



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 6ª REGIÃO

ANÁLISE JURÍDICA

Ementa: Direito Administrativo. Pregão Eletrônico. Prestação de serviços continuados de apoio administrativo, recepção e serviços técnicos, com regime de dedicação exclusiva de mão de obra. Recurso.

1. RELATÓRIO

Trata-se de manifestação prévia à decisão DIREF, nos termos do art. 168, parágrafo único, da Lei nº 14.133/21, em vista do recurso interposto pela empresa **CAPE INCORPORADORA DE SERVIÇOS LTDA.**, com fulcro no art. 165, inciso I, da Lei nº 14.133/2021, face ao ato administrativo emitido pela Pregoeira, que aceitou a proposta de **PONTUAL SERVIÇOS EMPRESARIAL EIRELI**, no âmbito do Pregão Eletrônico nº 04/2023 - TRF6.

Em síntese, no recurso interposto pela empresa **CAPE INCORPORADORA DE SERVIÇOS LTDA** (0457098), a licitante argumentou que a empresa vencedora apresentou planilha de preços com percentuais reduzidos diversas da real tributação.

Em sede de contrarrazões, a empresa **PONTUAL SERVIÇOS EMPRESARIAL EIRELI** manifestou-se no sentido de que: que não existe irregularidade na aceitação da proposta de preços, porque no que toca a cotação do PIS e COFINS, nos percentuais de 0,65% e 3,00%, procedera em observância ao que dispõe a legislação aplicável, valendo-se do instituto da retenção, nos moldes preconizados pelas leis n. 9.430/96 c/c n. 10.637/2002 c/c n. 10.833/2003 c/c e com a Instruções Normativas n 480, 539 e 1.234/2012, todas da Secretaria da Receita Federal.

A área técnica manifestou-se sobre o objeto controvertido (0466211) e a pregoeira manteve sua decisão inicial, nos termos da Análise (0466928).

Os autos foram encaminhados à ASJUD, para subsidiar a decisão da autoridade superior.

É o relatório.

2. DA ANÁLISE DA ASSESSORIA JURÍDICA

O parecer jurídico a ser elaborado em fase recursal do procedimento licitatório atende ao disposto no art. 168, parágrafo único, da Lei nº 14.133/21, segundo o qual:

Art. 168. O recurso e o pedido de reconsideração terão efeito suspensivo do ato ou da decisão recorrida até que sobrevenha decisão final da autoridade competente.

Parágrafo único. Na elaboração de suas decisões, a autoridade competente será

auxiliada pelo órgão de assessoramento jurídico, que deverá dirimir dúvidas e subsidiá-la com as informações necessárias.

Ademais, esclarecemos que o procedimento licitatório restará suspenso até que seja proferida a decisão.

3. DA DELIMITAÇÃO DO OBJETO

Destacamos que a análise desta Assessoria circunscreve-se aos aspectos formais e jurídicos da contratação, não havendo - em homenagem ao princípio da segregação de funções e à presunção de legitimidade dos atos administrativos - responsabilidade, tampouco competência, sobre o conteúdo e as decisões de natureza técnica, mercadológica ou de conveniência e oportunidade.

Eventuais manifestações que tangenciarem elementos não jurídicos da instrução serão pautadas pelo que dispõe a Boa Prática Consultiva nº 7 - BPC da Advocacia-Geral da União:

A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.

Nesse sentido, oportuno o entendimento de Ronny Charles Lopes de Torres, segundo o qual "a atividade do corpo jurídico é a de verificar, dentro das limitações de sua competência e na pressa exigida pela necessidade administrativa, a legalidade das previsões do edital, contrato e suas minutas, cláusula a cláusula. Nessa atuação, foge ao âmbito de análise do parecerista os aspectos de gestão propriamente dita, como a escolha discricionária do administrador, e os elementos técnicos não jurídicos, como aspectos de engenharia de uma obra ou compatibilidade e eficiência de determinado software ou produto de interesse da Administração".¹

Dessa forma, a interpretação acerca do cumprimento dos requisitos técnicos por parte das recorrentes, cabe ao setor técnico deste Tribunal. Nesse sentido, no que tange ao mérito das razões apresentadas pelas licitantes, esta Assessoria limitar-se-á aos aspectos objetivos dos pedidos formulados, os quais poderão influenciar diretamente na tomada decisão pela autoridade competente.

4. DO RECURSO ADMINISTRATIVO

O recurso administrativo, em sentido amplo, é assegurado constitucionalmente ao administrado, com a finalidade de que a Administração reveja seus atos. A fase recursal consiste em direito fundamental, em conformidade com o art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

Sobre o tema, dispõe o art. 109, da Lei nº 866693:

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;
 - b) julgamento das propostas;
 - c) anulação ou revogação da licitação;
 - d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
 - ~~e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 78 desta lei;~~
 - e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#);
 - f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;
- II - representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;

Por sua vez, a previsão acerca do direito de recorrer consta do item 11 do Edital do Pregão Eletrônico nº 04/2023 - TRF6 (0422685), a seguir reproduzido:

9. DOS RECURSOS

11.1. Após a fase de habilitação, será concedido o prazo de no mínimo 30 (trinta) minutos, para que qualquer licitante manifeste a intenção de recorrer, de forma motivada, isto é, indicando contra qual(is) decisão(ões) pretende recorrer e por quais motivos, em campo próprio do sistema.

11.2. Havendo quem se manifeste, caberá ao Pregoeiro verificar a tempestividade e a existência de motivação da intenção de recorrer, para decidir se admite ou não o recurso, fundamentadamente.

11.2.1. Nesse momento o Pregoeiro não adentrará no mérito recursal, mas apenas verificará as condições de admissibilidade do recurso.

11.2.2. A falta de manifestação motivada do licitante quanto à intenção de recorrer importará a decadência desse direito.

11.2.3. Uma vez admitido o recurso, o recorrente terá, a partir de então, o prazo de três dias para apresentar as razões, pelo sistema eletrônico, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contrarrazões também pelo sistema eletrônico, em outros três dias, que começarão a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa de seus interesses.

11.3. O acolhimento do recurso invalida tão somente os atos insuscetíveis de aproveitamento.

11.4. O recurso, compreendidas a intenção e a motivação para recorrer, as razões e eventuais contrarrazões, será interposto exclusivamente no âmbito do sistema eletrônico, em formulário/campo próprio, e dirigido à autoridade superior.

11.5. O Pregoeiro receberá o recurso, verificando os pressupostos para sua admissibilidade, podendo, caso seja admitido, reconsiderar sua decisão; em não o fazendo, deverá encaminhá-lo à autoridade superior.

11.6. Caberá à autoridade superior julgar os recursos contra atos do Pregoeiro, quando este mantiver sua decisão.

A decisão da pregoeira ocorreu em 05/09/2023 e o recurso apresentado pela licitante CAPE INCORPORADORA DE SERVIÇOS LTDA na mesma data.

Portanto, verifica-se o preenchimento dos pressupostos recursais relativos ao cabimento e tempestividade, restando observadas a regularidade formal, o interesse de agir e a legitimidade das recorrentes, razões pelas quais os recursos deverão ser conhecidos.

5. DAS RAZÕES RECURSAIS

Inicialmente, cumpre-nos avaliar a juridicidade da fase recursal. Reportamo-nos, pois, ao artigo 40 da Lei nº 8.666/93, o qual preleciona:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;

III - sanções para o caso de inadimplemento;

IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;

V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;

VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto; (...)"

O que se pretende demonstrar com a remissão é que o processo licitatório deverá orientar-se pelo edital, cujas regras vinculam tanto a Administração quanto os licitantes, além de estabelecer os critérios objetivos de julgamento das propostas apresentadas.

5.1) Das alíquotas reduzidas para PIS e COFINS

Sobre a elaboração da planilha de custos e formação de preços, no que diz respeito às alíquotas de PIS e COFINS, o termo de referência anexo ao edital estabeleceu:

11.16.3. Durante a fase de habilitação, a empresa tributada pelo regime de incidência não cumulativa de PIS e COFINS, poderá cotar os percentuais que apresentem a média das alíquotas efetivamente recolhidas, devendo apresentar, juntamente com a documentação de habilitação, os cálculos de Apuração Percentual Médio Efetivo de Recolhimento do PIS e COFINS, Recibo de Entrega de Escrituração Fiscal Digital, Contribuições, Recibo de Entrega da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federal - DCTF Mensal, bem como quaisquer outros documentos que forem necessários para comprovação dos índices apresentados. Ademais, apesar da análise de quaisquer documentos que comprovem as alíquotas PISCOFINS, a empresa é responsável pelas informações constantes na Planilha de Custos apresentada, observado o art. 63, da IN 05/2017.

Neste ponto, compete pontuar, na forma do art. 63 da IN 05/2017, mencionado no corpo do edital, que a empresa a ser contratada é responsável por sua proposta devendo arcar com as consequências de eventual erro no seu dimensionamento. Assim, em resumo, em hipótese nenhuma erro na alíquota cotada

transfere para a Administração a responsabilidade pelos encargos fiscais. Assim dispõe a citada norma:

Art. 63. A contratada deverá arcar com o ônus decorrente de eventual equívoco no dimensionamento dos quantitativos de sua proposta, devendo complementá-los caso o previsto inicialmente em sua proposta não seja satisfatório para o atendimento ao objeto da licitação, exceto quando ocorrer algum dos eventos arrolados nos incisos do § 1º do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993.

Sobre o tema, convém trazer à colação entendimento firmado pela AGU, por meio do PARECER n. 00109/2021/GAB/PFEUFRR/PGF/AGU,

(...)A legislação tributária (Lei 9.718/98) abre a possibilidade de diferentes regimes tributários para as empresas, tais como o SIMPLES, o Lucro Presumido e o Lucro Real. A participação em cada um desses regimes pode ser uma faculdade ou não para a empresa.

82. Cada um desses regimes ostenta peculiaridades próprias. A título de exemplo, no Lucro Real, o regime de incidência é não cumulativo, sendo a alíquota máxima da COFINS de 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento) e a do PIS 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento)[2], ao passo que, no Lucro Presumido, vige o regime da incidência cumulativa e tais alíquotas são, respectivamente, de 3% (três por cento) e 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento).

83. Nos procedimentos licitatórios as diferentes possibilidades de tributação têm relação direta com a proposta apresentada pela licitante, pois a depender da alíquota aplicada os valores por ela apresentados podem ser maiores ou menores. Esse fato, evidentemente, pode torná-la vencedora ou não do certame.

84. O questionamento central que se põe é se a empresa pode apresentar na sua proposta alíquotas menores daquelas a que está obrigada por força do seu enquadramento pela tributação pelo lucro presumido ou real. A discussão faz sentido porque a diferença de alíquotas é considerável e reflete diretamente no valor da proposta, o que pode influenciar decisivamente no resultado da licitação.

85. Pois bem, em princípio, deve-se dizer que nos termos do art. 71 da Lei de Licitações, a licitante é responsável pela sua proposta e deve arcar com as consequências de eventual erro, assim, independentemente, da alíquota cotada em sua proposta, em hipótese nenhuma transfere à Administração a responsabilidade pelos encargos fiscais.

(...)

88. Dessa forma, se a licitante apresentou alíquota tributária inferior àquela que, de fato, está obrigada a recolher, deverá ela arcar com a diferença a ser recolhida. Afinal, a relação tributária se estabelece entre a licitante e a União. Nesse caso, o órgão licitante figura tão somente como responsável pela retenção dos tributos informados na nota fiscal emitida.

89. Sobre o tema, o Parecer Nº 0044/2019/DECOR/CGU/AGU e o Despacho de Aprovação Nº 0161/2020/DECOR/CGU/AGU do Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos, é deveras esclarecedor:

PARECER Nº 0044/2019/DECOR/CGU/AGU EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE ENTENDIMENTO ACERCA DE MATÉRIA REFERENTE À “DESONERAÇÃO DE FOLHA DE PAGAMENTO”. I - É de cada empresa a responsabilidade pela cotação correta dos encargos tributários, devendo o setor responsável da Administração Pública aplicar a legislação vigente e analisar a adequação dos encargos previstos, quando da análise das propostas apresentadas na licitação. II - Na fase preparatória da licitação, ao fazer uma estimativa de custos, a Administração deverá confeccionar orçamento de referência, no qual considerará o regime tributário que lhe for mais

vantajoso, embora os licitantes possam elaborar suas planilhas de custos e formação de preços com observância do regime tributário a que se sujeitam. III - Caso o licitante adote em sua proposta os critérios constantes do orçamento de referência (se estes não lhe foram aplicáveis), não pode, em hipótese de adjudicação e ulterior contratação, pleitear reequilíbrio econômico do contrato com base nesta discrepância. IV - Durante a análise das propostas, a comissão de licitação ou o pregoeiro deverão analisar a adequação do planilhamento feito pelo licitante com eventual opção ou não pela desoneração previdenciária, tendo em vista que tal diligência é essencial para a verificação da exequibilidade da planilha de formação de preços, bem como para afastar eventuais riscos de inexecução contratual. V - Em contratos vigentes, não deve ser feita a redução unilateral de percentuais de tributos inadequadamente previstos na proposta e superiores ao efetivamente incidentes, porém aceitos pela administração antes da contratação. VI - Na hipótese de em que os percentuais de tributos previstos na proposta são superiores ao efetivamente incidentes, e esta discrepância é identificada apenas depois da contratação, é possível abrir-se negociação para uma redução consensual, sob pena, inclusive, de eventual rescisão contratual ou não prorrogação do contrato. - sem grifos no original

DESPACHO DE APROVAÇÃO Nº 0161/2020/DECOR/CGU/AGU I) a participação em licitação de empresa que se sujeita ao regime tributário diferenciado de que cuida a Lei nº 12.546, de 2011, não ofende a isonomia, ou seja, não há óbice jurídico para que o certame conte com a participação de licitante que seja optante do regime de contribuição previdenciária sobre a receita bruta, em substituição à contribuição incidente sobre a folha de pagamento; II) o licitante pode elaborar sua planilha de custo e formação de preço conforme regime tributário a que se sujeita, cumprindo ao pregoeiro ou à comissão de licitação avaliar a adequação da planilha aos encargos tributários incidentes, o que se recomenda para fins de aferir a exequibilidade da proposta e reduzir riscos de inexecução contratual; III) inexistente o direito do contratado a reequilíbrio econômico nas hipóteses em que a proposta subdimensionou os tributos incidentes; IV) os itens 6.6, 6.6.1 e 6.6.2, do modelo de edital para serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, aprovado no âmbito da Consultoria-Geral da União, determina que "a empresa é a única responsável pela cotação correta dos encargos tributários", assim, "Em caso de erro ou cotação incompatível com o regime tributário a que se submete, serão adotadas as orientações a seguir: cotação de percentual menor que o adequado: o percentual será mantido durante toda a execução contratual; cotação de percentual maior que o adequado: o excesso será suprimido, unilateralmente, da planilha e haverá glosa, quando do pagamento, e/ou redução, quando da repactuação, para fins de total ressarcimento do débito."; e V) após a celebração dos contratos administrativos, há respaldo jurídico para a redução unilateral de percentuais de tributos inadequadamente previstos na proposta e superiores ao efetivamente incidentes, desde que haja previsão editalícia.

90. No caso em tela, o edital regulamentador do certame contém disposição expressa sobre a cotação correta dos encargos tributários e da manutenção do percentual menor durante toda a execução contratual: 6.6. A empresa é a única responsável pela cotação correta dos encargos tributários. Em caso de erro ou cotação incompatível com o regime tributário a que se submete, serão adotadas as orientações a seguir: 6.6.1 cotação de percentual menor que o adequado: o percentual será mantido durante toda a execução contratual; 6.6.2 cotação de percentual maior que o adequado: o excesso será suprimido, unilateralmente, da planilha e haverá glosa, quando do pagamento, e/ou redução, quando da repactuação, para fins de total ressarcimento do débito.

91. Da mesma forma, o edital prevê expressamente sobre o regime tributário da empresa implicar no recolhimento em percentuais variáveis e que, no momento do pagamento, serão retidos na fonte os percentuais estabelecidos na legislação vigente:

6.7. Se o regime tributário da empresa implicar o recolhimento de tributos em percentuais variáveis, a cotação adequada será a que corresponde à média dos efetivos recolhimentos da empresa nos últimos doze meses, devendo o licitante ou contratada apresentar ao pregoeiro ou à fiscalização, a qualquer tempo, comprovação da adequação dos recolhimentos, para os fins do previsto no subitem anterior. 6.8. Independentemente do percentual de tributo inserido na planilha, no

pagamento dos serviços, serão retidos na fonte os percentuais estabelecidos na legislação vigente.

Na esteira do entendimento apresentado pela SEGET (0459820) e, a fim de corroborar os argumentos ora expostos, colacionamos a seguir o Acórdão 410/2008 - Plenário, do TCU:

9.3.1.1. desclassificação da empresa Servegel Apoio Administrativo e Suporte Operacional Ltda. com base no subitem 4.2.7 do Edital do Pregão Presencial 4/2008, a despeito de:

9.3.1.1.1. a situação apresentada pela empresa encontrar amparo em expresso comando legal, consoante o que dispõe o art. 10, inciso VII, alínea 'b' da Lei 10.833/2003, c/c arts. 1º e 2º, §§ 3º e 4º, da IN/SRF 480/2004;

9.3.1.1.2. o comando contido no subitem 4.3 do edital prever solução diversa da desclassificação para o caso de verificar-se, nas propostas, impropriedades na cotação dos tributos sobre os serviços licitados;

Bastante explicativo é o voto do relator Augusto Sherman Cavalcanti, no acórdão supracitado:

2. Trata-se de representação formulada por empresa licitante, com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, noticiando supostas irregularidades no Pregão Presencial 4/2008, promovido pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). O certame sub examine tem por objeto a contratação de empresa especializada para prestação dos serviços de limpeza, asseio e conservação dos prédios do aludido Ministério, com fornecimento de todos os materiais de consumo, equipamentos e mão-de-obra necessários a execução dos serviços, conforme termo de referência anexo ao instrumento convocatório (fls. 33/48).

3. Preliminarmente, entendo que esta Corte de Contas deve conhecer da presente representação, porquanto preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno/TCU.

4. Quanto ao mérito do pedido cautelar, manifesto, desde já, minha concordância com a análise procedida pela unidade instrutiva, sem prejuízo das considerações que passo a tecer.

5. O primeiro ponto a merecer o exame deste Tribunal, penso eu, situa-se na desclassificação da empresa representante, ocorrida, como visto, em virtude de, supostamente, não ter atendido ao disposto no subitem 4.2.7 do edital em questão, o qual previa a necessidade de constar da proposta de preços informação "sobre qualquer situação que permita cobrança diferenciada de tributos", cuja comprovação deveria ocorrer no ato da proposta, por meio de declaração do IRPJ comprovando lucro presumido no caso da Cofins.

6. A mencionada desclassificação, esclareço, ocorreu por força de a representante, tributada pelo regime do lucro real, ter apresentado, em sua proposta, alíquota de 3,00% (três por cento) para a Cofins, a qual se refere à tributação por lucro presumido, sem, contudo, apresentar a documentação prevista no subitem 4.2.7 do

edital.

7. Assim, essa situação, à primeira vista, poderia levar-nos a concluir ser acertada a decisão adotada pela pregoeira. Todavia, consoante razões expostas pela unidade instrutiva, uma análise mais detalhada da matéria indica, aparentemente, que a tributação em questão deva, de fato, dar-se pelo lucro presumido, in casu, por expressa determinação legal, nos termos do que dispõe o art. 10, inciso VII, alínea "b", da Lei 10.833/2003, c/c arts. 1º e 2º, §§ 3º e 4º, da IN/SRF 480/2004, não sendo necessária, portanto, a apresentação da documentação requestada. Transcrevo, a bem da clareza, os citados dispositivos, in verbis:

"Lei 10.833/2003

(...)

Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º:

(...)

VII - as receitas decorrentes das operações:

(...)

b) sujeitas à substituição tributária da COFINS;"

"IN/SRF 480/2004

Art. 1º Os órgãos da administração federal direta, as autarquias, as fundações federais, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades em que a União, direta ou indiretamente detenha a maioria do capital social sujeito a voto, e que recebam recursos do Tesouro Nacional e estejam obrigadas a registrar sua execução orçamentária e financeira no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi) reterão, na fonte, o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e a Contribuição para o PIS/Pasep sobre os pagamentos que efetuarem às pessoas jurídicas, pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços em geral, inclusive obras, observados os procedimentos previstos nesta Instrução Normativa.

(...)

Art. 2º

(...)

§ 4º O valor da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep, a ser retido, será determinado, aplicando-se as alíquotas de 3% (três por cento) e 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento), respectivamente, sobre o montante a ser pago.

§ 5º As alíquotas de 3,0% (três por cento) e de 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) aplicam-se inclusive na hipótese de as receitas de fornecimento de bens ou de prestação de serviço estarem sujeitas ao regime de não-cumulatividade da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep ou aos regimes de alíquotas diferenciadas" (grifei).

8. No contexto da legislação acima transcrita, a proposta da representante, no que se refere à cotação da alíquota da Cofins, observou a legislação aplicável à espécie, não se mostrando razoável, prima facie, a exigência da documentação prevista no subitem 4.2.7 do edital.

9. Não bastasse isso, observo que o edital do pregão em exame, em seu subitem 4.3,

prevê solução diversa da desclassificação para o caso de a proposta omitir ou cotar incorretamente tributos, custos e despesas diretos ou indiretos, nos seguintes termos:

“4.3. Quaisquer tributos, custos e despesas diretos ou indiretos omitidos da proposta ou incorretamente cotados, serão considerados como inclusos nos preços, não sendo considerados pleitos de acréscimos, em nenhuma hipótese”.

10. Diante de tal previsão editalícia, penso que a pregoeira não estava, a princípio, autorizada a desclassificar empresa cuja proposta contivesse alguma das impropriedades listadas, devendo, ao contrário, adotar a fórmula instrumentalizada no subitem acima transcrito, para o fim de adequar a proposta.

Por fim, rememora-se manifestação da SELIT (0447150), tomada nos autos do processo sei n. 0004316-40.2022.4.06.8000, que dada a pertinência faço a seguir sua transcrição naquilo que couber:

(...) V.I. DAS ALÍQUOTAS COTADAS PARA PIS E COFINS:

Os licitantes, quando tributados pelo regime de incidência não-cumulativa de PIS e COFINS, devem cotar na planilha de custos e formação de preços as alíquotas médias efetivamente recolhidas dessas contribuições. Isso porque as empresas submetidas a tal regime, conforme normativos vigentes, podem realizar a contabilização e utilização de créditos oriundos e 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.

Independentemente do regime tributário da empresa, aqueles tributos (PIS/COFINS) serão retidos na fonte pelo órgão contratante, podendo ser compensados futuramente quando for o caso, configurando antecipação de receita, sendo os percentuais fixados objetivamente na IN/RFB 1.234/2012, ou seja, 3,0% para COFINS e 0,65% para PIS/PASEP. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União já reafirmou que independentemente de os percentuais utilizados pela empresa serem distintos daqueles que os órgãos deverão reter, tal circunstância não denota razão para desclassificação da licitante.

ACÓRDÃO Nº 1673/2022 - TCU - 2ª Câmara. 16

1.7.1. (...) desclassificação indevida da empresa (...), em razão de que os percentuais de PIS/Cofins utilizados em sua proposta terem, supostamente, contrariado o edital, a despeito de: i. os arts. 2º e 3º, §§ 4º e 5º, da IN/RFB 1.234/2012 estabelecerem que o órgão público deve fazer a retenção do PIS e da Cofins, aplicando-se, sobre o montante a ser pago, respectivamente as alíquotas de 3% (três por cento) e 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento), inclusive, nas hipóteses em que as receitas decorrentes do fornecimento de bens ou da prestação do serviço estejam sujeitas ao regime de apuração da não cumulatividade da Cofins e do PIS ou à tributação a alíquotas diferenciadas; (...)"

De acordo com o art. 9º da IN/RFB 1.234/2012, o valor do imposto e das contribuições sociais retidos será considerado como antecipação do que for devido pelo contribuinte em relação ao mesmo imposto e às mesmas contribuições e poderá ser compensado ou deduzido pelo contribuinte que sofreu a retenção de acordo com as particularidades. Portanto, não se vislumbra prejuízo nem para o órgão nem para empresa arrematante da licitação.

TCU - Informativo 232/2015

1. A Administração deve observar, em suas contratações, a prática de preços de mercado, de acordo com o princípio da economicidade, não cabendo questionar os custos tributários efetivamente incorridos pelas contratadas, tampouco remunerá-las ou apontar sobrepreço de acordo com esses custos. A efetiva carga tributária de cada empresa é matéria intrínseca de sua estrutura administrativa e componente de

sua estrutura de custos, a qual não deve servir de base para remunerações contratuais.

Há que se esclarecer que as planilhas de custos e formação de preços, como o próprio nome diz, servem de base para que as licitantes calculem seus custos e possam formular o preço a ser ofertado no certame licitatório.

O fato de na planilha constar percentuais de tributos a serem retidos e/ou recolhidos em valor menor que o real não implica que a licitante fará o recolhimento de tais tributos no percentual ali previsto, vez que se trata de percentual médio de PIS e COFINS realizada com base em faturamento e crédito tributário estimados. O valor de qualquer tributo decorre da Lei e a empresa fica obrigada a cumpri-la independentemente do percentual cotado em sua proposta. Além disso, o percentual de imposto depende do resultado financeiro da empresa que somente será auferido no final de cada exercício financeiro. Portanto, é subjetivo de cada empresa, tendo caráter personalíssimo.

Diante do exposto, verifica-se, portanto, que não existe irregularidade na aceitação da proposta de preços da empresa declarada vencedora, mormente no que toca a cotação do percentuais de PIS e COFINS, pois, que, aquela apresentou os documentos comprobatórios em conformidade com o que dispõe a legislação aplicável. Ademais, a empresa é a única responsável pela cotação correta dos encargos tributários, tal entendimento é, ainda, reafirmado no PARECER n. 00109/2021/GAB/PFEUFRR/PGF/AGU, que dispõe que:

"Nos procedimentos licitatórios as diferentes possibilidades de tributação têm relação direta com a proposta apresentada pela licitante, pois a depender da alíquota aplicada os valores por ela apresentados podem ser maiores ou menores. (...) Dessa forma, se a licitante apresentou alíquota tributária inferior àquela que, de fato, está obrigada a recolher, deverá ela arcar com a diferença a ser recolhida. Afinal, a relação tributária se estabelece entre a licitante e a União. Nesse caso, o órgão licitante figura tão somente como responsável pela retenção dos tributos informados na nota fiscal emitida. (...) É de cada empresa a responsabilidade pela cotação correta dos encargos tributários, devendo o setor responsável da Administração Pública aplicar a legislação vigente e analisar a adequação dos encargos previstos, quando da análise das propostas apresentadas na licitação. (...) A contratada é responsável pela sua proposta e deve arcar com as consequências de eventual erro, assim, independentemente, da alíquota cotada em sua proposta, em hipótese nenhuma transfere à Administração a responsabilidade pelos encargos fiscais."

Quanto aos percentuais utilizados em outros processos licitatórios, cabe ressaltar que é direito da empresa contribuinte efetuar eventuais retificações e substituições em suas demonstrações contábeis quando devido. De acordo com o art. 11, §1º da Instrução Normativa RFB nº 1.252, de 2012, com a redação dada pela IN 1.387, de 2013:

Art. 11. A EFD-Contribuições, entregue na forma desta Instrução Normativa, poderá ser substituída, mediante transmissão de novo arquivo digital validado e assinado, para inclusão, alteração ou exclusão de documentos ou operações da escrituração fiscal, ou para efetivação de alteração nos registros representativos de créditos e contribuições e outros valores apurados.

§ 1º O direito de o contribuinte pleitear a retificação da EFD-Contribuições extingue-se em 5 (cinco) anos contados do 1º (primeiro) dia do exercício seguinte àquele a que se refere a escrituração substituída.

Por fim, vale destacar a o AGRAVO DE INSTRUÇÃO Nº 0068262-17.2012.4.01.0000/MG – proferido pelo Poder Judiciário – Tribunal Regional Federal da Primeira Região, sobre o assunto em discussão:

(...) Se outro percentual da contribuição advier á pessoa jurídica quando da apuração contábil do exercício financeiro a proposta e tampouco o encargo da Administração Pública, conforme já assentado. É ônus a ser suportado pela licitante e o fato não conduz ao reajuste do preço ou reequilíbrio contratual. (...) Diante de todo o exposto, estando à proposta de preços, bem como a planilha de custos e formação de preços e os documentos de habilitação da empresa declara vencedora em estrita conformidade com o edital e seus anexos, não resta outra conduta ao pregoeiro senão manter seu aceite e a respectiva habilitação da empresa. Vê-se, portanto, que

a pretensão formulada pela recorrente está em total desconhecimento com a legislação em vigor e assente jurisprudência.

Ainda, em conformidade com o disposto nos itens 4.3 a 4.6 do Edital, em cotejo com o item 10.5.3.1 do Termo de Referência, a licitante assume inteira responsabilidade pelos percentuais cotados em sua proposta, reproduzido a seguir:

4.3. Nos valores propostos estarão inclusos todos os custos operacionais, encargos previdenciários, trabalhistas, tributários, comerciais e quaisquer outros que incidam direta ou indiretamente na execução do objeto.

4.4. Os preços ofertados, tanto na proposta inicial, quanto na etapa de lances, serão de exclusiva responsabilidade do licitante, não lhe assistindo o direito de pleitear qualquer alteração, sob alegação de erro, omissão ou qualquer outro pretexto.

4.5. Se o regime tributário da empresa implicar o recolhimento de tributos em percentuais variáveis, a cotação adequada será a que corresponde à média dos efetivos recolhimentos da empresa nos últimos doze meses.

4.6. Independentemente do percentual de imposto inserido na planilha, no pagamento serão retidos na fonte os percentuais estabelecidos na legislação vigente.

10.5.3.1. Os percentuais cotados para PIS e COFINS são de inteira responsabilidade da licitante e não será admitida repactuação ou reequilíbrio em função de cotação de percentuais equivocados.

Ademais, na consta das razões de recurso provas e/ou circunstâncias robustas que motivem a desclassificação da empresa declarada vencedora.

Nesse particular, assim se pronunciou a pregoeira: *“Em análise à exequibilidade da proposta, além da análise técnica feita durante a aceitação da proposta que concluiu pela sua exequibilidade, houve a ratificação da empresa de que sua proposta é exequível para a prestação dos serviços e de que está ciente que eventuais pedidos de reequilíbrio não serão abarcados por equívoco no dimensionamento da proposta. Ademais, verificou-se que a diferença de valor da proposta da recorrida para a segunda e terceira colocadas do certame é muito baixa (vencedora - recorrida: R\$ 25.841,28 / segunda colocada: R\$ 26.138,00 / terceira colocada: R\$ 26.590,00), diferenças entre 1% e 3%, descaracterizando possível inexecutabilidade da proposta.”*

A propósito, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1ª, afirma que a parte interessada deve comprovar que os valores estimados na proposta não demonstram a realidade dos custos apresentados, conforme descrito abaixo:

“A eventual inexecutabilidade da proposta vencedora do procedimento licitatório não pode ser presumida. É necessário que a parte interessada demonstre cabalmente que o preço cotado não corresponde à realidade dos custos.(TRF 1ª. Região. 6ª Turma. AMS nº 2001.34.00.018039-0/DF. DJ 22. Set. 2003)”

“2. A mera alegação unilateral da impetrante de descumprimento do edital ou de proposta inexecutável, por parte da empresa vencedora, não é suficiente a desfazer a adjudicação e a contratação firmada, eis que indispensável prova técnica a tanto, não efetivada na espécie. (TRF 1ª Região. 3ª Seção. MS n' 01000393010/BA. Processo nº 200201000393010. DJ 2 jun.2003 Revista Fórum Administrativo - Direito Público. V.29. ano 3.jul.2003 - p.2555.)”

Ressalta-se também que, a luz de entendimento do TCU, as planilhas de formação de preço ostentam importância relativa, face seu caráter subsidiário, de modo que ocorrendo erros, a empresa vencedora assumirá o ônus de possíveis falhas não sendo motivo, por si só, para sua desclassificação:

“[...] este Tribunal vem reiteradamente decidindo que a planilha de formação de

preços apresentada pela licitante tem importância relativa, dado o seu caráter subsidiário para fornecer à Administração elementos necessários à avaliação da viabilidade da proposta. Dessa forma, veda-se o formalismo exagerado quando da apreciação do demonstrativo no processo licitatório, não sendo motivo para desclassificação de licitantes desconformidades sanáveis em seu conteúdo (ex vi dos Acórdãos nº 1990/2008, 1791/2006 e 2104/2004, e da Decisão nº 111/2002, todos do Plenário). 13. Ademais, o Acórdão nº 963/2004- Plenário deixou consignado, no item 52 do Relatório que o fundamentou, que "caso a planilha apresentada pelo licitante esteja dissonante do previsto em lei e, ainda assim, for considerada exequível e aceita pela Administração, caberá ao licitante suportar o ônus do seu erro". 14. Nesse sentido, o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 impõe que constituem responsabilidade do contratado os encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, inclusive eventuais erros ou distorções apresentados na planilha de formação de preços.15. Com efeito, o edital deve ser observado sob o princípio da razoabilidade para fins de assegurar o atendimento ao interesse público com a escolha da melhor proposta para a Administração pública." (Acórdão 2371/2009, Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler).

Diante dos argumentos ora expostos e, tendo em vista que foram assegurados os direitos de petição, ampla defesa, contraditório e publicidade, especialmente no que tange à aplicação dos recursos financeiros da Administração, bem como, após análise das razões e contrarrazões, verifica-se que foram cumpridos os procedimentos e garantias previstos na legislação regente, não havendo, portanto, elementos jurídicos que imponham o acolhimento pela Autoridade Superior.

6. CONCLUSÃO

Ante o exposto, esta Assessoria entende cabível a rejeição do recurso interposto pela empresa CAPE INCORPORADORA DE SERVIÇOS LTDA., conforme razões apresentadas pela Pregoeira e pela área técnica face à constatação do atendimento aos princípios da legalidade, publicidade e vinculação ao edital.

À consideração superior.

VILSON SANTANA DA ROCHA JÚNIOR

Chefe da ASJUD/DIGER/PRESI

Documento assinado digitalmente

1. TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade solidária do advogado parecerista na licitação e a posição do STF. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n.º 1605, 23 nov. 2007, pp. 7-8. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10689/a-responsabilidade-solidaria-do-advogado-parecerista-na-licitacao-e-a-posicao-do-stf>. Acesso em: 20 jun. 23.

2. Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:
I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;
II - atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

§ 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação.

§ 2º Quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento e já tiver sido encerrada, não caberá exclusão de licitante por motivo relacionado à habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

3. Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do [Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 \(Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro\)](#).



Documento assinado eletronicamente por **Vilson Santana da Rocha Junior, Assessor(a)-chefe**, em 22/09/2023, às 17:24, conforme art. 1º, § 2º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://sei.trf6.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **0474124** e o código CRC **2593D910**.

Av. Álvares Cabral, 1805 - Bairro Santo Agostinho - CEP 30170-001 - Belo Horizonte - MG - www.trf6.jus.br
0000597-13.2023.4.06.8001

0474124v2