

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA COMISSÃO PERMANENTE
DE LICITAÇÕES DA FUNDAÇÃO MUNICIPAL CENTRO UNIVERSITÁRIO DA
CIDADE DE UNIÃO DA VITÓRIA. ILMA AUTORIDADE SUPERIOR
COMPETENTE**

PREGÃO PRESENCIAL Nº 25/2017 – PROCESSO DE COMPRA Nº 53/2017

Contratação de pessoa jurídica para a prestação de serviços continuados de limpeza, asseio, conservação e portaria, nas instalações relacionadas pela Fundação Municipal Centro Universitário da Cidade de União da Vitória - UNIUV.

ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., já qualificada nos autos em epígrafe, vem mui respeitosamente perante Vossa Senhoria, através de seu representante legal, na forma do inciso III, Art. 109, da Lei 8666/93 c/c Artigo 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal e a Súmula 473 do STF, apresentar **PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO/ PETIÇÃO CONSTITUCIONAL**, contra a decisão que declarou vencedora a empresa **FLAMA CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA**, conforme razões a seguir transcritas.

Requer seja realizado o respectivo juízo de reconsideração sendo que, caso mantida a decisão, o que não se acredita, seja dado encaminhamento do presente para autoridade superior competente, a fim de classificar a empresa no certame, na forma da lei.

Nesses termos, pede e espera deferimento.

Florianópolis/SC, 27 de abril de 2018.

**RAPHAEL
GALVANI**

Assinado de forma digital
por RAPHAEL GALVANI
Dados: 2018.04.30
15:54:09 -03'00'

Raphael Galvani
OAB/SC 19.540

Suzana Franciele Folador
Representante Orbenk

Simone Costa
OAB/SC 43.503

ISO 
14001

ISO 
9001

www.orbenk.com.br

Ilma. Autoridade Superior,

Razões de representação da empresa Orbenk Administração e Serviços Ltda.,

I- PRELIMINARMENTE

I.1. DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO E/OU PETIÇÃO

De acordo com o inciso III, Art. 109, da Lei 8666/93, resta assegurado ao interessado, em face dos atos da administração, a apresentação de pedido de reconsideração, no prazo de 10 (dez) dias úteis, contra decisão relacionada ao objeto da licitação de que não caiba recurso hierárquico.

Assim dispõe a norma, *in verbis*:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem: II - pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4º do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.

Com efeito, busca-se a reforma da decisão que indeferiu o recurso administrativo interposto pela empresa Orbenk, eis que, conforme a seguir se demonstrará, diferentemente da empresa ORBENK que possui créditos de PIS e COFINS para suprir as diferenças decorrentes dos postos de portaria, o regime tributário da recorrida não possibilita tal benefício.

De outro norte, ainda quanto ao conhecimento da presente peça e de modo a não ver precluso seu direito, observa-se que a Constituição Federal assegura a todos o direito de petição aos poderes públicos, em defesa de seus direitos, conforme a seguir:

Art. 5º, XXXIV, CF. são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Sobre o direito constitucional de petição, faz-se mister destacar o entendimento do Ilustre Doutrinador **JOSÉ AFONSO DA SILVA**:

É importante frisar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a que é dirigido escusar-se de

pronunciar sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação. (Direito Constitucional Positivo, ed. 1.989, p. 382).

Cumpra a retórica do escólio de Marçal Justen Filho:

Na revogação, o desfazimento do ato administrativo não decorre de vício ou defeito. Aliás, muito pelo contrário. Somente se alude à revogação se o ato for válido e perfeito: se defeituoso, a Administração deverá efetivar sua anulação. A revogação se funda em juízo que apura a conveniência do ato relativamente ao interesse sob tutela do Estado (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p. 668). (grifou-se).

Nos termos da Constituição Federal e legislação ordinária é conferido ao particular, sempre que na possibilidade de dano ou ofensa ao seu direito, provocar a administração, de modo a garantir a legalidade e os princípios que regem o direito administrativo. Tal direito é garantido, ainda, pela redação da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

Súmula 473 STF. 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. (Grifou-se)

Por derradeiro, resta demonstrado o dever da Administração Pública de corrigir seus próprios atos, especialmente quando provocada, razão pela qual merece conhecimento a presente peça.

Em face do exposto, requer o conhecimento do presente pedido de reconsideração e, ainda que não seja esse o entendimento, consoante fundamentação, requer seja admitida a presente como petição constitucional, com a reforma da decisão e consequente desclassificação da FLAMA CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA.

II- DO MÉRITO – RAZÕES PARA REFORMA DA DECISÃO ADMINISTRATIVA

No julgamento do recurso administrativo interposto pela empresa Orbenk, a Ilustre Pregoeira considerou não ser passível de desclassificação a proposta detalhada

apresentada pela empresa Flama, em consequência da memória de cálculo constante na página 593 do processo licitatório, contudo, merece reforma a decisão.

Com efeito, a soma da taxa de lucro de todas as planilhas da recorrente apresenta resultado positivo no importe de R\$ 4.355,56 (quatro mil, trezentos e cinquenta e cinco reais e cinquenta e seis centavos), todavia, importa observar que o art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/93, disciplina a obrigatoriedade da Contratada aceitar os acréscimos até 25% do valor da contratação.

Ocorre que se mantida a decisão em comento, não poderá a Administração no bojo da execução contratual, ainda que necessário, acrescer os postos de portaria previstos nos itens 7 e 8 da planilha de custos da recorrida, porquanto aniquilaria com toda taxa de lucro prevista pela empresa para manutenção dos serviços.

Acerca do exposto, cumpre ressaltar que o art. 44, §3º, da Lei nº 8.666/93, disciplina a impossibilidade de admitir proposta que apresente preços irrisórios, zerados ou incompatíveis com o mercado, salvo se referirem a itens de propriedade do próprio licitante.

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

*§ 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.*

É cediço que a taxa de lucro é baseada em uma previsão orçamentária e tem como condão, salvaguardar a empresa de possíveis imprevistos que venham ocorrer durante a execução contratual, todavia, restando comprovado que a margem orçada pela empresa servirá única e exclusivamente para cobrir os custos negativos decorrentes de alguns postos de serviços, não há como se concluir pela segurança na contratação.

Nesse contexto, cumpre ressaltar que não procede a afirmação de que a recorrente incorreu na mesma falha da recorrida, eis que, por ser optante do regime tributário não cumulativo, a recorrente possui créditos tributários para abatimento dos custos provenientes do respectivo processo licitatório, de modo a não implicar na diminuição da taxa de lucro prevista inicialmente, ainda que em momento posterior a Administração requisite acréscimo

de postos.

Destaca-se que 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 terceirizados, desde que referidos serviços sejam aplicados diretamente no seu processo produtivo.

Ou seja, ao contratar pessoa jurídica para fornecimento de mão de obra terceirizada a contratante teria o direito de creditar os valores pagos a título de PIS/COFINS nas operações comerciais seguintes.

Esse sistema é reservado apenas para pessoas jurídicas que apuram o IRPJ com **base no Lucro Real**, o que ocorre com a Recorrente, que utiliza as alíquotas para o PIS e COFINS de 1,65% e de 7,6% (total de 9,25%).

Consubstanciando o exposto, importa ressaltar a edição da Solução de Divergência Cosit nº 29, pela qual restou perfectibilizado o entendimento acerca da utilização dos créditos provenientes da não cumulatividade da Contribuição para o PIS:

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP. NÃO CUMULATIVIDADE. MÃO DE OBRA TERCEIRIZADA. INSUMOS. Observados os demais requisitos legais, permitem a apuração de crédito da não cumulatividade da Contribuição para o PIS/Pasep, na modalidade aquisição de insumos (inciso II do art. 3º da Lei nº 10.637, de 2002), os dispêndios da pessoa jurídica com a contratação de empresa de trabalho temporário para disponibilização de mão de obra temporária aplicada diretamente na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços a terceiros. Dispositivos Legais: Lei nº 10.637, de 2002, art. 3º, II, IN SRF nº 247, de 2002, art. 66, I, "b", e § 5º; Lei nº 6.019, de 1974, arts. 2º e 4º. Vinculada à Solução de Consulta Cosit nº 105, de 31 de janeiro de 2017, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 23 de março de 2017.

No mesmo parâmetro, foi editada solução de consulta acerca dos créditos da COFINS:

LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA APLICADA DIRETAMENTE NA PRODUÇÃO OU FABRICAÇÃO DE BENS. DIREITO A CRÉDITO. Desde que atendidos os demais requisitos da legislação de regência, geram direito a créditos da Cofins os valores pagos a outra pessoa jurídica em decorrência da locação de mão de obra diretamente aplicada na produção ou na fabricação de bens destinados à venda. Dispositivos Legais: Lei nº 10.833/2002, art. 3º, II; IN SRF nº 404/2004, art. 8º, caput, I, 'b', e § 4º, I, e art. 9º. (Solução de Consulta SRRF06/Disit nº 136, de 30 de setembro de 2009).

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;***

(...)

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;

(...)

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.

Considerando o exposto, amplamente legal a utilização dos créditos tributários para abatimento dos custos da empresa, em relação aos créditos tributários de mesma natureza e destinação final.

Ressalta-se que a Orbenk possui crédito tributário de PIS e COFINS correspondentes a importância de R\$ 3.000,00 (quatro mil reais) mensais, para abatimento dos custos provenientes do processo licitatório de Pregão Presencial nº 25/2017.

Nesse tocante, tem-se que diferentemente da recorrida, a contratação da recorrente não representaria riscos para a Administração Pública, posto que devidamente comprovado que dispõe de créditos tributários para acerca as despesas decorrentes da contratação dos serviços em referência.

Destarte, cumpre ressaltar que o benefício da utilização de crédito do PIS e COFINS não pode ser utilizado pela recorrida, porquanto optante pelo regime cumulativo, que apura o Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) com base no **lucro presumido**, com alíquotas de PIS e da COFINS de 0,65% e de 3% (total de 3,65%).

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.

É certo que deve a Administração Pública primar pela contratação da melhor oferta de preços, todavia, o menor preço nem sempre vai representar a melhor oferta, porquanto é necessário que haja segurança na contratação e que não sejam impostas condições para contratação dos serviços.

Considerando o exposto, é possível afirmar que a contratação da recorrida não transmite segurança para a Administração Pública, visto que não há nos autos provas de que esta terá condições de cumprir integralmente o contrato, caso sejam solicitados acréscimos dos postos de serviços para os quais a empresa apresentou taxa de lucro negativa.

Não obstante, ainda que não haja acréscimos de postos, ficará a Administração adstrita as estimativas de custos da recorrida, sendo que, se ao longo da execução contratual a recorrida não vier a cumprir com suas obrigações contratuais, certamente recairá sobre a Administração essa responsabilidade, porquanto tinha conhecimento no ato de contratação dos

serviços, que a empresa trabalharia com taxa negativa, utilizando a margem prevista em um posto para cobrir as despesas fixas não previstas no outro, de forma a utilizar toda reserva financeira da contratação dos serviços.

Nesse tocante, urge seja revista a decisão administrativa que declarou vencedora a empresa FLAMA CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA.

III - DOS PEDIDOS

Assim, nos termos da Súmula 473 do STF, a Administração pode rever e corrigir seus atos, a qualquer tempo, especialmente quando provocada.

Ex positis, requer o conhecimento e provimento do pedido de reconsideração, com a reforma da decisão para determinar a desclassificação da empresa FLAMA CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA.

Ainda que não seja esse o entendimento, consoante fundamentação, requer seja admitida a presente como petição constitucional, com a reforma da decisão e consequente desclassificação da empresa FLAMA CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA.

Mantida a decisão, o que não acreditamos que ocorra, REQUER O ENCAMINHAMENTO PARA AUTORIDADE SUPERIOR COMPETENTE – para reforma do *decisum* e total provimento da presente representação/petição.

Nestes termos,
Pede e espera Deferimento.

Florianópolis/SC, 27 de abril de 2018.

**RAPHAEL
GALVANI** Assinado de forma
digital por RAPHAEL
GALVANI
Dados: 2018.04.30
15:54:32 -03'00'

Raphael Galvani
OAB/SC 19.540

Susana Franciele Folador
Representante Orbenk

Simone Costa
OAB/SC 43.503

ISO
14001

ISO
9001

www.orbenk.com.br