

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

ILMO. Senhor Pregoeiro
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 08/2021
PROCESSO Nº 0001241-10.2020.8.01.0000

A empresa D R Lima Comercio e Serviços LTDA, inscrita sob o CNPJ/MF nº 17.525.591/0001-13, localizada na Rua Major Ladislau Ferreira, CEP: 69.918-070, Rio Branco Acre vem respeitosamente, com fulcro no Art. 4.º, XVIII e 9.º, da Lei n.º 10.520/2002, c/c o Art. 109, I "a" da Lei n.º 8.666/1993, interpor o presente RECURSO ADMINISTRATIVO, com pedido de desclassificação em face da decisão do Sr. Pregoeiro que considerou as NEW TIMES NEGOCIOS - LTDA vencedora do G1 e NORTE EXPRESS vencedora do Item 6, requeremos sua reconsideração, ou, caso assim não se entenda, o regular processamento do feito com a remessa à D. autoridade superior, como RECURSO HIERÁRQUICO, nos termos do artigo 109, III, § 4º, da Lei n.º 8.666/93, pelos fatos e fundamentos que passa a expor.

DA TEMPESTIVIDADE

Antes de passar a discorrer ponto a ponto sobre o objeto do vertente recurso, o que será argumentado na narração dos fatos e dos direitos da recorrente, sobreleva-se ressaltar que a norma processual administrativa aplicável ao caso em tela (Decreto Federal n.º 5.450/2005) dispõe, em seu Art. 26, que qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar suas razões recursais "in verbis":

"Art. 26 Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões do recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentem contrarrazões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses". (g.n)

Verifica-se, portanto, que a legislação supra é similar ao Direito Processual, entendendo-se que a parte necessita, sob pena de decadência, manifestar seu interesse recursal, após a declaração do vencedor, quando será oportunizado o prazo para apresentação de suas razões por escrito. Dita disposição é repetida nos itens editalícios em comento.

Nesse passo, a D R Lima Comercio e Serviços LTDA, como terceiro dia e prazo final para a apresentação do apelo, data em efetivamente é protocolada a insurgência em comento, na conformidade com o dispositivo alhures transcrita, na sua parte final - Art.26, do Decreto nº 5.450/2005. Portanto, inteira e claramente demonstrada está a tempestividade do apelo.

DOS FATOS

O PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE através da Comissão Permanente de Licitação, instaurou procedimento licitatório na modalidade de pregão eletrônico visando a contratação de empresa especializada na contratação de empresa especializada na prestação dos serviços de copeiragem e jardinagem, com fornecimento dos materiais necessários para sua execução, onde funcionam as unidades do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, especificamente, nas Comarcas de Cruzeiro do Sul, Mâncio Lima, Rodrigues Alves, Tarauacá e Feijó, para suprir as demandas da rotina das atividades de funcionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, conforme as condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

Porém as suas propostas estão em desacordo com o Edital Item 9 e subitens 9.2 e o Termo de Referência Item 8.10. O TJAC, nos termos da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e IN SRF nº 480/2004, fará retenção, na fonte, de Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido - CSLL, Contribuição para a Seguridade Social - COFINS, Contribuição para o PIS e Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ. É nítido que os valores ofertados demonstrados nas planilhas de composição de custos, não são suficientes para a execução contratual, o regime tributário indicado pelas empresas as coloca em situação de inexecução contratual e total inviabilidade nos valores propostos.

FUNDAMENTAÇÃO

Os custos com IRPJ e CSLL não podem ser arcados no lucro disposto no BDI, pois são despesas de natureza personalística, podendo ser custeados sobre outros itens da planilha ou até mesmo por outros contratos; Portanto, a proposta mais vantajosa no esteio desse tipo de licitação evidencia não somente aspectos de caráter quantitativo financeiro, mas denota o cumprimento das exigências técnicas, orçamentárias e financeiras estipuladas pelo Edital e pela Lei. Tal normativa se impõe sobretudo para que a Administração Pública, sob o pretexto da obtenção da proposta mais vantajosa, não contrate preços inexecutáveis, que não atendam satisfatoriamente a finalidade buscada na contratação, evitando, assim, a frustração do procedimento. Nesse sentido, expõe-se o comando legal previsto no art. 45, §1º, I da Lei Federal 8.666/1993:

Lei Federal 8.666/1993

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que

será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço; (grifos nossos)

No contexto dos critérios de análise especificados no edital e na lei, está a exequibilidade das propostas, que, em sua natureza, exige a verificação da compatibilidade do valor ofertado, conforme parâmetros definidos no próprio edital ou no mercado. Nessa entoad, dispõe o art. 44, §3o, da Lei Federal 8666/1993:

§ 3o Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

A exequibilidade trata, assim, de importante análise que afere a possibilidade de cumprimento do preço ofertado pelo contratado segundo critérios objetivos de mercado, não se resumindo, portanto, às formulas de aferição descritas no art. 48, §1o, da Lei Federal 8.666/1993, que se prestam a fundamentar apenas uma presunção de inexecuibilidade, nos termos da balizada jurisprudência, já apresentada no julgamento do Lote 01:

19. A desclassificação de propostas em razão de preço tem por objetivo evitar que a administração contrate bens ou serviços por preços excessivos, desvantajosos em relação à contratação direta no mercado, ou inexecuíveis/irrisórios, que comprometam a satisfação do objeto almejado com consequências danosas à administração.

20. No que se refere à inexecuibilidade, entendo que a compreensão deve ser sempre no sentido de que a busca é pela satisfação do interesse público em condições que, além de vantajosas para a administração, contemplem preços que possam ser suportados pelo contratado sem o comprometimento da regular prestação contratada. Não é objetivo do Estado espolar o particular, tampouco imiscuir-se em decisões de ordem estratégica ou econômica das empresas. Por outro lado, cabe ao próprio interessado a decisão acerca do preço mínimo que ele pode suportar.

21. Assim, o procedimento para aferição de inexecuibilidade de preço definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexecuibilidade de preços. Isso porque, além de o procedimento encerrar fragilidades, dado que estabelece dependência em relação a preços definidos pelos participantes, sempre haverá a possibilidade de o licitante comprovar sua capacidade de bem executar os preços propostos, atendendo satisfatoriamente o interesse da administração.

22. Nessas circunstâncias, caberá à administração examinar a viabilidade dos preços propostos, tão-somente como forma de assegurar a satisfação do interesse público, que é o bem tutelado pelo procedimento licitatório.

23. Por essas razões, tivesse o certame chegado a termo distinto, caberia ao licitante vencedor demonstrar a exequibilidade de seu preço, na eventualidade de a administração vislumbrar a possibilidade de estar comprometida a regular prestação do serviço contratado.

[...]

(Plenário TCU -012.872/2007-3 - ACÓRDÃO Nº 287/2008 - inteiro teor em anexo)

No esteio do entendimento do TCU, observa-se a necessidade de se examinar a viabilidade dos preços propostos caso a caso, de modo que sejam suportados pelo contratado sem comprometimento da regular prestação contratada. Tal análise, contudo, não tem o condão de adentrar à questão particular estratégica e econômica do empresário, sendo necessário, nesse aspecto, que se possibilite à licitante a chance de se explicar, justificar e comprovar satisfatoriamente a viabilidade e exequibilidade de seu preço.

Com base exatamente na premissa de permitir à licitante a comprovação da exequibilidade de seu preço, a Comissão de Licitação fez diligências com a SISTEMMA (e com outras empresas). Dentre os pontos de análise do preço cotado pela SISTEMMA, dois se relevaram como de maior importância quanto ao tema da exequibilidade: os impactos do IRPJ e CSLL sobre a sua proposta, considerando seu regime de lucro presumido; a remuneração dos insumos, especificadamente dos caminhões, cujo preço de aquisição (Vo) e outros elementos apresentados apresentam relevantes descontos em se comparando com os preços indicados nos anexos do presente edital. Passa-se a análise de cada um dos referidos itens, bem como aos argumentos aduzidos pela SISTEMMA em seu recurso administrativo.

Dos impactos do IRPJ e CSLL sobre o lucro.

Quanto aos impactos do IRPJ e CSLL da proposta da SISTEMMA, impende destacar, desde logo, o entendimento do TCU sobre a temática tratada, consolidação jurisprudencial esta que norteia a presente consideração da Comissão de Licitação.

O TCU fixou a importante Súmula 254, aprovada na sessão plenária de 31/02/2010, que tratou da impossibilidade do IRPJ e da CSLL serem consubstanciados nas despesas indiretas (BDI) no orçamento base da licitação, nos seguintes termos:

Súmula 254 do TCU O IRPJ – Imposto de Renda Pessoa Jurídica – e a CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – não se consubstanciam em despesa indireta passível de inclusão na taxa de Bonificações e Despesas Indiretas `BDI do orçamento-base da licitação, haja vista a natureza direta e personalística desses tributos, que oneram pessoalmente o contratado. (grifos nossos)

A referida súmula foi a conclusão de um amplo debate realizado no Plenário do TCU, desde o acórdão 950/2007.

A premissa que norteou o referido entendimento é de que o IRPJ e a CSLL, por serem caracterizados como tributos diretos, não se prestam a traduzir em repercussão econômica hábil a ser caracterizado no BDI, em razão da sua natureza personalíssima, e, portanto, não sujeito a repasse para a Administração Pública, sob pena de tal medida ser caracterizada como incentivo fiscal não previsto em lei. Veja importante trecho trabalhado pelas manifestações técnicas do referido julgado:

5. O percentual de BDI compõe-se dos custos indiretos e da previsão do lucro a ser aplicado ao custo direto de uma obra ou serviço para a obtenção do respectivo valor total. Alguns tributos podem estar inseridos entre os custos indiretos do BDI, a depender da repercussão econômica de cada um deles. A repercussão econômica traduz a trajetória do ônus econômico do tributo. Há tributos em que o contribuinte de direito e de fato são pessoas distintas, ou seja, quem é obrigado por lei ao pagamento não é quem de fato suporta a carga tributária em definitivo.

6. Nesse particular, consideram-se diretos os tributos que não se prestam à repercussão, ou seja, o contribuinte de direito, obrigado por lei ao pagamento, é quem, efetivamente, paga o tributo. Já os tributos indiretos se prestam à repercussão econômica, pois o contribuinte de direito efetua o pagamento, mas repassa o ônus ao contribuinte de fato. Documento 44.112.601-7 oficializado em 11/03/2010 às 10h e 46min. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO Secretaria de Fiscalização de Obras Fls.

7. Diante disso, apenas os tributos indiretos, tais como os destinados ao Programa de Integração Social - PIS, a Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social - Cofins e o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS, devem compor o BDI dos orçamentos, haja vista ser inviável a própria Administração arcar com o pagamento de tributos que, por sua natureza, não se prestam à repercussão econômica, como é o caso do IRPJ e da CSLL. Em outras palavras, a própria contratada é quem está obrigada por lei ao pagamento desses tributos, não podendo transferir esse encargo para a Administração, pois caso contrário, ter-se-ia uma forma disfarçada e não prevista em lei de 'incentivo fiscal'.

(GRUPO I – CLASSE VII – Plenário TC-008.458/2009-2 – Acórdão 0625/2010)

A manifestação técnica que subsidiou o caso alerta ainda que "o fato gerador e a base de cálculo da IRPJ e da CSLL estão associados à obtenção de resultados positivos pelas empresas (lucro). Desse modo, esses tributos podem até não ser devidos ao final do exercício, caso a empresa tenha prejuízo na totalidade dos contratos geridos". Veja trecho a seguir do mesmo acórdão supramencionado:

8. Ademais, o fato gerador e a base de cálculo da IRPJ e da CSLL estão associados à obtenção de resultados positivos pelas empresas (lucro). Desse modo, esses tributos podem até não ser devidos ao final do exercício, caso a empresa tenha prejuízo na totalidade dos contratos geridos. Essa imprevisibilidade de o lucro se realizar também torna inapropriada a inclusão desses tributos no BDI.

9. Em síntese, esses tributos não devem compor o BDI dos orçamentos, tendo em vista possuírem natureza direta e personalística, não sendo razoável a Administração suportar o ônus destes, haja vista as contratantes não poderem compensá-los, a exemplo dos tributos indiretos. Soma-se a esse fato, a questão da falta de garantia da realização de lucro nas atividades da contratada, para fins de recolhimento de IRPJ e CSLL. Esse entendimento está amparado em várias decisões deste Tribunal, a exemplo do Acórdão 1595/2006 – Plenário:

'9.5.11. exclua dos seus orçamentos parcelas relativas ao IRPJ e à CSLL, bem como oriente as licitantes, em seus editais, que tais tributos não deverão ser incluídos no BDI, por se constituírem em tributos de natureza direta e personalística, que onera pessoalmente o contrato, não devendo ser repassado ao ofertado, (...)';

10. Assim, é oportuno e conveniente que o assunto seja sumulado, para permitir uma orientação, tanto para os gestores e ordenadores de despesa, como para o próprio corpo técnico do TCU, quanto à impossibilidade de inclusão do IRPJ e da CSLL dentre os tributos que compõem o percentual de BDI.

(GRUPO I – CLASSE VII – Plenário TC-008.458/2009-2 – Acórdão 0625/2010) (Grifos Nossos)

Como conclusão, o ministro relator do TCU, o Dr. Augusto Nardes, acatou o referido encaminhamento da equipe técnica, lavrando a mencionada sumula 254/2010:

2. Assim, quanto ao mérito, manifesto-me em concordância com as instruções e pareceres lavrados nos autos e ressalto que o entendimento a ser sumulado encontra-se pacificado no âmbito da Corte.

3. Ademais, conforme dispõe o art. 85 do Regimento Interno, "A Súmula da Jurisprudência constituir-se-á de princípios ou enunciados, resumindo teses, soluções, precedentes e entendimentos, adotados reiteradamente pelo Tribunal, ao deliberar sobre assuntos ou matérias de sua jurisdição e competência".

4. Impende ainda destacar que, dada a ausência de manifestação dos Senhores Ministros, Auditores e Procurador-Geral, no que respeita à apresentação de emendas ou sugestões, vislumbro não haver óbices quanto à aceitação do teor do anteprojeto aprovado pela Comissão Competente, nos termos a seguir:

"O IRPJ – Imposto de Renda Pessoa Jurídica – e a CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – não se consubstanciam em despesa indireta passível de inclusão na taxa de Bonificações e Despesas Indiretas – BDI do orçamento-base da licitação, haja vista a natureza direta e personalística desses tributos, que oneram pessoalmente o contratado."

(GRUPO I – CLASSE VII – Plenário TC-008.458/2009-2 – Acórdão 0625/2010) (Grifos Nossos)

Diante, então, dos detalhes técnicos debatidos no referido precedente, verifica-se em que contexto a proibição de destacar os referidos tributos nos orçamentos públicos foi fixado pelo TCU, qual seja: a impossibilidade material desses tributos de configurar repercussão econômica hábil para transferir o ônus para a Administração Pública, em razão de sua natureza personalíssima, sob pena de ter-se um "incentivo fiscal não previsto em lei".

Diante disso, tem-se que o próprio edital veda expressamente a inclusão dessas rubricas no BDI das propostas das licitantes, sem fazer ressalva alguma ao tipo de regime tributário adotado pela empresa (lucro real, presumido ou misto).

Em recente trabalho realizado pela R. corte de contas, reafirmou-se o entendimento, no acórdão 205/2018, de que não se pode incluir "rubricas relativas a gastos com os tributos IRPJ e CSLL nos orçamentos básicos das licitações, nos formulários para proposta de preços constantes dos editais e das justificativas de preço, nas propostas de preços dos licitantes, seja na composição do BDI, seja como item específico da planilha ou orçamento".

Veja a análise técnica que subsidiou o julgamento desse acórdão:

III - EXAME TÉCNICO

[...]

19. Ao contrário do sustentado pelo Parquet, reputa-se que o entendimento esposado no Acórdão 950/2007-Plenário acerca da irregularidade da inclusão das despesas de IRPJ e de CSLL nos orçamentos elaborados pela Administração ou nas propostas de preços apresentadas pelas licitantes, em que pese não tenha sido fixado expressamente em sua parte dispositiva, vinculou, sim, toda a Administração, uma vez que foi expedida determinação ao MP, a qual alcançou todos os órgãos e entidades integrantes do Sisg.

20. É cediço que as determinações expedidas pelo TCU, com fulcro no artigo 43, inciso I, do RITCU, possuem natureza cogente, ou seja, são de cumprimento obrigatório pelos jurisdicionados, ficando sujeito, inclusive, à multa prevista no caput do artigo 58 da Lei 8.443/1992 aquele que deixar de cumprir a decisão do Tribunal, salvo motivo justificado, nos termos do §1º do referido artigo.

21. Deixa-se de acompanhar, também, o argumento do MPTCU de que, passados todos esses anos após a publicação do acórdão paradigma, a regulação da matéria [no âmbito da IN SLTI/MP 2/2008] pela Administração ainda é dúbia, pois a efetividade da decisão proferida pela Corte de Contas não pode ficar à mercê da regulamentação da matéria nela tratada pelo Poder Executivo.

22. Conforme visto acima, o teor da determinação endereçada ao MP no âmbito do Acórdão 950/2007-Plenário foi claro no sentido de que não se deve incluir rubricas relativas a gastos com os tributos IRPJ e CSLL nos orçamentos básicos das licitações, nos formulários para proposta de preços constantes dos editais e das justificativas de preço, nas propostas de preços dos licitantes, seja na composição do BDI, seja como item específico da planilha ou orçamento.

23. Tendo em vista que não houve expedição de qualquer novo entendimento do Tribunal capaz de alterar as disposições do Acórdão 950/2007- TCU-Plenário, a determinação destinada ao MP está plenamente válida, razão por que a regulamentação da matéria por esse órgão ministerial deve estar em consonância com as conclusões esposadas na aludida deliberação.

[...]

(Análise técnica – Acórdão 205/2018 – Plenário TCU) (Grifos nossos)

A orientação do TCU que permanece vigente não apresenta reservas para qualquer que seja o regime tributário adotado pela empresa quando se trata da impossibilidade de inclusão das rubricas de IRPJ e CSLL no BDI das propostas. Nesse sentido, releva notar a clara menção feita pelo D. Ministro Vital do Rego, no registro do seu voto, quanto à questão do regime (referindo-se expressamente ao lucro presumido) e a impossibilidade do cômputo dessas rubricas nos preços pagos e orçados pelo Poder Público:

[...]

3. De fato, a jurisprudência deste Tribunal converge para o entendimento de que não cabe a inclusão daqueles tributos nos orçamentos de referência elaborados pela administração pública.

4. Várias são as justificativas para a impossibilidade da contabilização dessas rubricas no cômputo dos preços orçados e pagos pelo poder público. A própria complexidade na definição da base de cálculo dos referidos tributos, variável de acordo com o regime de tributação da pessoa jurídica, lucro real, presumido ou simples, inviabiliza a estipulação de critério objetivo e isonômico para comparação de propostas de preços de licitantes sujeitas a regras diferentes.

5. Ademais, o IRPJ e a CSLL compõem a natureza de tributos diretos, que não comportariam a repercussão econômica de forma direta, dada a imprevisibilidade do lucro do exercício de licitantes, cujas inclusões na formação dos preços poderia resultar em privilégios ou obstáculos a quem participa de uma disputa, pois os montantes dependem do resultado que cada empresa venha a realizar.

6. Historicamente o TCU vem se manifestando sobre o assunto, seja em casos concretos, seja em trabalhos que ditam orientações gerais para os jurisdicionados, a exemplo dos acórdãos de Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e da própria Súmula TCU 254/2010:

O IRPJ - Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) não se consubstanciam em despesa indireta passível de inclusão na taxa de Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) do orçamento-base da licitação, haja vista a natureza direta e personalística desses tributos, que oneram pessoalmente o contratado.

7. Como exemplo cito o próprio Acórdão 325/2007-TCU-Plenário, decisão contemporânea ao julgado objeto da Consulta, Acórdão 950/2007-TCU-Plenário. Aquele decisor inaugurou neste Tribunal um estudo aprofundando sobre a composição do BDI para algumas obras do setor elétrico, cujas orientações foram paulatinamente aprimoradas e ampliadas para outros tipos de obras, o que resultou nos Acórdãos 2.369/2011 e 2.622/2013, todos do Plenário desta Casa.

8. Ainda que tais decisões sejam direcionadas à execução de obras públicas, os mesmos preceitos e conceitos se estendem aos demais orçamentos e contratos que se valem da parcela de BDI na formação de seus preços.

9. Por certo, a evolução da jurisprudência manteve o entendimento de que não se deve contabilizar tais tributos nas planilhas de preços dos orçamentos elaborados pela administração pública. No entanto, há de se avaliar qual o tratamento a ser dado para aqueles casos em que o contratado inadvertidamente incluiu tais tributos em seu preço, seja porque o ajuste foi firmado em período anterior à consolidação da jurisprudência, seja por outro critério da formação de preço do próprio particular.

[...]

13. A reflexão que trago à tona é a conduta esperada pela administração quando o orçamento contratado está em conformidade com os preços referenciais. Nessas situações, não seria justo cobrar dos contratantes valores inseridos no custo indireto do orçamento, ainda que sob a discriminação de IRPJ e CSLL, independentemente do momento da contratação, se anterior ou posterior à publicação do acórdão.

[...]

(Voto Ministro Vital Rego – Acórdão 205/2018 – Plenário TCU)

A dificuldade encontrada para se obter a aferição desses tributos se revela sobretudo na estipulação de critérios objetivos e isonômicos na licitação para comparação de propostas de preços de licitantes sujeitas às regras tributárias diferentes, nos termos do quanto asseverado pelo Ministro Vital Rego no voto exposto acima.

Soma-se a isso a característica personalística dos referidos tributos do IRPJ e CSLL, o que os impede de serem repassados para o Poder Público, já que seus custos oneram “pessoalmente” o contratado. Trata-se, assim, de questão que vai muito além de mera análise contábil matemática desses encargos. O seguinte trecho do acórdão 205/2018, quando faz alusão a outro precedente da corte (o acórdão 1.591/2010), trata exatamente dessa questão:

Análise técnica

(...) 15. Dessa forma, o Acórdão 1.591/2008-TCU-Plenário, seguido de vários outros precedentes, como os Acórdãos 581/2009, 1.906/2009, 1.984/2009 e 2.099/2009, todos do Plenário, em atenção ao princípio da segurança jurídica, passou a admitir – ressalvada a ocorrência de sobrepreço – a inclusão do percentual dos referidos tributos na composição do BDI para os contratos celebrados anteriormente à fixação do entendimento no sentido de que tais parcelas não podem ser transferidas automaticamente ao contratante.

16. A propósito, tal entendimento foi sustentado no âmbito do Acórdão 1.591/2010- TCU-2a Câmara, conforme trecho do respectivo voto condutor transcrito abaixo:

4. A deliberação que inaugurou tal posicionamento – o Acórdão 1.591/2008- Plenário – não alterou o entendimento consubstanciado nos Acórdãos 325/2007 e 950/2007, ambos do Plenário. Em verdade, ela trouxe, em atenção ao princípio da segurança jurídica, temperamento temporal aos critérios estabelecidos nesses acórdãos, passando a admitir – ressalvado se comprovada a ocorrência de sobrepreço – a inclusão do percentual dos aludidos tributos na composição do BDI para os contratos firmados anteriormente à fixação do entendimento no sentido de que tais parcelas não podem ser transferidas automaticamente ao contratante. Devo destacar, como precedentes que se seguiram ao Acórdão 1.591/2008-Plenário, os Acórdãos 581/2009, 1.906/2009, 1.984/2009 e 2.099/2009, todos do Plenário desta Casa.

5. Como discutido por ocasião da prolação do acórdão inaugural, a jurisprudência desta Casa apenas obsta a inclusão desses tributos na composição do BDI, buscando alcançar a sua padronização e, em consequência, garantir maior transparência na execução dos gastos públicos. Não quer o TCU, com isso, impedir a sua inserção na composição dos custos das empresas privadas, pois, se assim o fizesse, estaria se imiscuindo na formação de preços privados e

impedindo as empresas de embutir nos seus custos tributos ditos diretos. Desse modo, mesmo quando não incluídos destacadamente no BDI, o TCU não pode impedir a inserção de percentual destinado à satisfação do IRPJ e 23 da CSLL no bojo do lucro da empresa, eis que este é livremente arbitrado por ela segundo as condições de mercado e suas próprias aspirações. Assim, muito embora os tributos diretos não possam vir destacados, podem vir embutidos dentro do lucro da empresa.

(Análise técnica – Acórdão 205/2018 – Plenário TCU) (Grifos nossos)

No esteio do supracitado entendimento, há essa liberdade atribuída a empresa em destacar no BDI de sua proposta os referidos impostos, somente quando o fizera antes da consolidação do entendimento pelo TCU no Acórdão 950/2007. Ademais, trata-se de uma faculdade/possibilidade, e não obrigatoriedade atribuída à empresa.

O Ministro Relator desse caso, o Dr. Aroldo Cedraz, destaca ainda que, para os contratos firmados antes da publicação do Acórdão 950/2007, por questão de segurança jurídica e preservação dos atos administrativos, com base na boa-fé objetiva, não se deveria exigir o ressarcimento desses tributos pagos pela Administração Pública. Trata-se do respeito à confiança legítima depositada pelo particular, apto a trazer a exceção à regra:

8. Por outro lado, deve-se reconhecer, no âmbito da resposta a ser formulada, a necessidade do atendimento ao princípio da segurança jurídica (proteção da confiança), como delineado pela Selog, mas também a busca da estabilização das relações jurídicas e da preservação dos efeitos dos atos administrativos que porventura tenham beneficiado terceiros de boa-fé, razões pelas quais entendo que podem ser mantidas, excepcionalmente, para os contratos firmados até o advento do Acórdão 950/2007, as condições à época das respectivas celebrações, sem a necessidade de cobranças, das contratadas, dos ressarcimentos a título dos mencionados tributos, salvo se comprovada a existência de sobre preço, em sintonia com os pareceres constantes dos autos.

(Voto ministro Relator AROLDO CEDRAZ – Acórdão 205/2018 – Plenário TCU) (Grifos nossos)

A supracitada exceção tratada pelo relator do caso, que consiste em não exigir-se o reembolso dos referidos tributos diretos pagos pela Administração ao contratado de boa-fé, por questão da confiança legítima, para contratos firmados até o advento do Acórdão 950/2007, só mostra como a regra sobre a matéria continua válida e vigente para o TCU, de que é inapropriada a previsão da referida rubrica na composição do BDI.

Esse acórdão proferido pelo TCU em 2013, na verdade, trata de propostas de melhorias nos procedimentos de contratação e execução de contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal, no qual, em seu bojo, traz uma série de recomendações para a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento. Veja a seguir:

RELATÓRIO

[...]

4. Foi constituído, então, um grupo de estudos, composto inicialmente por servidores do MP, da AGU e do TCU, passando a ser posteriormente integrado também por representantes do Ministério da Previdência Social, do Ministério da Fazenda, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal, que discutiram aspectos relacionados aos procedimentos licitatórios, à gestão e ao encerramento desses contratos. Destacam-se a seguir, os tópicos abordados pelo referido grupo: 5. Transcrevo trecho do relatório que tratou dos pontos acima, firmado por representantes dos órgãos acima mencionados, em 8/12/2010 (peça 1).

I. Breve histórico

II. Gestão de Contratos

- a) Documentação exigida na fiscalização contratual
- b) Retenção de valores próxima ao final da vigência
- c) Validade das apólices de seguro
- d) Controle de encargos previdenciários
- e) Controle do recolhimento do FGTS
- f) Outros documentos
- g) Conta vinculada

III. Procedimentos Licitatórios

- a) Qualificação econômico-financeira
 - b) Qualificação técnico-operacional
 1. Local do escritório para contatos
 2. Atestados de capacidade técnica
 3. Experiência mínima de 3 anos
 4. Estrutura física e de pessoal compatíveis com o objeto
 5. Idoneidade dos atestados
 - c) Qualificação técnico-profissional
 - d) Garantia contratual
 - e) Casos de parcelamento do objeto
 - f) Técnicas de orçamentação
 - g) Prazo de vigência dos contratos de prestação de serviço de forma contínua
 - h) Percentuais de encargos sociais e LDI
 - i) Domicílio bancário dos empregados na cidade ou na região metropolitana, instituída ou não, na qual serão prestados os serviços
 - j) Fixação de sanções
 - l) Possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica
- IV. Conclusão
- a) Experiência do TCU
 - b) Resumo das propostas
 - c) Proposta de encaminhamento
5. Transcrevo trecho do relatório que tratou dos pontos acima, firmado por representantes dos órgãos acima mencionados, em 8/12/2010 (peça 1).

[...]

III – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

[...]

III.h – Percentuais mínimos aceitáveis para encargos sociais e LDI

[...]

217. No tocante ao LDI, cumpre mencionar que as despesas com tributos federais incorridas pelas empresas optantes pelo lucro presumido correspondem ao percentual de 11,33%, sendo 4,8% de IR, 2,88% de CSLL, 3% de COFINS e

0,65% de PIS.

218. É certo que o Tribunal de Contas da União já fixou orientação no sentido de que o IR e a CSLL não devem constar das planilhas de obra. Contudo, sendo despesas obrigatórias, incidentes inclusive sobre o total da receita, retidas antecipadamente pelo tomador do serviço, não há como se deixar de considerar esses tributos como despesas efetivas incorridas pelos contratados prestadores de serviços continuados e que impactam significativamente o valor do contrato.

219. A exemplo das empresas optantes pelo lucro presumido, a administração deve avaliar a exequibilidade da proposta, no que se refere ao LDI, à luz dos regimes fiscais advindos da contratação. Antecipe-se, contudo, que não devem ser aceitas, sem as devidas justificativas, propostas que não contemplem o pagamento de todos os tributos. Do mesmo modo, lucro, como se sabe, pode ser maximizado com uma boa gestão de mão de obra, mas não se deve abrir mão de um mínimo aceitável, pois não é crível que prestadores de serviços estejam dispostos a trabalharem de graça para o Erário. Não fixar lucro mínimo é um incentivo para que as empresas avancem sobre outras verbas, como direitos trabalhistas, tributos e contribuições compulsórias, como tem sido praxe.

220. Também as despesas administrativas, devem ser objeto de análise pela administração, pois não é razoável que a empresa não possua esse gasto. No entanto, é aceitável que existam justificativas para reduzi-lo ou eliminá-lo, por exemplo, que a empresa administre muitos contratos, ou que se trate de uma empresa familiar, mas para isso a empresa necessita apresentá-las.

221. Concluímos, portanto, que os editais deveriam consignar expressamente as condições mínimas para que as propostas sejam consideradas exequíveis, proibindo propostas com lucro e despesas administrativas iguais a zero, entre outros, em razão de esse percentual englobar os impostos e contribuições não repercutíveis (IR, CSLL). Registre-se que o grupo não determinou quais seriam as condições mínimas ideais, de modo que deverá ser realizado estudo para determiná-las e, assim, possibilitar a implementação dessa proposta.

[...]

(Relatório - Acórdão 1214/2013 - TCU - Plenário)

DO PEDIDO

Ante ao exposto, depois de demonstradas às considerações julgadas corretas, D R LIMA COMERCIO & SERVICOS LTDA, respeitosamente, REQUER ao Sr. Pregoeiro que considere as fundamentações citadas e que fiel aos ditames do direito e da moral, certamente dará provimento ao recurso administrativo interposto pela Recorrente, desclassificando as propostas das empresas NEW TIMES NEGOCIOS - LTDA e NORTE EXPRESS dando sequência aos termos do edital, proferido a verificação das propostas remanescentes que obedeçam todos os requisitos do edital. Solicitamos ainda que as empresas se mantidas classificadas, apresentem a viabilidade através de planilhas onde demonstrem a sua exequibilidade.

Requer ainda que, caso não seja reconsiderada a decisão ora guerreada, sejam enviadas as presentes razões, à apreciação da autoridade hierarquicamente superior, para os fins de direito, conforme prevê o parágrafo 4º. Do ART. 109 da Lei Federal 8.666/93, como também poderemos fazer uso da prerrogativa constante no parágrafo 1º. do ART. 113 da supracitada Lei.

Nestes Termos, pede e espera deferimento.

Rio Branco Acre 01/03/2021.

Daiane Rodrigues de Lima

Proprietária

Fechar