RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO

DECISÃO DA PREGOEIRA

PROCESSO Nº: 17056217-4
INTERESSADO: LÍDER SERVIÇOS EMPRESARIAIS LTDA. ME.
ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 20160021 (MÃO DE OBRA TERCEIRIZADA).

I. DOS FATOS

Trata-se de IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 20160021 (PROCESSO DE LICITAÇÃO Nº 16823835-7) apresentada pela empresa LÍDER SERVIÇOS EMPRESARIAIS LTDA. ME, CNPJ Nº 41.305.228/0001-77, contra os subitens 12.1., letra c) e 14.2., letras b), j) e k), que tratam da taxa de administração pertinente à prestação do serviço.

II. DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE

Em síntese, insurge-se a impugnante contra a exigência editalícia de que a proposta comercial das licitantes "deverá explicitar exclusivamente o percentual referente a Taxa de Administração que compõe a Planilha de Composição de Custos do Anexo I - Termo de Referência, a qual não deverá ser inferior a 1,0% (um por cento) ou superior a 7% (sete por cento)", exigência esta que, no entendimento da impugnante, configuraria excesso de formalidade e não seria critério apto a determinar a inexequibilidade de uma proposta que ofertasse taxa zero.

A empresa impugnante aduz que *"os valores atinentes à taxa de administração são livres e de prerrogativa exclusiva dos licitantes, conforme entendimento pacífico do TCU, pois configuram ganhos e despesas das próprias licitantes, sendo facultado a essas o direito de indicar o quanto entenderem necessário e satisfatório a atender seus custos e interesses, portanto, não pode a administração imiscuir na administração da iniciativa privada, podendo a licitante indicar Taxa de Administração conforme for seu interesse."*

III. DA ANÁLISE

De início, cumpre-nos salientar que todo o procedimento licitatório em questão rege-se pelo Edital do Pregão Eletrônico Nº 20160021, pela Lei Federal Nº 10.520/2002, Lei Complementar Nº 123/2006, pelo Decreto Estadual Nº 28.089/2006 e, subsidiariamente, pela Lei Federal Nº 8.666/93. Assim, em

obediência à legislação e às normas regulamentares do referido certame, verifica-se que a impugnação administrativa protocolizada na sede da Defensoria Pública em 26/01/2017, às 15:56, pela empresa LÍDER foi tempestiva, devendo ser conhecida pela Pregoeira.

Enfrentando o mérito da presente impugnação, que diz respeito à exigência de que as licitantes atendam aos limites mínimo e máximo admitidos para a discriminação da taxa de administração, conforme estabelecidos pelo item 12.1., letra c), do Edital e pela Planilha de Preços por Categoria, constante no item 19. do Termo de Referência – Anexo I do Edital, resta evidente que não pode prosperar a ilação da impugnante, uma vez que estabelecer um percentual mínimo de lucro vai ao encontro da exigência legal estatuída no art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, segundo o qual "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".

Ora, a Administração Pública não tem qualquer pretensão de imiscuir-se na forma de gestão dos negócios privados, entretanto, assim como existe o princípio da livre iniciativa de mercado, igualmente deve ser observado o interesse público, que não pode se sujeitar ao alvedrio de uma proposta temerária e que, certamente, em um futuro próximo, geraria a inexecução do contrato e consequente prejuízo ao erário e aos trabalhadores. Admitir uma proposta de prestação de serviço à Administração Pública sem contemplação de qualquer lucro para o particular vai totalmente de encontro ao objetivo primordial da iniciativa privada, que é justamente auferir lucro na execução de suas atividades.

Nessa esteira, observamos que a jurisprudência contida nas razões da presente impugnação quanto à taxa de administração zero refere-se especificamente à aquisição de vales. De fato, existem vários julgados do Tribunal de Contas da União – TCU nesse sentido, como se demonstra nos seguintes enunciados: "Em procedimentos licitatórios para operacionalização *de* vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível, deve ser avaliado, em cada caso concreto, se a admissão *de* ofertas *de* taxas *de administração* negativas ou *de* valor *zero* é exequível, a partir *de* critérios previamente fixados no edital. (Acórdão 1556/2014-Segunda Câmara | Relator: ANA ARRAES)" e "A oferta *de taxa de administração* negativa ou *de* valor *zero*, em pregão para prestação *de* serviços *de* fornecimento *de* vale-alimentação, não implica inexequibilidade da respectiva proposta, a qual só pode ser aferida a partir da avaliação dos requisitos objetivos especificados no edital da licitação. (Acórdão 1034/2012-Plenário | Relator: RAIMUNDO CARREIRO)."

Portanto, como se pode ver, o tema abordado nos julgados transcritos pela impugnante não trata de terceirização de mão de obra consoante especificado no Edital de Pregão Presencial Nº 20160021 da Defensoria Pública.

Dessa forma, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, bem como de outras Cortes de Contas, está longe de ser pacífica a respeito da taxa de administração em licitação de terceirização de mão de obra no âmbito da Administração Pública. Ao contrário, em sede de Representação junto à Corte de Contas Federal, um grupo multidisciplinar de estudo promovido pelo TCU concluiu pela proibição de lucro e despesas administrativas iguais a zero. Trazemos, por oportuno, trechos do Acórdão 1.214/2013, Ministro-relator Aroldo Cedraz:

> **Sumário**
> REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELA EXTINTA ADPLAN A PARTIR DE TRABALHO REALIZADO POR GRUPO DE ESTUDOS INTEGRADO POR SERVIDORES DE DIVERSOS ÓRGÃOS. FORMULAÇÃO DE PROPOSTAS NO INTUITO DE IMPLEMENTAR MELHORIAS NOS PROCEDIMENTOS DE LICITAÇÃO E DE EXECUÇÃO DE CONTRATOS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE NATUREZA CONTÍNUA. ANÁLISE DOS DIVERSOS ASPECTOS ABORDADOS PELO GRUPO. FORMULAÇÃO DE RECOMENDAÇÕES À SLTI/MP E À AGU.
> (...)
> **Relatório**
> Trata-se de representação formulada pela então Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos – Adplan deste Tribunal, com o objetivo de apresentar proposições de melhorias nos procedimentos relativos à contratação e à execução de contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal.
>
> 2. Constatou-se que, nos últimos anos, passaram a ocorrer com maior frequência problemas na execução desse tipo de contrato, com interrupções na prestação dos serviços, ausência de pagamento aos funcionários de salários e outras verbas trabalhistas, trazendo prejuízos à administração e aos trabalhadores. Em razão disso, o então Presidente deste Tribunal, Ministro Ubiratan Aguiar, determinou à Administração do TCU que fossem realizados trabalhos conjuntos com outros órgãos da Administração Pública com o objetivo de formular propostas para ao menos mitigar tais problemas.
>
> 3. Inicialmente, para cumprir essa determinação, realizou-se uma primeira reunião com representantes do TCU, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MP e da Advocacia-Geral da União – AGU, que corroboraram as percepções do Tribunal, reforçando a pertinência da realização do trabalho conjunto determinado pelo ex-Presidente desta Corte.
>
> 4. Foi constituído, então, um grupo de estudos, composto inicialmente por servidores do MP, da AGU e do TCU, passando a ser

posteriormente integrado também por representantes do Ministério da Previdência Social, do Ministério da Fazenda, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal, que discutiram aspectos relacionados aos procedimentos licitatórios, à gestão e ao encerramento desses contratos.

(...)

III – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

(...)

III.h – Percentuais mínimos aceitáveis para encargos sociais e LDI

206. Um grave problema enfrentado pela Administração é a dificuldade de recusar propostas dos licitantes, mesmo ante a convicção de que os preços apresentados são visivelmente inexequíveis. Esse fenômeno tem crescido a proporções alarmantes com o advento do pregão eletrônico, em que empresas de diversos estados têm participado de licitações, sem prévio conhecimento das obrigações que serão assumidas durante a execução do Contrato.

207. As empresas têm aviltado suas propostas ao apresentarem preços incompatíveis com os custos mínimos desses serviços. A exemplo do TCU, verifica-se que tem sido comum apresentarem LDI inferior a 8,5% e encargos sociais na ordem de 65%, quando o percentual mínimo esperado pela administração não é inferior a 23% e 72%, respectivamente, haja vista o manifesto conhecimento dos custos para a prestação de serviços.

208. Esse comportamento das empresas, somado à falta de qualificação, tem trazido sérios problemas para os trabalhadores e para a administração. É comum, por exemplo, não tolerarem qualquer tipo de falta de seus empregados, mesmo que seja por razões de saúde. Deixam de pagar salários, férias, décimo terceiro, previdência social, FGTS, e o contrato termina sendo rescindido.

209. Percebe-se, ademais, que esse percentual de LDI excessivamente baixo é ofertado por empresas optantes pelo Simples, nos termos da Lei Complementar nº 123/2006. Ocorre que apenas os segmentos de limpeza e vigilância podem fazer opção por esse sistema de tributação, mesmo assim limitado a um determinado volume de receita.

210. No caso de limpeza e vigilância, deve-se estar atento ao volume de receita que será auferido com o contrato, pois, dependendo do valor, não mais poderá ser enquadrada no Simples. Já no caso dos demais serviços, com cessão de mão de obra, não é possível a empresa ser optante por esse regime tributário, qualquer que seja o volume de receita.

(...)

213. Em nossa concepção, a avaliação da inexequibilidade da proposta deverá considerar se, em razão do valor ou da natureza do serviço:

a) o contrato admite a apresentação de proposta com base no regime tributário da empresa optante pelo Simples, regulamentado pela Lei Complementar nº 123/2006;

b) o contrato admite que a empresa seja optante pelo regime fiscal do lucro presumido;

c) o contrato só admite que a empresa seja optante pelo regime fiscal pelo lucro real.

214. Com base nessas informações, o edital deverá consignar expressamente as condições mínimas para que a proposta seja considerada exequível, devendo, contudo, ser fixado prazo para que a licitante contradite a decisão da administração.

215. Pretendemos com isso excluir as empresas que não têm justificativas razoáveis para reduzir o custo orçado pela Administração para o serviço, mas o fazem, na tentativa de burlar exigências legais, que na maioria das vezes, referem-se a direitos dos trabalhadores.

216. Independentemente do regime fiscal da contratada, compreende-se que nenhuma proposta deverá ser aceita, caso não contemple o percentual mínimo das despesas obrigatórias previstas, tais como:

a) contribuições à previdência social, Riscos ambientais, contribuições de terceiros;

b) FGTS;

c) Férias;

d) 13º salário;

e) multa sobre o FGTS.

217. No tocante ao LDI, cumpre mencionar que as despesas com tributos federais incorridas pelas empresas optantes pelo lucro presumido correspondem ao percentual de 11,33%, sendo 4,8% de IR, 2,88% de CSLL, 3% de COFINS e 0,65% de PIS.

218. É certo que o Tribunal de Contas da União já fixou orientação no sentido de que o IR e a CSLL não devem constar das planilhas de obra. Contudo, sendo despesas obrigatórias, incidentes inclusive sobre o total da receita, retidas antecipadamente pelo tomador do serviço, não há como se deixar de considerar esses tributos como despesas efetivas incorridas pelos contratados prestadores de serviços continuados e que impactam significativamente o valor do contrato.

219. A exemplo das empresas optantes pelo lucro presumido, a administração deve avaliar a exequibilidade da proposta, no que se refere ao LDI, à luz dos regimes fiscais advindos da contratação. Antecipe-se, contudo, que não devem ser aceitas, sem as devidas justificativas, propostas que não contemplem o pagamento de todos os tributos. Do mesmo modo, lucro, como se sabe, pode ser maximizado com uma boa gestão de mão de obra, mas não se deve abrir mão de um mínimo aceitável, pois não é crível que prestadores de serviços estejam dispostos a trabalharem de graça para o Erário. Não fixar lucro mínimo é um incentivo para que as empresas avancem sobre outras verbas, como direitos trabalhistas, tributos e contribuições compulsórias, como tem sido praxe.

220. Também as despesas administrativas, devem ser objeto de análise pela administração, pois não é razoável que a empresa não possua esse gasto. No entanto, é aceitável que existam justificativas para reduzi-lo ou eliminá-lo, por exemplo, que a empresa administre muitos contratos, ou que se trate de uma empresa familiar, mas para isso a empresa necessita apresentá-las.

221. Concluímos, portanto, que os editais deveriam consignar expressamente as condições mínimas para que as propostas sejam consideradas exequíveis, proibindo propostas com lucro e despesas administrativas iguais a zero, entre outros, em razão de esse percentual englobar os impostos e contribuições não repercutíveis (IR, CSLL). Registre-se que o grupo não determinou quais seriam as condições mínimas ideais, de modo que deverá ser realizado estudo para determiná-las e, assim, possibilitar a implementação dessa proposta. (grifos nossos)

(...)

IV – CONCLUSÃO

(...)

IV.b – Resumo das propostas

247. Por todo o exposto o Grupo de Estudos propõe que:

(...)

XXVII – sejam realizados estudos de modo a determinar os percentuais mínimos de lucro, LDI, despesas administrativas e outros, para que as propostas sejam consideradas exequíveis.

(...)

12.4 **Propostas de melhorias que podem ser implantadas imediatamente, pois não contrariam nenhuma determinação legal**, mas carecem de maiores estudos da SLTI: (grifos nossos)

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO:

a) Percentuais de encargos sociais e LDI; (parágrafos 206 a 221 e 247- XXVII)."

IV. CONCLUSÃO

Com base nas razões acima expostas, DECIDO pela IMPROCEDÊNCIA da impugnação, mantendo-se o edital em todos os seus termos atuais, uma vez que a fixação de taxa de administração mínima não significa intervenção da Administração Pública na Administração Privada e não é ilegal. Antes, tal medida condiz com o zelo pela realização do interesse público e com o objetivo licitatório de obter a melhor contratação possível.

Fortaleza, 27 de janeiro de 2017.

Nídia de Matos Nunes
Pregoeira