

**RESPOSTA AO QUESTIONAMENTO
PREGÃO PRESENCIAL INTERNACIONAL Nº 011/2012**

Em atenção aos questionamentos realizados por empresas interessadas nesta licitação, temos a informar:

1 - O Edital permitiu a participação de empresas estrangeiras e empresas nacionais no certame, estabelecendo-se determinados critérios para a equalização das propostas.

Nos termos do item 9 da justificativa para a adoção do pregão presencial internacional, indicou-se expressamente que “Quando há participação de empresa estrangeira e empresa nacional no mesmo certame, o Pregoeiro recebe as propostas em Real e em moeda estrangeira e em seguida, para fins de disputa, acrescenta obrigatoriamente (previsão em Edital) ao preço da concorrente estrangeira o percentual equivalente aos gravames (tributação) destacado na proposta da empresa nacional. Ou seja, é realizada pelo Pregoeiro a equanimização das propostas de forma a evitar privilégios ou favorecimentos às ofertas apresentadas por empresas estrangeiras, pois sobre estas a carga tributária brasileira não incide nos moldes a que está sujeita a empresa nacional”.

O item 11 da referida justificativa reitera que “o fato de os preços ofertados por empresas brasileiras estarem tributados e os das empresas estrangeiras não sofrerem aumento por conta de tributação, em nada afeta o resultado final da disputa quando adotado o Pregão Presencial, já que os gravames que incidem sobre as empresas nacionais são aplicados às empresas estrangeiras para equiparação das propostas”.

Ademais, o edital estabelece que as propostas deverão ser apresentadas conforme o modelo do anexo II F – Carta de Apresentação da proposta de preços (item 5.1.1, letra ‘b’).

Ao estabelecer a forma de equalização das propostas apresentadas pelas licitantes estrangeiras às nacionais, o edital previu o seguinte (item 5.1.8):

“5.1.8 As licitantes estrangeiras deverão compor sua planilha da mesma forma que as licitantes brasileira, conforme modelo do Anexo II – F, utilizando os tributos abaixo relacionados:

ICMS: 17% (Sede da Valec)

PIS: 1,65%

COFINS: 7,60%

Indicou-se que “Os tributos acima foram estipulados considerando que caso seja vencedora do certame seja empresa estrangeira, a nacionalização será feita em nome da VALEC, que possui sede em Brasília – DF.” (item 5.1.9). A planilha constante do Anexo II – F reflete tal incidência.

No entanto, a regra de equalização das propostas dos licitantes estrangeiros não é apta a promover a efetiva equalização de tais propostas.

Afinal, no caso do licitante nacional, considerando-se que o processo de nacionalização é de obrigação da empresa contratada, há incidência adicional de ICMS, PIS e COFINS, quando da transferência dos trilhos nacionalizados para a VALEC.

Ou seja, não incidem apenas os tributos sobre a atividade de importação propriamente dita (e que estão previstos pelo edital), mas também os tributos sobre aoperação de transferência (venda) dos trilhos para a VALEC, após a sua nacionalização.

A despeito disso, o edital não considerou a necessidade de que as propostas das licitantes estrangeiras seja também acrescida de tais tributos incidentes sobre a operação de transferência dos trilhos das empresas nacionais para a VALEC.

Assim, considerando-se que:

(a) O edital estabelece que os licitantes deverão considerar todos os custos incidentes sobre o fornecimento “inclusive quanto à consideração de isenções ou incidências de custos, seguros, frete, montagem, garantia, responsabilidade técnica, transporte, tributo, imposto, contribuições fiscais, contribuições parafiscais, taxas (SISCOMEX, de companhia aérea, do RADAR, da licença de importação, de desembaraço aduaneiro, de armazenagem alfandegária, capatazia e outras que se fizerem necessárias), custo com o manuseio de carga, inclusive, porventura, com serviços de terceiros ou mão de obra, devidos no país de origem ou no Brasil, conforme o caso, e outros que venham a incidir direta ou indiretamente no objeto licitado” (item 5.1.6).

(b) O edital também define no item 6.2.7 que “Será da exclusiva e total responsabilidade do licitante obter, dos órgãos competentes, seja no exterior, seja no Brasil, informações sobre a incidência ou não de tributos, impostos e taxas de qualquer natureza devidas para o fornecimento do objeto desta licitação, nos mercados interno e/ou externo, considerando os respectivos gravames nas suas propostas, não se admitindo alegação de desconhecimento de incidência tributária ou outras correlatas”.

(c) O próprio edital reconhece a necessidade de efetiva equalização das propostas apresentadas pelos licitantes estrangeiros às propostas dos licitantes nacionais “de forma a evitar privilégios ou favorecimentos às ofertas apresentadas por empresas estrangeiras, pois sobre estas a carga tributária brasileira não incide nos moldes a que está sujeita a empresa nacional” e que “os gravames que incidem sobre as empresas nacionais são aplicados às empresas estrangeiras para equiparação das propostas”;

(d) O TCU já reconheceu, no âmbito da instrução realizada no processo TC 024.644/2012-9, atinente ao edital da concorrência internacional 004/2012, a invalidade da restrição à participação de empresas nacionais ou empresas estrangeiras em funcionamento no Brasil, recomendando-se que fosse dada ciência à VALEC de que:

“a) A vedação à participação no certame de sociedades empresárias brasileiras, sociedades empresárias estrangeiras legalmente em funcionamento no Brasil e sociedades empresárias reunidas sob a forma de consórcio, estabelecida no subitem 3.1.3, alíneas “a” e “f”, do edital (versão 14/SET/2012), ofende o disposto no art. 3º, caput e § 1º, incisos I e II, da Lei 8.666/1993;

b) Em sua versão original, o edital do certame se ressentia de regras que permitam:

b.1) que as sociedades empresárias brasileiras e sociedades empresárias estrangeiras legalmente em funcionamento no Brasil, se vencedoras do certame, nacionalizem a carga e emitam a correspondente nota fiscal em nome da Valec;

b.2) a adequada comparação entre as propostas de empresas estrangeiras e as de empresas brasileiras ou estrangeiras legalmente em funcionamento no Brasil, dado que estas últimas, para que possam emitir a correspondente nota fiscal, incorrerão nos custos relativos à nacionalização dos trilhos”;

(e) A regra de equalização constante dos itens 5.1.8 e 5.1.9 do edital e refletida na planilha constante do Anexo II – F não considerou os tributos incidentes sobre a operação subsequente de transferência dos trilhos dos licitantes nacionais para a VALEC, após a sua nacionalização;

Desse modo, reputa-se que, além dos tributos e alíquotas previstos nos itens 5.1.8 e 5.1.9 do edital e na planilha constante do Anexo II – F, (1) as empresas nacionais deverão igualmente cotar os tributos incidentes sobre a operação de transferência/venda dos trilhos para a VALEC, após a sua nacionalização, conforme obrigação que lhes é imposta pelas respectivas leis tributárias e pelo próprio edital (itens 5.1.6 e 6.2.7), incluindo-os na planilha que deverá acompanhar a sua proposta de preços e (2) esses mesmos tributos incidentes sobre a operação de transferência deverão ser igualmente acrescidos às propostas dos licitantes estrangeiros, além dos tributos já previstos nos itens 5.1.8 e 5.1.9 do edital, a fim de se assegurar a sua devida equalização e evitar qualquer tratamento privilegiado aos licitantes estrangeiros.

Pede-se que seja confirmado se está correto esse entendimento, promovendo-se os imprescindíveis ajustes nos itens 5.1.8 e 5.1.9 do Edital, na Planilha constante do Anexo II – F do edital e nos itens 8.2.1 e 8.2.2 do Termo de Referência.

Caso não seja confirmado esse entendimento, pede que VALEC explicita as razões pelas quais (i) considera que tal entendimento não está correto, tal como previsto na Lei 9.784/1999 e (ii) seria possível a instituição de privilégio – não admitido pela Constituição e nem pelas Leis 8.666/93 e 10.520/2002 – em favor de empresas estrangeiras.

RESPOSTA: Impende destacar que o princípio da isonomia é aplicável quando a licitação estiver aberta a estrangeiros, para que não ocorra discriminação prejudicial ao licitante estrangeiro, e para proibir tratamento desfavorável ao licitante nacional. Sendo assim, todos os licitantes devem possuir tratamento equivalente.

Nesse sentido, o §4º do art. 42, da Lei nº 8.666/93, dispõe: “§4º - Para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda”.

Entretanto, deve-se ter cautela na interpretação do § 4º, para evitar resultado inconstitucional. Segundo Marçal Justen Filho:

“Não seria cabível o simples acréscimo de valores às propostas de estrangeiros, correspondendo à carga tributária imposta ao licitante brasileiro. Isso somente seria admissível se essa

tributação fosse efetivamente devida ao Fisco brasileiro, hipótese em que a proposta deveria toma-la em consideração.¹

Ressalte-se que a Administração deverá selecionar, mesmo na licitação internacional, a proposta mais vantajosa, sob todos os aspectos, observando o princípio da economicidade.

Sendo assim, a proposta do licitante estrangeiro deve ser respeitada em seus termos, sendo inviável produzir complexos cálculos a propósito de regimes fiscais.

Mister salientar que deve-se ter enorme cuidado na aplicação do § 4º, do art. 42, da retro citada lei. Segundo Marçal *“A dita equalização somente se produz quando a proposta do licitante estrangeiro acarretar algum tipo de despesa para a Administração Pública, despesa essa que não haveria no tocante a proposta do licitante nacional.”²*

No presente caso, não haverá despesa maior para a Administração Pública em relação à proposta do licitante estrangeiro, posto que a nacionalização deve ser feita necessariamente em nome da VALEC, sendo que esta empresa pública de modo algum incorrerá na dita segunda tributação relacionada ao PIS, COFINS e ICMS. Isso porque o bem já será nacionalizado em seu nome e não precisará ser-lhe transferido, não incorrendo, portanto, nos supra citados tributos decorrentes da venda.

No que atine as licitantes nacionais, os gravames decorrentes dos impostos que as oneram exclusivamente e, no caso, não oneram a Administração Pública em razão de estarem contidos no preço, devendo ser suportados pelos próprios licitantes, não oneram a administração pública e por esta razão não carecem de equalização.

Dessa feita, não deve haver a mencionada equalização, tendo em vista que a proposta das licitantes estrangeiras não acarreta despesa para a Administração Pública maior que as dos licitantes nacionais, nem tampouco as propostas das licitantes nacionais ensejam *per si*, maiores despesas para a administração pública, porque tais tributos decorrentes da transferência constituem custos diretos da licitante e não da administração em si.

É cediço que em todo caso, a Administração Pública deverá perseguir a proposta mais vantajosa. Sendo assim não há proveito em se equalizar as propostas podendo deixar de auferir um custo final para a administração efetivamente menor em razão da distorção nos preços que poderá gerar a equalização de tais tributos.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 672.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Op cite*

Em relação a todas as demais despesas e encargos tributários, o licitante é exclusivamente responsável. Sendo certo que tais despesas são custos diretos e, a modalidade de licitação será por preço global, tais encargos devem ser incorporados à proposta do licitante, arcando este com os reais custos da operação de transferência. Até mesmo porque o edital prevê a entrega do bem livre e desembaraçado, englobando os custos totais da efetivação da operação, atendendo sobremaneira ao princípio da isonomia.

Ademais, assim como não pode haver tratamento anti-isonômico, também não poderá haver privilégio em relação a licitante nacional.

Nesse contexto verifica-se que o princípio da economicidade não pode ser sobrepujado pelo princípio da isonomia, isso se deve à supremacia do interesse público sobre o privado.

Destaque-se, ainda, que se o entendimento fosse no sentido de que sempre que se apurasse que a tributação fosse menor no estrangeiro e fosse promovida a oneração

correspondente, se conduziria à inviabilidade do julgamento das propostas e retrataria expediente indireto e inválido para beneficiar as empresas nacionais, gerando situação correspondente a incentivo o que não é o objetivo pretendido pela norma e nem tampouco permitido pelos fins da licitação.

O caráter supostamente anti-isonômico aviltado pela requerente, na verdade já se encontra devidamente equalizado, e não decorre do edital, mas sim das Leis que impõem a tributação relativa à atividade da venda/transferência da mercadoria para a VALEC, da legislação aduaneira que determina a obrigatoriedade das licitantes nacionais de desembarçarem o produto em seu nome, para depois revenderem-no e de outra sorte, na mesma situação, determina obrigatoriedade para a licitante estrangeira de nacionalizar o produto em nome da VALEC.

Assim, o alegado caráter anti-isonômico supostamente empreendido na regra da licitação, não decorre do edital e, portanto, também por esta razão não há que gerar modificação neste, ou considerá-lo ilegal, visto que obedece ao que dispõe a legislação pertinente.

Além disso, a equalização das propostas entre as empresas brasileiras e estrangeiras serviria na verdade, para gerar um caráter anti-isonômico no âmbito das empresas brasileiras participantes do certame.

Referido caráter anti-isonômico, adviria do fato de que nem todas as empresas brasileiras terão oneração no preço final de venda de seu produto em razão da tributação incidente na transferência de titularidade, a chamada segunda tributação de PIS, COFINS E ICMS.

As empresas brasileiras que operem pelo regime tributário de “lucro real”, poderão optar pela utilização do regime não cumulativo ara o PIS e Cofins, e assim terão a possibilidade de compensar a incidência de PIS e Cofins na importação com a segunda incidência em razão da transferência.

Ou seja, havendo a compensação não incorrerão no segundo pagamento relativo aos tributos mencionados.

Por outro lado, em relação ao ICMS, as empresas que estejam inscritas como contribuintes do imposto, que serão aquelas que tenham por hipótese perspectiva de realizar operações tributáveis pelo ICMS, poderão se valer do sistema de crédito e débito.

Visto que o ICMS é imposto por natureza não cumulativo, poderá haver compensação do ICMS devido no desembaraço do bem, operação anterior, com o incidente na subsequente operação de circulação da mercadoria, que se opera com a transferência do bem, desde que a empresa importadora seja contribuinte do ICMS.

Sendo assim, caso se configure a equalização das propostas das licitantes estrangeiras com as brasileiras em razão da segunda incidência de PIS, Cofins e ICMS, haveria realmente a implementação de regramento anti-isonômico, em relação as empresas brasileiras entre si e entre estas e as estrangeiras.

Isso porque as brasileiras que tenham a possibilidade de compensação dos tributos em análise estariam em desvantagem, bem como as estrangeiras que não incidem verdadeiramente nesta segunda tributação estariam sendo prejudicadas em razão da majoração de seu preço final.

Apenas as empresas que operam pelo Regime Tributário de “lucro presumido” que não terão a opção de beneficiar-se da compensação terão de fato a oneração do preço final de venda dos produtos em razão da incidência de PIS e COFINS na transferência.

Do mesmo modo, apenas aquelas que não sejam contribuintes do ICMS, terão que arcar com o pagamento do imposto, pois as contribuintes poderão compensá-lo com a primeira operação pagando apenas a diferença das alíquotas, caso exista, não onerando seu preço final de venda.

Nesta seara, não seria razoável, impor as empresas estrangeiras a inclusão em no preço a ser ofertado na licitação, em relação a tributos que não oneram seu preço de real de venda, nem tampouco à administração, em razão de uma suposta isonomia que nem sequer existe de fato entre as licitantes estrangeiras, em razão de regramentos tributários próprios a seus regimes de operação, completamente alheios e anteriores ao certame.

Novamente, cumpre salientar que as possíveis discrepâncias que possam haver em razão da tributação incidente para cada licitante, devem estar incluídas em seu preço ser por estas discriminadas e suportadas.

Frise-se por importante que a impossibilidade de equalização, nesse caso, decorre principalmente do fato de que os tributos em questão não oneram a Administração Pública *per si*, decorrem da lei e não do edital e que a real oneração do preço final de venda não é equânime nem para as licitantes brasileiras. Sendo assim, não deve servir para que a Administração Pública seja, portanto, penalizada, não podendo se valer da proposta mais vantajosa, ferindo o princípio da economicidade que deve permear seus atos.

Por fim, destaca-se a alegação da requerente, aposta nas páginas 1 e 2 do questionamento, onde transcreve os itens 9 e 11 das justificativas da adoção do pregão presencial, ambas fazem referência a equiparação das propostas.

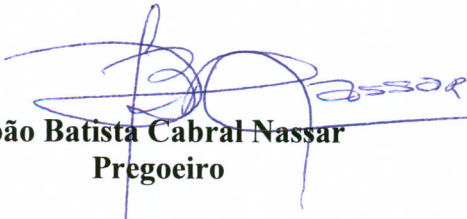
No parecer da Assessoria Jurídica, as páginas 352 do presente processo, foi referido que no item 9, acima mencionado, constava referência a equanimização das propostas, sem que contudo houvesse fórmulas para tanto, ou discriminação dos impostos a serem equalizados.

Entretanto, ao final da peça consultiva fora sugerido que fossem adotadas o modelo do Pregão Presencial nº 01/2011, do Departamento da Polícia Federal, para licitação de helicóptero, que não continha em suas premissas a equalização das propostas em razão da tributação diferenciada para as licitantes estrangeiras e brasileiras.

A recomendação em comento foi acatada, excluindo-se das cláusulas do edital, as que tratavam da fórmula de equalização, contudo, ao que nos parece, devido a um erro material, os itens 9 e 11 das justificativas da adoção do pregão presencial, não foram igualmente retiradas do edital.

Como a permanência de tais itens pode ocasionar interpretação diversa da opção escolhida para a comparação das propostas, como ocorreu no caso ora respondido, sugerimos se proceda a correção do edital com a retirada dos itens 9 e 11, das justificativas da adoção do pregão presencial, às páginas 3 e 4 do instrumento convocatório.

Brasília, 11 de janeiro de 2013.


João Batista Cabral Nassar
Pregoeiro