



ILUSTRÍSSIMO SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO
DA FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE

REF.: CONCORRÊNCIA 02/2016.

OBJETO: Reforma da Praça do Campus São Cristóvão para construção do Memorial da Democracia da Universidade Federal de Sergipe.

RGM CONSTRUÇÕES LTDA, sociedade por cotas de responsabilidade limitada, inscrita no CNPJ sob o número 01.162.250/0001-90, com sede a rua José Edilson Andrade, nº 57, Bairro Rosa Elze no município de São Cristóvão/Se, vem oportuno tempore, por meio de seu representante legal, com supedâneo no artigo 109, inciso I, alínea "a", da Lei 8.666/93 e na Cláusula Quinta, item 5.9.2, subitem 5.9.2.1.2 alínea b) do Edital da Concorrência 02/2014, à insigne presença de Vossa Senhoria, interpor o presente

RECURSO ADMINISTRATIVO HIERARQUICO

Em face da decisão desta r. Comissão de Licitação que em seção ocorrida no dia 08 de Agosto do corrente ano, que julgou CLASSIFICADA as licitantes SERCOL SANEAMENTO E CONSTRUÇÕES LTDA e TAVARES MENDONÇA CONSTRUÇÕES EIRELI e DESCLASSIFICADA a RGM CONSTRUÇÕES LTDA, no processo licitatório em epigrafe.



Como motivo de sua insatisfação, a recorrente aduz as razões fáticas jurídicas minudenciadas no arrazoado anexo, requerendo a sua análise, a fim de que esta r. Comissão de Licitação, exerça o juízo de retratação na forma ali requerida.

Caso não seja reconsiderada a decisão, seja o presente recurso remetido a Autoridade Superior para a devida análise, como medida de justiça e de preservação da legalidade e vinculação ao instrumento convocatório.

Termos em que pede deferimento

São Cristóvão, 15 de Agosto de 2016

RGM CONSTRUÇÕES LTDA

CNPJ


Ricardo Menezes Barreto

Sócio Administrador

RAZÕES DO RECURSO

I – DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

O artigo 109, inciso I, alínea “a” da Lei de Licitações assim nos ensina:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I – recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) Habilitação ou inabilitação do licitante;

Observa-se, portanto, que o prazo recursal é de 5 (cinco) dias úteis, pelo que devem ser extirpados de sua contagem os feriados, o sábado e o domingo, como também os dias declarados como ponto facultativo.

Sobre o tema trazemos a baila a brilhante interpretação do Professor Marçal Justem filho¹

“A contagem do prazo obedecerá as regras processuais comuns, excluindo-se o dia de início e incluindo-se o do vencimento (art.110). Significa que o prazo começará a correr no primeiro dia útil seguinte ao da intimação. (...)”

Contrariamente ao que ocorre no direito processual, o prazo somente correrá em dias úteis e em que os autos do procedimento administrativo estejam à disposição do interessado. (...)

Deve-se, interpor como útil, aquele em que existir expediente no órgão administrativo.”

Desta forma, visto que a notificação se deu no dia 09/08/2016 em cumprimento ao prazo recursal de 05 (cinco) dias úteis, o prazo final será dia 16/08/2016.

Demonstrada assim, a tempestividade deste ato petitário.

¹ COMENTÁRIOS A LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS 13ª edição

76



II – DOS PROLEGÔMENOS

Conforme se depreende do email funcional emitido no dia 09/08/2016 o qual versa sobre o resultado do julgamento das propostas, onde fora dada ciência da CLASSIFICAÇÃO das Empresas SERCOL SANEAMENTO E CONSTRUÇÕES LTDA e TAVARES MENDONÇA CONSTRUÇÕES EIRELI e **DESCCLASSIFICADA** a RGM CONSTRUÇÕES LTDA essa Insigne Comissão assim se manifestou:

" A empresa RGM CONSTRUÇÕES LTDA ao adotar a alíquota percentual de ISS de 5% desatende tanto as exigências do edital quanto a **legislação municipal.**" (grifamos)

"...Destarte, por todo acima exposto e, com base na análise técnica do DOFIS e no valor global orçado pela UFS no montante de R\$ 2.049.621,74 (dois milhões, quarenta e nove mil, seiscentos e vinte e um reais e setenta e quatro centavos), considerando o preço máximo a CPCFJL decide considerar CLASSIFICADAS as empresas 1º SERCOL SANEAMENTO E CONSTRUÇÕES LTDA, CNPJ 02.053.711/0001-50 com o valor de R\$ 1.819.722,38 (um milhão, oitocentos e dezenove mil e setecentos e vinte e dois reais e trinta e seis centavos); 2º TAVARES MENDONÇA CONSTRUÇÕES EIRELI, CNPJ 13.351.218/0001-32 com valor de R\$ 1.834.549,02 (um milhão, oitocentos e trinta e quatro mil, quinhentos e quarenta e nove reais e dois centavos) b) **DESCCLASSIFICADA** a empresa RGM CONSTRUÇÕES LTDA CNPJ 01.162.250/0001-90 com valor de R\$ 1.935.506,62 (um milhão, novecentos e trinta e cinco mil, quinhentos e seis reais e sessenta e dois centavos) por apresentar composição de BDI com aplicação de alíquota percentual de ISS de 5% divergindo do valor percentual de ISS **de 3% do Município de São Cristóvão local da prestação dos serviços.** (grifamos)

A empresa Recorrente credenciou-se no procedimento licitatório de Concorrência pela a FUNDAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE, através de sua Comissão Permanente de Licitação – CPCFJL -, ora Recorrida, objetiva a seleção de pessoa(s) jurídica(s) para execução, sob regime de empreitada por preço unitário, da Reforma da Praça do Campus São Cristóvão para construção do Memorial da Democracia da Universidade Federal de Sergipe.

Atendendo às Condições Gerais constantes do Edital nº 02/2016, a Licitante Recorrente apresentou toda a documentação necessária à Habilitação e Classificação.

Da análise feita por essa r. Comissão e combatida pelo presente Recurso, resultou na **DECLASSIFICAÇÃO**.

Ocorre, todavia, que a desclassificação da RECORRENTE não deve prosperar, na medida em que, a despeito de toda a competência da r. Comissão Permanente de Licitação, traduz-se em grave equívoco a luz da principiologia instrutora dos processos licitatórios, mormente da legalidade, pois o edital contém vício insanável, pois, o edital induz as empresas a cometerem erros, mais grave ainda, induz a sonegação de impostos, se não vejamos:

No Código Tributário do Município de São Cristóvão Sergipe, mais precisamente em seus ANEXOS- TABELA I- PAGINA 179 consta cristalino que o ISSQN do Município é de 5%, a fim de ratificar nosso entendimento, efetuamos consulta junto a fazenda municipal a qual anexamos ao presente (doc 1).

É evidente que o equívoco apontado não pode ter preponderância de desclassificar a licitante, haja vista, que a divergência do BDI não altera o valor da proposta, uma vez que, quando se trata de ISS, temos que ressaltar as distinções, quando versa sobre 5%, temos que levar em consideração que os relativos a equipamentos subtraem daí, 40% restando para os serviços, 60%, trazendo aos paradigmas atuais, temos aí, um ISS de 5% que pode ser entendido como 3% sobre os serviços e 2% sobre equipamentos, como delinearemos a seguir:

Em relação ao tributo ISS, insta frisar que sua alíquota é fixada por lei, cabendo, não pode o órgão licitante extirpar percentual, pois caso haja parcela de equipamentos essa deve constar, seria atribuir ao município uma regra não existente, neste ponto, cumpre-nos tecer apenas algumas considerações.

De início, no que tange ao ISS, "destaca-se que os municípios gozam de autonomia para fixar as alíquotas deste tributo, desde que respeitados esses

limites², e que, nos orçamentos, se deve adotar a alíquota de ISS do município onde o empreendimento é realizado, e não aquela de onde fica a sede da empresa construtora” (Acórdão nº 2.369/2011 – Plenário, item 170).

III – DA DESCONFORMIDADE COM O EXIGIDO NO EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 02/2016.

Essa insigne Comissão ao elaborar o edital em comento cometeu ato ilegal, atribui ao município uma alíquota de 3% do ISSQN quando na verdade o município institui alíquota de 5%, maculou o edital, acreditamos que a insigne comissão se baseou na lei complementar 36 de 23 de fevereiro de 2015 que trás alterações ao art. 133 do código tributário municipal, se não vejamos;

Art.1º. O art. 133 da Lei Complementar nº 10, de 15 de dezembro de 2009, que dispõe sobre o Código Tributário Municipal, estabelece as Normas do Processo Administrativo-Fiscal, alterados os §§ 2º e 3º, acrescidos do § 3º A, passa a vigorar com a seguinte redação:

§ 2º. A base de cálculo do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) é o custo integral do serviço, **podendo** ser deduzidos os materiais empregados nas obras, especificamente nos casos dos itens 7.02 e 7.05 da Lista de Serviços, até o limite de 40% (quarenta por cento) do valor total da correspondente Nota Fiscal de Prestação de Serviços.(grifamos)

§3º O percentual da dedução prevista no § 2º deste artigo deve constar expressamente na Nota Fiscal de Prestação de Serviços, tendo validade através da comprovação das respectivas Notas Fiscais dos materiais adquiridos, bem como do contrato e da medição da obra contratada e/ou executada.

§3º. A O descumprimento do disposto no §3º deste artigo implica na impossibilidade de aplicação da dedução de trata o §2º deste mesmo artigo, com a **aplicação do custo integral do serviço para fins de base de cálculo do respectivo imposto sobre serviço de qualquer natureza (ISSQN).**(grifamos)

Como pode ser observado nobre presidente a lei que fundamentou a elaboração do edital, não altera o valor da alíquota, ela apenas deixa claro que

²Alíquota mínima de 2% e máxima de 5%, conforme fixado, respectivamente, pelo art. 88, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal e pelo art. 8º, inciso II, da Lei Complementar nº 116/2003.

“poderá” ser subtraído 40% do material, mas que o mesmo deve constar especificadamente no corpo na Nota Fiscal, e que caso, e para demonstrar claramente que não houve nenhuma alteração na alíquota, vem o §3º A deixar claro, que qualquer descumprimento ou equívoco, o valor retorna a sua integralidade, ou seja, 5%.

Ora nobre julgador, o erro cometido na elaboração do edital, maculou o certame, pois, a empresa ora recorrente em estrito cumprimento a legislação fiscal e tributária do município de São Cristóvão, não quis alterar o valor da alíquota prevista em lei, já as demais licitantes ancoraram-se ao edital equivocado, desta forma não houve isonomia, objetividade, nem tampouco podem alegar vinculação ao edital, pois o mesmo está eivado de vícios.

Os Princípios da igualdade, isonomia e vinculação ao instrumento convocatório foram feridos gravemente, onde uma empresa que cumpre estritamente a legislação tributária municipal e punida!

Nesse sentido, hialino-lógico, o descumprimento e condição editalícia e legal, pois não poderia uma empresa que está sediada no município de São Cristóvão, desobedecer a alíquota prevista para ISSQN, demonstrando aí, a falta de obrigação ao exigido pelo órgão licitante, que seria apresentar um imposto em desconformidade com a lei.

O ISSQN incide somente sobre a parcela que representa a prestação dos serviços listados na lista anexa à LC 116, não ficando tal parcela sujeita à tributação do ICMS, mesmo com relação às mercadorias fornecidas com o serviço. É o que determina o parágrafo 2º do artigo 1º da LC 116:

*“Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a **prestação de serviços** constantes da lista anexa,*

ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

DA LEGISLAÇÃO DO ISS

Em relação à fundamentação e disciplina legal do Imposto sobre Serviços de qualquer natureza, relaciona-se atualmente, os seguintes dispositivos legais:

- a) Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, art. 156, III, § 3º e II, c/c com art. 155, II.
- b) Código Tributário Nacional - Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966.
- c) Decreto-Lei nº 406 de 1968, o qual traz em sua lista anexa, atualizada pelas Leis Complementares nº 56, de 15 de dezembro de 1987 e nº 100/99, os serviços sujeitos à incidência do imposto, alterado pela Lei Complementar nº 116 de 2003.
- d) Emenda Constitucional nº 37 de 12 de junho de 2002.
- e) Lei Complementar nº 116 de 31 de julho de 2003.

COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

Segundo prescreve a Constituição Federal /1988, em seu art. 155, inciso III, cabe aos Municípios a competência para instituir e exigir o ISSQN, cada qual dentro de seu território, desta forma, resta evidenciado que não pode em hipótese alguma prever ou exigir percentuais divergentes dos previsto em lei, e como demonstrado, não há normativo municipal que especifique alíquota mínima de 3%.

Assim, no pólo ativo das relações jurídicas que se formam entre o Ente Tributante (Poder Público) e o particular, de acordo com a Carta Magna estão os Municípios.



Podemos assim, com fundamento constitucional, identificar na obrigação tributária relativa ao ISSQN, tanto o sujeito ativo como o sujeito passivo da relação jurídica tributária.

Sujeito Ativo

No caso do ISS, é o Município, respeitado o princípio da territorialidade, onde cada Município têm capacidade para cobrar o imposto dentro de sua base territorial, desde que observadas as normas constantes da legislação hierarquicamente superior.

Sujeito Passivo

Em relação ao ISSQN, a pessoa obrigada ao pagamento é o contribuinte prestador de serviço, que pode ser uma pessoa física (autônomo) ou jurídica (empresa).

O professor Sergio Pinto Martins (2002, p. 190) define empresa como "a atividade organizada para a produção de bens e serviços para o mercado, com o fito de lucro." Finalidade essencial de toda empresa é a obtenção de lucro.

O trabalhador autônomo é pessoa física que presta serviços habitualmente a terceiro, sem subordinação e mediante pagamento. O autônomo é aquela pessoa que assume os riscos da atividade econômica.

Em síntese, podemos dizer que o ISS, pode ser exigido de pessoas que executem, habitualmente e de forma autônoma (sem subordinação), a prestação de serviço a título oneroso, sendo necessário que a incidência do imposto se restrinja a circulação de serviços, realizados por empresa ou profissional autônomo, como imposição legal.

OBJETO

O Imposto Sobre Serviços se apresenta como um imposto sobre a circulação, sobre a venda econômica de serviços, onde se presume um prestador de serviço, um preço para a operação e um tomador de serviço.

Como imposto sobre a circulação, o ISS recai sobre serviços que são transmitidos economicamente (vendidos) de pessoa para pessoa. Como imposto sobre serviços, onera (venda a título oneroso) a circulação de bens que não são mercadorias, isto é que não são matérias ou corpóreos, mas sim, bens imateriais ou incorpóreos.

FATO GERADOR

O Decreto-Lei 406/68 traz a definição do fato gerador do ISS, em seu art. 8º, in verbis :

"Art. 8º O imposto de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.

1º. Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva o fornecimento de mercadorias.

2º. O fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não especificados na lista fica sujeito ao imposto sobre circulação de mercadorias."

O dispositivo legal acima foi revogado pela Lei Complementar nº 116/03, mas a norma nele contida foi mantida pelo novo ato legal, conforme se depreende da leitura de seu art. 1º, caput, que assim dispõe:

"Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que estes não se constituam como atividade preponderante do prestador.

(...)."

Assim, a partir da Lei Complementar nº 116/03, o fato gerador do ISS é a prestação de serviços definidos na lista a ela anexa. Da mesma forma que na vigência do art. 8º do Decreto-Lei nº 406/68, com base na nova legislação, para que ocorra o nascimento da obrigação tributária, não basta que o fato esteja previsto em lei e tenha sido celebrado um contrato prevendo sua ocorrência mediante prestação de serviço, necessário será que ocorra a efetiva prestação de serviços. E, como resta cristalino, se o serviço prestado não estiver previsto em lei, jamais poderá sofrer a incidência do ISS.

BASE DE CÁLCULO

De acordo com o Decreto-Lei nº 406/68, art. 9º, a base de cálculo do imposto é o "preço do serviço".

Abandona o preço do serviço, passando o ISSQN a ser calculado através de alíquotas fixas ou variáveis em função da natureza dos serviços ou de outros fatores pertinentes, desta forma, resta demonstrado o contido na lei complementar 36/2015, pois a mesma veio apresentar uma forma de dedução da alíquota, mas em hipótese alguma alterar de 5% para 3% como pensou os técnicos que elaboraram o edital..



V – DO REQUERIMENTO RECURSAL

Por todo o exposto, requer a RECORRENTE a essa DOUTA COMISSÃO DE LICITAÇÃO, com fundamento nos parágrafos 2º e 4º do art. 109 da Lei de Licitações, que reconsidere sua decisão anterior, deliberando pela **DESCLASSIFICAÇÃO** das licitantes SERCOL SANEAMENTO E CONSTRUÇÕES LTDA e TAVARES MENDONÇA CONSTRUÇÕES EIRELI, por apresentarem alíquota de ISSQN divergente do exigido pelo município e a conseqüente CLASSIFICAÇÃO da licitante ora recorrente RGM CONSTRUÇÕES LTDA por ser a única a apresentar o ISSQN de acordo com o estipulado pelo município de São Cristóvão.

Requer ainda, que na remota hipótese do indeferimento que seja chamado o feito a ordem, tornando nulo todos os atos até agora praticados, chamando o feito a ordem, alterando o edital e fornecendo novo prazo para apresentação de novas propostas com a exigência da alíquota correta de ISSQN para o município de São Cristóvão.

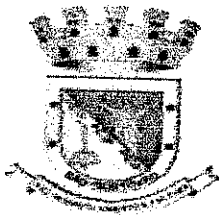
Requer ainda que, caso não seja reconsiderada a decisão ora guerreada, seja enviado o presente requerimento, à apreciação da autoridade HIERARQUICAMENTE superior, para fins de direito, conforme prevê o parágrafo 4º do art. 109 da Lei Federal 8.666/93.

Termos que,

Pede e aguarda Deferimento.

São Cristóvão, 15 de agosto de 2016


Ricardo Menezes Barreto
Sócio Administrador
RGM CONSTRUÇÕES LTDA
CNPJ



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CRISTÓVÃO
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ARRECADAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
COORDENAÇÃO DE FISCALIZAÇÃO
COORDENAÇÃO DE ARRECADAÇÃO

São Cristóvão/SE, 11 de Agosto de 2016

DECLARAÇÃO

Declaro para os devidos fins que, a alíquota referente ao ISS, aplicável aos serviços de construção civil, subitens 7.02 e 7.05 da Lista de Serviços é 5%.

A título de ciência informação mensurada no Código Tributário do Município de São Cristóvão, ANEXOS – TABELA I – PÁGINA 179.

Esta declaração é direcionada em específico ao requerente e Contribuinte :
RGM CONSTRUÇÕES LTDA.

Estamos à inteira disposição para maiores esclarecimentos.

Atenciosamente,

Estamos a disposição para maiores esclarecimentos.

Atenciosamente,

Marcos Antonio dos Santos Pereira
Diretor de Fiscalização da Fazenda
Município de São Cristóvão/SE

Marcos Antonio dos Santos Pereira
Diretor de Fiscalização da Fazenda