

A QUESTÃO DA EQUALIZAÇÃO DOS PREÇOS OFERECIDOS POR COOPERATIVAS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

Sidney Bittencourt

Conforme já nos pronunciamos em outras oportunidades, inclusive em artigo sobre o tema publicado em obra jurídica¹, defendemos a participação incondicional de cooperativas em licitações públicas, em virtude, em síntese, de serem reconhecidas legalmente como sociedades civis, dotadas de capacidade jurídica (titulares de direitos e obrigações), estando, assim, plenamente aptas para exercitar direitos e contrair obrigações, o que significa que podem celebrar contratos, nada existindo que impeça que tais acordos sejam celebrados com a Administração Pública.²

Sem adentrarmos aos pontos fundamentais dessa discussão, nossa análise aqui se debruçará sobre um tópico muito discutido nessas contratações, defendido, inclusive, por alguns poucos juristas: a equalização das propostas.

Em nossa ótica, é totalmente descabida a tentativa de equalizar propostas em licitações, através de cláusula específica do edital, visando a neutralização dos benefícios outorgados às cooperativas pela Constituição Federal e pelo ordenamento jurídico, por entendermos que, se o princípio é o da livre iniciativa e a Constituição estabeleceu estas distinções, não está autorizado o agente público, ao elaborar os editais ou julgar recursos, estabelecer distinções, negando esse tratamento beneficiado oferecidos a essas sociedades. Nessa linha de raciocínio posicionou-se também a administrativista e professora Maria Silvia Zanella Di Pietro, em explanação em um fórum de debates em SP em 1998.

Defendemos tal posicionamento por entendermos não ser possível a adoção de critérios de equalização das propostas comerciais apresentadas pelas cooperativas com as apresentadas pelas demais licitantes, incorporando-se aos preços oferecidos por aquelas os tributos e encargos trabalhistas que oneram as ofertas realizadas pelas demais proponentes, uma vez que cada licitante comparece ao certame e, de acordo com sua estrutura e constituição, dele participa.

Entendemos ainda que, se tal procedimento fosse adotado para as cooperativas, situação semelhante deveria ocorrer para as micro e pequenas empresas, o que, em verdade, não ocorre na prática.

Convém alertar que a Administração, em qualquer tipo de licitação, mesmo na chamada de menor preço, está sempre na busca da melhor proposta. Dessa forma, não deve(m) o(s) agente(s) público(s) designado(s) para conduzir qualquer procedimento licitatório pautar(em)-se, para a tomada de decisão, somente no preço oferecido em termos absolutos, mais sim procurar(em) a proposta que, atendendo as condições preestabelecidas, faça com que o Poder Público despenda o mínimo possível de dinheiro público, sem, evidentemente, deixar de pagar um preço justo.

Destarte, é necessário que, no julgamento, sejam avaliadas as propostas considerando-se o tipo da pessoa jurídica ofertante, buscando não a equalização – impondo sobre ela uma penca de encargos que ela não possui – mas sim objetivando conhecer o que de real a Administração pagará pelo objeto pretendido, no caso de contratação efetiva.

É claro que é preciso ser equânime no julgamento, mas não pode a Administração, em nenhuma hipótese, gastar mais do que poderia, em termos globais, apesar do preço apresentado ser o menor.

Equalização, em termos gramaticais, visa compensar distorções.

Equalização, nos termos adotados no âmbito licitatório, de acordo com a regra estabelecida no § 4º do art. 42 da Lei nº 8.666/93 – voltada, no caso, para os preços de licitações internacionais –, busca a compensação de distorções, atendendo, portanto, a acepção do vernáculo, pois consiste numa fictícia elevação de preços ofertados pelos licitantes estrangeiros ou numa redução dos apresentados pelos brasileiros, visando viabilizar uma compensação de tributação (do PIS e COFINS, principalmente) que onera somente os licitantes brasileiros.

Para viabilizá-la, a lei dispõe de um mecanismo estranho, também muito questionado pela doutrina, que determina, para fins de julgamento, que as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros sejam acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda.

Deve o administrador, entretanto, ser cauteloso no cumprimento dessa determinação legal, porquanto descabe, por ferir o princípio da igualdade, o simples acréscimo de valores às propostas dos estrangeiros.

Marçal Justen avalia bem o tema: "Mais precisamente, incumbe ao licitante estrangeiro observar as condições do edital. Cabe-lhe arcar com o pagamento de tributos incidentes sobre as operações e receitas. A proposta do licitante estrangeiro deve ser respeitada em seus termos, sendo inviável produzir complexos cálculos a propósito de regimes fiscais etc. Ou seja, o licitante estrangeiro será o único responsável pelo pagamento de tributos eventualmente incidentes sobre as atividades relacionadas à execução do contrato. Daí deriva a inviabilidade de o Fisco recalcular propostas em função de 'tratados para evitar dupla tributação'. Incumbe ao licitante realizar esses cálculos. Se omitir, inevitavelmente, consideração acerca de custo tributário, tanto pior para ele. Ou custeará esses valores através de sua margem de lucro ou se caracterizará a inexecutabilidade da proposta, com a consequente desclassificação. O que não se admitirá será a modificação do valor da proposta, acrescentando-se (para fins de julgamento) o valor equivalente aos tributos.

Somente se produz a dita equalização 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. Quanto a todas as demais despesas e encargos tributários, o licitante é responsável por eles. Por outro lado, cada Estado contempla sistema tributário próprio, que contribui para formação dos custos do licitante. Assim, não teria o menor cabimento aplicar à proposta oriunda do estrangeiro o custo arcado pelo licitante nacional atinente à seguridade social. No exemplo, cogitar-se-ia de verificar as alíquotas das contribuições de seguridade social. Sempre que se apurasse que, no estrangeiro, a tributação fosse menor, promover-se-ia a oneração correspondente. Essa interpretação conduz à inviabilidade do julgamento das propostas e retrata expediente indireto e inválido para beneficiar as empresas nacionais.

A regra do § 4º teria cabimento de aplicação na medida em que houvesse tratamento tributário distinto entre brasileiros e estrangeiros, em face da lei brasileira. Mas, em tal

situação, a solução seria outra. Haveria inconstitucionalidade da lei brasileira. Ou, quando tal não ocorresse, ter-se-ia de assegurar a identidade de disciplina fiscal, estendendo-se a brasileiro a vantagem prevista para o estrangeiro. De todo o modo, essas questões não se resolveriam no âmbito da licitação, mas teriam de ser discutidas no foro próprio".³

Diferente é, no entanto, fazer com que o Poder Público efetue um gasto maior em face de tributação diferenciada.

É o que pode acontecer na contratação de uma cooperativa, num certame em que haja disputa entre cooperativas e outros tipos de empresas.

Como é cediço, conforme determina o art. 22, IV, da Lei nº 8.212/91, os tomadores de serviços prestados por cooperativas de trabalho devem recolher ao INSS a alíquota de 15% sobre o valor da fatura. Tal recolhimento, no caso de contrato administrativo, correrá às expensas da Administração.

Na hipótese do contratado ser empresa que não cooperativa de trabalho, a retenção será de 11% do valor bruto da nota fiscal, em nome de empresa, para a seguridade social, nos termos do art. 219 do Decreto nº 3.048/99.

Destarte, constata-se que as alíquotas diferenciadas implicarão diretamente no valor a ser pago, coisa que a Administração não deverá desconsiderar para concluir pela melhor proposta.

Em auspicioso trabalho, Solange Afonso de Lima e Ricardo Alexandre Sampaio destrincharam a matéria e assim também concluem: "Apesar de não fazer parte da contraprestação a ser conferida às cooperativas de trabalho, o que significa dizer que não incorporam os valores da proposta comercial que esta oferecerá, por óbvio, conclui-se que a Administração não poderá tão-somente considerar o valor proposto pela remuneração dos serviços a serem prestados, pois seu ônus com a contratação será 15% superior a este.

Nesse caso, o critério de julgamento pelo menor preço não deve ser entendido somente como a menor remuneração para a contratada mas sim como o menor preço advindo pela contratação pela Administração. O menor preço a ser considerado é aquele que representa o menor desembolso para a Administração, incluindo, assim, os valores a serem pagos como contraprestação pelos serviços prestados, bem como todos os ônus advindos da contratação, tais como taxas, contribuições previdenciárias ou outras obrigações que a lei determinar. O próprio texto do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, ao definir as finalidades da licitação, expõe que a 'licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional de isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração' e não a simples seleção do menor preço constante nominalmente nas propostas apresentadas pelos licitantes. É óbvio que a proposta mais vantajosa para a Administração será aquela que apresentar o menor dispêndio de dinheiro público para a efetivação da contratação, o que nem sempre se reflete na proposta cujo o preço é o menor."⁴

Demonstrando com exemplo prático, os juristas ilustram claramente a situação: "Imaginemos que uma cooperativa tenha apresentado o menor preço e que este seja R\$

100,00 (cem reais), enquanto o segundo colocado (não cooperativa) apresentou oferta de R\$110,00 (cento e dez reais). Mesmo sendo menor o preço apresentado pela cooperativa, se efetivada a contratação com esta, a Administração assumirá um ônus maior do que se firmasse o contrato com o segundo colocado, pois uma vez recolhida a contribuição para a Seguridade Social (encargo este da contratante - Administração) o real gasto da Administração com esse contrato seria de R\$ 115,00 (cento e quinze reais) e não somente os R\$100,00 (cem reais) constantes da proposta."

Com exemplo prático, os juristas ilustram e demonstram claramente a situação: "Imaginemos que uma cooperativa tenha apresentado o menor preço e que este seja R\$ 100,00 (cem reais), enquanto o segundo colocado (não cooperativa) apresentou oferta de R\$110,00 (cento e dez reais). Mesmo sendo menor o preço apresentado pela cooperativa, se efetivada a contratação com esta, a Administração assumirá um ônus maior do que se firmasse o contrato com o segundo colocado, pois uma vez recolhida a contribuição para a Seguridade Social (encargo este da contratante -Administração) o real gasto da Administração com esse contrato seria de R\$ 115,00 (cento e quinze reais) e não somente os R\$100,00 (cem reais) constantes da proposta."

Assim, concluem, como nós, que, quando do julgamento de propostas apresentadas por cooperativas cuja prestação de serviços sofra a incidência do recolhimento pelo próprio Poder Público da alíquota referente ao INSS, caberá à Administração considerar, tão-somente para efeito de julgamento, o ônus que a proposta apresentada pela cooperativa representar, isto é, o valor acrescido da contribuição imposta por lei, e não somente o valor apresentado pelo particular em questão na sua proposta comercial.

Em nossa opinião tal mecanismo não caracteriza qualquer tipo de equalização, porquanto não objetiva qualquer compensação de deformação, mas sim uma precisa avaliação do dispêndio da Administração.

Também somos de parecer que o assunto não precisa ser disciplinado no edital, por ser justo, correto e de fácil entendimento. Todavia, para não dar "panos para manga", parece mais conveniente o seu disciplinamento nos instrumentos convocatórios.

Notas

¹ Livro "Questões polêmicas sobre licitações e contratos administrativos", 2^a edição, Temas & Idéias Editora.

² A doutrina, por larga margem, converge para a mesma opinião: Marcos Juruena Vilella Souto, Benedicto de Tolosa Filho, Ivan Barbosa Rigolin, Marçal Justen Filho, Maria Silvia Zanella Di Pietro, Aline Paola Camara de Almeida, Flávio Amaral Garcia,, Massao Saito, Paolo Spilotros, Francisco Rezende Filho, Francisco Mauro Dias, Solange Afonso de Lima, Ricardo Alexandre Sampaio, Clovis Boechat, dentre vários outros.

³ "Comentários à lei de licitações e contratos administrativos", Ed. Dialética, 7^a ed, pág. 425.

⁴ "As propostas apresentadas pelas cooperativas e seu verdadeiro ônus para a Administração", ILC, nº 76, Ed. Zênite,. Junho 2000.