

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

AO
PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

PREGÃO ELETRÔNICO n.º 07/2020
Processo SEI n.º 0001241-10.2020.8.01.0000

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO,
SORAIA DE SOUZA DA SILVA, brasileira, natural de Rio Branco-Acre, casada por comunhão parcial de bens, comerciante, portadora do CPF nº 408.897.422-00 e RG nº403101 SSP/RO, como representante devidamente constituído de EBENÉZER EIRELI, CNPJ nº 11.976.654/0001-71, situada na Rua Nordeste, participante do certame licitatório Pregão Eletrônico Preços N°08/2021 que HABILITOU e classificou as empresas New Times e Norte Xpress no referido certame, vêm, à honrosa presença de Vossa Senhoria, dizer que, "Data Vênia", discorda da r. decisão, razão pela qual, com amparo nos Art. 109 e seguintes da Lei 8.666/93 e também no respectivo Edital – parte RECURSOS, vem nesta oportunidade interpor o presente Recurso Administrativo. Com base do não cumprimento do Edital pedimos a sua desclassificação das empresas citadas.

A licitação pública é processo seletivo, mediante o qual a Administração Pública oferece igualdade de oportunidades a todos os que com ela queiram contratar, preservando a equidade no trato do interesse público, tudo a fim de cotejar propostas para escolher uma ou algumas delas que lhe sejam as mais vantajosas. Na qualidade de processo seletivo em que se procede ao cotejo de propostas, a licitação pública pressupõe a viabilidade da competição, da disputa. Se não houver viabilidade de competição, por corolário, não haverá licitação pública.

Cabe ressaltar que o interesse em fornecer produtos ou prestar serviços para a Administração Pública é legítimo e salutar para a competitividade do certame desde que se utilize de condutas que respeitem o ordenamento normativo referente ao tema. Mero inconformismo sem respaldo legal não contribui para o interesse público.

BREVE SÍNTESE FÁTICA

Trata-se de Pregão eletrônico promovido por este órgão, com o objetivo 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.

As recorridas foram INDEVIDAMENTE CLASSIFICADA E HABILITADA no certame, devendo a decisão de classificação e habilitação das empresas NEW TIMES NEGOCIOS – LTDA e NORTE EXPRESS TRANSPORTE & SERVIÇOS LTDA ser REFORMADA para declará-la desclassificada e/ou inabilitada, pós analisar as planilhas apresentadas onde não cumpriram o Edital e o Termo de Referência, demonstrando sua inexequibilidade para o recolhimento de CSLL e IRPJ, sendo que o Custo Indireto e Lucro não suportam o pagamento, devido a opção tributária da empresa (Lucro Presumido). O Edital é bem claro quanto os impostos retidos na fonte. Ferindo assim o Item 9 do Edital e 8.10 do Termo de Referência, conforme se discorre a seguir.

Sobre a planilha de formação de preços que compõe a proposta comercial da empresa, a Recorrente afirma:

"Módulo 5 – Custos Indiretos, Tributos e Lucro

Do mesmo modo, o valor atribuído pelas empresas NEW TIMES NEGOCIOS – LTDA e NORTE EXPRESS TRANSPORTE & SERVIÇOS LTDA para custos indiretos e lucro é insuficiente para arcar com despesas do contrato que não podem ser inseridas na planilha de custos, o que demonstra a inexequibilidade da proposta.

As empresas NEW TIMES NEGOCIOS – LTDA e NORTE EXPRESS TRANSPORTE & SERVIÇOS LTDA são optantes pelo regime de tributação lucro presumido, conforme documento fiscal encaminhado junto à sua proposta. As empresas optantes por este regime tributário são obrigadas a reter na fonte os seguintes tributos:

COFINS – alíquota de 3,00%;

PIS – alíquota de 0,65%;

ISS – alíquota de 5,00%;

IRPJ – alíquota 4,80%;

CSLL – alíquota 1,00%.

É de conhecimento geral que os tributos IRPJ e CSLL não podem ser provisionados na planilha de custos e formação de preços, em virtude de entendimento do TCU proferido no Acórdão 950/2007 Plenário.

Contudo, em que pese não poder ser inserido na planilha, os citados tributos serão retidos na fonte pagadora, em virtude da obrigatoriedade estabelecida na IN 1234/2012 da Receita Federal do Brasil.

As empresas optantes do regime de tributação de lucro presumido pagam efetivamente o que foi retido na fonte, independentemente do lucro que de fato tiveram em determinado exercício financeiro, inclusive se houver prejuízo no balanço.

Portanto, o Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL) que foram retidos na fonte das empresas de lucro presumido serão de fato os tributos que serão pagos, não havendo que se falar em dedução ou restituição posterior.

Essa sistemática difere das empresas de lucro real, que ao final do exercício financeiro apura o "lucro real" da empresa, sendo que poderá ser feita restituição de tributos pagos a maior ou a complementação (nos casos de IRPJ e CSLL).

Os valores não são suficientes ao menos para cumprimento das obrigações que serão assumidos pelas empresas NEW TIMES NEGOCIOS – LTDA e NORTE EXPRESS TRANSPORTE & SERVIÇOS LTDA de acordo com a suas propostas. Este ponto, por si, é suficiente para desclassificação das empresas.

O Tribunal de Contas do Distrito Federal na análise do Processo n.º 12593/2016-e definiu que as empresas optantes

pelo regime de tributação de lucro presumido, devem provisionar em sua margem de lucro valor suficiente para pagamento dos tributos IRPJ e CSLL, haja vista que estes dois incidem sobre o faturamento bruto da empresa, conforme legislação tributária em vigor.

A Decisão em questão é paradigmática quanto à análise de preços, uma vez que na tributação de lucro presumido não há como deixar provisionar esta despesa na planilha, pois de fato trata-se de uma despesa real e quantificável que a empresa terá. Para melhor esclarecimento da questão, segue abaixo transcrição de trecho da decisão:

PROCESSO Nº 12593/2016-e

o.3) "nos termos da Decisão TCDF nº 544/2010, as parcelas referentes à Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) e ao Imposto de Renda sobre Pessoa Jurídica (IRPJ) devem estar contempladas na rubrica Lucro Bruto";

o.4) "nos casos das empresas adeptas ao Lucro Presumido, tendo em vista que nesse regime as bases de cálculo de incidência do IRPJ e da CSLL são fixadas em lei (Receita Bruta/Faturamento), essas deverão assegurar que o valor atribuído ao Lucro Bruto seja suficiente para arcar, no mínimo, com as despesas desses tributos;" Desta forma, fica claro que o valor atribuído pela licitante Defender para os itens custos indiretos e lucro é absolutamente insuficiente para realizar o pagamento do IRPJ e da CSLL, vez que tais tributos são retidos na fonte não existindo a possibilidade de restituição posterior. Sobre inexecutabilidade de preços ofertados em licitações públicas a Instrução Normativa 02/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão dispõe que serão desclassificadas propostas que apresentem preços manifestamente inexequíveis ou que não vierem a comprovar a sua exequibilidade.

Vejamos: Art. 29. Serão desclassificadas as propostas que:

IV - Apresentarem preços que sejam manifestamente inexequíveis; e

V - Não vierem a comprovar sua exequibilidade, em especial em relação ao preço e a produtividade apresentada. § 1º Consideram-se preços manifestamente inexequíveis aqueles que, comprovadamente, forem insuficientes para a cobertura dos custos decorrentes da contratação pretendida. A referida IN ainda prevê que em caso de indícios de inexecutabilidade de propostas, o pregoeiro poderá realizar diligências para esclarecer se o preço é exequível ou não.

Existe a previsão de que a empresa proponente poderá ser consultada, bem como órgãos públicos para que seja possível verificar a viabilidade financeira da proposta. Vejamos:

Art. 29.

(...)

§ 3 Se houver indícios de inexecutabilidade da proposta de preço, ou em caso da necessidade de esclarecimentos complementares, poderá ser efetuada diligência, na forma do § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, para efeito de comprovação de sua exequibilidade, podendo adotar, dentre outros, os seguintes procedimentos:

I - questionamentos junto à proponente para a apresentação de justificativas e comprovações em relação aos custos com indícios de inexecutabilidade;

V - pesquisas em órgãos públicos ou empresas privadas;

XI - consultas às Secretarias de Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal; Diante dos apontamentos realizados no presente recurso administrativo, a proposta da recorrida Defender deve ser desclassificada por evidente inexecutabilidade dos preços ofertados, descumprindo-se assim o artigo 29 da IN MPOG 02/2008." 2.3.1. No que diz respeito aos apontamentos sobre as alíquotas de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido - CSLL das empresas NEW TIMES NEGOCIOS - LTDA e NORTE EXPRESS TRANSPORTE & SERVIÇOS LTDA, cujos percentuais foram apresentados em sua proposta e sua relação com a exequibilidade da proposta, importa destacar importantes julgados do Tribunal de Contas da União - TCU:

ACÓRDÃO 950/2007 Plenário "9.1. determinar ao Ministério do Orçamento, Planejamento e Gestão que instrua os órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais da Administração Federal a se absterem, doravante, de fazer constar dos orçamentos básicos das licitações, dos formulários para proposta de preços constantes dos editais e das justificativas de preço a que se refere o art. 26, inciso III, da Lei 8.666/1993, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, parcelas relativas a gastos com os tributos IRPJ e CSLL, não podendo ser aceitas também propostas de preços contendo custos relativos aos tributos citados, seja na composição do BDI, seja como item específico da planilha ou orçamento;

(...)

Sendo assim, considerando a complexidade na definição da base de cálculo dos referidos tributos, variável de acordo com o regime de tributação da pessoa jurídica; considerando a impossibilidade de estipulação de critério objetivo e isonômico para comparação de propostas de preços de licitantes sujeitas a regimes de tributação diferentes; considerando que o IRPJ e a CSLL constituem-se em tributos diretos, que não comportam a repercussão econômica; considerando a imprevisibilidade do lucro do exercício de licitantes; entendemos que cabe ao TCU firmar entendimento acerca da matéria em exame no sentido de que não devem constar, em editais de licitação, cláusulas que exijam a cotação de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ e Contribuição Social sobre Lucro Líquido - CSLL, e de que não devem ser incluídos tais tributos nas parcelas relativas aos Benefícios e Despesas Indiretas - BDI. Convém ao TCU, ainda, determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG que instrua toda a Administração Pública Federal a excluir dos seus orçamentos parcelas relativas ao Imposto de Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ e à Contribuição Social sobre Lucro Líquido - CSLL, bem como a orientar aos licitantes, nos próximos editais de licitação, que não incluam, em suas propostas, tais tributos nas parcelas relativas aos Benefícios e Despesas Indiretas - BDI. " 2.3.2. Verifica-se, assim, que os tributos IRPJ e CSLL não podem ser provisionados na planilha de custos e formação de preços, conforme entendimento do TCU proferido no mencionado Acórdão.

2.3.3. Ainda, ratificam tal entendimento os seguintes Acórdãos e a jurisprudência da Corte de Contas:

ACÓRDÃO 4730/2009 - SEGUNDA CÂMARA - TCU "9.4.2.1. vedação à inclusão, nos orçamentos básicos das licitações, nos formulários para proposta de preços constantes dos editais e nas justificativas de preço a que se refere o art. 26, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, de parcelas relativas a gastos com os tributos IRPJ (Imposto de Renda Pessoa Jurídica) e CSLL (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido), não podendo ser aceitas também propostas de preços contendo custos relativos aos tributos citados, seja na composição do BDI (Benefícios e Despesas Indiretas), seja como item específico da planilha ou orçamento (Anexo III-C da Instrução Normativa e Acórdão nº 950/2007-TCU-Plenário);"

ACÓRDÃO Nº 325/2007 - TCU - PLENÁRIO "9.1.1. os tributos IRPJ e CSLL não devem integrar o cálculo do LDI, nem tampouco a planilha de custo direto, por se constituírem em tributos de natureza direta e personalística, que oneram pessoalmente o contratado, não devendo ser repassado à contratante;"

SÚMULA Nº 254 - 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."

2.3.4. O IRPJ e a CSLL são tributos diretos, que incidem sobre o lucro, e não sobre o faturamento. É o lucro que deve fazer frente ao seu pagamento, não sendo admitida sua inclusão na composição do custo e, por consequência, sua transferência para o consumidor final. 2.3.5.

Certifica-se que a partir da expedição do Acórdão nº 950/2007, o Plenário do TCU não afastou a incidência dos ditos tributos, mas apenas impediu a inclusão de dotação específica na formação dos preços (planilhas de custos) para fazer frente a esses custos. 2.3.6. Cabe trazer à tona, ainda, o teor do art. 23 da Instrução Normativa nº 02/SLTI /MPOG, de 30 de abril de 2008:

"Art. 23. A contratada deverá arcar com o ônus decorrente de eventual equívoco no dimensionamento dos quantitativos de sua proposta, devendo complementá-los, caso o previsto inicialmente em sua proposta não seja satisfatório para o atendimento ao objeto da licitação exceto quando ocorrer algum dos eventos arrolados nos incisos do

§ 1º do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993." 2.3.7.

Conforme demonstrado acima, à Administração não cabe inferir se a proposta apresentada pela licitante é inexequível, pois entraria na área econômica ordinária, o chamado "risco do negócio". Sobre este ponto, eventual equívoco no preenchimento da planilha é de responsabilidade da empresa, sendo esta responsável por absorver supostos prejuízos.

2.3.8. Portanto, à luz da incidência dos mencionados tributos, não é possível concluir-se pela inexequibilidade da proposta da empresa apresentada, uma vez que outros diversos fatores são capazes de incidir sobre a capacidade da empresa de viabilizar a execução do serviço contratado.

A questão fundamental não reside no valor da proposta, por mais ínfimo que o seja, o problema é a impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou. A formulação desse juízo envolve uma avaliação da capacidade patrimonial do licitante. Se ele dispuser de recursos suficientes e resolver incorrer em prejuízo, essa será uma decisão empresarial privada. Não cabe à Administração a tarefa de fiscalização da lucratividade empresarial privada.

2.3.9. Por fim, importa trazer à tona entendimento do doutrinador Marçal Justin Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. 14ª, São Paulo, 2010): "Não é cabível que o Estado assuma, ao longo da licitação, uma função similar à de curatela dos licitantes. Se um particular comprometer excessivamente seu patrimônio, deverá arcar com o insucesso correspondente."

DO PODER DEVER DA ADMINISTRAÇÃO DE REVER SEUS ATOS DE OFÍCIO EM BENEFÍCIO AO INTERESSE PÚBLICO

Após analisar o que dispõe a legislação aplicável ao pregão eletrônico e, com base no art. 43, § 3º da Lei nº 8.666/93, ficou evidente que houve um grave erro procedimental no certame o qual deve ser devidamente reparado em virtude do princípio da autotutela administrativa, cabe à Administração Pública zelar pela legalidade de seus atos e condutas. Assim, é dever da Administração verificar que atos e medidas contêm ilegalidades e anulá-los de ofício. Ressalte-se que esse princípio tem tamanha importância que o próprio Supremo Tribunal Federal – STF consolidou essa diretriz por meio da Súmula 473, que segue transcrita abaixo:

"Súmula 473: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

Do mesmo modo, a Lei de Processo Administrativo Federal dispõe em seu artigo 53 acerca do PODER DEVER da Administração em anular seus atos eivados de ilegalidade, senão vejamos:

"Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. "

O próprio Decreto no 5.450/2005 que regula o procedimento do pregão na forma eletrônica também dispõe em seu artigo 29 sobre a possibilidade de anulação em razão de ilegalidade, inclusive por ato de ofício:

"Art. 29. A autoridade competente para aprovação do procedimento licitatório somente poderá revogá-lo em face de razões de interesse público, por motivo de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-lo por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, mediante ato escrito e fundamentado."

Resta claro que estando diante de um ato que resulte em ilegalidade cabe à Administração anulá-lo em benefício do interesse público e no caso específico da licitação pública em benefício aos princípios aplicáveis, quais sejam: vinculação ao instrumento convocatório, isonomia, economicidade, legalidade, publicidade e transparência.

O tema de anulação de fases em certames licitatórios já foi objeto de discussão no âmbito do Tribunal de Contas da União – TCU, o qual prevê a anulação parcial do certame quando diante de vício de ilegalidade:

"Consulta. Licitação. Anulação. É possível a anulação parcial de procedimento licitatório eivado por vício que não prejudique a totalidade do certame, aproveitando-se os atos praticados regularmente e não afetados pelas falhas observadas. Resposta ao consulente. [ACÓRDÃO Nº 1904/2008 - TCU - Plenário - Processo nº TC 006.035/2007-0] grifo nosso.

SUMÁRIO: 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(...) 11. Observa-se que a representada reconheceu o equívoco, mas que não houve má-fé por parte dos seus servidores, tendo o vício do ato de desclassificação da representante ocorrido apenas por um equívoco, o qual o instituto já se prontificou em corrigir. 12. Registre-se, ainda, que, conforme argumentaram os representantes do IFPE, não há necessidade de que todo o pregão seja anulado, mas apenas, o ato eivado de ilegalidade e os que dele decorrerem.

[ACÓRDÃO Nº 255/2014 – TCU – Plenário - Processo nº TC 034.299/2013-0] grifo nosso."

Também não é outro o entendimento da doutrina a respeito da obrigatoriedade de anulação por parte da Comissão de Licitação de atos eivados de ilegalidade no certame. O renomado jurista Hely Lopes Meirelles 7 deixa claro sobre a possibilidade de anulação de atos ilegais pela Comissão de Licitação:

"A competência para anular ou revogar é, em princípio, da autoridade superior que autorizou ou determinou a licitação, mas, tratando-se de ilegalidade no julgamento, a Comissão que o proferiu poderá anulá-lo no recurso próprio, ao reexaminar sua decisão. A anulação da licitação, por basear-se em ilegalidade no seu procedimento, pode ser feita em qualquer fase e a qualquer tempo, antes da assinatura do contrato, desde que a Administração ou o Judiciário verifique e aponte a infringência à lei ou ao edital. (...) A Comissão é o órgão julgador da concorrência e, por isso mesmo, nenhuma autoridade pode substituí-la na sua função decisória, estabelecida por lei federal. Se ocorrer irregularidade ou erro no julgamento, a autoridade competente poderá apenas anular a decisão, através de recurso ou ex officio, determinando que a Comissão corrija o erro ou proceda a novo julgamento em forma regular." [grifo nosso]

Portanto, em razão do princípio da autotutela, do que prevê a legislação sobre processo administrativo, bem como o próprio regulamento do pregão eletrônico é possível a anulação de atos ilegais no curso do processo licitatório a qualquer tempo, antes da assinatura do contrato.

PEDIDO

Assim, resta claro que houve um equívoco da Comissão de Licitação desclassificando a empresa Vieira e Gomes LTDA, solicitamos que seja revisto o ato do pregoeiro e seja habilitada. Não existe habilitação para as empresas F.M. Terceirização LTDA, VIP Eletrônica LTDA e pedimos que sejam desclassificadas. E exequibilidade da proposta apresentada pela Mil Service LTDA ME, tomando-se como um dos elementos as planilhas de preços, deve ser feita de forma global, considerando, além dos custos obrigatórios, o contexto operacional, econômico e financeiro em que a empresa está inserida, como sua capacidade operacional de execução contratual, gerando inevitavelmente uma majoração nos valores propostos, além do claro desconhecimento do Edital e da legislação vigente com base nos argumento e fundamentações legais acima descrito.

DOS PEDIDOS

EX POSITIS, a recorrente requer seja o presente recurso recebido com efeito suspensivo, culminando na REFORMA da decisão que CLASSIFICOU e HABILITOU as recorridas, prejudicando o interesse público, tendo como consequência das CLASSIFICAÇÕES por erro na proposta, sob pena de ilegalidade decorrente de descumprimento ao artigo 41, caput, da Lei nº 8.666/1993.

Considerando a reforma da decisão por este nobre órgão que habilitou as recorridas, NEW TIMES NEGOCIOS – LTDA e NORTE EXPRESS TRANSPORTE & SERVIÇOS LTDA reitera que, em observância à lei, não prevendo a majoração em sua formação de preço, bem como todos os custos envolvidos no projeto com fundamentos da lei e garante a comprovação da exequibilidade da sua proposta e planilha da forma exigida ferindo assim o Item 9 do Edital e 8.10 do Termo de Referência.

E, subsidiariamente, se não houver a reforma da decisão que habilitou a recorrida requer que este recurso seja apreciado pelo seu superior hierárquico.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Rio Branco Acre, 01 de março de 2021.

SORAIA DE SOUZA DA SILVA
PROPRIETÁRIA

Fechar