

ILMO(A). SR(A). PREGOEIRO(A) DA SUPERINTENDÊNCIA DE LICITAÇÕES E CONTROLE DE CONTRATOS E CONVÊNIOS DA ANEEL

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 28/2020
Processo Licitatório nº 48500.001272/2020-74

A empresa **DATAINFO SOLUÇÕES EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA**, inscrita no CNPJ sob o n.º 05.085.461/0001-28, estabelecida na Avenida Paulista, 1636, Edifício Paulista Corporate, Conjunto Comercial nº 904, 9º andar, bairro Bela Vista, São Paulo – SP, neste ato representada por seu representante legal abaixo assinado, vem a presença de Vossa Sa., na melhor forma do direito, observados os princípios constitucionais que regem os processos licitatórios e a Lei Federal nº 8.666/93, tempestivamente, opor a presente:

IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA

Ao Edital de Pregão Eletrônico nº 28/2020 publicado pela AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL para realização do Processo Licitatório nº 48500.001272/2020-74, com data de realização prevista para dia 03 de maio de 2021, mais especificamente **ao item 9 das “Observações e Instruções de Preenchimento”, contidos no “Modelo de Planilha de Custos e Formação de Preços”, página 395 do Edital**, pelos fatos e fundamentos de direito a seguir articulados.

Requer, desse modo, o recebimento desta impugnação em efeito suspensivo, publicando então novo Edital ausente dos vícios nesta peça considerados, ou submetendo a presente Impugnação à Autoridade Superior para apreciação dos fatos e fundamentos a seguir aduzidos.

I – QUESTÕES PRELIMINARES

Preliminarmente, faz-se necessário que as razões aqui formuladas sejam processadas e, se não forem acolhidas, sejam motivadamente respondidas,

UNIDADE
SÃO PAULO

Av. Paulista, 1636
9º andar - conjunto 904
Bela Vista - São Paulo/SP
01310-200

UNIDADE
COMERCIAL/ADM

Rua Antônio Treis, 777
Vorstadt - Blumenau/SC
89015-400

UNIDADES DE
DESENVOLVIMENTO

Blumenau
Brasília
Salvador
Curitiba

Florianópolis
São José dos Campos
Rio de Janeiro
Campo Grande
Porto Alegre

mas não sem antes serem apresentadas à apreciação da D. Autoridade Superior, consoante ao que rege o Princípio Constitucional de petição (CF/88, art. 5º, inc. LV). É o ensinamento do ilustre professor 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.

II - DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

A impugnação ora oposta está em consonância com a legislação pertinente à matéria no âmbito das licitações públicas e é apresentada dentro do prazo instituído pela Lei de Licitações.

Assim, tendo em vista que o prazo para apresentação de impugnação é de até os 3 (três) dias que antecedem a abertura do Edital, tem-se que a presente é, em sua totalidade, tempestiva, devendo ser recebida e devidamente analisada pelo(a) Ilmo(a) Pregoeiro(a).

III - DOS FATOS E FUNDAMENTOS

O presente certame foi constituído para a realização de licitação cujo objeto é a *“prestação de serviços técnicos especializados em estruturação de dados, arquitetura, desenvolvimento e sustentação de soluções de Tecnologia da Informação (TI) para automatização de processos de negócio, utilizando metodologias e equipes ágeis, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Termo de Referência e demais anexos do Edital”*.

A presente Impugnação faz-se necessária em face de disposições contidas no instrumento convocatório acima citado que vão de encontro ao entendimento recente do TCU em relação à inclusão do IRPJ e CSLL na planilha de custos, razão pela qual é apresentada esta impugnação, fundamentada nas razões de fato e de direito a seguir expostas, objetivando ao final que o(a) Sr(a). Pregoeiro(a) retifique o Edital, excluindo as disposições ora impugnadas.

III.a) Do item impugnado

Especificamente, o item impugnado por meio da presente é

encontrado na página 395 do Edital e segue transcrito:

(9) A licitante deve elaborar sua proposta com base no regime de tributação ao qual estará submetida durante a execução do contrato.

[...]

b. O Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL não deverão compor os tributos.

III.b) Da não vedação de inclusão do IRPJ e CSLL na planilha de custos das licitantes – interpretação equivocada da Súmula nº 254 do TCU

Conforme já exposto, a disposição contida no instrumento convocatório que veda a inclusão do IRPJ e CSLL na planilha de custos deve ser excluída do instrumento convocatório.

A este ponto, cumpre à Impugnante se adiantar e informar que já tem ciência de que, para fundamentar a manutenção de tal disposição, o(a) Ilmo(a) Pregoeiro(a) invocará a Súmula nº 254/10 do TCU, que assim dispõe:

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. (Grifou-se).

Ocorre que, insta esclarecer, há anos já é praticada uma **equivocada interpretação** da supracitada Súmula, o que leva à introdução, pelos órgãos públicos, de **disposições nos editais de licitação que vedam a inclusão do IRPJ e CSLL nas planilhas de custos dos licitantes**, situação esta que vai de encontro ao objetivo da Súmula e, inclusive, ao entendimento **declarado** do TCU a respeito da referida Súmula.

Ora, a tão conhecida (mas pouco compreendida) Súmula nº 254 veda a inclusão dos tributos IRPJ e CSLL **tão somente no orçamento-base da licitação**.

A saber, o Tribunal de Contas da União, autor da Súmula nº 254, assim define o que é o orçamento-base da Licitação:

O orçamento-base de uma licitação tem como objetivo servir de paradigma para a Administração fixar os critérios de aceitabilidade de preços – total e unitários – no edital, sendo a principal referência para a análise das

propostas das empresas participantes na fase externa do certame licitatório. (Tribunal de Contas da União. **Obras Públicas**. 4ª Edição. Brasília, 2014). (Grifou-se).

Ou seja: o orçamento-base da licitação é elaborado pelo próprio órgão licitante e serve como base para que o referido órgão analise as propostas das empresas participantes da licitação.

E tal orçamento, conforme bem determina a supramencionada Súmula, não pode contemplar o IRPJ e o CSLL, tendo em vista que estes se encontram diretamente ligados à natureza da empresa concorrente e ao lucro mensal que auferire.

Esta disposição, no entanto, conforme resta claro na redação da Súmula, aplica-se somente ao orçamento-base da licitação, ou seja: não se aplica às propostas das concorrentes que, desse modo, não estão proibidas de compor seu custo já considerando o IRPJ e o CSLL.

Insta expor que o TCU já se manifestou expressamente sobre o assunto aqui trazido, o que fez no Acórdão nº 648/2016:

No que tange à inclusão de IRPJ e CSLL na composição do BDI dos contratos auditados, bem destacou o Ministério Público de Contas que o voto condutor do Acórdão 1.591/2008-Plenário, de minha relatoria, trouxe o entendimento de que *“a indicação em destacado na composição do BDI do imposto de renda pessoa jurídica e da contribuição social sobre o lucro líquido não acarreta, por si só, prejuízos ao erário, pois é legítimo que empresas considerem esses tributos quando do cálculo da equação econômico-financeira de sua proposta”*.

23. Verifico, assim, que não há nenhuma ilegalidade no fato de a empresa contratada incluir tais rubricas na composição do seu BDI, desde que os preços praticados estejam em consonância com os paradigmas de mercado. **Tanto a Súmula TCU nº 254/2010 como o art. 9o, do Decreto 7.983/2013, vedam a inclusão de tais rubricas apenas no orçamento-base da licitação, não sendo tais entendimentos aplicáveis aos preços ofertados pelos privados.** (TCU. Plenário. Processo nº TC 009.421/2013-0. Acórdão nº 648/2016. Julgado em 23.03.2016). (Grifou-se).

Importa, ainda, destacar que o trecho acima citado ainda contém entendimento do Ministério Público de Contas, no mesmo sentido aqui defendido.

III.c) DA POSSIBILIDADE (E DA NECESSIDADE) DE INCLUSÃO DO IRPJ E CSLL NA PLANILHA DE CUSTOS DAS LICITANTES

Superada a questão da aplicabilidade da Súmula nº 254 do TCU apenas ao orçamento-base da licitação, e não às propostas apresentadas pelas empresas concorrentes nas licitações, cumpre explicar aqui, também, não só sobre a possibilidade mas também sobre a **necessidade de se incluir expressamente os tributos IRPJ e CSLL nas planilhas de custos** das concorrentes.

Ora, se é sabido que os órgãos tomadores de serviço procederão à retenção do IRPJ e CSLL em cada nota fiscal emitida pelas empresas prestadoras, em alíquota pré-definida pela legislação aplicável (IN RFB nº 1234/2012), então quando da formação de seu preço, inevitavelmente as empresas já considerarão este fator.

Nesta senda, segue abaixo transcrito entendimento do TCU (também extraído do Acórdão nº 648/2016, supramencionado) que trata sobre a inevitável inclusão de tais tributos no custo, pois mesmo que não expressamente, de qualquer forma as empresas sempre os consideram, incluindo-os no cálculo do lucro ou embutindo-os nas despesas administrativas:

12. No que diz respeito ao segundo achado de auditoria, com efeito, o entendimento pacificado deste Tribunal (súmula 254/2010) é no sentido de que o IRPJ e a CSLL não se consubstanciam em despesa indireta passível de inclusão na taxa de BDI do orçamento-base da licitação, haja vista a natureza direta e personalística desses tributos, que oneram pessoalmente o contratado.

13. No entanto, há jurisprudência deste Tribunal, a exemplo dos Acórdãos 1.591/2008 e 1.034/2010, ambos do Plenário, no sentido de que “A indicação em destacado na composição do BDI do imposto de renda pessoa jurídica e da contribuição social sobre o lucro líquido não acarreta, por si só, prejuízos ao erário, pois é legítimo que empresas considerem esses tributos quando do cálculo da equação econômico-financeira de sua proposta” (ementa do Acórdão 1.591/2008-Plenário).

14. O voto condutor do Acórdão 1.591/2008 dispõe,

ainda, que:

*De se ver contudo que a exclusão do IRPJ ou CSLL na composição do BDI não significa que os preços para as obras licitadas são menores. Trata-se apenas de uma regra orçamentária sem repercussões econômicas. Isso porque, **as licitantes, ao elaborarem suas propostas, sabem da incidência desses tributos e os considerarão quando do cálculo dos custos e rentabilidade do empreendimento.** Quando se exclui tais tributos do BDI, o lucro constante dessa composição será um lucro bruto, ou seja, antes da dedução dos impostos. Quando se permite a cotação dos tributos de forma autônoma no BDI, o lucro indicado será um lucro líquido, ou seja, após a dedução dos impostos.*

*Em suma, como não poderia deixar de ser, as regras para apresentação das propostas dos licitantes não influenciam na equação econômico-financeira das empresas, as quais elaboram suas propostas tem em conta os custos efetivos e o retorno desejado do investimento. Exemplifico. **De acordo com a lógica econômica, é de se esperar que, caso a empresa entenda adequado que na composição do BDI conste uma taxa de 8% para o lucro e outra de 2% para o IRPJ e CSLL, e, em havendo a proibição de constar em destacado tais tributos, a taxa de lucro indicada (agora lucro bruto) passe a ser de 10%. A metodologia de apresentação não alteraria a equação econômico-financeiro e não traria, sob esse aspecto, vantagens para a Administração.***

15. Ante essas considerações, **não parece ser adequado considerar que houve prejuízos ao erário pelo fato de constar em destacado o imposto de renda e a contribuição social sobre o lucro líquido na composição do BDI**, sem estar evidenciado nos autos que se está a tratar de contratação antieconômica. Cumpre salientar que a equipe de auditoria não apontou ocorrência de sobrepreço/superfaturamento nos contratos em análise. (TCU. Plenário. Processo nº TC 009.421/2013-0. Acórdão nº 648/2016. Julgado em 23.03.2016). (Grifou-se).

Desse modo, considerando que, de qualquer forma, tais tributos serão considerados para a composição do preço das empresas participantes da licitação, o mais correto é que se determine a inclusão expressa destas rubricas na planilha.

Não sendo esse o entendimento de V. Sa., no entanto, o mínimo que se impõe neste caso é a **não vedação**, ou seja, **a liberação para inclusão do IRPJ e CSLL nas planilhas de custos das concorrentes**, para aquelas que desejem assim fazê-lo.

Por conclusão, pelas razões apresentadas, o Edital nº 28/2020 deve ser retificado para permitir a inclusão do IRPJ e CSLL nas planilhas de custos das concorrentes desta licitação, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da legalidade, uma vez que não há qualquer instrumento legal a impedir tal inclusão.

IV – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, com a devida e respeitosa vênia, porém não se abstendo do seu direito de suscitar, a Datainfo apresenta esta impugnação para assegurar que o edital reúna as condições necessárias à conclusão do procedimento licitatório em observância ao princípio da Legalidade, que preconiza pela atuação administrativa segundo a lei, ou seja, atuação mediante observação irrestrita das disposições contidas em lei.

Por tudo isso, deve ser RETIFICADO O EDITAL NOS ITENS SUPRA CITADOS (para permitir a inclusão do IRPJ e CSLL nas planilhas de custos das concorrentes desta licitação) E DEMAIS QUE POR VENTURA VENHAM A SER VERIFICADOS PELOS DEMAIS LICITANTES POR MEIO DE APRESENTAÇÃO TEMPESTIVA DE IMPUGNAÇÃO, a fim de garantir a aplicação da legislação e todos os princípios de direito concernentes à matéria.

Requer, assim, o recebimento desta impugnação em efeito suspensivo, e o seu provimento para retificação do Edital.

Ainda, caso V. Sa. não entenda pelo provimento desta impugnação, requer seja submetida à apreciação da Autoridade Superior para apreciação.

Nestes termos,
Pede deferimento.

São Paulo, 27 de abril de 2021.

DATAINFO SOLUÇÕES EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA.
CNPJ: 05.085.461/0001-28
Marcelo José Ferrari

**UNIDADE
SÃO PAULO**

Av. Paulista, 1636
9º andar - conjunto 904
Bela Vista - São Paulo/SP
01310-200

**UNIDADE
COMERCIAL/ADM**

Rua Antônio Treis, 777
Vorstadt - Blumenau/SC
89015-400

**UNIDADES DE
DESENVOLVIMENTO**

Blumenau
Brasília
Salvador
Curitiba

Florianópolis
São José dos Campos
Rio de Janeiro
Campo Grande
Porto Alegre