



PARECER Nº 324 /DJCN/2012

**INTERESSADO:** DIRETOR DE ENGENHARIA - DE.**REFERÊNCIA:** RECURSO HIERÁRQUICO INTERPOSTO PELO CONSÓRCIO SULCATARINENSE/EPC, EM 06 DE MARÇO DE 2012.**ASSUNTO:** RECURSO HIERÁRQUICO INTERPOSTO PELO CONSÓRCIO SULCATARINENSE/EPC PARA SE CLASSIFICAR EM 1º LUGAR NO CERTAME.**EMENTA:** CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 012/DALC/SBFL/2011. SERVIÇOS E OBRAS DE ENGENHARIA NO AEROPORTO DE FLORIANÓPOLIS/SC. CLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTAS DE PREÇO. RECURSO HIERÁRQUICO. EQUÍVOCO NA FIXAÇÃO DA ALÍQUOTA DO PIS. CORREÇÃO DECORRENTE DE IMPOSIÇÃO LEGAL. TRATAMENTO ISONÔMICO. RECOMENDAÇÃO PARA NEGAR PROVIMENTO.

Senhor Consultor Jurídico,

**I – RELATÓRIO**

1. Trata-se de manifestação jurídica sobre o recurso hierárquico apresentado pelo Consórcio Sulcatarinense/EPC, a fim de atender requerimento do Senhor Diretor de Engenharia, nos termos de despacho manuscrito no verso da primeira folha das razões do mencionado recurso (f.43950).

2. Aludido recurso, patrocinado pelo escritório de advocacia AJ & Jacoby Fernandes, foi dirigido ao Senhor Presidente da Infraero, com cópia ao Diretor de Engenharia e ao Superintendente de Licitações.

3. A recorrente ressalta que, em decorrência do primeiro recurso hierárquico por si interposto, foi sanado o “erro aritmético, especificamente de multiplicação, que indevidamente majorou em mais de 1,2 milhões de reais o preço global proposto” (f. 4202 dos autos).

4. Aduz ainda a recorrente que, por ocasião do julgamento de aludido recurso, a comissão de licitação propôs ao Diretor de Engenharia a alteração unilateral das propostas de todos os licitantes para estabelecer como alíquota do PIS o percentual único de 0,65%, sem que isso reflita a realidade tributária das empresas que participaram da licitação.

5. Para a recorrente, ao assim proceder, a Infraero feriu:

“[...] o disposto no art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, que determina a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis com o edital do certame – e não [classificá-las] com atos da comissão de licitação, ao qual a Administração acha-se estritamente vinculada.” (f. 4346).

6. E acrescenta:

“Há que se registrar, por fim, a violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, pois, mantido o entendimento acerca da aplicação uniforme da alíquota de 0,65%, aqueles que contemplaram suas propostas de preços com o percentual de 1,65% **devem ser desclassificados**, por não atenderem ao ‘preconizado na legislação’, segundo o entendimento da INFRAERO, e vice-versa.” (f. 4352).

7. Além de ferir o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, segundo a recorrente, houve ofensa ao princípio da igualdade ou da isonomia:

“[...] a legislação impede a utilização de qualquer elemento, critério ou fator subjetivo que possa, mesmo que indiretamente, elidir o princípio da igualdade entre os licitantes, tal como o de igualar, sem fundamento jurídico, as alíquotas de PIS dos participantes desta Concorrência nº 012/2011.” (f. 4347).

8. E reforça a ofensa ao princípio da igualdade, nos seguintes termos:

“[...] toda alteração de propostas – que é um documento de cunho **privado** – pode gerar benefícios a um ou outro licitante em detrimento dos demais, gerando efeitos vedados pela Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/92.” (f. 4347).

9. Para a recorrente a decisão recorrida também afronta o princípio da segurança jurídica e a IP nº 233/DA/DE/2008, que trata das regras pertinentes à composição do BDI na Infraero.

10. Nesse sentido, anotou:

“Ao se mudar o entendimento acerca da aplicação da alíquota do PIS (de até 1,65% se a licitante for optante da apuração do IRPJ pelo lucro real ou a alíquota máxima de 0,65% no caso de opção pelo regime de tributação lucro presumido), **no curso** da licitação e contrariamente à norma interna, **viola-se a segurança jurídica** necessária à correta condução do certame e expõem-se todos os agentes que adotaram essa deliberação.

Causa-se com isso embaraços quanto ao julgamento das propostas apresentadas pelas licitantes, posto que, mantendo o entendimento já consagrado no Edital, seria possível aos licitantes agirem em conformidade com seus regramentos, e não depender de entendimento alheio ao instrumento convocatório, modificando regra já estabelecida e, pior, com o certame ainda em andamento.” (f. 4351).

11. Ainda na quadra da segurança jurídica, de certo modo, reconhecendo a plausibilidade da decisão recorrida, após discorrer vastamente sobre a matéria recursal, a recorrente pugna:

“Caso haja o entendimento de que a alíquota do PIS deva ser fixada, em definitivo, num único percentual, que este seja aplicável a partir de um marco temporal a ser estabelecido pela Administração no futuro, preservando-se os atos praticados até então, em homenagem, principalmente, ao princípio da segurança jurídica.” (f. 4359).

12. Por fim, requereu a sua classificação em 1º lugar no certame, mediante prévia oitiva do órgão jurídico. Pleiteou, em seguida, a instauração de processo administrativo

a fim de verificar a adequação do IP nº 000.000.000.000, que tem de ser aplicada a legislação de regência para, somente depois, se for o caso, aplicar a alíquota única de PIS, no percentual de 0,65%, nas licitações promovidas pela Infraero, cujos objetos sejam obras e serviços de engenharia.

13. Em contrarrazões, o Consórcio Aeroportos do Brasil, classificado em 1º lugar, afirmou que não prospera a argumentação da recorrente no sentido de ser vedado à Infraero utilizar-se do instituto da “autotutela” para adequar todas as propostas ao percentual do PIS, conforme Lei específica acerca de obras de engenharia.

14. Argumenta ainda que, ao “aplicar na proposta de preços de todos os licitantes uma alíquota do PIS de 0,65%”, a comissão não provocou “prejuízo jurídico para quem quer que seja” (f. 4367).

15. E emenda:

“Illegal seria adotar o procedimento sugerido pela recorrente, i. e., que a referida redução de alíquota somente a ela beneficiasse, preterindo assim os demais concorrentes [...]” (f. 4368).

16. Aduz, também, que “não há nada de novo em admitir que a Administração Pública ajuste o preço ofertado, para fins de, em tese, adequar a efetiva carga tributária incidente diretamente na prestação que é objeto da licitação”<sup>1</sup>, citando a previsão legal de revisão contratual, sempre que haja extinção ou alteração tributária (art. 65, § 5º, da Lei nº 8.666/1993).

17. Por derradeiro, requer a improcedência do recurso.

## **II – FUNDAMENTAÇÃO**

### **II – 1 – DO CABIMENTO DO RECURSO**

18. Trata-se de recurso contra decisão proferida, originariamente, pelo Diretor de Engenharia em sede de recurso para correção de erro aritmético, cujo efeito, no entendimento da recorrente, seria a alteração de sua classificação no julgamento das propostas de preço, do 3º para o 1º lugar.

19. A recorrente satisfaz os pressupostos recursais subjetivos, porque é parte legítima, vez que participa da licitação e tem interesse recursal, haja vista que teve a pretensão de se classificar em 1º lugar não atendida, nos termos da decisão ora recorrida.

20. No plano dos pressupostos recursais objetivos, há ato administrativo de cunho decisório contrário aos interesses da recorrente e a petição manejada para reverter essa situação é tempestiva, bem como apresenta fundamentação e contém pedido de nova decisão, inclusive de autoridade diversa da que julgou o primeiro recurso.

WA

<sup>1</sup> p. 8

21. Importante ressaltar ainda que o fato de as razões de recurso terem sido dirigidas ao Presidente da Infraero e não à autoridade que proferiu a decisão recorrida, conforme preconiza o art. 109, § 4º, da Lei nº 8666, de junho de 1993, e o § 1º do art. 56 da Lei nº 9784, de 29 de janeiro de 1999, não obstaculiza o conhecimento e julgamento do respectivo recurso, porque eventual erro formal na interposição do recurso, não pode sobrepor-se ao direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa, notadamente em razão do princípio da fungibilidade recursal.

## **II – 2 – DA AUTORIDADE OU INSTÂNCIA COMPETENTE PARA JULGAMENTO DO PRESENTE RECURSO**

22. Observa-se que o recorrente se insurge contra decisão do Diretor de Engenharia, datada de 27 de fevereiro de 2012, conforme relatório de instrução de recursos administrativos de fls. 4294/4302.

23. Logo, por força do art. 56, § 1º, da Lei nº 9784/1999, o recurso em exame deveria ter sido dirigido à autoridade que proferiu a decisão recorrida, a qual, se não a reconsiderar no prazo de 5 (cinco) dias, o encaminhará à autoridade superior.

24. Neste caso, consoante o disposto no inciso XVII do art. 29 do Estatuto Social da Infraero, a autoridade superior para conhecer e julgar o presente recurso é a Diretoria Executiva.

## **II – 2 – DO MÉRITO DO RECURSO**

25. A análise do mérito do recurso em destaque se resolve com a resposta a seguinte pergunta: a Infraero pode adequar o preço global proposto pelas licitantes, ajustando a composição da taxa de BDI, por intermédio da redução do PIS de 1,65% para 0,65%, em obediência ao art. 8º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e art. 10 c/c 15, inciso V, da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003?

26. A recorrente enumerou os princípios jurídicos, do seu ponto de vista, violados, aventando sobre possível transgressão a comando da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) e da Lei de Licitações, mediante favorecimento à proposta vencedora.

27. Com efeito, os princípios arrolados foram os da vinculação ao instrumento convocatório, da isonomia e da segurança jurídica.

28. Segundo argumentação da recorrente, a Infraero, ao reclassificar as propostas de acordo com uma única alíquota de PIS, no percentual de 0,65%, desrespeitou o instrumento convocatório, favoreceu as duas licitantes melhores colocadas, tratou igualmente empresas com regimes tributários diferenciados e instaurou a insegurança jurídica, porque, no curso do certame, mudou as regras do edital.

29. O desrespeito não existe.

30. Imperioso ressaltar que a Infraero deve obediência, em última instância, à Lei.

101

31. Assim, embora haja a IP nº 233/DA/DE/2008 para direcionar o órgão requisitante de procedimento licitatório e aquele que elabora o edital, a estatal aeroportuária apenas deve obedecê-la se em conformidade com a Lei.

32. Desse modo, ao constatar a antijuridicidade do edital, esta empresa pública se comportou nos exatos termos da Lei de regência da alíquota do PIS para obras de engenharia.

33. Nesse diapasão, ensina o prof. Ronny Charles Lopes de Torres<sup>2</sup> que:

“O edital não é lei entre os licitantes, é regra de competição que precisa, obrigatoriamente, adequar-se aos ditames legais e aos princípios correlatos.”

34. E justifica<sup>3</sup>:

“Embora se costume usar a expressão de que o edital é a lei da licitação, deve ser emprestada relativa cautela a essa assertiva, **em primeiro porque o edital não tem status de lei, tanto que não pode afrontar ou fugir aos ditames impostos pela legislação**; caso o faça, será passível de impugnação. Em segundo, determinadas regras editalícias, exacerbadamente formais, poderão ser suprimidas pelo aplicador do direito se sua obediência literal conspurcar os princípios licitatórios ou atentar contra a competitividade e o interesse público.” (destaques nossos).

35. O insigne prof. Carlos Pinto Coelho Mota<sup>4</sup> vai ainda mais adiante e pontifica que:

“Entretanto, mesmo em face dos firmes parâmetros fixados no art. 40 da Lei ora em comentário, **o edital pode apresentar falhas e dar margem a eventualidades e imprevistos. Estes logicamente devem ser solucionados com base no teor, nos princípios e nos valores da Lei de Licitação.**” (destaques nossos).

36. A Infraero nada mais fez do que, diante de uma falha do edital, danosa ao interesse público, aplicar a Lei diretamente ao julgamento das propostas, evitando a nulidade do processo licitatório, sem prejuízo da observância dos princípios basilares da licitação: legalidade, isonomia, julgamento objetivo, competitividade.

37. Portanto, correta a decisão do Diretor de Engenharia, calcada na instrução da comissão de licitação, de se utilizar de alíquota única do PIS, na reclassificação das propostas de preço da Concorrência Internacional nº 012/DALC/SBFL/2011, por ocasião da instrução do primeiro recurso hierárquico interposto pelo Consórcio Sulcatarinense/EPC.

38. Em abono à decisão da Infraero, o Acórdão nº 2369/2011 – Plenário, de 09/09/2011, decidiu, consoante estudo elaborado pela 1ª Secretaria de Fiscalização de Obras do Tribunal de Contas da União (SECOB/TCU), sobre parâmetros aceitáveis de taxas de Bonificação e Despesas Indiretas (BDI) a serem aplicados em obras e serviços de engenharia, ressaltando acerca da alíquota do PIS:

<sup>2</sup> Leis de Licitações Públicas Comentadas. Salvador: Editora JusPodivm, 2ª edição, 2009, p.31.

<sup>3</sup> Ob. cit, p. 31.

<sup>4</sup> Eficácia nas Licitações e Contratos. Belo Horizonte: Del Rey, 11ª Edição, 2008, p. 113.

“O primeiro refere-se às alíquotas do PIS e da COFINS. A legislação que trata desses dois tributos é complexa e passa por constante renovação. De forma resumida, pelo disposto na Lei n. 10.637/2002, na Lei n. 10.833/2003, na Lei n. 10.865/2004 e na Lei n. 10.925/2004, são reconhecidos dois regimes de incidência desses tributos, quais sejam:

a) Regime de incidência cumulativa:

O chamado ‘PIS/COFINS cumulativo’ é a forma mais antiga de incidência destas contribuições, que consiste na cobrança dos tributos sobre o faturamento das pessoas jurídicas, pela venda de produtos ou prestação de serviços. Nesse regime, a base de cálculo é o total das receitas da pessoa jurídica, sem deduções em relação a custos, despesas e encargos; e as alíquotas de contribuição para o PIS e da COFINS são, respectivamente, 0,65% e 3,00%. As pessoas jurídicas de direito privado, inclusive as que lhes são equiparadas, que apuram o IRPJ com base no lucro presumido ou arbitrado, estão sujeitas à incidência cumulativa.

b) Regime de incidência não cumulativa:

Este regime permite o desconto de créditos apurados com base em custos, despesas e encargos da pessoa jurídica. Nesse caso, as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS são, respectivamente, 1,65% e 7,60%. As pessoas jurídicas de direito privado, e as que lhes são equiparadas pela legislação do imposto de renda, que apuram o IRPJ com base no lucro real, estão sujeitas à incidência não cumulativa.

Observe-se que a pessoa jurídica cuja receita bruta total, no ano-calendário anterior, tenha sido superior a R\$ 48.000.000,00 ou a R\$ 4.000.000,00 multiplicado pelo número de meses de atividade do ano-calendário anterior, quando inferior a doze meses, estão obrigadas ao regime de tributação com base no lucro real.

Nesse contexto, com o advento do PIS/COFINS não-cumulativo, a apuração das contribuições no regime cumulativo tornou-se a exceção à regra de apuração. No entanto, o art. 8º da Lei n. 10.637/2002 e o art. 10 da n. Lei 10.833/2003 apontam as pessoas jurídicas e receitas **que permanecem sujeitas ao regime cumulativo**. Dentre elas, destacam-se: i) as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado; ii) as pessoas jurídicas optantes do SIMPLES; iii) **as receitas decorrentes da execução por administração, empreitada ou subempreitada de obras de construção civil, até 31/12/2015 (Lei n. 12.375/2010)**.

Assim, as obras de construção civil, inclusive as receitas decorrentes da execução por empreitada de obras de construção de estações e redes de distribuição de energia elétrica (Jurisprudência RFB, Consulta n. 68, de 17 de março de 2008), **permanecem sujeitas ao regime cumulativo, ou seja, contribuem para o PIS e a COFINS utilizando as alíquotas de contribuição de 0,65% e 3,00% do faturamento bruto, respectivamente.** (grifo nosso).

39. Registra-se que o Tribunal de Contas da União, no mesmo Acórdão, generalizou o PIS aplicável em diferentes tipos de obras civis, ou seja, obras de edificações – construção, reforma com ampliação, obras hídricas: irrigação e canais, saneamento básico e redes adutoras, obras portuárias, **aeroportuárias (pátios e pistas, e terminal de passageiros)**, rodovias e ferrovias, **estabelecendo que o percentual a ser adotado é de 0,65%**. Reproduz-se proposta de BDI insculpida no mencionado Acórdão, a qual é perfeitamente aplicável ao certame em epígrafe:

WA

INDICADORES AEROPORTUÁRIAS - PAÍSES E ILHAS DE FOLSO						
DESCRIÇÃO	MÍNIMO		MÁXIMO		MÉDIA	
	A.CENTRAL	LUCRO	A.CENTRAL	LUCRO	A.CENTRAL	LUCRO
ADMINISTRAÇÃO CENTRAL - LUCRO						
Até R\$ 150.000,00	4,40%	8,50%	6,40%	10,50%	5,40%	9,35%
De R\$ 150.000,01 até R\$ 1.500.000,00	3,90%	8,00%	5,90%	10,00%	4,90%	8,85%
De R\$ 1.500.000,01 até R\$ 75.000.000,00	3,40%	7,50%	5,40%	9,50%	4,40%	8,35%
De R\$ 75.000.000,01 até R\$ 150.000.000,00	2,90%	7,00%	4,90%	9,00%	3,90%	7,85%
Acima de R\$ 150.000.000,00	2,40%	6,50%	4,40%	8,50%	3,40%	7,35%
DESPESAS FINANCEIRAS	0,50%		1,50%		1,00%	
SEGUROS, RISCOS E GARANTIAS	0,32%		2,25%		1,22%	
Seguros	0,00%		0,81%		0,36%	
Garantias	0,00%		0,42%		0,21%	
Riscos						
Obras simples, em condições favoráveis, com execução em ritmo adequado	0,32%		0,74%		0,57%	
Obras medianas em área e/ou prazo, em condições normais de execução	0,37%		0,85%		0,65%	
Obras complexas, em condições adversas, com execução em ritmo acelerado, em áreas restritas	0,44%		1,02%		0,78%	
TRIBUTOS	4,65%		6,15%		5,40%	
ISS*	1,00%		até 2,50%		1,75%	
PIS	0,65%		0,65%		0,65%	
COFINS	3,00%		3,00%		3,00%	
BDI						
Até R\$ 150.000,00	21,50%		27,70%		24,50%	
De R\$ 150.000,01 até R\$ 1.500.000,00	20,40%		26,50%		23,30%	
De R\$ 1.500.000,01 até R\$ 75.000.000,00	19,20%		25,30%		22,20%	
De R\$ 75.000.000,01 até R\$ 150.000.000,00	18,10%		24,20%		21,00%	
Acima de R\$ 150.000.000,00	17,00%		23,00%		19,90%	

Obs: (\*) % de ISS considerando 2%, 3,5% e 5% sobre 50% do Preço de Venda - Observar a legislação do Município.

40. Observe, pois, que os índices estabelecidos no referido Acórdão estão em consonância com o art. 8º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e com o art. 10 c/c o inciso V do art. 15, todos da Lei 10.833, de 29 de dezembro de 2003, que altera a legislação tributária federal e dá outras providências, uma vez que determinam a aplicação do percentual de 0,65% para obras engenharia, conforme decisão da comissão de licitação.

41. Logo, ao sugerir a aplicação do percentual de 0,65% a todas as empresas participantes da Concorrência Internacional nº 012/DALC/SBFL/2011, a Infraero agiu nos estritos limites da legalidade para acolher, isonomicamente, a alíquota do PIS, no percentual de 0,65%, nos termos da lei e de Acórdão do TCU, homenageando-se o interesse público na obtenção da proposta de menor preço para execução de obra de engenharia.

42. Ilustra a economicidade alcançada, em razão da decisão da estatal aeroportuária, o quadro abaixo:

LICITANTE	ANTES DA CORREÇÃO DO PIS	APÓS CORREÇÃO PIS 0,65%	ECONOMIA
Consórcio Aeroportos do Brasil	118.405.602,92	117.139.181,91	<b>1.266.421,01</b>
Consórcio S.A. Paulista - Somague	118.849.803,48	117.578.631,48	1.271.172,00
Consórcio Sulcatarinense - EPC	119.495.233,68	118.217.158,40	1.278.075,28

43. Veja, pois, que a compatibilização da alíquota do PIS com as Leis nºs. 10.637/2002 e 10.833/2003, e com o Acórdão TCU nº 2369/2011-Plenário, resultou na

WA

economia de R\$ 1.266.421,01 (hum milhão, duzentos e sessenta e seis mil, e quatrocentos e vinte e um reais e um centavo) para a Infraero.

44. Importante enfatizar que a CF nº 29465/DFCT(CTCC)/2011, de 23 de novembro de 2011, data de abertura do presente certame, corrobora o entendimento de referida comissão.

45. A título ilustrativo colaciona-se trecho de mencionada CF:

“[...] face à mudança da forma de apuração dessas contribuições, ou seja, a incidência cumulativa passou a ser não-cumulativa, o artigo 8º da Lei nº 10637/02 e o artigo 10 da Lei nº 10.833/03 elencou, uma série de situações para as quais o legislador federal entendeu que a tributação deveria permanecer no regime cumulativo, portanto, sujeita à aplicação das alíquotas anteriores (0,65% para o PIS e 3% para COFINS).

(...)

**Assim, as obras e os serviços de engenharia permanecem sujeitas ao regime cumulativo e contribuem para o PIS e a COFINS, às alíquotas de 0,65% e 3%, respectivamente.”** (grifo nosso).

46. Logo, a partir da CF nº 29465/DFCT(CTCC)/2011, de 23 de novembro de 2011, é possível concluir que todo edital de licitação de obras e serviços de engenharia deveria contemplar alíquota de 0,65% para o PIS.

### III – CONCLUSÃO

47. Diante do exposto, proponho que:

a) o recurso seja submetido ao Diretor de Engenharia, que, não reconsiderando a decisão recorrida, em razão dos argumentos deduzidos neste parecer, deverá encaminhar a irrisignação à Diretoria Executiva, na forma do artigo 29, inciso XVII, do Estatuto Social da Infraero;

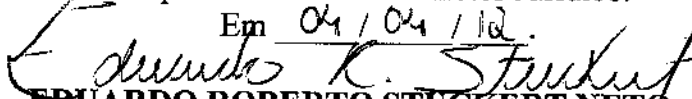
b) a Diretoria Executiva, preliminarmente, conheça do recurso, porquanto presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade, e, no mérito, negue provimento ao apelo, mantendo incólume a decisão recorrida, tendo em vista que não foram apresentados elementos suficientes para infirmá-la, consoante demonstrado neste opinativo.

À consideração de Vossa Senhoria, *sub censura*.  
Brasília, DF, 04 de abril de 2012.

  
**WILHAM ANTONIO DE MELO**  
Consultor Jurídico Adjunto

Aprovo. Ao Senhor Diretor Jurídico.

Em 04/04/12.

  
**EDUARDO ROBERTO STUCKERT NETO**  
Consultor Jurídico