

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

CONTRARRAZÃO :

ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

Ref. Pregão Eletrônico 22/2020

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, com fulcro no inciso XVIII, do art. 4º da Lei nº 10.520/2002, apresentar CONTRARRAZÕES ao recurso administrativo interposto pela empresa PROATIVIDADE CONSULTORIA EMPRESARIAL E GESTÃO DE RH LTDA, conforme razões de direito que passa a expor:

I - DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, comprova-se a tempestividade destas Contrarrazões, uma vez que apresentado 03 (três) dias ulteriores ao término do prazo recursal, porquanto, atendido o prazo previsto no inciso XVIII do art. 4º, da Lei nº 10.520/2002.

II – DOS FATOS

A Universidade Federal do Rio de Janeiro instaurou processo licitatório em destaque destinado à contratação de empresa especializada para prestação de serviços de Auxiliar de Almojarifado, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no edital e seus anexos.

Após o regular transcurso da fase de credenciamento, habilitação, esclarecimentos e lances, a ORBENK foi declarada vencedora do certame, por apresentar a proposta que representou melhor custo para a Administração Pública.

Ato contínuo, a Recorrente apresentou o presente Recurso, alegando em suma que a proposta apresentada pela Recorrida seria inexecutável.

Entretanto, conforme se verá a seguir, a proposta apresentada pela Recorrida está de acordo com a legislação de regência, conforme inclusive já foi esclarecido durante o certame.

III – DO DIREITO

Em síntese, a Recorrente questiona os números de algumas rubricas constantes da planilha de custos, apresentados pela vencedora do certame, alegando que os números não encontrariam lastro legal e documental, pelo que a proposta seria inexecutável.

Não obstante, data venia maxima, tais argumentos não possuem embasamento fático e jurídico, uma vez que todos os números e valores praticados pela Recorrida encontram fundamento na lei e na jurisprudência pátria, pois fazem parte de planejamento técnico, jurídico e operacional, resultando na prestação de serviços com excelência e dedicação, com preços mais justos e acessíveis para a Administração Pública.

Não há, assim, que se falar em inexecutabilidade ou risco para a Administração Pública, conforme se verificará nos articulados seguintes:

DO CUSTO COM UNIFORMES

A Recorrente se insurge contra os custos referentes aos uniformes constantes da planilha de custos da Recorrida. Entretanto, não há qualquer ilegalidade ou inexecutabilidade da proposta, data venia maxima.

Do que se observa dos documentos já apresentados, a empresa ORBENK procedeu a juntada de documento contábil que comprova a existência de amplo estoque. Mais especificamente, do balanço patrimonial, extrai-se que a empresa possui em estoque o equivalente a R\$ 4.007.582,84 (quatro milhões e sete mil, quinhentos e oitenta e dois reais e oitenta e quatro centavos).

Assim, os custos constantes de sua planilha se destinam à manutenção de estoque, e não à aquisição, como faz crer a interpretação equivocada da Recorrente. Trata-se de ferramenta muito comum no planejamento estratégico, operacional e financeiro, de forma a reduzir os custos e agilizar procedimentos.

Não obstante, caso haja necessidade de eventual diligência a empresa pode, se assim necessário, encaminhar notas fiscais para fins de comprovar o que já comprovado pelo balanço, ou seja, que há estoque de produtos armazenados para o pleno atendimento do contrato.

Não obstante, cumpre salientar que a Lei da Liberdade Econômica, em seu art. 3º, prevê a PRESUNÇÃO DE BOA FÉ e a preservação da AUTONOMIA PRIVADA como direitos a serem observados no exercício de suas atividades, verbis:

Art. 3º. São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: (...);

V - gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a

preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário;

Da mesma forma, conforme já citado anteriormente, o artigo 44, §3º da Lei 8.666/93 autoriza, quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, QUE HAJA RENUNCIA DE PARCELA OU À TOTALIDADE DA REMUNERAÇÃO:

“§ 3. 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.”

No caso, por existir estoque já devidamente comprovado, a empresa renuncia parcela da remuneração, mormente porque não lhe será necessário a aquisição de todos os referidos insumos, apenas e tão somente eventuais peças de reposição, ou determinadas peças que eventualmente sejam necessárias.

Fato é que há grande diferença entre o provisionamento de custos para a aquisição de todos os uniformes e o provisionamento de custos para simples reposição de peças de forma aleatória.

Dito isso, não há que se falar em inexequibilidade. A Administração Pública não pode e não deve interferir no planejamento e gestão das empresas, pelos quais as entidades privadas otimizam seus custos e processos, sob pena de atrair para si um custo que não lhe cabe, onerando indevidamente o Erário Público.

O valor indicado em proposta representa um rateio médio de reposição de estoque pré-existente, o que não enseja a desclassificação, posto que realizado de acordo com o disposto em Lei.

PIS/COFINS - DA ALÍQUOTA A SER UTILIZADA

Alíquota Real, decorrente do Creditamento de Insumos na Forma da Lei

Como se observa no contrato social da empresa, devidamente acostado ao processo administrativo sob análise, a Orbenk atua preponderantemente na prestação de serviços terceirizados, sendo correto afirmar que as atividades da empresa, nos termos das leis de regência, geram crédito mensal de PIS e COFINS (comprovação fiscal inclusa nos autos – balanço patrimonial).

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, portanto, dentro do que estabelece a legislação de regência, recentemente regulamentada pela Instrução Normativa n. 1.911, de 11 de outubro de 2019, nos seguintes termos:

Art. 171. Compõem a base de cálculo dos créditos a descontar da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, no regime de apuração não cumulativa, os valores das aquisições, efetuadas no mês, de (Lei nº 10.637, de 2002, art. 3º, caput, inciso II, com redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004, art. 37; e Lei nº 10.833, de 2003, art. 3º, caput, inciso II, com redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004, art. 21):

I - bens e serviços, utilizados como insumo na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda; e

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços.

(...).

Art. 172. Para efeitos do disposto nesta Subseção, consideram-se insumos os bens ou serviços considerados essenciais ou relevantes, que integram o processo de produção ou fabricação de bens destinados à venda ou de prestação de serviços (Lei nº 10.637, de 2002, art. 3º, caput, inciso II, com redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004, art. 37; e Lei nº 10.833, de 2003, art. 3º, caput, inciso II, com redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004, art. 21).

§ 1º Consideram-se insumos, inclusive:

I - bens ou serviços que, mesmo utilizados após a finalização do processo de produção, de fabricação ou de prestação de serviços, tenham sua utilização decorrente de imposição legal;

II - bens ou serviços considerados essenciais ou relevantes, que integram o processo de produção ou fabricação de bens ou de prestação de serviços e que sejam considerados insumos na produção ou fabricação de bens destinados

à venda ou na prestação de serviços;

III - combustíveis e lubrificantes consumidos em máquinas, equipamentos ou veículos responsáveis por qualquer etapa do processo de produção ou fabricação de bens ou de prestação de serviços;

IV - bens ou serviços aplicados no desenvolvimento interno de ativos imobilizados sujeitos à exaustão e utilizados no processo de produção, de fabricação ou de prestação de serviços;

V - bens e serviços aplicados na fase de desenvolvimento de ativo intangível que resulte em:

a) insumo utilizado no processo de produção ou fabricação de bens destinados à venda ou de prestação de serviços; ou

b) bem destinado à venda ou em serviço prestado a terceiros;

VI - embalagens de apresentação utilizadas nos bens destinados à venda;

VII - serviços de manutenção necessários ao funcionamento de máquinas e equipamentos utilizados no processo de produção ou fabricação de bens destinados à venda ou de prestação de serviços;

VIII - bens de reposição necessários ao funcionamento de máquinas e equipamentos utilizados no processo de produção ou fabricação de bens destinados à venda ou de prestação de serviços;

IX - serviços de transporte de produtos em elaboração realizados em ou entre estabelecimentos da pessoa jurídica;

e

X - bens ou serviços especificamente exigidos pela legislação para viabilizar a atividade de produção de bens ou de prestação de serviços por parte da mão de obra empregada nessas atividades, como no caso dos equipamentos de proteção individual (EPI).

Assim, não faria sentido a legislação possibilitar a minoração das alíquotas legais, pelo advento dos creditamentos (alíquota real), e a licitante repassar o custo total do tributo, sem o creditamento (alíquota legal).

Importa observar, outrossim, que o entendimento perfeitibilizado 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 a 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 PROPOSITO 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 necessários para a prestação de serviços, por força de lei, lhe dão o direito de tomada de crédito, por óbvio, passível de compensação com os tributos a recolher.

De igual forma, o próprio Tribunal de Contas da União convalida o creditamento, inclusive sem limitar o objeto, seja ele de limpeza ou de apoio administrativo:

TCU - Acórdão nº 1.619/2008 - P

(...)

9.3. alertar a (...), que nas suas licitações em geral, tanto na fase de orçamentação, quanto na fase de análise das propostas, atente para a possibilidade de que as alíquotas referentes ao PIS e à COFINS, no que se refere às licitantes que sejam tributadas pelo Lucro Real, sejam diferentes do percentual limite previsto em lei, devido às possibilidades de descontos e/ou compensações previstas, devendo exigir, se for o caso, que as alíquotas indicadas, nominais ou efetivas reduzidas, sejam por elas justificadas, em adendo à Planilha de Custo ou Formação de Preços, ou outro instrumento equivalente; "(grifos nossos)

TCU - Acórdão nº 2.622/2013 - P

(...)

9.3.2. oriente os órgãos e entidades da Administração Pública Federal a:

(...)

9.3.2.4. estabelecer, nos editais de licitação, que as empresas sujeitas ao regime de tributação de incidência não cumulativa de PIS e COFINS apresentem demonstrativo de apuração de contribuições sociais comprovando que os percentuais dos referidos tributos adotados na taxa de BDI correspondem à média dos percentuais efetivos recolhidos em virtude do direito de compensação dos créditos previstos no art. 3º das Leis ns. 10.637/2002 e 10.833/2003, de forma a garantir que os preços contratados pela Administração Pública reflitam os benefícios tributários concedidos pela legislação tributária;

Nesse contexto, é verdade que a legislação define um percentual fixo, mas ao final dos creditamentos permitidos por lei, a alíquota do PIS e COFINS acaba sendo diminuída, fazendo incidir da alíquota real, considerando a média paga pela empresa após os creditamentos.

Na verdade, tal sistema de cálculo de PIS e Cofins deveria ser obrigatório para todos os contratos públicos, pois reflete a alíquota efetivamente paga pela empresa, em contraposição à alíquota legal, que representa maior gasto para a Administração Pública, em que pese a possibilidade de creditamento posterior pela empresa.

Considerando o exposto, não há que se discutir a legalidade dos créditos tributários, tampouco o direito de gestão e planejamento tributário por parte da licitante, a qual pode utilizar dos créditos para abatimentos em seus custos sejam eles quais forem, desde que sejam realizados de acordo com a legislação de regência (insumos creditáveis).

Sendo a Orbenk optante pelo Lucro Real, utilizou-se de média de PIS e COFINS, conforme seu histórico com os comprovantes EFD, conforme determina a Secretaria de Gestão.

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 que lhe prestam serviços.

Compete esclarecer que não há prática ou ato ilegal na aplicação da alíquota real pela empresa, sendo admitida e em alguns casos até obrigatória no âmbito de diversos certames pelo país, pois há previsão legal que possibilita o abatimento dos créditos por parte das empresas contratadas.

IV – DOS PEDIDOS

DIANTE DO EXPOSTO, para que não se consolide uma decisão equivocada no âmbito do presente processo licitatório, REQUER sejam julgados improcedentes os pedidos realizados por PROATIVIDADE CONSULTORIA EMPRESARIAL E GESTÃO DE RH LTDA mantendo-se na íntegra a decisão que declarou a empresa ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA vencedora do processo;

Nesses termos, pede deferimento.

Joinville/SC, 24 de agosto de 2020.

Aline Noronha
OAB/SC [REDACTED]

Fechar