

## **CONTRARRAZÃO :**

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO E EQUIPE DE APOIO DO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO RIO GRANDE DO SUL - CAMPUS PORTO ALEGRE.

Pregão Eletrônico Nº 17/2021

DGX TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS EIRELI, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 20.596.423/0003-95, devidamente qualificada nos autos do processo licitatório em epígrafe, vem, tempestivamente, por meio de seu representante legal constituído, com fundamento no inciso XVIII do artigo 4º da Lei nº 10.520/2002, apresentar CONTRARRAZÕES aos recursos administrativos das empresas: PARANÁ LIMP SERVIÇOS TERCEIRIZADOS EIRELI e CAROLDO PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EIRELI, ambas já qualificadas no processo de licitação em comento, com o desiderato de refutar as alegações constantes, conforme fundamentação jurídica abaixo descrita.

### **I - TEMPESTIVIDADE E ADMISSIBILIDADE**

A Lei nº 10.520/02 (Art. 4º, incisos XVIII a XXI) e o Decreto nº 5.450/2005 (art. 26) prevêem que qualquer licitante poderá apresentar Contrarrrazões aos Recursos Administrativos, tendo sido este o procedimento adotado perante o Pregão Eletrônico nº 0390/2019-12 - DNIT.

“Art. 11. Caberá ao pregoeiro, em especial: [...]

VII - receber, examinar e decidir os recursos, encaminhando à autoridade competente quando mantiver sua decisão”

“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 de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contrarrrazões 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.

§1º - A falta de manifestação imediata e motivada do licitante quanto à intenção de recorrer, nos termos do caput, importará na decadência desse direito, ficando o pregoeiro autorizado a adjudicar o objeto ao licitante declarado vencedor.

§2º - O acolhimento de recurso importará na invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento.

§3º - No julgamento da habilitação e das propostas, o pregoeiro poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de habilitação e classificação.”

Levando-se em consideração que o último recurso foi interposto no dia 11/11/2021, e a presente CONTRARRAZÃO protocolizada atempadamente em 16/11/2021, quer-se concluir pela sua tempestividade.

### **II – DAS ALEGATIVAS:**

A empresa DGX TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS EIRELI, participando do pregão eletrônico nº 17/2021 da ITFRS Campus Porto Alegre, apresentou a melhor proposta e, após habilitação e julgamento, sagrou-se vencedora do referido certame.

Em ato contínuo, as empresas PARANÁ LIMP SERVIÇOS TERCEIRIZADOS EIRELI e CAROLDO PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EIRELI ora recorrentes, inconformadas com o resultado da presente licitação, alegam infundadamente que a proposta de preço e custos da então vencedora DGX contém vício quanto aos documentos de habilitação, quanto a exequibilidade e apontam ferimento aos princípios norteadores do processo licitatório, em especial, ao da vinculação ao instrumento convocatório, de modo que insistem na inexecuibilidade do valor proposto, os quais serão todos pontualmente repelidos nesta defesa.

Assim diante dos apontamentos dos Requerentes, apresentam-se as presentes CONTRARRAZÕES, pelos fatos e fundamentos que se seguem.

### **III – DA FUNDAMENTAÇÃO**

#### **III.I – DA VEDAÇÃO DO USO DA NOVA LEI DE LICITAÇÃO NESTE CERTAME**

Uma das recorrentes, a empresa Paraná Limp, inicia suas razões com embasamento na nova Lei de Licitações, a de nº 14.133/2021, a qual foi promulgada em abril de 2021. No entanto,

é imperioso ressaltar que, embora a referida Lei já tenha sido publicada, foi dado a ela um intervalo de tempo entre a data desta publicação e sua entrada em vigor para iniciar sua obrigatoriedade de aplicação, isto, inclusive, é o conceito da vacatio legis, veja o que diz a Lei nº 14.1333/2021 a respeito, nobre pregoeiro:

Art. 193. REVOGAM-SE:

(...) II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, APÓS DECORRIDOS 2 (DOIS) ANOS DA PUBLICAÇÃO OFICIAL DESTA LEI.

Observou-se que, além da nova lei dispor de um lapso temporal de 2 (dois) anos de vacatio legis até instituir um novo regime de aquisições públicas, ainda precisa ser esclarecido a inteligência do art. 191 da mesma Lei, o qual trata sobre o supramencionado tema, assim diz: "Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, E A OPÇÃO ESCOLHIDA DEVERÁ SER INDICADA EXPRESSAMENTE NO EDITAL ou no aviso ou instrumento de contratação direta, VEDADA A APLICAÇÃO COMBINADA DESTA LEI COM AS CITADAS NO REFERIDO INCISO. (GRIFO NOSSO) Ora, nobre pregoeiro, resta claro que a empresa ora recorrente não se ateve ao preâmbulo do próprio edital deste certame, pois no corpo do texto verifica-se claramente todas as disposições legais as quais regerão este processo de contratação com esta Administração Pública, que neste rol não consta a Lei nº 14.133/2021 e, com base no dispositivo acima, é vedada a combinação da nova lei com as antigas normativas, e o preâmbulo do Edital de Pregão Eletrônico nº 17/2021 abaixo assim dispõe:

"Torna-se público que o(a) Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul - Campus Porto Alegre, por meio do(a) Coordenadoria de Compras, Licitações e Contratos, sediado(a) na Rua Coronel Vicente, 281, Centro Histórico, Porto Alegre/RS, realizará licitação, na modalidade PREGÃO, na forma ELETRÔNICA, com critério de julgamento menor preço por item e grupo, sob a forma de execução indireta, no regime de empreitada por preço global, NOS TERMOS DA LEI Nº 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002, DO DECRETO Nº 10.024, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019, DO DECRETO 9.507, DE 21 DE SETEMBRO DE 2018, DO DECRETO Nº 7.746, DE 05 DE JUNHO DE 2012, DAS INSTRUÇÕES NORMATIVAS SEGES/MP Nº 05, DE 26 DE MAIO DE 2017 E Nº 03, DE 26 DE ABRIL DE 2018 E DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SLTI/MP Nº 01, DE 19 DE JANEIRO DE 2010, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006, DO DECRETO Nº 8.538, DE 06 DE OUTUBRO DE 2015, APLICANDO-SE, SUBSIDIARIAMENTE, A LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993 E AS EXIGÊNCIAS ESTABELECIDAS NESTE EDITAL." (GRIFO NOSSO)

Portanto, quanto as alegativas baseadas na nova Lei 14.133/2021, não merecem prosperar, haja vista ser vedada a combinação de leis, devendo ainda, em caso de se utilizar uma das leis, estar devidamente expresso no edital qual a normativa que regerá todo o processo da contratação pública.

III.II – ERRO DE PREENCHIMENTO DE PLANILHA NÃO JUSTIFICA DESCLASSIFICAÇÃO. PREVISÃO NO PRÓPRIO EDITAL Nº 17/2021 E JURISPRUDÊNCIA

Outro ponto que a recorrente Paraná Limp se utiliza equivocadamente para pretender uma difícil desclassificação desta recorrida é no tocante ao preenchimento da planilha de custos e preço que, já é de notório conhecimento do nobre pregoeiro e sua equipe de apoio, bem como dos demais licitantes, se tratar de um instrumento de caráter acessório, subsidiário, não sendo suficiente para desclassificação quando passível de correção até comprovação de sua exequibilidade, conforme se comprova no próprio edital nº 17/2021 e jurisprudências da corte de contas.

Antes de adentrar no mérito do assunto de correção de planilha, cabe ressaltar que a empresa DGX TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS EIRELI já atua há muito tempo no mercado, comprovando isso através de outros contratos públicos e privados, cujos acordos estão sendo executados de acordo com as exigências dos seus respectivos contratos, por isso refutamos qualquer alegação de que inexecutabilidade da proposta ante aos valores considerando pelas recorrentes inexecutáveis, uma vez que o próprio Tribunal de Contas já reconhece a discricionariedade das estratégias de mercado das empresas ao licitar, veja:

"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.". 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". O Tribunal, seguindo o voto da relatoria, considerou procedente a Representação e fixou prazo para a anulação do ato de desclassificação da proposta da representante. Acórdão 3092/2014-Plenário, TC 020.363/2014-1, relator Ministro Bruno Dantas, 12.11.2014.

Nesse diapasão, a estratégia comercial da DGX é clara. A empresa opta pelo lucro mínimo nos seus trabalhos e acredita que o portfólio (acervos técnicos) é mais importante e dá maior visibilidade no mercado, além de acreditar que os acervos técnicos poderão render lucro maior em futuras contratações.

Em outra monta, carece esclarecer que segundo o entendimento pacífico da Corte de Contas da União, A PLANILHA DE PREÇOS TEM CARÁTER INSTRUMENTAL, sendo que eventual erro, é de ampla e exclusiva responsabilidade do licitante, que deve arcar com os custos da execução contratual:

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

ERRO NO PREENCHIMENTO DA PLANILHA DE FORMAÇÃO DE PREÇO DO LICITANTE NÃO CONSTITUI MOTIVO SUFICIENTE PARA A DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA, quando a planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado. (Acórdão 1.811/2014-Plenário)

O próprio edital deste pregão eletrônico nº 17 diz que: "8.14. ERROS NO PREENCHIMENTO DA PLANILHA NÃO CONSTITUEM MOTIVO PARA A DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA. A planilha poderá ser ajustada pelo licitante, no prazo indicado pelo Pregoeiro, desde que não haja majoração do preço.

8.14.1 O ajuste de que trata este dispositivo se limita a sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas; 8.14.2 CONSIDERA-SE ERRO NO PREENCHIMENTO DA PLANILHA PASSÍVEL DE CORREÇÃO A INDICAÇÃO DE RECOLHIMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES NA FORMA DO SIMPLES NACIONAL, quando não cabível esse regime".

No caso em apreço, a recorrente Paraná Limp informa que a recorrida deixou de cotar as rubricas referente ao Sistema "S", ferindo o item 6.3 do edital nº 17/2021.

Prezado pregoeiro e comissão de apoio, esta recorrida esclarece que além de ter mencionado na planilha de custos e preço o seu regime de tributação no presumido, realmente ao fazer esta confirmação no campo próprio da planilha oferecida por esta Administração Pública, as rubricas referentes ao presumido não foram importadas, no que ficou em branco este módulo do Sistema "S". Todavia, mesmo diante desta "omissão", é possível sua retificação, uma vez que a proposta ofertada tem margem o suficiente para isto.

No intuito de acelerar este processo de correção, a DGX no ato do protocolo destas contrarrazões, encaminhou por e-mail desta comissão de apoio de licitação a planilha já corrigida, com as devidas previsões do sistema "S", bem como foram devidamente calculados os módulos 1, 2.1 e 2.2 da formação de preço, bem como houve margem para o lucro e custos administrativos, não comprometendo assim a exequibilidade da proposta, conforme o Sr. Pregoeiro confirmará.

Portanto, fica afastada qualquer alegação das recorrentes que a proposta aqui assumida é inexequível e, por força das jurisprudências já citadas acima e do próprio Edital nº 17/2021, a recorrente pode realizar o reajuste em sua planilha – que já o fez -, logo não há que se falar em ferimento de qualquer item deste instrumento convocatório.

Ante o exposto, verificada que as alegações das partes são impertinentes e decorrem de mero inconformismo com o teor da decisão, passa-se a e fundamentar a exequibilidade da proposta deste certame.

Nesse sentido o Tribunal de Contas da União, diz:

O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta. (Acórdão 587/2012 - Plenário, Rel. Min. Ana Arraes)

Logo, denota-se que o próprio TCU confirma que A EXCLUSÃO DO CERTAME DE PROPOSTA

PASSÍVEL DE DEMONSTRAÇÃO DE EXEQUIBILIDADE CONSTITUI FALTA GRAVE, visto que os FATORES EXTERNOS QUE ONERAM A PRODUÇÃO INCIDEM DE MANEIRA DIFERENTE SOB CADA EMPRESA, a depender da situação empresarial, facilidades ou dificuldades que permeiam nas negociações.

Nesta esteira, resta demonstrado que, caso seja a proposta da Recorrida considerada inexecutível pela Administração Pública, ainda assim deverá ser concedido prazo para que esta demonstre, cabalmente, a exequibilidade do preço proposto, com base na realidade econômica e financeira da empresa, sua inserção no mercado e estratégias de gestão, o que desde já se requer.

Cumprido ressaltar que, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da aceitabilidade da proposta.

Por força do dispositivo, então, admite-se que o pregoeiro tem o poder-dever de, verificada a inexecutibilidade do preço ofertado por determinado licitante, promover sua aceitação ou desclassificação.

Em razão do tratamento sintético dado Lei nº 10.520/02, aplica-se à questão da inexecutibilidade, de forma subsidiária, o tratamento dispensado pela Lei nº 8.666/93. O fundamento jurídico para a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93 é o art. 9º da própria Lei nº 10.520/02, cujo texto assinala:

"Art. 9º - Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993."

Esta, a seu turno, no inciso IV do seu artigo 43 da Lei nº 8.666/93 prescreve o seguinte:

"Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: [...]"

IV - Verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis"

Na mesma linha, o §3º do artigo 44 da Lei nº 8.666/93 enuncia:

"§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."

E, ainda, em complemento, o inciso II do artigo 48, também da Lei nº 8.666/93 determina:

"Art. 48. Serão desclassificadas: II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexecutíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação."

Sendo assim, é importante frisar que o CRITÉRIO DE INEXEQUIBILIDADE É UM REQUISITO PRESUMIDO, não existindo qualquer regra que aponte um valor como inviável de execução.

Como presunção, admite-se prova em contrário, o que denota a necessidade de se outorgar ao particular a possibilidade de que ele comprove a exequibilidade de seus preços.

E como a empresa DGX não se abstém de confirmar o que já alegou, reitera que a planilha de custos e preço já foi reajustada e com margem suficiente para assumir a proposta ora ofertada, em que pese, mais uma vez, a desclassificação por erro de preenchimento de planilha não é motivo suficiente, conforme já se demonstrou os entendimentos da corte de contas acima.

Além disto, o próprio edital prevê a correção da planilha em caso de indicação equivocada de regime de tributação no simples nacional, desde que não altere substancialmente a proposta, que no caso em comento, após feito a correção, não ocorreu e nem tornou a proposta inexecutível.

Portanto, a recorrente demonstra-se apenas frustrada de não ter conseguido ofertar o melhor valor neste certame, uma vez que APENAS FALAR QUE É INEXEQUÍVEL A PROPOSTA NÃO É O SUFICIENTE, TRATA-SE ASSIM DE MERA PRESUNÇÃO, MAS SEM QUAISQUER INDÍCIOS DE COMPROVAÇÃO.

Ainda que haja dúvidas quanto ao tema diz a Súmula 262 – TCU: "O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexecutibilidade de preços, devendo a Administração dar a licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta."

E, com sapiência, o jurista Marçal Justen Filho leciona: "SE O PARTICULAR PUDE COMPROVAR QUE SUA PROPOSTA É EXEQUÍVEL, NÃO SE LHE PODERÁ INTERDITAR O EXERCÍCIO DO DIREITO DE APRESENTÁ-LA. É INVIÁVEL PROIBIR O ESTADO DE REALIZAR CONTRATAÇÃO VANTAJOSA. A questão é de fato, não de direito. Incumbe o ônus da prova da exequibilidade ao particular. Essa comprovação poderá fazer-se em face da própria Administração, pleiteando-se a realização de diligência para tanto." (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14º Ed, São Paulo: Dialética, 2010, p. 660).

Além do mais, é primordial apresentar o posicionamento da Corte de Contas quanto à exequibilidade da Proposta e, também, quanto a valores unitários: "(...) 9.3.3 estabeleça, nos instrumentos convocatórios de licitações, critérios objetivos para a desclassificação de licitantes em razão de preços excessivos ou manifestamente inexequíveis, atendendo ao princípio do julgamento objetivo, nos termos do art. 3º da Lei 8.666/93, sem prejuízo de que, antes de qualquer providência para desclassificação por inexequibilidade, seja esclarecido junto ao licitante acerca de sua capacidade de cumprimento do objeto no preço ofertado; (Acórdão TCU nº 1.159/2007 – 2ª. Câmara). Destaco que o entendimento acima coaduna-se com a jurisprudência consolidada desta Corte de Contas no sentido de que não cabe à Comissão de Licitação ou ao Pregoeiro declarar a inexequibilidade da proposta da licitante, devendo facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a exequibilidade de suas ofertas (ex vi dos Acórdãos nº 2.093/2009-Plenário, 559/2009-1ª Câmara, 1.079/2009-2ª Câmara, 141/2008- Plenário, 1.616/2008-Plenário, 1679/2008-Plenário, 2.705/2008-Plenário e 1.100/2008-Plenário, dentre outros)."

No que tange a previsão do IRPJ e CSLL, a visão do Tribunal de Contas da União – TCU, possui uma "nova visão" esposada nos Acórdãos 1.214/2013 e 648/2016, ambos do Plenário –, o Acórdão 205/2018-Plenário e resgata a linha histórica de entendimento da Corte de Contas Federal acerca da matéria, reforçando a vedação de inclusão dos tributos diretos sobre o faturamento nas planilhas orçamentárias da Administração Pública, que se destaca as partes: "Cumprе salientar que o relator do Acórdão 1.591/2008-TCU-Plenário, ministro Benjamin Zymler, deixou consignado, no seguinte trecho do voto condutor da aludida decisão, que o provimento ao recurso não alterava a jurisprudência firmada a partir dos Acórdãos 325/2007 e 950/2007, ambos do Plenário:

[...] SENDO O IRPJ E A CSLL TRIBUTOS DIRETOS, DEVEM SER CONSIDERADOS INDIVIDUALMENTE PELAS EMPRESAS COMO ITEM DO LUCRO BRUTO, A SER COTADO NO BDI, OU SEJA, NÃO PODE HAVER TRANSFERÊNCIA AUTOMÁTICA DESSES TRIBUTOS PARA A CONTRATANTE, MORMENTE PORQUE O REGIME TRIBUTÁRIO – ESPECIALMENTE NO TOCANTE AO IRPJ – PODE DIFERIR DE EMPRESA PARA EMPRESA [...] (Recorte nosso)

A seguir em sua manifestação de voto, o Ministro Relator Aroldo Cedraz é categórico quanto à ILEGALIDADE DE PREVER-SE RUBRICA DESTINADA A IRPJ E CSLL nas planilhas referenciais da Administração e nas propostas dos licitantes:

"Nessa seara, cumpre destacar a data de publicação do Acórdão 950/2007-Plenário como o marco temporal a ser considerado para a possibilidade de cobrança do ressarcimento das despesas incorridas com pagamento do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL. [...] Verifico que, quando da prolação do acórdão paradigma, o Tribunal efetivamente endereçou determinação específica ao então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, para orientação aos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais da Administração Federal, no sentido de que se abstivessem 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 RELATIVA A GASTOS COM 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".

O Ministro Vital do Rêgo apôs seu voto com igual maestria: "Acolho, em essência, o posicionamento adotado no Voto proferido pelo Exmo. Ministro Aroldo Cedraz quanto aos argumentos em resposta à consulta formulada pelo titular da Defensoria Pública da União, versando sobre o tema da inclusão do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e da reserva técnica, nas planilhas de custo e de formação de preços em contratações da Administração, e os efeitos decorrentes do Acórdão 950/2007-TCU-Plenário. 2. Acolho integralmente os percucientes fundamentos adotados por sua Excelência no tocante à reserva técnica. Atenho-me especificamente a determinados aspectos relativos à inclusão dos tributos na formação dos preços das contratações públicas. 3. DE FATO, A JURISPRUDÊNCIA DESTA 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.

Para pacificar mais o entendimento, a Súmula 254 do TCU diz:

“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.”

FEITAS TAIS CONSIDERAÇÕES, RESTA CLARO QUE TAIS RUBRICAS APONTADAS PELA RECORRENTE NÃO SÃO PODEM SER MENSURADAS, POSTO SE TRATAR DE LUCRO E CUSTOS RELATIVAMENTE VARIADOS PARA CADA EMPRESA, ONDE PRECISA HAVER ANÁLISE DAS CONDIÇÕES DE MERCADO E DE ASPIRAÇÕES DE CAMPO INTRINSICAMENTE LIGADO A ÁREA PRIVADA, NO QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NÃO PODERÁ INTERFERIR.

Diante destes posicionamentos apresentados, não há que se falar em previsão suscitada pela Empresa Paraná Limp referente aos compromissos tributários de IRPJ e CSLL por serem vedadas sua composição na planilha de custos e preços pelos motivos FUNDAMENTALMENTE elencados acima. NO ENTANTO, A EMPRESA DGX FEZ O PROVISIONAMENTO NA RUBRICA “CUSTOS INDIRETOS” COM BASTANTE MARGEM EM TODAS OS POSTOS, LOGO, POSSUI MARGEM EM EVENTUAL TRIBUTAÇÃO, CUJA RESPONSABILIDADE DE DIMENSIONAMENTO DESTE ÔNUS É UNICAMENTE DA RECORRIDA.

Percebe-se, portanto que, mais uma vez, é um mero desconformismo da parte da recorrente para, fraudulentamente, promover a desclassificação da recorrida, quando a própria Administração já considerou a proposta da empresa DGX a mais vantajosa e a julgou aceita por total obediência à Lei.

### III.III – ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA EMITIDO EM FAVOR DA MATRIZ APROVEITA À FILIAL

A outra recorrente, a empresa Caroldo, de forma muito equivocada e leiga, por assim dizer, alega que esta recorrida apresentou atestados de capacidade técnica apenas em nome da matriz, quando deveria ser com CNPJ da filial. Ora, nobre pregoeiro e estimada equipe de apoio, não tem nem muito o que contrarrazoar nesse sentido, uma vez que é pacificado no próprio Tribunal de Contas da União esta previsão, conforme se fundamenta no julgado recente:

“Poder Judiciário Tribunal Regional Federal da 5ª Região Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira PROCESSO Nº: 0816498-39.2019.4.05.8200 - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA APELANTE: UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAIBA APELADO: INTERFORT SEGURANÇA DE VALORES LTDA ADVOGADO: ABRAÃO LUIZ FILGUEIRA LOPES RELATOR (A): DESEMBARGADOR (A) FEDERAL ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA - 3ª TURMA JUIZ PROLATOR DA SENTENÇA (1º GRAU): JUIZ (A) FEDERAL BRUNO TEIXEIRA DE PAIVA EMENTA PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. AFERIÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA. MATRIZ OU FILIAL. UNICIDADE DA PESSOA JURÍDICA. OS CERTIFICADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA EMITIDOS EM FAVOR DE UMA DEVEM APROVEITAR À OUTRA. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO IMPROVIDAS. 1. Apelação interposta pela Universidade Federal da Paraíba em face da sentença que concedeu a segurança pleiteada na ação mandamental impetrada por Interfort Segurança de Valores Eireli para declarar a nulidade do item 8.11.3 do Edital do Pregão Eletrônico UFPB/SOF/CPL Nº 017/2019, permitindo que a impetrante possa se valer dos atestados de qualificação técnica emitidos a partir do CNPJ de sua matriz. 2. A controvérsia recursal gravita em torno da legalidade da exigência contida no item 8.11.3 do Edital do Pregão Eletrônico UFPB/SOF/CPL Nº 017/2019, no sentido de que a filial participante do procedimento licitatório somente possa apresentar atestados de capacidade emitidos por serviços prestados por ela própria, necessariamente atrelados ao seu CPNJ, impedindo, assim, que a documentação relacionada ao CNPJ da matriz seja validamente apresentada na fase de habilitação do certame. 3. A UFPB sustenta em suas razões recursais que a impugnação ao edital apresentada pela empresa Interfort Segurança de Valores Eireli foi adequadamente rejeitada em parecer emitido pelo pregoeiro, uma vez que possuindo matriz e filial inscrições separadas no CNPJ, é possível que uma apresente capacidade técnica e regularidade fiscal e a outra não. 4. A tese defendida pela apelante não pode prosperar, pois seu acolhimento conduziria à subversão do principal propósito dos procedimentos licitatórios, o de proporcionar a mais ampla concorrência para que a Administração tenha condições de contratar a empresa detentora da proposta mais vantajosa. 5. COMO É SABIDO, MATRIZ E FILIAL NADA MAIS SÃO DO QUE ESTABELECIDAMENTOS DE UMA MESMA PESSOA JURÍDICA, OS QUAIS RECEBEM CNPJS DISTINTOS POR RAZÕES TRIBUTÁRIAS, OBJETIVANDO, SOBRETUDO,

A POSSIBILIDADE DE UMA FISCALIZAÇÃO MAIS EFETIVA DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS QUE EXERÇAM SUAS ATIVIDADES EM MAIS DE UMA LOCALIDADE. 6. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO VEM DECIDINDO QUE É POSSÍVEL A APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS INDISTINTAMENTE PELA EMPRESA FILIAL OU EMPRESA MATRIZ QUANDO SE TRATAR DE MATÉRIA ATINENTE À COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA. 7. O efeito prático da tese deduzida pela apelante consistiria na ilegal restrição de participação de empresas cujas matrizes não tenham sido registradas no local de prestação dos serviços, o que afronta o princípio da isonomia e da impessoalidade. 8. Torna-se imperioso concluir que, havendo prova da habilitação técnica da matriz, comprova-se a habilitação da filial, e vice-versa. 9. Remessa necessária e apelação improvidas. (Grifo nosso)

Portanto, fica cabalmente provado a possibilidade de apresentação de atestados de capacidade técnica emitido em nome da matriz, no que a sua filial poderá se aproveitar, pois trata-se de uma mesma pessoa jurídica.

No que tange a outra alegativa irrazoável de que deveria ser apresentado concomitantemente aos atestados os seus respectivos contratos, realmente a recorrente não só desconhece os entendimentos jurisprudenciais, como também não sabe fazer interpretação de texto.

O item 9.11.1.6 do edital nº 17/2021 traz em seu bojo apenas uma possibilidade de aferição da veracidade dos atestados de capacidade técnica apresentados, isto é, caso o pregoeiro tivesse alguma dúvida quanto a habilitação técnica, poderia diligenciar para que fossem apresentados contratos que deram origem aos respectivos atestados. Logo, trata-se de uma condição não taxativa, e não de uma vinculação obrigatória para habilitação técnica, até mesmo porque recentemente o Tribunal de Contas da União já fez julgado quanto a esta situação, veja:

“Licitação. Qualificação técnica. Atestado de capacidade técnica. Documentação. Rol taxativo. Contrato. Nota fiscal. É ILEGAL A EXIGÊNCIA DE QUE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA ESTEJAM ACOMPANHADOS de cópias de notas fiscais ou CONTRATOS QUE OS LASTREIEM, UMA VEZ QUE A RELAÇÃO DE DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO CONSTANTE DOS ARTIGOS 27 A 31 DA LEI 8.666/1993 É TAXATIVA. Acórdão 2435/2021 Plenário (Representação, Relator Ministro Raimundo Carreiro)” (GRIFO NOSSO)

Ante o exposto, não houve violação ao instrumento convocatório pelas razões acima já jurisprudencialmente embasadas, de igual forma é vedada a aplicação da nova Lei de Licitações nº 14.133/2021 neste presente certame, como de forma exaustiva acima foi exposta, no que a empresa DGX à luz do ordenamento jurídico que rege a licitação, cumpriu todos os itens do edital, motivo pelo qual foi declarada vencedora deste certame.

#### IV- DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, a empresa DGX TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS EIRELI requer pelo NÃO PROVIMENTO DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS interpostos pelas empresas PARANÁ LIMP SERVIÇOS TERCEIRIZADOS EIRELI e CAROLDO PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EIRELI, ante as razões de mérito arguidas nesta peça, uma vez que não há qualquer prova de inexecutabilidade da proposta, tampouco em violação ao instrumento convocatório quanto aos atestados de capacidade técnica apresentados, posto que conforme jurisprudência citada, a filial poderá se aproveitar deste documento de habilitação técnica emitido em nome da matriz, bem como possibilidade de correção da planilha de custos e preço com base não somente no edital nº 17/2021, mas também jurisprudência do TCU além de se tratar de instrumento subsidiário, de modo que está tudo dentro da legalidade manter a recorrida como vencedora deste certame.

Nestes termos,

Pede e espera deferimento

Porto Alegre/RS, 16 de novembro de 2021.

JAMILLY CASARA

OAB/PR nº 105.339

PROCURADORA LEGAL CONSTITUÍDA

DGX TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS EIRELI

20.596.423/0003-95