

Pregão/Concorrência Eletrônica

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

CONTRARRAZÃO :

ILMA. SRA. PREGOEIRA DA PREFEITURA MUNICIPAL DE MARICÁ

"O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primeira, um texto da Lei. Mas não basta que tenha sempre por fonte, a Lei. É preciso ainda que se exerça seguindo orientação dela e dentro dos limites nela traçados. Só assim o procedimento da Administração é legítimo." (Ministro Seabra Fagundes, In "Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário")

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 040/2023

TIME MULTISSERVIÇOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 34.036.212/0001-40, neste ato, representada por seu representante legal já devidamente qualificado no processo licitatório em referência, com arrimo na Leis Federais nº 8.666/1993 e 10.520/2002 e ainda, demais dispositivos legais aplicáveis à espécie, vem à vossa presença, em defesa de seus direitos apresentar CONTRARRAZÕES AOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS interpostos pelas licitantes pelo que segue:

- 1 - CNS NACIONAL DE SERVIÇOS LTDA;
- 2 - SOLAR SERVICOS E ADMINISTRACAO DE MAO DE OBRA LTDA;
- 3 - EVOLUX MULTI SERVIÇOS LTDA;
- 4 - ECO RIO COMERCIO E SERVICOS LTDA;
- 5 - MGS CLEAN SOLUCOES E SERVICOS LTDA;
- 6 - ESPACO CIDADANIA E OPORTUNIDADES SOCIAIS.

I - DOS FATOS

Inicialmente, evidenciamos que o objeto do certame em apreço, destina-se a contratação de empresa especializada para a prestação de continuados de apoio administrativo para atender as necessidades da Prefeitura Municipal de Maricá / Secretaria Municipal de Transportes, em obediência aos preceitos legais vigentes, bem como, ao edital e seus anexos.

A recorrida foi classificada em décimo segundo lugar, onde apresentou tempestivamente todos os documentos requeridos no edital, sendo declarada vencedora do certame.

Aberto o prazo para registro de intenção de recurso, seis licitantes manifestaram intenções de recursos, para tentar reverter a decisão da Pregoeira em declarar a recorrida vencedora.

As intenções de recursos foram aceitas pela pregoeira, e os recursos administrativos foram apresentados dentro do prazo estabelecido, pelas recorrentes.

Todavia, como será demonstrado a seguir, as alegações das recorrentes estão equivocadas e destoam da legislação vigente no país, razão pelas quais não devem ser dado provimentos ao seus recursos e a recorrida deve ser mantida como vencedora, sendo-lhe adjudicado o objeto da licitação e consequentemente a sua homologada.

Em síntese, esses são os fatos.

II. DOS FUNDAMENTOS AO RECURSO DA CNS CENTRAL NACIONAL DE SERVIÇOS LTDA

2.1 - DA SUPOSTA IRREGULARIDADE DA UTILIZAÇÃO DE RETENÇÃO DO PIS E COFINS DAS NOTAS FISCAIS

A RECORRENTE "CNS" considera que convém, ainda, "arrematar este festival de transgressões a legislação vigente, bem como à nossa nobre matemática, cometidas pela licitante "TIME", num tom de soberba própria dos aodados, eis que, até o momento, não demonstrou conhecimento técnico acerca dos critérios de formação dos Tributos.

Então, inconformada, deixa a sua peça recursal a abordagem insólita aos critérios de cálculo dos percentuais de PIS e de COFINS, usurpando precariamente as funções próprias da Receita Federal do Brasil - RFB.

Impressiona o tom quase professoral, mas tosco, que o representante da RECORRENTE tenta revestir o seu discurso, no afã de forjá-lo como verdadeiro. Aborda com veemência as opções tributárias, se cumulativas ou não cumulativas, se médias anuais, com ou sem os abatimentos que as Leis nºs 10.637/2022 e 10.833,2023 entre outras, mas, de concreto, limita-se a inserir em sua peça recursal vasta documentação inútil, que esta já constou da proposta vencedora formulada pela RECORRIDA, a TIME, sem acrescentar qualquer fato novo.

Para enriquecer o conhecimento da Recorrente que pelo visto é Acéfalo sobre o tema, sobre a questão do PIS/COFINS, a apuração destes tributos, a recorrente cita a ORIENTAÇÃO NORMATIVA SEGES/MPDG nº 19 de 10/08/2020.

(<https://www.gov.br/compras/pt-br/agente-publico/orientacoes-e-procedimentos/19-orientacoessobre-pis-e-cofins-em-contratacoes-de-prestacao-de-servicos-com-dedicacao-exclusiva-de-mao-de-obra>), e faz um juízo de valor sem fazer uma aplicação da hermenêutica jurídica, senão vejamos:

<https://www.gov.br/compras/pt-br/agente-publico/orientacoes-e-procedimentos/19-orientacoes-sobre-pis-e-cofins-em-contratacoes-de-prestacao-de-servicos-com-dedicacao-exclusiva-de-mao-de-obra>

19. Orientações sobre PIS e COFINS em contratações de prestação de serviços, com dedicação exclusiva de mão de obra - Publicado em 10/08/2020 16h10

A Secretaria de Gestão orienta os órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (Sisg) sobre o aproveitamento de créditos tributários nas contratações de prestação de serviços continuados, com dedicação exclusiva de mão de obra, celebradas com empresas optantes pelo regime de lucro real (com direito à incidência não cumulativa de contribuições ao PIS e COFINS).

Na elaboração dos termos de referência e editais, os órgãos e entidades deverão exigir que os licitantes, quando tributados pelo regime de incidência não-cumulativa de PIS e COFINS, cotem na planilha de custos e formação de preços (que detalham os componentes dos seus custos) as alíquotas médias efetivamente recolhidas dessas contribuições.

Isso porque as empresas submetidas a tal regime, conforme normativos vigentes(1), podem realizar o abatimento de créditos apurados com base em custos, despesas e encargos, tais como insumos, aluguéis de máquinas e equipamentos, vale transporte, dentre outros, fazendo com que os valores dos tributos efetivamente recolhidos sejam inferiores às alíquotas de 1,65% (PIS) e 7,60% (COFINS). Gn.

(...)

Na própria orientação informa que haverá dentre outros abatimentos de crédito além do que exemplificado como parte de insumos, este sustentado pela recorrida.

Nota-se que o recurso da recorrente é uma aberração jurídica, onde sustenta uma metodologia tributária, totalmente fora do que diz a legislação.

A Teme se pauta na aplicação da exegese jurídica, neste sentido foi aplicado no cálculo de sua tributação, o que determina à orientação da própria Receita Federal sobre o tema, senão vejamos:

O que diz a Coordenação-Geral de Tributação da Receita Federal na Solução de Consulta n 36 – Cosit de 18/03/2021, sobre a utilização da retenção do PIS e COFINS da nota fiscal como antecipação do valor devido.

<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?naoPublicado=&idAto=116346&visao=anotado>

Solução de Consulta nº 36 – Cosit

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS RETENÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES NA FONTE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PAGAMENTOS EFETUADOS POR PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO A OUTRAS PESSOAS JURÍDICAS. DECISÃO JUDICIAL.

(...)

Relatório

A consulente supramencionada formulou consulta (fls. 5 a 8), na forma da Instrução Normativa (IN) RFB nº 1.396, de 16 de setembro de 2013, objetivando sanar dúvida sobre a interpretação da legislação tributária relativa a tributo administrado pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).

(...)

5. Por fim, tece os seguintes questionamentos (fls. 10):

(...)

2) Está correto o entendimento de que o PIS/COFINS retido deve ser tratado como antecipação do PIS/COFINS devido pelo prestador do serviço?Gn

Fundamentos

Cumpridos os requisitos de admissibilidade, conforme art. 24 da IN RFB nº 1.396, de 2013, a presente consulta pode ser conhecida, sem embargo de posterior análise acerca dos requisitos para produção de efeitos.

7. Preliminarmente, salienta-se que o instituto da consulta à Administração Tributária sobre a interpretação da legislação tributária está previsto nos artigos 46 a 53 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, nos artigos 48 a 50 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e disciplinado nos arts. 88 a 102 do Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011, e na Instrução Normativa RFB nº 1.396, de 16 de setembro de 2013, destinando-se a conferir segurança jurídica ao sujeito passivo tributário acerca da forma de cumprimento de obrigações tributárias principais ou acessórias.

(...)

10. A presente consulta trata da retenção na fonte prevista no art. 30 da Lei nº 10.833, de 2003. Por meio desse dispositivo, transfere-se a um responsável a obrigação de recolher um percentual sobre o pagamento de determinados serviços a título de retenção na fonte da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins:

Lei nº 10.833, de 2003.

Art. 30. Os pagamentos efetuados pelas pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas de direito privado, pela

prestação de serviços de limpeza, conservação, manutenção, segurança, vigilância, transporte de valores e locação de mão-de-obra, pela prestação de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, bem como pela remuneração de serviços profissionais, estão sujeitos a retenção na fonte da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, da COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP.

(...)

Art. 31. O valor da CSLL, da COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP, de que trata o art. 30, será determinado mediante a aplicação, sobre o montante a ser pago, do percentual de 4,65% (quatro inteiros e sessenta e cinco centésimos por cento), correspondente à soma das alíquotas de 1% (um por cento), 3% (três por cento) e 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento), respectivamente.

11. A regulamentação dessa retenção pela Instrução Normativa nº 459, de 17 de outubro de 2004, determina que a base de cálculo da retenção é o valor bruto da nota ou documento fiscal e que o valor a ser retido, correspondente a cada espécie de contribuição, será determinado pelo próprio contribuinte mediante a aplicação, sobre o valor bruto do documento fiscal, das alíquotas respectivas às retenções efetuadas, nos termos que segue:

Instrução Normativa nº 459, de 2004.

Art. 2º O valor da retenção da CSLL, da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep será determinado mediante a aplicação, sobre o valor bruto da nota ou documento fiscal, do percentual total de 4,65%, (quatro inteiros e sessenta e cinco centésimos por cento), correspondente à soma das alíquotas de 1% (um por cento), 3% (três por cento) e 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento), respectivamente, e recolhido mediante o código de arrecadação 5952.

(...)

Art. 7º Os valores retidos na forma do art. 2º serão considerados como antecipação do que for devido pelo contribuinte que sofreu a retenção, em relação às respectivas contribuições. Gn

§ 1º Os valores retidos na forma desta Instrução Normativa poderão ser deduzidos, pelo contribuinte, das contribuições devidas de mesma espécie, relativamente a fatos geradores ocorridos a partir do mês da retenção. Gn

§ 2º O valor a ser deduzido, correspondente a cada espécie de contribuição, será determinado pelo próprio contribuinte mediante a aplicação, sobre o valor bruto do documento fiscal, das alíquotas respectivas às retenções efetuadas. Gn

(...)

Conclusão

29. Diante do exposto, conclui-se que:

29.1. Os documentos fiscais devem refletir a realidade dos fatos. A base de cálculo da retenção é o valor bruto da nota ou documento fiscal, que deve corresponder ao total pago pelos serviços prestados. A emissão de nota fiscal em valor inferior ao valor efetivo da operação caracteriza omissão de rendimentos;

29.2. Os valores retidos são considerados antecipação do devido e podem ser deduzidos, pelo contribuinte, das contribuições devidas de mesma espécie, relativamente a fatos geradores ocorridos a partir do mês da retenção. Portanto, os valores da retenção não equivalem à definição do fato gerador da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins;Gn

(...)

Assinado digitalmente

JOSÉ CARLOS DE SOUZA C. NEVES NETO
Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil

Assinado digitalmente
CARLOS EDUARDO DE CARVALHO ROMÃO
Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil

De acordo. Encaminhe-se ao Coordenador da Cotri.
Assinado digitalmente
HENRIQUE PINHEIRO TORRES
Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil
Chefe da Disit/SRRF01

Assinado digitalmente
RAUL KLEBER GOMES DE SOUZA
Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil
Chefe da Direi

De acordo. À consideração do Coordenador-Geral da Cosit.

Assinado digitalmente
OTHONIEL LUCAS DE SOUSA JÚNIOR

Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil
Coordenador da Cotri

A Time foi vencedora do pregão 09/2023 Uasg 343023 - IPhan Museu Paço, este processo foi analisado pela equipe centralizado de pregoeiros de Brasília, onde a recorrente CNS utilizou em seu recurso os mesmos argumentos do PIS e COFINS, no entanto com o seguinte resultado do recurso:

DECISÃO DO PREGOEIRO: NÃO PROCEDE

Os percentuais contidos na Planilha de Custos da empresa TIME MULTISSERVIÇOS LTDA, referentes aos impostos do PIS e CONFINS, estão de acordo com a legislação vigente, conforme demonstrado nos recibos de entrega de Escrituração Fiscal Digital - Contribuições e nos Registros Fiscais - Consolidação das Operações por CSR, Alíquotas e Bloco, bem como, das justificativas constantes na Contrarrazão apresentada, portanto, não há o que se questionar. Desse modo, o pregoeiro e sua equipe de apoio não concedem provimento ao recurso interposto pela empresa CNS NACIONAL DE SERVIÇOS LTDA.

DECISÃO DA AUT. COMPETENTE: MANTÉM DECISÃO PREGOEIRO

Ratifico os termos da decisão do Senhor Pregoeiro e de sua equipe de apoio, razão pela qual julgo improcedente o recurso interposto pela empresa CNS NACIONAL DE SERVIÇOS LTDA.

Diante do entendimento da própria Receita Federal, onde ratifica a utilização das retenções fiscais como antecipação para encontrar a média de crédito do PIS e COFINS, demonstrando assim que não houve irregularidade na média PIS e COFINS na proposta da Recorrente.

Por tudo isso não se deve dar provimento ao recurso apresentado e a decisão do Pregoeiro de declarar a Recorrida vencedora do certame deve ser ratificada.

2.2. DOS FUNDAMENTOS AO RECURSO DA SOLAR SERVICOS E ADMINISTRACAO DE MAO DE OBRA LTDA

A recorrente assevera que a recorrida para o Aviso Prévio Trabalhado, cotou o percentual de 0,0194%, porém o percentual correto deveria ser de 1,94%, considerando o Acórdão nº3006/2010, porém este assunto foi debatido em 2018, onde foi considerado as melhoras práticas, o TCU decidiu aplicar o entendimento do Aviso Prévio Trabalhado como percentual máximo, senão vejamos:

Acórdão n.º 1.586/2018 - Plenário, sedimentou entendimento segundo o qual:

Nas licitações para contratação de mão de obra terceirizada, a Administração deve estabelecer na minuta do contrato que a parcela mensal a título de aviso prévio trabalhado será no percentual máximo de 1,94% no primeiro ano, e, em caso de prorrogação do contrato, o percentual máximo dessa parcela será de 0,194% a cada ano de prorrogação, a ser incluído por ocasião da formulação do aditivo da prorrogação do contrato, conforme a Lei n.º 12.506/2011. (Gn).

Logo, levando-se em conta o supracitado Acórdão, a empresa recorrida ao estipular o custo do aviso prévio trabalhado inferior ao percentual máximo, não cometeu nenhuma ilegalidade, em virtude que se encontra amparada dentro das regras legais, o que não poderia, era considerar o percentual do Aviso Prévio Trabalhado acima de 1,94%.

Vale ressaltar que a jurisprudência do TCU é firme no sentido de considerar indevida a fixação, nos editais de licitação, de percentual para encargos sociais e trabalhistas, ainda que mínimo.

Por tudo isso não se deve dar provimento ao recurso apresentado e a decisão do Pregoeiro de declarar a Recorrida vencedora do certame deve ser ratificada.

2.3. DOS FUNDAMENTOS AO RECURSO DA EVOLUZ MULT SERVIÇOS LTDA

Ficou evidente que a recorrente não detém do conhecimento dos procedimentos licitatórios no formato eletrônico, ainda assim evidenciando o desespero da sua desconexão pela falta de luz, colocando assim a culpa na Companhia de Energia, faltando em seu planejamento um plano de contingência, onde apenas acessando o portal de um simples smartfone poderia solicitar a dilação de prazo para envio dos documentos por exemplo, ou, um laptop com bateria suficiente para permanecer conectado com acesso 3G, sem o plano de contingência, assumiu assim todo o ônus da perda do negócio.

Neste sentido, sem a devida manifestação da recorrente, não deixou opção para a Pregoeira em aplicar as regras do edital em seu item 5.5, senão vejamos.

5.5. Incumbirá ao licitante acompanhar as operações no sistema eletrônico durante a sessão pública do Procedimento Eletrônico, ficando responsável pelo ônus decorrente da perda de negócios, diante da inobservância de quaisquer mensagens emitidas pelo sistema ou de sua desconexão. Gn.

Por tudo isso não se deve dar provimento ao recurso apresentado e a decisão do Pregoeiro de declarar a Recorrida vencedora do certame deve ser ratificada.

2.4. DOS FUNDAMENTOS AO RECURSO DA ECO RIO COMERCIO E SERVICOS LTDA

DO CERCEAMENTO AO DIREITO DE DILAÇÃO E DA VIOLAÇÃO DA ISONOMIA

A recorrente alega que solicitou tempestivamente a dilação do prazo com fulcro no item 5.33 do edital para envio da planilha, vamos a cronologia dos fatos de acordo com a ata:

Ata de Realização do Pregão Eletrônico nº 00040/2023

(...)

- Sistema 31/01/2024 15:24:22 - Senhor fornecedor ECO RIO COMERCIO E SERVICOS LTDA, CNPJ/CPF: 14.625.837/0001-30, solicito o envio do anexo referente ao grupo G1.

- 14.625.837/0001-30 - 31/01/2024 15:25:33 - Qual seria o prazo, Sr. Pregoeiro?

- Pregoeiro 31/01/2024 15:28:13 - Para ECO RIO COMERCIO E SERVICOS LTDA - Será concedido o prazo de 120 min, a contar da solicitação do anexo

(...)

- Pregoeiro 31/01/2024 17:09:59 Considerando o avançar do horário, faremos a suspensão da sessão. A continuação será no dia 01/02/2024, às 10h.

Ou seja do início da convocação até a suspensão da sessão no primeiro momento dos 120 minutos de prazo, foram consumidos 106 minutos, restando apenas 14 minutos.

- Pregoeiro 01/02/2024 09:58:49 - Prezados, bom dia! Em instantes daremos seguimento ao certame.

- Sistema 01/02/2024 10:03:07 Senhor fornecedor ECO RIO COMERCIO E SERVICOS LTDA, CNPJ/CPF: 14.625.837/0001-30, solicito o envio do anexo referente ao grupo G1.

A partir das 10:03:07 iniciou a recontagem do prazo, com mais 14 minutos, onde se findaria as 10:17:00 ou 10:18:00 para sermos juntos com o relógio.

No entanto a Recorrente solicitou a dilação de prazo somente as 10:21:05, ou seja, após passar o prazo de 120 minutos, senão vejamos:

- 14.625.837/0001-30 - 01/02/2024 - 10:21:05 - Prezados Pregoeiro, haja vista a interrupção do expediente na data de ontem e amparados pelo item 5.33, solicitamos dilação do prazo para definitiva conclusão do solicitado.

Neste sentido a recorrente deixou de exercer o direito de prorrogação, tendo em vista que foi solicitado, após o prazo formal dos 120 minutos de acordo com o item 5.33 do edital, senão vejamos:

5.33. O prazo estabelecido poderá ser prorrogado pela CPL por solicitação escrita e justificada do licitante, formulada antes de findo o prazo, e formalmente aceita pela CPL.Gn

De acordo com o exposto acima é evidente que não houve cerceamento do direito a dilação do prazo nem violação da isonomia.

DA SOLICITAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL SOBRE O MÓDULO 4 DA PLANILHA DE FORMAÇÃO DE CUSTOS.

Alega a recorrente que foi aplicado no modulo 4 da planilha de custos, uma nova metodologia de incidência de cálculo.

Em uma simples consulta ao portal do Comprasnet, encontramos a seguinte orientação sobre o preenchimento da planilha de custo e formação de preços:

<https://www.gov.br/compras/pt-br/agente-publico/orientacoes-e-procedimentos/11-orientacoes-gerais-para-planilha-de-custos-e-formacao-de-precos>

11. Orientações gerais para planilha de custos e formação de preços.

Ao clicar no modelo da planilha, encontramos a seguinte orientação no módulo 4:

(...)

SUBMÓDULO 4.1 - AUSÊNCIAS LEGAIS

"* O Submódulo 4.1 destina-se ao cálculo do custo estimado para a reposição de ausências legais do empregado residente.

* Na metodologia Seges computa-se o custo total de um empregado, com direito à remuneração, 13º salário, férias, encargos e benefícios, bem como probabilidade de rescisão, para a base de cálculo do presente submódulo que, em seguida, servirá para estipular o custo diário de um profissional para a contratação. Gn

Ou seja, o modulo 4 será aplicada a incidência de cálculo sobre o Modulo 1 (Remuneração), Módulo 2 (Encargos Sociais + Benefícios) e Módulo 3 (Rescisão), nota-se que a recorrente além de ter participado de vários cursos de capacitação, faltou a aula de interpretação de texto.

Nota-se que esta metodologia é aplicada pela SEGES que é vinculada ao Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, o Órgão responsável pelas melhoras práticas nas licitações públicas.

Por tudo isso não se deve dar provimento ao recurso apresentado e a decisão do Pregoeiro de declarar a Recorrida vencedora do certame deve ser ratificada.

2.5. DOS FUNDAMENTOS AO RECURSO DA MGS CLEAN SOLUCOES E SERVICOS LTDA

Inconformada com a sua desclassificação, a recorrente tenta justificar quando ao percentual de férias do profissional ausente, com ponderações infundadas, sem ao menos ter realizado uma leitura do edital, senão vejamos:

Anexo II - Da Proposta detalhe

Obs 5: Utilizar o percentual de 8,33% na rubrica de Substituto na cobertura de Férias, item A do submódulo 4.1.

Ao consultar a proposta detalhe apresentada pela recorrente, consta a própria declaração que atende o percentual de 8,33% do item A do submódulo 4.1 em sua planilha, deixando de seguir as regras do edital.

Em momento nenhum a recorrente realizou pedido de esclarecimento, concordando assim com a regras definida no edital.

Quanto a metodologia de cálculo sobre percentual do 8,33% no contrato, faltou a recorrente do conhecimento técnico diante da aplicabilidade da citada rubrica, o que diz o portal comprasnet:

<https://www.gov.br/compras/pt-br/agente-publico/orientacoes-e-procedimentos/11-orientacoes-gerais-para-planilha-de-custos-e-formacao-de-precos>

* O Custo de reposição do profissional ausente refere-se ao custo necessário para substituir, no posto de trabalho, o profissional residente quando estiver em gozo de férias ou no caso de um das ausências legais previstas no art 473 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Portanto, não se pode confundir a provisão do custo de reposição do profissional ausente, com os direitos trabalhistas do empregado residente vinculado diretamente ao contrato de prestação de serviços.

Para além disto, não pode a Administração deixar de provisionar os valores necessários à quitação do direito ao pagamento de férias e adicional de férias, sob o risco de que, no momento em que o empregado residente adquira este direito e faça a opção pela percepção antecipada dos valores, não haja saldo orçamentário necessário ao pagamento da obrigação.

Por fim, ressalta-se que o modelo de planilha de custos e todas estas previsões acima elencadas diz respeito às condições mínimas necessárias à realização de um contrato para prestação de serviços terceirizados, com dedicação exclusiva de mão de obra, pelo período de um (01) ano e que, caso venha a ser prorrogado, todos as rubricas deverão ser novamente apreciadas, à luz da legislação trabalhista e previdenciárias, bem como da ocorrência ou não dos indicadores previstos, para definir se serão considerados custos renováveis ou não-renováveis.

Ressalte-se que a Recorrente teve oportunidade para impugnar termos do edital e não o fez, incidindo a prejudicial de decadência cujo prazo se esgotou 2 dias antes da data da abertura da sessão pública, conforme item 9.4, in verbis:

9.4. Decairá do direito de impugnar e de pedir esclarecimentos nos termos deste edital perante a Prefeitura Municipal de Maricá a licitante que não o fizer até o quinto dia útil que anteceder à data prevista para a abertura das propostas.

Destacamos a vinculação da Administração ao edital que regulamenta o certame licitatório e, após a divulgação do Edital, não houve quaisquer questionamentos acerca das regras ali estabelecidas, neste contexto, o pregoeiro cumpriu exigência constante da legislação e do edital, ao verificar a incompatibilidade da proposta formulada pela recorrente desclassificando assim, pautada nas normas do edital.

Por tudo isso não se deve dar provimento ao recurso apresentado e a decisão do Pregoeiro de declarar a Recorrida vencedora do certame deve ser ratificada.

2.6. DOS FUNDAMENTOS AO RECURSO DA ESPACO CIDADANIA E OPORTUNIDADES SOCIAIS**DA IMPOSSIBILIDADE DO "ECOS" PARTICIPAR/SER HABILITADO NO CERTAME – IMPEDIMENTO PELO ACORDAO DO TCU**

Ressaltamos da decisão do ACÓRDÃO 2847/2019 - PLENÁRIO TCU, onde declarou que a participação de associações civis sem fins lucrativos em licitações somente é admitida quando o objeto estiver em conformidade com os objetivos estatutários específicos da entidade, onde por analogia a ECOS encontra-se impedido de ser participar nos certames, senão vejamos:

Objeto Social:

"Posto sob análise o Estatuto do ESPAÇO, CIDADANIA E OPORTUNIDADES SOCIAIS – ECOS:"

" Art. 2º: A ECOS tem por finalidade promover atividades de relevância pública e social – por todos os meios a cidadania efetiva das pessoas, especialmente aquelas com deficiência, criança, adolescente, idosos e grupos em situação de desvantagens sociais, através da capacitação de recursos humanos, de atividades esportivas diversificadas em diferentes modalidades, promovendo a preparação, treinamento e geração de oportunidades de trabalho através da alocação e agenciamento de postos de trabalho; a realização de seminários, congresso, cursos , ciclo de debates pesquisas, publicação e atividades sociais, desportivas e de lazer, culturais e de ensino em geral, sobretudo gestão de projetos a unidades educacionais, visando a plena integração desses cidadãos à sociedade; o desenvolvimento de ações de engenharia e arquitetura, como meio de transformação social, ações científicas, ambientais, culturais, assessoria técnica, educacional, jurídica e outras com o mesmo fim, visando também a integração internacional.

O que diz o ACÓRDÃO 2847/2019 - PLENÁRIO TCU sobre objeto social genérico:

Sumário: REPRESENTAÇÃO. 1ª CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA MILITAR. CONTRATAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM

FINS LUCRATIVOS (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO TRABALHADOR - ABRADECONT) PARA TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA. EXEGESE DO ART. 53 DA LEI 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO, PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DE SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS, DESDE QUE HAJA EVIDENTE CORRELAÇÃO ENTRE OS OBJETIVOS ESTATUTÁRIOS DA CONTRATADA E O OBJETO DO CONTRATO. HIPÓTESE QUE NÃO SE APLICA AO CASO CONCRETO, SOB PENA DE DESVIO DE FINALIDADE DA ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. CONHECIMENTO. REPRESENTAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA.

Voto

(...)

22. Nas situações acima descritas [trecho do parecer da Procuradora-Geral do MPTCU Cristina Machado da Costa e Silva no TC Processo 019.843/2009-0 (objeto do já mencionado Acórdão 2459/2010-TCU-Segunda Câmara) , em que exemplifica situações em que seria admissível a contratação de sociedade civil sem fins lucrativos pela Administração Pública], é nítida a existência de nexo entre o objeto da contratação e o fim almejado pelas respectivas entidades sem fins lucrativos. Como se pode notar, em todos os casos citados a terceirização da mão de obra não tem um fim em si mesmo, já que existe um "objetivo maior" capaz de justificar os ajustes firmados com o Poder Público. Na minha opinião, é justamente essa finalidade de maior relevo, a qual geralmente possui caráter assistencial, que justifica admitir-se a participação de entidades sem fins lucrativos, as quais gozam de isenções tributárias, em licitações públicas. (Grifei).

23. (...) reputo que a Abradencont, atual detentora de diversos contratos de fornecimento de mão de obra para a Administração Pública, os quais, somados, perfazem valor superior a R\$ 20 milhões (vide tabela resumo à peça 67, p. 12-13) , parece atuar como qualquer entidade empresária do ramo. Ainda que os termos "terceirização" e "emprego" estejam dispostos em seu estatuto, a atividade de mera locação de mão de obra para o Poder Público não se coaduna com o espírito estatutário da entidade de "empreender a assistência social", "promover a defesa de direitos sociais" ou "defender direitos do consumidor e do trabalhador". (Grifei).

24. (...) assim como concluiu a unidade técnica, opino no sentido de que não poderia a Abradecont habilitar-se para participar do Pregão Eletrônico nº 4/2019, ante o claro desvio de finalidade havido na atuação da entidade. Veja-se que admitir a participação dessa associação em competição com entidades empresárias acaba por frustrar o caráter competitivo da atividade econômica, haja vista os benefícios fiscais a que fazem jus as pessoas jurídicas sem fins lucrativos.

Nesse sentido também foi a decisão no Acórdão 7.459/2010 do TCU:

"9.1. conhecer do Pedido de Reexame para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, alterando a redação ao subitem 1.4.1.1 do Acórdão nº 5.555/2009-2ª Câmara, dirigido à Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), e que, doravante, em caráter normativo, aos Órgãos e Entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, que passa a ter o seguinte teor:

9.1.1. determinar que não habilitem, nos certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, entidades sem fins lucrativos cujos estatutos e objetivos sociais não tenham nexo com os serviços a serem prestados" (grifo nosso)

Notem que o TCU não impede a participação de entidades sem fins lucrativos, MAS DETERMINA que haja nexo entre o objeto da contratação e o fim almejado por essas entidades.

Conforme edital do Pregão eletrônico em epígrafe o objeto dessa licitação é a "Contratação de empresa para prestação de serviços de apoio administrativo, em cumprimento ao disposto na Lei Complementar nº 379 de 25 de maio de 2023, para as atividades de supervisor e inspetor de serviços".

E como já foi mencionado, o objeto social do ECOS de nada se assemelha com o objeto da licitação.

Reforça essa afirmativa, trecho extraído da página da internet do ECOS, vejam:

A ECOS – Espaço, Cidadania e Oportunidades Sociais – é uma organização da sociedade civil, sem fins lucrativos, de natureza filantrópica. A OSC surgiu, em 1997, no Rio de Janeiro, com a união de profissionais de diversos segmentos que, há mais de 20 anos, identificaram questões centrais para promoção de cidadania, valores e perspectivas, por meio de ações sociais, em regiões com desvantagens socioeconômicas. Os projetos sob gestão da ECOS se expandiram beneficiando um enorme número de pessoas, que aumenta a cada dia.
<https://www.ecosbrasil.org/sobre>

No presente caso a ECOS participou do certame parecendo atuar como uma entidade empresária do ramo, mas não é. Dessa forma, ele não pode ser habilitado, porque não há nexo entre sua finalidade e o objeto da licitação, sob pena de desvio de finalidade.

Além disso nota-se que o objeto social da ECOS, não atende ao item 4.2.1 do edital, senão vejamos:

4.2.1. Poderão participar desta licitação, toda e qualquer empresa regularmente estabelecida no país, especializada no ramo do objeto desta licitação e que satisfaça integralmente as condições e exigências deste Edital e que estejam com Credenciamento regular no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF.

Em consulta ao Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ, não consta a atividades conexas ao objeto, senão vejamos:

Cnae Principal

94.30-8-00 – Atividade de associações de defesa de direitos sociais;

Cnaes Secundários:

71.11-1-00 - Serviço de arquitetura;

71.12-0-00 - Serviço de Engenharia;

94.93-6-00 - Atividades de organizações associativas ligadas à cultura e à arte;

94.99-5-00 - Atividades associativas não especificadas anteriormente

O caso em tela tem extrema semelhança com o Acórdão mencionado, devendo por isso tal acórdão servir de fundamentação para a decisão do I. Pregoeira.

Por tudo isso não se deve dar provimento ao recurso apresentado e a decisão do Pregoeiro de declarar a Recorrida vencedora do certame deve ser ratificada.

III. DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Ex positis, pede-se que seja mantida a Time Multisserviços Ltda como vencedora do certame, sendo-lhe adjudicado o objeto da licitação e a mesma homologada.

Time Multisserviços Ltda

Fechar



Solução de Consulta nº 36 - Cosit

Data 18 de março de 2021

Processo

Interessado

CNPJ/CPF

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

RETENÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES NA FONTE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PAGAMENTOS EFETUADOS POR PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO A OUTRAS PESSOAS JURÍDICAS. DECISÃO JUDICIAL.

Os documentos fiscais devem refletir a realidade dos fatos. A base de cálculo da retenção é o valor bruto da nota ou documento fiscal, que deve corresponder ao total pago pelos serviços prestados. A emissão de nota fiscal em valor inferior ao valor efetivo da operação caracteriza omissão de rendimentos.

Os valores retidos são considerados antecipação do devido e podem ser deduzidos, pelo contribuinte, das contribuições devidas de mesma espécie, relativamente a fatos geradores ocorridos a partir do mês da retenção. Portanto, os valores da retenção não equivalem à definição do fato gerador da Cofins.

O dever de retenção é instituído por Lei e é uma obrigação tributária da pessoa jurídica que efetua pagamentos a outras pessoas jurídicas pela prestação de serviços de limpeza, conservação, manutenção, segurança, vigilância, transporte de valores e locação de mão-de-obra, pela prestação de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, bem como pela remuneração de serviços profissionais.

A desobrigação da retenção, quando determinada por medida judicial que decida pela suspensão do pagamento da Cofins, deve atender aos requisitos elencados no art. 10 da IN SRF nº 459, de 2008.

Dispositivos Legais: Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, arts. 30 e 31; Instrução Normativa SRF nº 459, de 17 de outubro de 2004, arts. 2º, 7º e 10; e Instrução Normativa RFB nº 1.717, de 17 de julho de 2017, arts. 23 e 24.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

RETENÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES NA FONTE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PAGAMENTOS EFETUADOS POR PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO A OUTRAS PESSOAS JURÍDICAS. DECISÃO JUDICIAL.

Os documentos fiscais devem refletir a realidade dos fatos. A base de cálculo da retenção é o valor bruto da nota ou documento fiscal, que deve corresponder ao total pago pelos serviços prestados. A emissão de nota fiscal em valor inferior ao valor efetivo da operação caracteriza omissão de rendimentos.

Os valores retidos são considerados antecipação do devido e podem ser deduzidos, pelo contribuinte, das contribuições devidas de mesma espécie, relativamente a fatos geradores ocorridos a partir do mês da retenção. Portanto, os valores da retenção não equivalem à definição do fato gerador da Contribuição para o PIS/Pasep.

O dever de retenção é instituído por Lei e é uma obrigação tributária da pessoa jurídica que efetua pagamentos a outras pessoas jurídicas pela prestação de serviços de limpeza, conservação, manutenção, segurança, vigilância, transporte de valores e locação de mão-de-obra, pela prestação de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, bem como pela remuneração de serviços profissionais.

A desobrigação da retenção, quando determinada por medida judicial que decida pela suspensão do pagamento da Contribuição para o Pis/Pasep, deve atender aos requisitos elencados no art. 10 da IN SRF nº 459, de 2008.

Dispositivos Legais: Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, arts. 30 e 31; Instrução Normativa SRF nº 459, de 17 de outubro de 2004, arts. 2º, 7º e 10º; e Instrução Normativa RFB nº 1.717, de 17 de julho de 2017, arts. 23 e 24.

Relatório

A consulente supramencionada formulou consulta (fls. 5 a 8), na forma da Instrução Normativa (IN) RFB nº 1.396, de 16 de setembro de 2013, objetivando sanar dúvida sobre a interpretação da legislação tributária relativa a tributo administrado pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).

2. Afirma que “presta serviço de administração e gestão de empreendimentos, tais como: serviços contábeis, financeiros, suporte de TI para outras pessoas jurídicas” (fls. 5) e que “tendo em vista o disposto no art. 30 da Lei nº 10.833/03, os serviços prestados pela Consulente estão sujeitos à retenção na fonte da CSLL, da COFINS e do PIS. O art. 31 da mesma lei dispõe que a base de cálculo da retenção é o valor a ser pago” (fls. 5).

3. Nesse sentido, acrescenta que “a Instrução Normativa SRF nº 459/2004 regulamenta o dispositivo legal e dispõe, no art. 2º, que o valor da retenção das contribuições será determinado mediante a aplicação das alíquotas fixadas sobre o valor bruto da nota fiscal ou documento fiscal” (fls. 6).

4. Em seguida, informa que “(...) impetrou Mandado de Segurança para ver assegurado o seu direito de não incluir o ISS na base de cálculo do PIS/COFINS (Processo n. XXXXXXXX). (...) Tendo transitado em julgado decisão que concedeu a segurança (doc. 05), a Consulente destacou, para efeito de retenção do PIS/COFINS, o valor devido expurgando o ISS da base de cálculo” (fls. 6), mas que, entretanto, “a fonte pagadora alega que, por força do art. 2º da IN SRF n. 459/2004, estaria obrigada a reter o PIS/COFINS tomando por base o valor bruto da nota fiscal” (fls. 6).

5. Por fim, tece os seguintes questionamentos (fls. 10):

1) Está correto o entendimento de que as expressões “valor a ser pago” e “valor bruto da nota fiscal” equivalem, para efeito de retenção na fonte, àquilo que é cobrado pelo serviço e exprime a receita auferida pelo prestador do serviço?

2) Está correto o entendimento de que o PIS/COFINS retido deve ser tratado como antecipação do PIS/COFINS devido pelo prestador do serviço?

3) Está correto o entendimento de que, existindo decisão judicial em favor do Consulente assegurando a não inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, essa decisão deve ser observada para efeito de determinação da base de cálculo do PIS/COFINS a ser retido na fonte?

Fundamentos

6. Cumpridos os requisitos de admissibilidade, conforme art. 24 da IN RFB nº 1.396, de 2013, a presente consulta pode ser conhecida, sem embargo de posterior análise acerca dos requisitos para produção de efeitos.

7. Preliminarmente, salienta-se que o instituto da consulta à Administração Tributária sobre a interpretação da legislação tributária está previsto nos artigos 46 a 53 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, nos artigos 48 a 50 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e disciplinado nos arts. 88 a 102 do Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011, e na Instrução Normativa RFB nº 1.396, de 16 de setembro de 2013, destinando-se a conferir segurança jurídica ao sujeito passivo tributário acerca da forma de cumprimento de obrigações tributárias principais ou acessórias.

8. Nesse contexto, a consulta sobre a interpretação da legislação tributária não se presta a ratificar informações ou classificações fiscais prestadas ou a atestar fatos declarados pela consulente, sendo as análises feitas com base nas afirmações apresentadas, reservando-se sempre à administração tributária o direito de, caso necessário, averiguar no caso concreto a realidade dos fatos.

9. A Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins no regime de apuração não cumulativa são disciplinadas pela Lei nº 10.637, de 2002, e pela Lei nº 10.833, de 2003, respectivamente, sendo simétricas entre elas a maioria das disposições.

10. A presente consulta trata da retenção na fonte prevista no art. 30 da Lei nº 10.833, de 2003. Por meio desse dispositivo, transfere-se a um responsável a obrigação de recolher um percentual sobre o pagamento de determinados serviços a título de retenção na fonte da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins:

Lei nº 10.833, de 2003.

Art. 30. Os pagamentos efetuados pelas pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas de direito privado, pela prestação de serviços de limpeza, conservação, manutenção, segurança, vigilância, transporte de valores e locação de mão-de-obra, pela prestação de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, bem como pela remuneração de serviços profissionais, estão sujeitos a retenção na fonte da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, da COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP.

(...)

Art. 31. O valor da CSLL, da COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP, de que trata o art. 30, será determinado mediante a aplicação, sobre o montante a ser pago, do percentual de 4,65% (quatro inteiros e sessenta e cinco centésimos por cento), correspondente à soma das alíquotas de 1% (um por cento), 3% (três por cento) e 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento), respectivamente.

11. A regulamentação dessa retenção pela Instrução Normativa nº 459, de 17 de outubro de 2004, determina que a base de cálculo da retenção é o valor bruto da nota ou documento fiscal e que o valor a ser retido, correspondente a cada espécie de contribuição, será determinado pelo próprio contribuinte mediante a aplicação, sobre o valor bruto do documento fiscal, das alíquotas respectivas às retenções efetuadas, nos termos que segue:

Instrução Normativa nº 459, de 2004.

Art. 2º O valor da retenção da CSLL, da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep será determinado mediante a aplicação, sobre o valor bruto da nota ou documento fiscal, do percentual total de 4,65%, (quatro inteiros e sessenta e cinco centésimos por cento), correspondente à soma das alíquotas de 1% (um por cento), 3% (três por cento) e 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento), respectivamente, e recolhido mediante o código de arrecadação 5952.

(...)

Art. 7º Os valores retidos na forma do art. 2º serão considerados como antecipação do que for devido pelo contribuinte que sofreu a retenção, em relação às respectivas contribuições.

§ 1º Os valores retidos na forma desta Instrução Normativa poderão ser deduzidos, pelo contribuinte, das contribuições devidas de mesma espécie, relativamente a fatos geradores ocorridos a partir do mês da retenção.

§ 2º O valor a ser deduzido, correspondente a cada espécie de contribuição, será determinado pelo próprio contribuinte mediante a aplicação, sobre o valor bruto do documento fiscal, das alíquotas respectivas às retenções efetuadas.

12. Como destacado no texto da legislação retrocitada, os valores retidos serão considerados como antecipação do que for devido pelo contribuinte que sofreu a retenção.

13. Acerca dos valores que devem constar nos documentos fiscais do contribuinte, já decidiu a Solução de Consulta Cosit nº 136, de 9 de setembro de 2016, que:

SC Cosit nº 136, de 2016.

(...)

28. Quanto aos questionamentos “b”, “e” e a parte final do questionamento “c” relativos à emissão de faturas e notas fiscais, deve-se esclarecer que toda a documentação contábil ou fiscal deve refletir a realidade dos fatos.

29. A Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968, dispõe que o valor constante da fatura deve corresponder ao total pago pelos serviços prestados:

“Art. 20. As empresas, individuais ou coletivas, fundações ou sociedades civis, que se dediquem à prestação de serviços, poderão, também, na forma desta lei, emitir fatura e duplicata.

§ 1º A fatura deverá discriminar a natureza dos serviços prestados.

§ 2º A soma a pagar em dinheiro corresponderá ao preço dos serviços prestados.

§ 3º Aplicam-se à fatura e à duplicata ou triplicata de prestação de serviços, com as adaptações cabíveis, as disposições referentes à fatura e à duplicata ou triplicata de venda mercantil, constituindo documento hábil, para transcrição do instrumento de protesto, qualquer documento que comprove a efetiva prestação, dos serviços e o vínculo contratual que a autorizou. (Incluído pelo Decreto-Lei nº 436, de 27.1.1969)”

30. O art. 1º da Lei nº 8.846, de 21 de janeiro de 1994, trata da obrigatoriedade da emissão de notas fiscais no momento da efetivação da operação, esclarecendo que a emissão de nota fiscal em valor inferior ao valor efetivo da operação caracteriza omissão de rendimento:

*“Art. 1º A emissão de nota fiscal, recibo ou documento equivalente, relativo à venda de mercadorias, **prestação de serviços** ou operações de alienação de bens móveis, deverá ser efetuada, para efeito da legislação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, **no momento da efetivação da operação.***

§ 1º O disposto neste artigo também alcança:

a) a locação de bens móveis e imóveis;

b) quaisquer outras transações realizadas com bens e serviços, praticadas por pessoas físicas ou jurídicas.

§ 2º O Ministro da Fazenda estabelecerá, para efeito da legislação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, os documentos equivalentes à nota fiscal ou recibo podendo dispensá-los quando os considerar desnecessários.

Art. 2º **Caracteriza omissão de receita** ou de rendimentos, inclusive ganhos de capital para efeito do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza e das contribuições sociais, incidentes sobre o lucro e o faturamento, a falta de emissão da nota fiscal, recibo ou documento equivalente, no momento da efetivação das operações a que se refere o artigo anterior, bem como a **sua emissão com valor inferior ao da operação.**” (grifos do original)

(...)

14. Portanto, conforme a legislação de regência e o disposto na SC Cosit nº 136, de 2016, os documentos fiscais devem refletir a realidade dos fatos. A base de cálculo da retenção é o valor bruto da nota ou documento fiscal, que deve corresponder ao total pago pelos serviços prestados. A emissão de nota fiscal em valor inferior ao valor efetivo da operação caracteriza omissão de rendimentos.

15. Registre-se que a SC Cosit nº 112, de 26 de março de 2019, disciplinou a hipótese em que não for possível a dedução do valor a pagar do respectivo tributo calculado ao término do seu período de apuração:

SC Cosit nº 112, de 2019.

(...)

14. *Acerca do último questionamento da consulente, lembramos que os valores retidos são considerados antecipação do devido, conforme redação do susodito art.7º da IN 459, de 2008, e podem ser deduzidos, pelo contribuinte, das contribuições devidas de mesma espécie, relativamente a fatos geradores ocorridos a partir do mês da retenção.*

15. *No caso em que o valor da retenção ultrapasse o valor do tributo devido no período de apuração por motivos diversos já decidiu a Solução de Consulta Cosit nº 66, de 1º de março de 2019, em caso análogo, o seguinte:*

15. O art. 170 do CTN prevê:

“Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.” (grifos não constam do original)

16. Esse artigo é direcionado ao legislador e não confere qualquer direito subjetivo ao sujeito passivo. O art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza a compensação de créditos tributários administrados por esta Secretaria:

“Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002)

§ 1o A compensação de que trata o caput será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

(...)

§ 14. A Secretaria da Receita Federal - SRF disciplinará o disposto neste artigo, inclusive quanto à fixação de critérios de prioridade para apreciação de processos de restituição, de ressarcimento e de compensação. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 15. (...)

(..)” (grifos não constam do original)

17. Dessa forma, o sujeito passivo poderá compensar crédito próprio passível de restituição ou ressarcimento. O art. 165 do CTN elenca as hipóteses passíveis de restituição:

“Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.” (grifos não constam do original)

18. Verifica-se que há três casos que dão direito à restituição de tributos, entre eles, cobrança ou pagamento de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido, que é o que se coaduna com a situação em análise.

*19. Os valores retidos na fonte a título de IR, CSLL, Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins são considerados como antecipação do devido. O tributo devido é determinado ao término do período de apuração. O IR tem período de apuração trimestral, na forma do art. 1º, **caput**, da Lei nº 9.430, de 1996, podendo o período de apuração ser anual, na hipótese de determinação do imposto com base no lucro real, quando houver opção por pagamentos mensais por estimativa, de acordo com o art. 2º, § 3º, da mesma lei. Isso se aplica à CSLL, em atenção ao art. 57, **caput**, da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995:*

Lei nº 9.430, de 1996

“Art. 1º A partir do ano-calendário de 1997, o imposto de renda das pessoas jurídicas será determinado com base no lucro real, presumido, ou arbitrado, por períodos de apuração trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário, observada a legislação vigente, com as alterações desta Lei.

§ 1º (...)

(...) Art. 2º A pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real poderá optar pelo pagamento do imposto, em cada mês, determinado sobre base de cálculo estimada, mediante a aplicação dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, sobre a receita bruta definida pela art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, auferida mensalmente, deduzida das devoluções, vendas canceladas e dos descontos incondicionais concedidos, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 e nos arts. 30, 32, 34 e 35 da Lei no 8.981, de 20 de janeiro de 1995. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

§ 1º O imposto a ser pago mensalmente na forma deste artigo será determinado mediante a aplicação, sobre a base de cálculo, da alíquota de quinze por cento.

§ 2º (...)

§ 3º A pessoa jurídica que optar pela pagamento do imposto na forma deste artigo deverá apurar o lucro real em 31 de dezembro de cada ano, exceto nas hipóteses de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo anterior.

§ 4º Para efeito de determinação do saldo de imposto a pagar ou a ser compensado, a pessoa jurídica poderá deduzir do imposto devido o valor:

I - dos incentivos fiscais de dedução do imposto, observados os limites e prazos fixados na legislação vigente, bem como o disposto no § 4º do art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995;

II - dos incentivos fiscais de redução e isenção do imposto, calculados com base no lucro da exploração;

III - do imposto de renda pago ou retido na fonte, incidente sobre receitas computadas na determinação do lucro real;

IV - do imposto de renda pago na forma deste artigo.” (grifos não constam do original)

Lei nº 8.981, de 1995

“Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

§ 1º (...)

(...)” (grifos não constam do original)

20. Assim, somente ao término de período de apuração e após essa apuração é que se saberá se há tributo indevido ou maior que o devido, sujeito à restituição e, portanto, passível de compensação. Por outro lado, a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins com incidência cumulativa (ver item 4 acima) têm período de apuração mensal, conforme, respectivamente, o art. 1º da Lei nº 10.673, de 30 de dezembro de 2002, e art. 1º da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003:

Lei nº 10.673, de 2002

Art. 1º A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) § 1º (...)

Lei nº 10.833, de 2003

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, **incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica**, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) § 1º (...)” (grifos não constam do original)

(...)

29. Atualmente, a Instrução Normativa RFB nº 1.717, de 17 de julho de 2017, mais recente que a IN RFB nº 1.234, de 2012, trata desses institutos jurídicos. Os arts. 23 e 24 desse ato normativo são apresentados a seguir:

“Art. 23. A **pessoa jurídica** tributada pelo lucro real, presumido ou arbitrado **que sofrer retenção indevida ou a maior de IRPJ ou de CSLL** sobre rendimentos que integram a base de cálculo do imposto ou da contribuição **poderá utilizar o valor retido somente na dedução do IRPJ ou da CSLL devida ao final do período de apuração em que houve a retenção ou para compor o saldo negativo de IRPJ ou de CSLL do período.**

Art. 24. Os valores retidos na fonte a título da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, quando não for possível sua dedução dos valores a pagar das respectivas contribuições **no mês de apuração**, poderão ser restituídos ou compensados com débitos relativos a outros tributos administrados pela RFB.

§ 1º Fica configurada a impossibilidade da dedução de que trata o caput quando o montante retido no mês exceder o valor da respectiva contribuição a pagar no mesmo mês.

§ 2º Para efeitos da determinação do excesso de que trata o § 1º, considera-se contribuição a pagar no mês da retenção o valor da contribuição devida descontada dos créditos apurados nesse mês.

§ 3º A restituição poderá ser requerida e a compensação poderá ser declarada **a partir do mês subsequente àquele em que ficar caracterizada a impossibilidade de dedução de que trata o caput.**

§ 4º A restituição poderá ser requerida por meio do formulário **Pedido de Restituição ou de Ressarcimento**, constante do Anexo I desta Instrução Normativa, e a compensação poderá ser declarada por meio do formulário **Declaração de Compensação**, constante do Anexo IV desta Instrução Normativa.” (grifos não constam do original)

(grifos constam do original)

16. Adiciona-se a isso as seguintes regras incluídas na IN RFB nº 1.717, de 17 de julho de 2017, pela IN RFB nº 1765, de 30 de novembro de 2017:

Art. 161-A. No caso de saldo negativo de IRPJ ou de CSLL, o pedido de restituição e a declaração de compensação serão recepcionados pela RFB somente depois da confirmação da transmissão da ECF, na qual se encontre demonstrado o direito creditório, de acordo com o período de apuração.

§ 1º O disposto no caput aplica-se, inclusive, aos casos de apuração especial decorrente de extinção, cisão parcial, cisão total, fusão ou incorporação.

§ 2º No caso de saldo negativo de IRPJ ou de CSLL apurado trimestralmente, a restrição de que trata o caput será aplicada somente depois do encerramento do respectivo ano-calendário.

(...)

Art. 161-C. No caso de créditos da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, o pedido de ressarcimento e a declaração de compensação serão recepcionados pela RFB somente depois da confirmação da transmissão da EFD-Contribuições, na qual se encontre demonstrado o direito creditório, de acordo com o período de apuração.

Parágrafo único. Na hipótese a que se refere o art. 57, a restrição de que trata o caput será aplicada somente depois do encerramento do respectivo trimestre- calendário.

16. Observa-se, portanto, que o valor de tributo retido na fonte com base no art. 30 da Lei nº 10.833, de 2003, quando não for possível sua dedução do valor a pagar do respectivo tributo calculado ao término do seu período de apuração, somente poderá ser restituído ou compensado a partir do mês subsequente ao do término desse período, na forma do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, e após o cumprimento os demais requisitos da norma.

16. A consultante questiona se a decisão judicial favorável à não inclusão do ISSQN na base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins seria extensiva à retenção prevista no art. 30 da Lei nº 10.833, de 2003.

17. Analisando-se o provimento judicial obtido pela consultante, não se verifica a discussão sobre a interpretação do art. 30 da Lei nº 10.833, de 2003. Dessa forma, tendo em vista o comando legal, não é possível ao contribuinte excluir qualquer parcela do valor bruto da nota referente à retenção, nos termos do art. 2º da IN RFB nº 459, de 2004.

18. Outrossim, ainda que se relacione com a obrigação do sujeito passivo, a retenção é norma que tem força própria e independente. O texto legal determina que as alíquotas de retenção sejam aplicadas sobre o "montante a ser pago", independentemente de considerações sobre a transitoriedade ou não desses valores no patrimônio do beneficiário.

19. A IN SRF nº 459, de 2004, em seu art. 10, traz hipótese específica para o caso de retenção sofrida por pessoas jurídicas amparadas por decisão judicial:

Instrução Normativa SRF nº 459, de 2004.

(...)

Art. 10. No caso de pessoa jurídica amparada pela suspensão, total ou parcial, da exigibilidade do crédito tributário nas hipóteses a que se referem os incisos II, IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN), ou por sentença judicial transitada em julgado, determinando a suspensão do pagamento de qualquer das contribuições referidas nesta Instrução Normativa, a pessoa jurídica que efetuar o pagamento deverá calcular, individualmente, os valores das contribuições considerados devidos, aplicando as alíquotas correspondentes, e efetuar o recolhimento em Darf distintos para cada um deles, utilizando os seguintes códigos de arrecadação:

I - 5987, no caso de CSLL;

II - 5960, no caso de Cofins;

III - 5979, no caso de Contribuição para o PIS/Pasep.

Parágrafo único. Ocorrendo qualquer das situações previstas neste artigo, o beneficiário do rendimento deverá apresentar à fonte pagadora, a cada pagamento, a comprovação de que o direito a não retenção continua amparada por medida judicial.

20. Do artigo acima referenciado, extraem-se os seguintes requisitos para que a pessoa jurídica se enquadre no art. 10 da IN SRF nº 459, de 2004:

(1) Deve estar amparada pela suspensão, total ou parcial, da exigibilidade do crédito tributário referenciada no CTN, art. 151, II (depósito do montante integral), IV (concessão de medida liminar em mandado de segurança) ou V (concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial); ou por decisão judicial transitada em julgado;

(2) A decisão judicial deve determinar a suspensão do pagamento de qualquer das contribuições referidas na IN SRF nº 459, de 2008 (CSLL, Cofins e Contribuição para o PIS/Pasep); e

(3) O beneficiário do rendimento deverá apresentar à fonte pagadora, a cada pagamento, a comprovação de que o direito a não retenção continua amparada por medida judicial.

21. Cumpridos todos os requisitos acima elencados, a pessoa jurídica que efetuar o pagamento deverá calcular, individualmente, os valores das contribuições considerados devidos, aplicando as alíquotas correspondentes, e efetuar o recolhimento em Darf distintos para cada um deles.

22. No presente caso, a consultante afirma que "(...) impetrou Mandado de Segurança para ver assegurado o seu direito de não incluir o ISS na base de cálculo do

PIS/COFINS (...) Tendo transitado em julgado decisão que concedeu a segurança (doc. 05), destacou, para efeito de retenção do PIS/COFINS, o valor devido expurgando o ISS da base de cálculo” (grifado, fls. 6).

23. Em atenção aos requisitos normativos elencados no art. 10 da IN SRF nº 459, de 2008, verifica-se que a decisão judicial prolatada em favor da consultante não se enquadra no disposto na norma (não tem por objeto o impedimento da retenção).

24. A referida decisão trata da exclusão do ISS da base de cálculo da Cofins e da Contribuição para o Pis/Pasep (quando da ocorrência de seus fatos geradores), e não da suspensão em si do pagamento das contribuições referenciadas na IN (pagamento relativo à retenção). Portanto, os percentuais de retenção de 1% (CSLL), 3% (Cofins) e 0,65% (Contribuição para o Pis/Pasep) referenciados no art. 2º da IN SRF nº 459, de 2008, permanecem inalterados, considerando que o pagamento das referidas contribuições não foi suspenso pela decisão judicial e que não é possível que os efeitos de uma decisão judicial sejam extrapolados para abarcarem situações não contempladas em seu objeto.

25. Portanto, responde-se à consultante que o “valor a ser pago” e “valor bruto da nota fiscal” são o total despendido pela pessoa jurídica no pagamento de determinados serviços e não equivalem à definição da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, quando da ocorrência de seus fatos geradores (questionamento 1).

26. O dever de retenção é instituído por Lei (art. 30 da Lei nº 10.833, de 2003) e, portanto, é uma obrigação tributária da pessoa jurídica que efetua pagamentos a outras pessoas jurídicas pela prestação de serviços de limpeza, conservação, manutenção, segurança, vigilância, transporte de valores e locação de mão-de-obra, pela prestação de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, bem como pela remuneração de serviços profissionais. Não há como afastar essa obrigação por meio de uma decisão judicial que não contemple esse objeto, observado o art. 10 da IN SRF nº 459, de 2008 (questionamento 3).

27. Registre-se que, conforme observado nas normas que regulamentam a matéria, os valores retidos são considerados como antecipação do que for devido pelo contribuinte que sofreu a retenção (questionamento 2), em relação às respectivas contribuições, e poderão ser deduzidos, pelo contribuinte, das contribuições devidas de mesma espécie, relativamente a fatos geradores ocorridos a partir do mês da retenção.

28. Quando não for possível a dedução do valor a pagar do respectivo tributo calculado ao término do seu período de apuração, conforme disposto na Solução de Consulta Cosit nº 112, de 2019, os valores retidos poderão ser restituídos ou compensados somente a partir do mês subsequente ao do término desse período, na forma do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, e após o cumprimento dos demais requisitos da norma.

Conclusão

29. Diante do exposto, conclui-se que:

29.1. Os documentos fiscais devem refletir a realidade dos fatos. A base de cálculo da retenção é o valor bruto da nota ou documento fiscal, que deve corresponder ao total pago pelos serviços prestados. A emissão de nota fiscal em valor inferior ao valor efetivo da operação caracteriza omissão de rendimentos;

29.2. Os valores retidos são considerados antecipação do devido e podem ser deduzidos, pelo contribuinte, das contribuições devidas de mesma espécie, relativamente a fatos geradores ocorridos a partir do mês da retenção. Portanto, os valores da retenção não equivalem à definição do fato gerador da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins;

29.3. O dever de retenção é instituído por Lei e é uma obrigação tributária da pessoa jurídica que efetua pagamentos a outras pessoas jurídicas pela prestação de serviços de limpeza, conservação, manutenção, segurança, vigilância, transporte de valores e locação de mão-de-obra, pela prestação de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, bem como pela remuneração de serviços profissionais; e

29.4. A desobrigação da retenção, quando determinada por medida judicial que decida pela suspensão do pagamento da Cofins ou da Contribuição para o PIS/Pasep, deve atender aos requisitos elencados no art. 10 da IN SRF nº 459, de 2008.

Assinado digitalmente

JOSÉ CARLOS DE SOUZA C. NEVES NETO
Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil

Assinado digitalmente

CARLOS EDUARDO DE CARVALHO ROMÃO
Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil

De acordo. Encaminhe-se ao Coordenador da Cotri.

Assinado digitalmente

HENRIQUE PINHEIRO TORRES
Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil
Chefe da Disit/SRRF01

Assinado digitalmente

RAUL KLEBER GOMES DE SOUZA
Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil
Chefe da Direi

De acordo. À consideração do Coordenador-Geral da Cosit.

Assinado digitalmente

OTHONIEL LUCAS DE SOUSA JÚNIOR
Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil
Coordenador da Cotri

Ordem de Intimação

Aprovo a Solução de Consulta. Publique-se e divulgue-se nos termos do art. 27 da Instrução Normativa RFB nº 1.396, de 16 de setembro de 2013. Dê-se ciência ao interessado.

Assinado digitalmente

FERNANDO MOMBELLI

Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil

Coordenador-Geral da Cosit