVO, é permitido o desconto de créditos apurados com base em custos e despesas da pessoa jurídica tomadora dos serviços terceirizados, e dentre esses custos e despesas estão os valores pagos à empresa prestadora de serviços temporários/terceirizados, desde que referidos serviços sejam aplicados diretamente no seu processo produtivo.

Por conseguinte, tais gastos gerarão direito ao creditamento do PIS/COFINS nas operações realizadas a posteriori pelas tomadoras de serviços terceirizados, nos termos do inciso II do art. 3º da Lei nº 10.637, de 2002 (PIS), e do inciso II do art. 3º da Lei nº 10.833, de 2003 (COFINS).

Esse sistema é reservado apenas para pessoas jurídicas que apuram o IRPJ com base no Lucro Real, e as alíquotas para o PIS e COFINS são, respectivamente, de 1,65% e de 7,6% (total de 9,25%), que é o caso da Impetrante, conforme inclusive se comprovou por intermédio do balanço patrimonial da empresa (notas explicativas), e há indicação da opção pelo lucro real.

Consubstanciando o exposto, importa observar que o balanço patrimonial da empresa Impetrante indica um crédito justamente e existente para abatimento PIS/COFINS, basta consulta da rubrica "TRIBUTOS A COMPENSAR E RECUPERAR".

Assim, na incidência do regime não-cumulativo, quando as licitantes se enquadrarem na sistemática do lucro real para a apuração do IRPJ, às alíquotas de 1,65% (PIS) e 7,60% (COFINS) deve ser aplicado um fator redutor em razão do aproveitamento de créditos tributários previstos na legislação tributária, de modo que os preços contratados pela Administração Pública reflitam os benefícios tributários concedidos às pessoas jurídicas.

Importante esclarecer ainda que esses créditos podem ser alocados mediante desconto em quaisquer de seus clientes, uma vez que se trata de item de propriedade ou direito da empresa, consoante previsão contida no art. 44, §3º, da Lei 8666/93.

Assim, não há prática ou ato ilegal na inserção de crédito de PIS e COFINS nas planilhas de preços, porquanto, há previsão legal que possibilita o abatimento dos créditos que são de direto da empresa e sobre o seu faturamento mensal. Logo, não há impedimento legal de aproveitamento ou desconto a quaisquer de seus clientes que, estrategicamente, optou-se por uma melhor oferta em determinada região ou base operacional.

### III.II - DOS ENCARGOS

Seguindo a análise das razões apresentadas pela Recorrente, aduz em síntese que os encargos de rescisão estão subdimensionados.

O instrumento convocatório não delimitou percentuais mínimos ou máximos de encargos sociais como critérios de classificação das propostas, apenas a observância da legislação em vigor, o que fez a Orbenk.

Não fosse apenas isso o suficiente para afastar as razões de desclassificação, tem-se que há extenso rol de acórdãos do Tribunal de Contas da União no sentido de considerar ilegal a fixação de percentuais mínimos para encargos sociais e trabalhistas cujo percentuais não estejam pré-fixados em Lei, pela afronta ao inciso X do art. 40 da Lei 8.666/93, in verbis:

"Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)"

Abaixo, as decisões da Corte de Contas da União que legitimam as contrarrazões:

"Representação formulada por sociedade empresária em face de pregão presencial realizado pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - Administração Regional em Sergipe (Senac/SE), tendo por objeto a prestação de serviços de limpeza e conservação, apontara possíveis irregularidades no certame e na execução contratual, dentre as quais adoção de percentuais de encargos sociais inferiores ao limite mínimo fixado na Convenção Coletiva de Trabalho. QUANTO A ESSE PONTO, O RELATOR REGISTROU QUE "DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO PREDOMINANTE NO TCU, É INDEVIDA A FIXAÇÃO DE PERCENTUAL PARA ENCARGOS SOCIAIS E TRABALHISTAS". Nesse sentido, expôs o entendimento do TCU sobre a matéria, veiculado na relatoria do Acórdão 1407/2014 - Plenário, no sentido de que a Administração Pública não está obrigada ao cumprimento de cláusulas de convenções coletivas de trabalho, exceto no que respeita às obrigações trabalhistas. No caso concreto, assinalou que a proposta da empresa vencedora contemplara 77,06% de encargos sociais e trabalhistas, enquanto a Convenção Coletiva vigente previra 85,41%, o que, "no entendimento desta Corte, não representa irregularidade, tendo em vista que a administração pública não está vinculada ao cumprimento de cláusulas de Convenções Coletivas de Trabalho, excetuadas as alusivas às obrigações trabalhistas". Ademais, destacou que o edital não fixara percentuais

mínimos de encargos, conforme sugerira o representante, não havendo, portanto, na execução contratual, qualquer violação ao instrumento convocatório. Nesses termos, acolheu o Plenário a proposta da relatoria, para considerar parcialmente procedente a Representação, expedindo determinações para o saneamento das falhas identificadas. Acórdão 5151/2014-Segunda Câmara, TC 003.603/2014-8, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 23.9.2014.”

“(…) Voto do Ministro Relator

(…) 6. No mesmo sentido, a jurisprudência desta Corte de Contas reprova esse tipo de exigência, conforme se depreende dos Acórdãos 657/2004, 1.699/2007 e 650/2008 e 381/2009, todos do Plenário, entre outros. Por oportuno, reproduzo o seguinte excerto do Voto condutor do Acórdão 381/2009- Plenário, in verbis:

45. Este Tribunal, ao abordar a questão (Acórdão 657/2004-Plenário), ENTENDEU QUE A PREVISÃO DE PERCENTUAL MÍNIMO PARA OS ENCARGOS SOCIAIS, APESAR DA OBJETIVIDADE PRETENDIDA, FERE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, CONTRIBUI PARA A RESTRIÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME LICITATÓRIO e prejudica a obtenção de melhores preços. No mesmo sentido, cita-se a Decisão nº 265/2002-Plenário e os Acórdãos nº 3.191/2007-1ª Câmara, 775/2007-2ª Câmara, 1.699/2007-Plenário, 1.910/2007-Plenário e 2.646/2007-Plenário.

[...]

Acórdão”

(…) 9.2. alertar a (XXXXXXX) de que foram identificadas as seguintes irregularidades no edital do Pregão Eletrônico n. 58/2010, a serem evitadas em certames futuros, sob pena de aplicação, aos responsáveis, das sanções previstas na Lei 8443/92:

(...)

9.2.2. fixação de percentual para encargos sociais e trabalhistas, onerando o preço dos serviços, em desacordo com o com o art. 40, inciso X, da Lei 8.666/93 e a jurisprudência deste Tribunal, a exemplo do Acórdão 381/2009-Plenário, entre outros; (grifos nossos).”

“ [...] atenda ao preceito de que CABE AO PARTICULAR, NAS HIPÓTESES EM QUE A LEI NÃO DEFINIR OBJETIVAMENTE PATAMARES MÍNIMOS PARA COTAÇÃO DE ENCARGOS SOCIAIS, A DECISÃO ACERCA DO PREÇO QUE PODE SUPORTAR, NO ENTENDIMENTO DE QUE A INEXEQUIBILIDADE DE PROPOSTA DEVA SER ADOTADA DE FORMA RESTRITA, A FIM DE NÃO PREJUDICAR A OBTENÇÃO DE CONDIÇÕES MAIS VANTAJOSAS PARA A ADMINISTRAÇÃO, sem olvidar, contudo, do exercício do seu poder-dever de verificar o correto recolhimento desses encargos sociais pela empresa contratada a cada pagamento a ela realizado (ACÓRDÃO N.º 2.364/2009 - PLENÁRIO TCU). (Grifo nosso).”

Do exposto, as decisões da Corte de Contas tomam como fundamento o fato de que somente parte dos encargos legais possuem percentual estabelecido em lei, sendo que os demais basicamente se constituem em provisões de valores para garantir o cumprimento dos direitos trabalhistas e encargos, caso seus fatos geradores venham a se realizar.

A ocorrência de certas situações que gerarão o pagamento de direitos trabalhistas e encargos sociais é variável, devendo a empresa se utilizar de bases históricas próprias e análises estatísticas para aprovisionar valores suficientes para garantir a perfeita execução contratual.

De igual modo, outros encargos dependem de dados internos de cada pessoa jurídica, como por exemplo, o “turnover” que incide diretamente nos percentuais de aviso prévio trabalhado e indenizado.

Nessa esteira, a definição e a exigência de observância por parte das licitantes de todos os percentuais mínimos de encargos não é correto, tampouco a melhor saída para a obtenção de uma proposta mais vantajosa, tanto em termos econômicos quanto em termos de uma perfeita execução contratual, pois não se estaria considerando a estrutura de custos próprios de cada empresa e o contexto geral em que ela está inserida.

Assim, a questão a ser levada em consideração reside no fato de que os encargos consignados em planilha de preço são vinculados à realidade da empresa, e nesse sentido a cotação de forma divergente a cotada em planilha modelo jamais poderia ser objeto de desclassificação.

Dito isso, os encargos em debate, PELO FATO DE NÃO POSSUÍREM PERCENTUAIS PRÉ-FIXADOS POR LEI, não podem ser objeto de desclassificação, isso porque cabe ao particular, nas hipóteses em que a lei não definir objetivamente patamares mínimos para a cotação de encargos, fixar os percentuais que entenda a licitante/empresa de acordo com a sua realidade e histórico.

Sobre os demais encargos, portanto, não havendo vinculação direta de Lei, a Administração não possui ingerência, pois de acordo com a realidade de cada empresa não há passividade para fixação taxativa, não devendo a Administração exigir ou fixar cotação mínima.

### III.III – DO LUCRO

Os custos relativos as despesas indiretas para a contratação de serviços, tais como lucro, taxa de administração e a debatida reserva técnica (esta última excluída dos orçamentos públicos, mas que vem sido excepcionalmente admitida quando é objeto de justificativa prévia) são rubricas que compõe o BDI – Benefícios e Despesas Indiretas. É preciso fazer referida distinção (serviços e engenharia), ao passo que o BDI para licitações de construção envolve os custos da obra contratada para cobrir as despesas indiretas que tem o licitante, inclusive a remuneração, mais o risco do empreendimento, as despesas financeiras incorridas, os tributos incidentes na operação, eventuais despesas de comercialização, o lucro do empreendedor e o seu resultado.

Diferente das licitações de engenharia, portanto, as licitações que envolvem serviços o preço atinente ao BDI contempla apenas o lucro e a taxa de administração, ao passo que as despesas relativas à remuneração e tributos são lançadas em campo próprio.

A taxa de administração representa as despesas relativas à implantação e fiscalização do contrato, trata-se, em verdade, do custeio indicado pelo particular dos valores correspondentes a estrutura administrativa necessária para a boa execução do contrato, sendo considerado pelo licitante, por óbvio, sua estrutura operacional já estabelecida. Já o lucro como se presume da própria denominação da rubrica, representa o proveito econômico pretendido pelo licitante.

Nos termos do que asseverado pelo relator do Acórdão 325/2007-Plenário do Tribunal de Contas da União, as despesas relativas ao lucro estão estritamente vinculadas a realidade da empresa, inclusive do seu nível de agressividade, suas pretensões de mercado, formação de fluxo de caixa e outras circunstâncias:

“Dependendo da escolha da estratégia comercial, a empresa pode ser bem agressiva na proposta de preços,

relegando a segundo plano o retorno do investimento considerado para o contrato ... As motivações para perseguir o sucesso em uma licitação em detrimento da remuneração possível pela execução da obra variam: a empresa pode estar interessada na obra específica por sinergia com suas atuais atividades; pode haver interesse em quebrar barreiras impostas pelos concorrentes no mercado ...; pode haver interesse em incrementar o portfólio de execução de obras da empresa; pode haver interesse na formação de um novo fluxo de caixa advindo do contrato ... Esses exemplos podem traduzir ganhos indiretos atuais para empresa ou mesmo ganho futuro, na ótica de longo prazo para o mercado. Assim, é possível que empresas atuem com margem de lucro mínima em propostas para concorrer nas contratações ..., desde que bem estimados os custos diretos e indiretos. (grifo nosso)''

Por fim, destacou o relator, "não há norma que fixe ou limite o percentual de lucro das empresas", de forma que "atuar sem margem de lucro ou com margem mínima não encontra vedação legal, depende da estratégia comercial da empresa e não conduz, necessariamente, à inexecução da proposta."

Nesse mesmo sentido outros julgados da Corte de Contas da União em que se afasta a aplicação de critérios mínimos relativos ao lucro, ou a gerência da Administração Pública sobre referidas rubricas.

"A proposta de licitante com margem de lucro mínima ou sem margem de lucro não conduz, necessariamente, à inexecução, pois tal fato depende da estratégia comercial da empresa. A desclassificação por inexecução deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados, após dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta. Acórdão 3092/2014-Plenário Data da sessão 12/11/2014 -Relator BRUNO DANTAS"

"Importante destacar, contudo, que não cumpre ao TCU estipular percentuais fixos para cada item que compõe a taxa de BDI, ignorando as peculiaridades da estrutura gerencial de cada empresa que contrata com a Administração Pública. O papel da Corte de Contas é impedir que sejam pagos valores abusivos ou injustificadamente elevados e por isso é importante obter valores de referência, mas pela própria logística das empresas é natural que ocorram certas flutuações de valores nas previsões das despesas indiretas e da margem de lucro a ser obtida." (Acórdão 2.622/2013-TCU-Plenário)''

"REPRESENTAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA POR CRITÉRIO NÃO PREVISTO NO EDITAL. PROCEDÊNCIA. ASSINATURA DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DO ATO. POSSIBILIDADE DE RETOMADA DO CERTAME. CIÊNCIA DE OUTRAS IMPROPRIEDADES. ARQUIVAMENTO. 1. Não há vedação legal à atuação, por parte de empresas contratadas pela Administração Pública Federal, sem margem de lucro ou com margem de lucro mínima, pois tal fato depende da estratégia comercial da empresa e não conduz, necessariamente, à inexecução da proposta (Acórdão 325/2007-TCU-Plenário). 2. A desclassificação de proposta por inexecução deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados (Acórdãos 2.528/2012 e 1.092/2013, ambos do Plenário) (Grifamos)''

"ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da Primeira Câmara, com fundamento nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, e, diante das razões expostas pelo relator, em: 9.1. conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente; 9.2. dar ciência ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Mato Grosso do Sul de que proibição do oferecimento de proposta com taxa de administração zero ou negativa contida nos itens 8.3.1 do Pregão Eletrônico 2/2018 e 2.3 do respectivo termo de referência contraria o entendimento desta Corte de Contas de que, em processos licitatórios custeados com recursos federais para operacionalização de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível, deve ser avaliado, no caso concreto, se a admissão de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero é exequível, a partir de critérios previamente fixados no edital (Decisão 38/1996 - Plenário e Acórdão 1556/2014 - Segunda Câmara); 9.3. encaminhar cópia deste acórdão ao representante e ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Mato Grosso do Sul; 9.4. arquivar estes autos, nos termos do art. 237, parágrafo único, c/c o art. 250, inciso I, do Regimento Interno/TCU. (ACÓRDÃO Nº 2004/2018 - TCU - 1ª Câmara)''

Assim, a indicação de proposta com margem mínima ou até mesmo zerada de lucro não implicam em inexecução da proposta, mormente por se tratar de percentual relativo à realidade da empresa.

#### IV - DA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA A DESCLASSIFICAÇÃO

Conforme demonstrado no decorrer das razões, não há apresentação de argumentos que se prestem para o fim de justificar a desclassificação da empresa Orbenk.

Não obstante, ainda que hipoteticamente fosse indicado algum erro, o que se argumenta em respeito ao debate, TRATA-SE DE OBRIGAÇÃO DO PARTICULAR ARCAR COM O PREÇO OFERTADO consoante pacífica orientação do Tribunal de Contas da União (Acórdão TCU nº 963/2004 - Plenário - Acórdãos nºs 2.104/2004-P, 1.791/2006-P e 1.179/2008-P e Acórdão nº 4.621/2009-2ª C) (item 1.5.1.3, TC -005.717/2009-2, Acórdão nº 2.060/2009-Plenário).

Ademais disso, antes de qualquer coisa deve a Administração Pública conceder ao particular a oportunidade de ajustes da proposta bem como demonstrar a exequibilidade dos custos.

Nesse sentido, vale dizer, o Tribunal de Contas da União inclusive possui matéria sumulada:

SÚMULA TCU 262: O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei 8.666/1993 conduz a uma presunção relativa de inexecução de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

Esse entendimento está consolidando de igual modo nos mais diversos precedentes da referida Corte de Contas:

"Determinação para que se ABSTENHA, NA FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS, DE CONSIDERAR ERROS OU OMISSÕES NO PREENCHIMENTO DA PLANILHA DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS PREVISTA NA IN/SLTI-MP Nº 02/2008 COMO CRITÉRIO ÚNICO DE DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTES, EM RAZÃO DO CARÁTER INSTRUMENTAL DA PLANILHA DE PREÇOS, DO DISPOSTO NO ART. 3º DA LEI 8.666/93 e da jurisprudência do TCU"(Acórdãos nºs 2.104/2004-P, 1.791/2006-P e 1.179/2008-P e Acórdão nº 4.621/2009-2ª C) (item 1.5.1.3, TC -005.717/2009-2, Acórdão nº 2.060/2009- Plenário). (grifos nossos)''

"(...) 52. Inicialmente, cabe esclarecer que alguns dos elementos integrantes da planilha de custos são variáveis, e dependem da característica e estrutura de custos de cada organização. Outros são decorrentes de lei ou acordos coletivos, sendo responsabilidade da licitante informá-los corretamente. Caso a planilha apresentada pelo licitante esteja dissonante do previsto em lei, e ainda assim, for considerada exequível e aceita pela Administração, caberá ao licitante suportar o ônus do seu erro.

(...)

Voto do Ministro Relator

(...)

6. Sobre a desnecessidade de detalhamento dos itens que compõem os encargos sociais e trabalhistas na planilha de preços utilizada como modelo no edital, penso que a presumida omissão não traz problemas para o órgão contratante, pois, segundo explicado pela unidade técnica, o contratado é obrigado a arcar com as consequências das imprecisões na composição dos seus custos."

(Acórdão TCU nº 963/2004 – Plenário" (grifo nosso)"

"REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. PROPOSTA INEXEQUÍVEL. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. REVOGAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR. DETERMINAÇÕES. A DESCLASSIFICAÇÃO INDEVIDA DA PROPOSTA DE MENOR PREÇO, CONSIDERADA INEXEQUÍVEL EM DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO EQUIVOCADA DAS REGRAS INSCULPIDAS NO ART. 48, DA LEI 8.666/93, JUSTIFICA A ANULAÇÃO DO ATO IRREGULAR PRATICADO BEM COMO DOS DEMAIS ATOS QUE DELE TENHAM DECORRIDO. (TCU 02814520079, Relator: RAIMUNDO CARREIRO, Data de Julgamento: 27/02/2008) (Grifamos)"

"REPRESENTAÇÃO, COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. SUPOSTAS IRREGULARIDADES OCORRIDAS EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA AQUISIÇÃO DE PISO DE GRANITINA. CAUTELAR CONCEDIDA. VÍCIO INSANÁVEL NO MOTIVO DETERMINANTE DO ATO DE DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTE QUE HAVIA APRESENTADO PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. ATO ADOTADO EM DISSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO TCU, A OCASIONAR CONTRATAÇÃO DE PROPOSTA MENOS VANTAJOSA. PRESENÇA DE INTERESSE PÚBLICO A SER TUTELADO. NULIDADE. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA (TCU 03247720139, Relator: VALMIR CAMPELO, Data de Julgamento: 19/02/2014)."

"REPRESENTAÇÃO, COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. SUPOSTAS IRREGULARIDADES OCORRIDAS EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, RELACIONADAS À DESCLASSIFICAÇÃO INDEVIDA DE LICITANTE COM PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. VÍCIO INSANÁVEL NO MOTIVO DETERMINANTE DO ATO DE DESCLASSIFICAÇÃO. NULIDADE. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA. 1. O intuito basilar dos regramentos que orientam as aquisições pela Administração Pública é a contratação da proposta que lhe seja mais vantajosa, obedecidos os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. 2. No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados (TCU 03266820147, Relator: Bruno Dantas, Data de Julgamento: 04/03/2015)"

Acerca do tema, adverte Marçal Justen Filho:

"[...] é imperioso avaliar a relevância do conteúdo da exigência. Não é incomum constar do edital que o descumprimento a qualquer exigência formal acarretará a nulidade da proposta. A aplicação dessa regra tem de ser temperada pelo princípio da razoabilidade. É necessário ponderar os interesses existentes e evitar resultados que, a pretexto de tutelar o interesse público de cumprir o edital, produzam a eliminação de propostas vantajosas para os cofres públicos. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 427)"

Para que se obtenha o equilíbrio entre o excesso de formalidade e devida observância do fim ao qual se destina a licitação é necessário invocar o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, como denominam alguns autores. A este respeito temos nas palavras de Marçal Justen Filho:

"O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida do limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incube ao estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos." (In: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 5ª edição - São Paulo - Dialética, 1998.) – (grifo nosso)

O princípio da proporcionalidade significa que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na realização de seus objetivos. As competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade do interesse público a que estão atreladas. Ocorre a violação quando o administrador, tendo dois valores legítimos a sopesar, prioriza um a partir do sacrifício exagerado do outro.

Diante disso, registra-se que o excesso de formalismos não deve permear as ações dos agentes públicos na execução das licitações. A doutrina e a jurisprudência repudiam o rigorismo formal e homenageiam as decisões que afastam a inabilitação e desclassificação de concorrentes por fatos irrelevantes, que não afetam a objetividade e efetividade de suas propostas perante o poder público, e nem os põe em situação vantajosa perante os demais, sempre com o objetivo de aumentar ao máximo o espectro de concorrentes capazes de contratar com a Administração.

A esse respeito, Marçal Justen Filho em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, esclarece:

"O formalismo e o instrumento das formas – A expressão legislativa sintetiza todas essas considerações quando estabelece que a licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Significa que o critério para decisão de cada fase deve ser a vantagem para a Administração. Isso acarreta a irrelevância do puro e simples formalismo do procedimento. Não se cumpre a lei através do mero ritualismo dos atos. O formalismo do procedimento licitatório encontra conteúdo na seleção da proposta mais vantajosa. Assim, a série formal de atos se

estrutura e se orienta pelo fim objetivado. Ademais, será nulo o procedimento licitatório quando qualquer fase não for concretamente orientada para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.”(Grifamos)

Não obstante, ressalta-se que é farta a jurisprudência do TCU no sentido de relevar falhas e improbidades formais dessa natureza, a exemplo citamos a Decisão nº 472/95 – Plenário, Ata nº 42/95:

“Voto do Ministro Relator (...) - Assim, a interpretação a aplicação das regras nele estabelecidas deve sempre ter por norte o atingimento das finalidades da licitação, evitando-se o apego a formalismos exagerados, irrelevantes ou desarrazoados, que não contribuem para esse desiderato. No presente caso, não se afigura que o ato impugnado tenha configuração tratamento diferenciado entre licitantes, ao menos no grave sentido de ação deliberada destinada a favorecer determinada empresa em detrimento de outras, o que constituiria verdadeira afronta aos princípios da isonomia e da impessoalidade. Ao contrário, entendo que foi dado fiel cumprimento ao citado art. 4º, parágrafo único, do Decreto nº 3.555/2000, no sentido de que “as normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, a finalidade e a segurança da contratação”. Não se configura, na espécie, qualquer afronta ao interesse público, à finalidade do procedimento licitatório nem à segurança da contratação, uma vez que venceu o certame empresa que, concorrendo em igualdade de condições, ofereceu proposta mais vantajosa e logrou comprovar, na sessão, a aptidão para ser contratada”. (Grifamos)

Para o saudoso e insigne HELY LOPES MEIRELLES, “o princípio da legalidade é o princípio basilar de toda Administração Pública. Significa que toda atividade administrativa está sujeita aos mandamentos da lei e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de invalidade”. (Licitação e Contrato Administrativo, Malheiros, 12ª Edição/1999, p 34).

No mesmo sentido afirma o ilustre Marçal Justen Filho:

“No procedimento licitatório, desenvolve-se atividade vinculada. Isso significa ausência de liberdade (como regra) para a autoridade administrativa. A lei define as condições de atuação estabelecendo a ordenação (sequência) dos atos a serem praticados e impondo condições excludentes de escolhas pessoais ou subjetivas”. (In Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, São Paulo, 1999, p. 65).”

Diante de todo o exposto, requer-se pelo recebimento das presentes razões para fins de manter a decisão que declarou a empresa ORBENK legítima vencedora do processo.

#### IV. DOS PEDIDOS

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 empresa ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA requer pelo não provimento do recurso administrativo interposto pela empresa ADSERVI – ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS LTDA; Requer-se ainda que a Recorrida seja devidamente informada do resultado do processo por intermédio do e-mail juridico03@orbek.com.br

Nestes termos,  
Pede e espera Deferimento.

Joinville/SC, 22 de maio de 2019.

Raphael Galvani  
OAB/SC 19.540 Alexandre do Vale Pereira de Oliveira  
OAB/SC 30.208

**Fechar**