

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

CONTRARAZÃO :

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12^a REGIÃO

Ref.: Pregão Eletrônico 11734/2019

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, interpor CONTRARAZÕES DE RECURSO acerca do recurso interposto pela empresa LIDERANÇA LIMPEZA E CONSERVAÇÃO LTDA conforme fundamentação jurídica abaixo descrita.

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

I. DO RECURSO

Insurge-se a Recorrente acima nominada contra ato que declarou a empresa ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA vencedora do Lote 3.

Aduz irregularidade na proposta de preços apresentada pela Recorrida, requerendo sua desclassificação. No entanto, os argumentos apresentados pela Recorrida não merecem prosperar, haja vista que a proposta apresentada pela Recorrente foi alvo de incessante análise por parte da Administração, tendo sido aprovada por apresentar a melhor oferta para a Administração.

II. – DAS CONTRARAZÕES

A Recorrente se insurge quanto à utilização do Crédito PIS/COFINS lançado na planilha de custos da Recorrida e sobre a suposta ausência de planilha de custos contendo o preço de limpeza mensal de vidros, esquadrias e fachada e, também, da manutenção mensal de pátio e jardim.

Acerca dos serviços eventuais, quais sejam a limpeza mensal de vidros, esquadrias e fachadas, e a manutenção de pátio e jardim, convém informar que justamente por se tratarem de serviço contingente e não estar inserido na composição de custo do posto de serviço, a Recorrida, de acordo com o edital, lançou o valor de tais serviços na proposta geral, nos moldes do anexo V.

Já no que diz respeito ao crédito PIS/COFINS, a Recorrida lançou o valor de desconto, no percentual total de 9,25% (1,65% de PIS + 7,60% de COFINS) sobre os itens transporte, vale alimentação, uniforme/EPIs e equipamentos.

Assim, a soma de transporte (5,00) + Vale Alimentação (296,43) + Uniforme/EPIs (5,00) + Equipamentos (3,00) chega-se ao valor de R\$ 309,43 sobre o qual aplicou-se o desconto de 9,25%, chegando-se ao valor de R\$ 28,62 de crédito PIS/COFINS.

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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

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

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

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

[...]

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou

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

[...]

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

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

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

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. VIOLAÇÃO AO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 98/STJ. CONTRIBUIÇÕES AO PIS/PASEP E COFINS NÃO-CUMULATIVAS. CREDITAMENTO. CONCEITO DE INSUMOS. ART. 3º, II, DA LEI N. 10.637/2002 E ART. 3º, II, DA LEI N. 10.833/2003. ILEGALIDADE DAS INSTRUÇÕES NORMATIVAS SRF N. 247/2002 E 404/2004. 1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada a lide, muito embora não faça considerações sobre todas as teses jurídicas e artigos de lei invocados pelas partes. 2. Agride o art. 538, parágrafo único, do CPC, o acórdão que aplica multa 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 elastecidos. 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 dedetização 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 RESTITUTIVO E DESVIRTUADOR DO SEU ALCANCE LEGAL. DESCABIMENTO. DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE INSUMOS À LUZ DOS CRITÉRIOS DA ESSENCEIALIDADE 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 SEGUINTE 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 reais a custo e despesas com: água, combustíveis e lubrificantes, materiais e exames laboratoriais, materiais de limpeza e equipamentos de proteção individual-EPI. 4. Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015), assentam-se as seguintes teses: (a) é ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF ns. 247/2002 e 404/2004, porquanto compromete a eficácia do sistema de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003; e (b) o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte. (STJ - REsp: 1221170 PR 2010/0209115-0, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 22/02/2018, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 24/04/2018)

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

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

desde que inseridos nos insumos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De todo o exposto, tem-se que estão afastadas as razões de desclassificação da Recorrida, sendo que eventual entendimento contrário, o que se argumenta em respeito ao debate, evoca-se o teor da Súmula 262/2010 do TCU que assim dispõe: "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."

Porquanto, requer-se pela desconsideração dos argumentos suscitados pela Recorrente, julgando-se assim pelo não provimento das razões recursais, já que impossível prestigiar as razões trazidas pelas Recorrentes a fim de recusar a proposta de preços da Orbenk, posto o efetivo atendimento a todos os requisitos necessários para sua classificação.

Neste contexto, resta evidente a necessidade de manutenção da decisão administrativa que considerou como válida a proposta da empresa ORBENK, visto a necessidade de prevalência da legalidade, pela qual deve ser mantida sua classificação.

III. DOS PEDIDOS

Por todo exposto, para que não se consolide uma decisão equivocada, lembrando o próprio dever de evitar-se o ônus de eventual demanda judicial, a ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA requer-se pela manutenção da decisão que a declarou vencedora do certame.

Nestes termos,

Pede e espera Deferimento.

Joinville/SC, 15 de janeiro de 2020.

Aline Noronha

OAB/SC 28.268

Fehar