

ILMO. SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES DO BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S/A

PREGÃO PRESENCIAL Nº 0000424/2009

LYRA NETWORK TELECOMUNICAÇÕES LTDA., empresa inscrita no CNPJ/MF 06.649.157/0001-29, com sede na Av. Jandira n 271, loja 02, Moema, na cidade e Estado de São Paulo, por seu representante contratual, abaixo assinado, vem, mui respeitosamente, perante Vossa Senhoria, apresentar, **RECURSO ADMINISTRATIVO** contra a **DECISÃO DO PROEIRO OFICIAL** que declarou vencedora do certame a licitante Empresa Brasileira Industrial, Comercial e Serviços Ltda, com fulcro nos artigos 4º, XVIII da Lei 10.520/02 c/c artigos 109, I,"a", 43, § 3º, 44, § 3º e 48 II, da Lei 8.666/93, e descumprimento aos itens, 6.8, 7.1.3, 8.16 do Edital, dizendo e requerendo o que adiante segue:

I – DA ADMISSIBILIDADE DO PRESENTE RECURSO

A interposição do presente recurso atende, na integra, os requisitos de admissibilidade, senão vejamos:

Conforme se apura da ata de julgamento, a Recorrente, em 03/09/2009, manifestou expressa e tempestivamente sua intenção de Recorrer.

Em atendimento ao disposto no item nº 9.1 do Edital, a Recorrente, em prazo hábil interpõe o presente Recurso Administrativo, que desde já requer seja recebido, lhe seja atribuído efeito suspensivo e ao final seja provido.

II – DAS RAZÕES RECURSAIS

Realizado procedimento licitatório, pregão presencial nº 0000424/2009, cujo objeto, constante no item 1.1, consiste:

"1.1 - O presente procedimento licitatório destina-se à contratação de empresa para prestação de serviço de captura e transporte de transações eletrônicas, originadas em terminais POS ou TEF discados, com tarifação por volume de transações processadas, de acordo com as especificações descritas nos anexos do presente edital."

O respectivo edital de pregão presencial, conforme consta no item 6.3 – Proposta – exige para a aceitação da proposta da licitante a observância dos seguintes critérios:

"6.3 – Nos preços propostos e naqueles que, por ventura, vierem a ser ofertados através de lances verbais, deverão estar inclusos todos os custos necessários à execução do objeto licitado, bem como todos os impostos, encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais, comerciais, taxas, fretes, seguros e quaisquer outros que incidam ou venham incidir sobre o mesmo.

Ocorre, que a Empresa licitante, declarada vencedora – licitante Empresa Brasileira Industrial, Comercial e Serviços Ltda, não cumpriu as exigências expressamente previstas no Edital, em específico, as constantes no item 6.3, do Edital em epígrafe, acima elucidado, senão vejamos:

1. Preço oferecido pela empresa vencedora

A **Empresa Brasileira Industrial, Comercial e Serviços Ltda.**, a vencedora, fez sua primeira proposta com preço inicial de **R\$ 0,0440** por unidade de transação, todavia, denota-se que o respectivo preço ofertado não atende aos requisitos do item 6.3 do respectivo edital, na medida em que não engloba todos os custos necessários para o atendimento ao objeto do edital.

2. Da Composição dos Custos para Formação do Preço

Para atendimento dos serviços objeto do Edital de Pregão Presencial é necessário a utilização de 0800, sendo que o preço por minuto de telecomunicação para números desse tipo nunca são inferiores a um valor entre 4 e 6 centavos de real, com impostos. De igual forma são oferecidos pelas operadoras, unicamente para clientes que consomem grandes volumes mensais, compatíveis com o volume informado pelo BANRISUL no Anexo VII do Edital.

Diante disso, resta evidente o descompasso da proposta apresentada com as exigências dispostas no Edital para a prestação dos serviços mencionados.

De outro tanto, a empresa vencedora terá que montar um ambiente de produção redundante, com Data-Centers distintos e equipamentos distintos com capacidades adequadas ao volume previsto, com investimento mínimo para amortização em 12 meses, duração mínima garantida pelo contrato;

Além disso, a empresa vencedora deve assumir o custo de desenvolvimento e/ou adaptação das ferramentas de monitoração para atender todas as especificações definidas no anexo X do Edital, também com amortização do investimento em 12 meses, bem como os custos de 2 links dedicados, com velocidade mínima de 512 Kbps, girando em torno de R\$ 6.000,00 a R\$ 8.000,00 por mês, conforme preços do mercado;

E mais, a empresa vencedora deve assumir o custo das chamadas não completadas (que não podem ser faturadas), o que geralmente representa em torno de 5% do volume total e os custos da equipe técnica que fornecerá o suporte ao BANRISUL, com o SLA e o nível de atendimento especificado;

O preço ainda deve conter os custos comerciais e administrativos para atender o BANRISUL de forma adequada e concretizar as solicitações do banco ao longo do tempo de vigência do contrato;

Por fim, o preço deve contar todos os impostos incidentes sobre o faturamento realizado (ISS, PIS, COFINS, CSSL, IRPJ), sob pena de não se atender a legislação vigente.

Portanto, resta evidente que o preço oferecido pela empresa vencedora **é obviamente incompatível com a realidade econômica do projeto objeto desta Licitação, ou seja, manifestamente inexequível.**

O artigo 44, § 3º da Lei 8.666/93 é claro ao determinar:

*"§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, **incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado**, acrescidos dos respectivos encargos, **ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos**, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração." (grifo nosso)*

É importante considerar que as ferramentas de monitoração para atender os requisitos do edital são oferecidas no mercado pela empresa recorrente, portanto, não há como a empresa vencedora renunciar a remuneração de materiais e instalações de sua propriedade, pois não as possui.

Diante disso, a empresa recorrente questiona formalmente a validade e exequibilidade da proposta oferecida pela Empresa Brasileira Industrial, Comercial e Serviços Ltda., vencedora da licitação, visto que ofertada em aproximadamente 50% do valor mínimo oferecido pela média das outras licitantes.

3. Das Conseqüências da Proposta Ofertada

É sabido que, na medida em que um fornecedor tem prejuízo ou não gera uma margem de negócios mínima suficiente, não tem condição de fornecer e manter a qualidade do serviço esperado, nem de garantir sua perenidade, colocando em risco os interesses da Administração Pública.

A aceitação de proposta que não esteja baseada em preços possíveis, resultará em uma execução deficitária, com problemas operacionais que não poderão ser resolvidos de mediato sob pena de não atender aos procedimentos elencados na Lei de licitações. A conseqüência imediata é a tentativa de repactuação de preços, paralisação da execução do objeto, ou mesmo a inexecução do contrato.



Conforme o entendimento de nossos melhores doutrinadores acerca de propostas desconformes aponta CARLOS PINTO COELHO MOTTA que:

"a proposta inexecutável constitui-se, como se diz, numa "armadilha" para a Administração: o licitante vence o certame; fracassa na execução do objeto; e não raro intenta, junto ao órgão contratante, reivindicações de revisão de preços, baseadas nos mais engenhosos motivos. Eis a razão de todos os cuidados legais na delimitação da proposta inexecutável!"

Portanto, qualquer dessas conseqüências resultará em prejuízos irreparáveis para o Banco do Estado do Rio Grande do Sul!!!

4. Do Dever de Diligenciar

Dispõe o Art. 44 da Lei de licitações:

*"No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os **critérios objetivos definidos no edital ou convite**, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei." (grifo nosso)*

Conforme apontado nas razões expostas, a empresa vencedora não atende aos critérios objetivos definidos no edital, visto que o preço ofertado é totalmente incompatível com os requisitos mínimos exigidos.

Portanto, deve o Sr. Pregoeiro, conforme determina a Lei, requerer a apresentação formal de toda a documentação que comprove os custos dos insumos necessários a prestação do serviço objeto do edital, sob pena de nulidade do procedimento licitatório.

A Lei 8.666/93, em seu art. 48, inciso II, estabelece que serão desclassificadas:

"II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexecutáveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os

custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação;" (grifo nosso)

De igual forma, deve a empresa vencedora declarar detalhadamente os custos e comprovar a compatibilidade dos mesmos com a realidade de mercado, sob pena de desclassificação.

Esse é o pensamento unânime de nossos doutrinadores, tais como **HELLY LOPES MEIRELLES, em sua obra, Licitação e Contrato Administrativo, 10ª Ed., pág. 142:**

*"A inexecuibilidade manifesta da proposta também conduz à desclassificação. Essa inexecuibilidade se evidencia nos preços zero, simbólicos ou excessivamente baixos, nos prazos impraticáveis de entrega e **nas condições irrealizáveis de execução diante da realidade do mercado.**"*

Registra-se ainda, por oportuno e necessário que, as empresas LYRA NETWORK, ora recorrente e a empresa EMBRATEL são reconhecidas no mercado por serem especializadas no fornecimento de serviços de rede de telecomunicação, e por oferecerem, em geral, as melhores condições de qualidade e de preço, devido ao grande volume de transações que trafegam em suas redes. O fato de elas terem coincidentemente apresentado preços parecidos e muito superiores ao ofertado pela licitante vencedora, reflete a realidade sócio-econômica do mercado, a fim de garantir uma prestação de serviço de qualidade, conforme as exigências definidas pelo BANRISUL no Edital.

Utiliza-se como argumento para abertura de competente diligência administrativa o fato de que, após divulgação dos preços oferecidos pelos participantes, a LYRA NETWORK e a EMBRATEL declararam que poderiam melhorar suas respectivas propostas, todavia, não poderiam oferecer preço inferior ao oferecido pela empresa vencedora, por considerarem inviável economicamente, no contexto do Edital, que prevê o **uso exclusivo de números tipo 0800.**

Diante disso, o preço ofertado pela licitante vencedora é impraticável e sua execução é inviável, devendo ser aberta diligência para a comprovação real dos argumentos expostos anteriormente, pois em desconformidade com o proposto no edital, com a conseqüente desclassificação da licitante vencedora,



o que se requer, com fundamento no Item. 8.16 do mesmo Edital de Pregão Presencial.

5. Da Qualificação Técnica Exigida

Constatou-se de plano que, tanto a vencedora do certame como a segunda colocada, não atendem aos requisitos mínimos exigidos pelo edital para execução dos serviços propostos, tanto de segurança como técnico senão vejamos:

a) Requisitos de Segurança

O Edital estipula no item **6.8.** que cada empresa participante à licitação deve assinar a "Declaração de Conformidade com os requisitos de segurança" fornecida no anexo IV.

Os requisitos de segurança definidos no anexo **V** estipulam na **clausula 1.3.** que **cada empresa candidata deve ser aderente às normas ISO27001, ISO27002 e PCI-DSS.**

Registra-Se, que a empresa recorrente atende plenamente aos requisitos elencados no edital, bem como outras empresas do setor, todavia, é sabido dentre todas as licitantes, quais as empresas que possuem os requisitos exigidos, não sendo o caso da licitante vencedora, tampouco, da licitante que ofereceu a segunda proposta mais baixa.

Assim dispõe o Art. 44 da Lei de licitações:

*"No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os **critérios objetivos definidos no edital ou convite**, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei." (grifo nosso)*

No entanto, para surpresa da recorrente, tanto a empresa vencedora como a segunda colocada, declararam estar em conformidade com os requisitos de segurança definidos no anexo V do edital.

b) Qualificação técnica

O Edital estipula no item **6.8.** que cada empresa candidata deve assinar uma declaração informando a operação de rede de porte mínimo igual a 50% do total solicitado neste edital.

Além disso, o Edital estipula no item **7.1.3.** que cada participante deve fornecer atestado(s) emitido(s) por empresa(s) que comprovam aptidão para execução do(s) serviço(s) da presente licitação, compatível em **características**, quantidades e prazos, sendo vedada a apresentação de atestados fornecidos por uma mesma empresa.

Características que se **referem exclusivamente à prestação de serviços de captura e transporte de transações utilizando o protocolo HDLC, nova tecnologia a ser adotada pelo Banrisul.**

Todavia, constatou-se que a empresa vencedora apresentou somente 01 atestado para comprovar sua operação de porte suficiente, não tendo estrutura disponível e comprovada para atender os requisitos técnicos do Edital.

De igual forma, a empresa segunda colocada - EMBRATEL também não possui estrutura disponível para prestar serviços utilizando a tecnologia HDLC, restando não atendido o Edital neste item.

Nesse passo, a classificação das propostas apresentadas pelas Empresas vencedora e segunda colocada, viola:

- 1- As exigências Expressamente previstas no Edital, item 6.8;
- 2 - Os princípios expressamente previstos na Constituição Federal – impessoalidade - e nas Leis 8.666/93 – Isonomia entre os licitantes;

Insta colacionar decisões proferidas pelo Egrégio TJRS à casos análogos, nos quais houve descumprimento por parte das licitantes dos critérios expressamente previstos no Edital:

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. EXCLUSÃO DAS CONCORRENTES. INOBSERVÂNCIA DOS DITAMES DO EDITAL. Verificado que as licitantes não exibiram a documentação necessária à habilitação, deixando de cumprir às exigências

Rua dos Andradas, nº 1781, Sala 1305 – Centro
CEP: 90020-013 – Porto Alegre/RS
Tel/fax.: 30243205 e 3062 2955

contidas no edital, merece manutenção a sentença em reexame necessário que reconheceu o direito líquido e certo da impetrante e **declarou a inabilitação das concorrentes que não observaram os requisitos essenciais próprios ao certame**. Sentença mantida em reexame necessário. (Reexame Necessário Nº 70014613830, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Armando Bezerra Campos, Julgado em 03/10/2007)

Neste sentir, respeitando a legislação pertinente, colaciona-se a melhor doutrina sobre a matéria, ensinamentos de Marçal Justen Filho em sua obra denominada "Comentários à lei de licitação", "in verbis":

Finalidade de Licitação: a "Vantajosidade" e os Princípios:

A legislação revogada erigia, como finalidade da licitação, a seleção, a seleção da melhor proposta para a Administração . A Lei nº 8.666 afirmou que, além disso, a licitação visa a assegurar a realização do princípio da isonomia. A licitação não se reduz à seleção da proposta mais "vantajosa".

Ou seja, a licitação busca realizar dois fins, igualmente relevante: o princípio da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa. Se prevalecesse exclusivamente a idéia da "vantajosidade" ficaria aberta oportunidade para interpretações disformes. A busca da "vantagem" poderia conduzir a administração a opções arbitrárias ou abusivas. Enfim, poderia verificar-se confusão entre interesses primários e secundários da administração.

A manutenção da classificação das licitantes Empresa Brasileira Industrial, Comercial e Serviços Ltda e EMBRATEL, mesmo diante de descumprimento expresso de requisito constante no Edital – item 6.8, fere de morte os princípios da concorrência, da isonomia e traz indícios de afronta ao princípio da impessoalidade, inerentes aos atos de licitação e contratação pela Administração pública ou equiparados.

Destaque-se que, tais princípios, conjugados com a eficiência e a moralidade, devem nortear qualquer certame.

Neste compasso, também elucidada o jurista:

A Administração Pública está obrigada a gerir os recursos financeiros do modo mais razoável. O princípio da

economicidade pode reputar-se também como extensão do princípio da moralidade.

Significa que os recursos públicos deverão ser administrados segundo regras éticas, com integral respeito à probidade. O administrador público não pode superpor eventuais e egoísticos interesses privados ao interesse público. Não se respeita o princípio da economicidade quando as decisões administrativas conduzem a vantagem pessoal do administrador antes do que ao benefício de toda coletividade.

Mas economicidade significa, ainda mais, o dever de eficiência. Não bastam honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista de gestão dos recursos públicos.

Toda atividade administrativa envolve uma relação sujeitável a enfoque de custo-benefício. O desenvolvimento da atividade implica produção de custos em diversos níveis. Assim, há custos relacionados com o tempo, com a mão-de-obra etc. Em contrapartida, a atividade produz certos benefícios também avaliáveis em diversos âmbitos.

Ressalta-se, houve a classificação e a declaração de vencedora da licitante Empresa Brasileira Industrial, Comercial e Serviços Ltda, mesmo sem a comprovação técnica e de segurança mínima— **CRITÉRIO DE CLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA**. Assim questiona-se: Em que momento haverá a comprovação da capacidade técnica????????????? Após a contratação??????????

A manutenção dos termos supra impugnados, por óbvio, atenta ao caráter competitivo do certame, uma vez que o ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta mais vantajosa, obtida pro meio da oportunidade de uma concorrência isonômica em meio a um universo de concorrentes, de forma que qualquer tentativa de mitigar, injustificadamente, o princípio da concorrência e da isonomia entre os licitantes implica em direta afronta, também, ao princípio da moralidade.

Ademais, é de ser assegurado tratamento igualitário aos interessados que apresentem condições equiparadas, necessárias para contratar com a Administração.

Diante disso, deve a comissão de Licitação diligenciar no sentido de verificar a veracidade das declarações apresentadas com as respectivas



propostas da licitante vencedora e da segunda colocada – EMBRATEL, sob pena de dar tratamento desigual as participantes do certame.

Em consequência disso, por não haver fundamento à subsistência da classificação das Licitantes: Empresa Brasileira Industrial, Comercial e Serviços Ltda e EMBRATEL, importam, desde logo seja dado provimento ao presente recurso para fins de declarar a desclassificação das propostas apresentadas pela empresa vencedora e pela empresa segunda colocada.

c) Da Necessidade de Apresentação de Outras Novas Propostas

No entanto, se outro for o entendimento da douta Comissão de Licitação, que entender por bem desclassificar somente a licitante vencedora, medida que se impõe por necessária e inquestionável, deve ser reaberta a fase de apresentação de novas propostas, a fim de permitir a continuidade da concorrência, atendendo aos princípios da economicidade e da vantajosidade inerentes à administração pública.

Destaca-se, que não foi permitido aos licitantes e a ora recorrente a formalização de lances intermediários, mesmo cientes de que todos os presentes concordavam com a inviabilidade do preço apresentado pela licitante vencedora, devendo necessariamente ser reaberta a fase de apresentação de oferta de preços.

ISSO POSTO, REQUER se digne Vossa Senhoria receber o presente Recurso Administrativo e dar-lhe provimento, para fins de acolher os argumentos supra explanados:

A) Diligenciando no sentido de esclarecer e comprovar os pontos obscuros explanados na presente peça;

B) Desclassificar a proposta apresentada pela licitante Empresa Brasileira Industrial, Comercial e Serviços Ltda com fundamento no item 8.16, por inexecutável, haja vista o não cumprimento dos requisitos dispostos nos item 6.3 do Edital 0000424/2009;

C) Desclassificar as propostas apresentadas pelas licitantes: Empresa Brasileira Industrial, Comercial e Serviços Ltda e EMBRATEL, pelo não



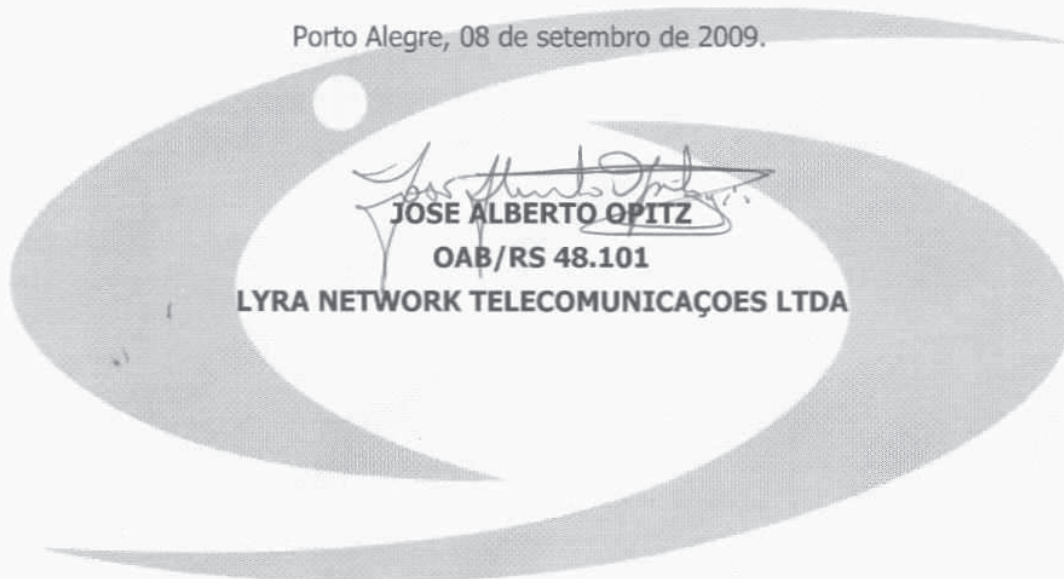
cumprimento dos requisitos dispostos nos item 6.8 do Edital 0000424/2009; o que convola-se em grave violação dos princípio da Isonomia entre os licitantes e da moralidade administrativa;

D) Se outro for o entendimento, reabrir a fase de apresentação de oferta de preços;

E) Outrossim, requer seja atribuído efeito suspensivo ao presente recurso, haja vista a verossimilhança do direito alegado e o perigo na demora, ante a possibilidade da ineficácia da decisão, se proferida somente ao final.

Nesses Termos,
Pede e Espera Deferimento.

Porto Alegre, 08 de setembro de 2009.





ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - BANRISUL

Ref.: Pregão nº 424/2009

EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A – EMBRATEL, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 33.530.486/0001-29, com sede na Cidade do Rio de Janeiro-RJ, na Av. Presidente Vargas, nº 1012, Centro (doravante denominada simplesmente Embratel ou Recorrente), vem, respeitosamente, por sua procuradora que esta subscreve, apresentar suas razões de

RECURSO

em face da decisão que declarou vencedora do certame a Empresa Brasileira Industrial, Comercial e Serviços Ltda. (doravante também denominada Recorrida), requerendo, desde já, a reconsideração de referida decisão e/ou acolhimento das presentes razões, dando-se provimento a este Recurso para que seja desclassificada a proposta da Recorrida e convocada a Recorrente para negociação acerca de sua proposta final.



**A INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA DA RECORRIDA;
NECESSÁRIA DESCLASSIFICAÇÃO**

Merece atenção a proposta da Recorrida no que tange aos preços finais praticados pela mesma.

Isto porque o objeto do presente certame deverá ser prestado através do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC – através de chamadas com tarifação reversa – 0800, as quais, por sua vez, constituem insumo ao serviço principal e cujos valores, ainda mais somados aos outros componentes do serviço licitado, são maiores que os valores finais propostos pela Recorrida, caracterizando, assim, inexecuibilidade do valor final proposto.

Desta forma, deve ser desclassificada a proposta da Recorrida, em conformidade com o disposto no artigo 48 da Lei 8.666/93:

“Art. 48 Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexecuíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

Pois bem. Como se pode vislumbrar claramente (e tanto assim que todas as participantes do certame alegaram inexecuibilidade da proposta vencedora), a Recorrida apresentou valor final com valores inferiores aos viáveis, considerando-se os valores dos insumos do serviço licitado.

P

Somente como argumentação, para que não reste dúvida, vale explicar como se procede a análise de preços predatórios no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC.



Para tanto, busca-se auxílio junto ao “Guia para Análise Econômica da Prática de Preços Predatórios” (Guia), expedido pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – Seae/MF¹, um dos órgãos instrutórios do SBDC².

Primeiramente, cumpre destacar que logo no segundo parágrafo do Guia, a Seae/MF define que a prática de preço predatório é definida na literatura econômica. *In verbis*:

“Na literatura econômica essa conduta [venda injustificada de mercadoria abaixo do preço de custo] é denominada como prática de preços predatórios, e se verifica quando uma firma reduz o preço de venda de seu produto abaixo do seu custo, incorrendo em perdas no curto prazo, objetivando eliminar rivais do mercado, ou possíveis entrantes, para, posteriormente, quando os rivais saírem do mercado, elevar os preços novamente, obtendo, assim, ganhos no longo prazo”.

José Inácio Gonzaga Franceschini sustenta em sua obra³ no capítulo Concorrência e Licitação Públicas - Competência do CADE - reconhecimento - limites, o seguinte:

“Ao CADE falece competência para verificar a legalidade de concorrências públicas, mas tem a obrigação legal de examinar as práticas eventualmente anticoncorrenciais que sejam promovidas pelas empresas licitantes.”

“Afirma o Secretário que o CADE não caberia a competência de analisar os procedimentos licitatórios promovidos pelo Poder Executivo. Com efeito, a Lei 8.666/93 regula o instituto, aplicando as normas cabíveis. Entretanto, a SDE e o CADE não se podem furtar a sua obrigação legal de analisar as práticas anticoncorrenciais que sejam promovidas pelas empresas participantes do processo licitatório. Não se trata de verificar a legalidade da concorrência pública realizada, mas apenas verificar o comportamento das empresas que integram o processo, de modo a garantir o permanente estado de competição entre os agentes econômicos participantes.”⁴

Sobre preços predatórios, o Conselheiro-Relator Antonio Fonseca dispõe que:

“Quem pratica preço predatório, i.e, abaixo do custo passa por um momento inicial de prejuízo que é compensado num momento futuro após a exclusão do concorrente.”⁵

¹ O Guia, expedido pela Portaria n.º70, de 12 de dezembro de 2002, publicada no DOU de 13 de dezembro de 2002, pode ser encontrado em <http://www.fazenda.gov.br/seae>, no item “Guias para Análise Econômica”.

² Além da Seae/MF, há outros dois órgãos que compõem o SBDC, quais sejam, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE/MJ e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça – Cade/MJ.

³ *in* “Lei da Concorrência conforme interpretada pelo CADE”, ed. Singular, fls.301;

⁴ Voto do Conselheiro-Relator, Leônidas R. Xausa, Representação no. 152/93, de 2/12/97;

⁵ Averiguação Preliminar no. 08000.018467/95-06, de 16.07.1997;



Ao definir *dumping* Nicolaides⁶ afirma que:

"A palavra é geralmente empregada como venda de um bem a preço menor que seu preço normal, esclarecendo que existem duas acepções para a expressão "preço normal": preço de venda no mercado interno ou custo de produção."

Seguindo similar entendimento sobre *dumping*, temos que:

"o conceito central de *dumping* como descrito no GATT e em outros lugares é geralmente expressado como venda de produtos para exportação a preço menor que o "valor normal", onde valor normal significa, aproximadamente, o preço pelo qual aqueles mesmos produtos são vendidos no mercado interno ou exportador". E continua esclarecendo que "a margem de *dumping* é igual a diferença entre o preço de venda no mercado interno e o preço da exportação; sendo tal margem positiva, está-se diante de um caso de *dumping* conforme definido no comércio internacional".⁷

Acrescente-se, ainda, no regramento sobre a matéria que:

"Discriminação de Preços - A forma mais tradicional de se praticar o *dumping* é por meio da discriminação de preços entre os mercados."⁸

"Estrutura de Custos para a formação do preço - Como no caso de *dumping* de produtos (mercadorias ou serviços), a estrutura de custos influencia decisivamente no preço final. Sabe-se que uma estrutura tributária diferente ou um custo de mão-de-obra variável pode determinar sensíveis alterações no preço final do produto ou serviço."⁹

Vale trazer à colação, por fim, a conclusão dada sobre o tema pelo Renato Vicente Romano Filho - SEJUR - SindusCon-SP:

"Observância ao disposto na Constituição Federal, em seus artigos 37, XXI, e 170 e seguintes, combinados com os artigos 3º e 30 da Lei 8.666/93, com as alterações introduzidas pela Lei 8.883/94, e artigos 1º, 20 e 21 da Lei 8.884/93, pode-se afirmar que os órgãos da Administração não estão isentos da responsabilidade decorrente da prática que constitui infração da ordem econômica, nos editais de licitação para a execução de obras e serviços..." (Grifo Nosso)

⁶ Nicolaides, Phedon, "The Competition Effects of Dumping", in Journal of world Trade, 24.1990, no. 5, p.116;

⁷ Jackson, Jonh H., "Dumping in International Trade: It's Meaning and Context", in Antidumping Law and practice: a comparative study, Ann Arbor, Michigan University Press, 1989, Chapter 1, p. 02;

⁸ in "Dumping em Serviços", IBRAC, pág.18

⁹ in "Dumping em Serviços", IBRAC, pág.20



De fato, a Administração Pública não está cegamente vinculada ao critério de menor preço, ignorando as condições reais do mercado, e reforça-se tal entendimento com a leitura de alguns dispositivos relevantes da Lei de Licitações, a qual, logo em seu artigo 3º, é sedimentado o princípio da isonomia como princípio norteador dos órgãos licitantes o qual garante igualdade de condições para os licitantes. Some-se também os seguintes dispositivos:

Artigo 170 da Constituição Federal:

"A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, o da livre concorrência." (grifo nosso)

Lei 8.666, artigo 43, parágrafo 3º:

"§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta." (grifo nosso)

Lei 8.666/93:

"Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

(...)

§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração." (grifos nossos)

O fato é que não poderá se admitir como exequível uma proposta que viole a Constituição e a Lei! A proposta ilícita, violadora do artigo 170 da Constituição, é inexecutável por si só, forçando a desclassificação das propostas que não atenderem às imposições legais que garantem a manutenção da Ordem Econômica.

Pois bem. Como se vislumbra da legislação trazida à tona, o Banrisul poderá realizar diligências a fim de verificar as presentes alegações, o que se torna imperativo, diante de possível ilegalidade na contratação da Recorrida.



O que se pretende, assim, não é só a desclassificação da proposta na qual o ofertante manifestamente não teria condição de cumpri-la (situação certamente indesejável para o fim da licitação); mas, além disso, o que se busca é a manutenção de um procedimento licitatório que preserve a isonomia, competitividade e cumprimento da Constituição e da Lei em conformidade com o princípio da Legalidade, que rege a Administração Pública.

O **Princípio da Legalidade** é regido pelo art. 37, caput da Constituição Federal. Nesse sentido, o saudoso magistrado Hely Lopes Meirelles¹⁰, ensina que:

"Princípio da Legalidade: significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso."- grifo nosso.

E segundo a jurisprudência pacífica do Tribunal de Contas da União, a exemplo da decisão de lavra do Eminentíssimo Ministro Bento Bulgarini, adiante transcrita, significa dizer que:

"A licitação possui, assim, dois objetivos primordiais: assegurar a igualdade de oportunidade entre os interessados em contratar com a Administração Pública e propiciar a seleção da proposta mais vantajosa para o Poder Público. E, para tanto, rege-se por diversos princípios, entre eles o do procedimento formal, insculpido no art. 4º do Decreto Lei 23000/86.

Entende-se por procedimento formal à vinculação do certame licitatório, às leis, regulamentos, instruções e editais que disciplinam todos os seus atos e fases, criando para os licitantes e para a Administração a obrigatoriedade de observar, em todo o processo de licitação, as exigências prescritas por aqueles atos normativos."¹¹ (grifos nossos)

Vale transcrever, também, parecer do insigne professor Carlos Pinto Coelho Motta¹²:

"Sabemos que, como todo procedimento administrativo, a licitação não é um fim em si mesma. O processo licitatório, embora de natureza formal supera e transcende o mero ritual burocrático, portanto é orientado pelos princípios globais e teleológicos afirmados no art. 37 da Constituição Federal e traduzidos nos Art. 3º da Lei 8.666/93." (grifo nosso)

É neste sentido, que o ex-Conselheiro Mauro Grinberg dispôs sobre a matéria:

"A existência de uma infração contra a lei de licitação (...) pode implicar igualmente a existência de uma infração concomitante contra a ordem econômica."¹³

¹⁰ in "Direito Administrativo Brasileiro", 22ª Edição, Malheiros Ed;

¹¹ Decisão 570.92 - Plenário - Ata 54.92;

¹² R. TMGG, Belo Horizonte, V-15, N.2, abr/jan.1995;



Diante de todo o exposto, a EMBRATEL solicita seja realizada a devida diligência na proposta declarada vencedora, apurando-se os valores de custos e insumos da mesma, para, ao final, constatar-se a sua inexecutabilidade e desclassificando-a como medida necessária ao cumprimento da lei.

O IMPOSTO INCIDENTE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO NECESSÁRIA DILIGÊNCIA E EQUALIZAÇÃO DAS PROPOSTAS

Necessária a diligência pelo BANRISUL não só para verificação de inexecutabilidade da proposta da Recorrida (conforme todo o acima exposto), mas também para que sejam apurados quais os tributos incidentes na mesma.

Isto porque, conforme manifestação anterior da Embratel e também entendimento do Banrisul, sobre os serviços objeto deste certame incidirá o ICMS.

Verificando-se, após a devida diligência, divergência acerca dos tributos que as licitantes consideram incidir em suas propostas, há que se proceder à equalização das propostas, excluindo-se dos valores propostos os tributos incidentes.

Isto porque não se pode julgar propostas distintas, elaboradas com base em distintos critérios de tributação, sem que se proceda à devida equalização de propostas e a fim de que sejam observados os princípios que regem as licitações públicas, como legalidade, isonomia, e outros, conforme preceitua o art. 3º, § 1º da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impressoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do juízo objetivo e dos que lhes são correlatos.” (GRIFOS NOSSOS)

¹³ *in* “O Direito das Licitações e o Direito da Concorrência Empresarial”, Revista do IBRAC, vol. 3, no. 5 - maio de 1996, fls. 44/55;



Nas palavras de Joel de Menezes Niebuhr (*in*, “Princípio da isonomia na licitação pública”. Florianópolis: Obra jurídica, 2000):

“O princípio da competitividade significa exigência de que a Administração Pública fomenta e busque agregar à licitação pública o maior número de interessados, para que, com olhos na eficiência e na isonomia, umentando o universo das propostas que lhe serão encaminhadas, ela possa legitimamente escolher aquela que seja a mais vantajosa ao interesse público.

(...)

Para Carlos Ari Sundfeld, a competição, tão ampla quanto possível, é o valor fundamental a preservar. Daí que a Administração esteja obrigada a ensejá-la, favorecê-la, estimulá-la, jamais podendo opor-lhes limites, barreiras ou dificuldades desarrazoadas. O caráter competitivo é da essência da licitação.”

Não se pode olvidar também da aplicação do princípio da economicidade, o qual, nas palavras de Marcos Jurena Vilela Souto (*in*, “Licitações e Contratos Administrativos”, 3ª ed., 1991, Ed. Esplanada, São Paulo, p. 37):

“Decorre do dever de eficiência do administrador público, por força do qual a Administração, nas contratações, deve buscar não só a melhor proposta no mercado, mas a melhor relação custo-benefício entre o capital empregado e o bem adquirido (ou alienado), considerando-se, além do custo do ingresso do bem, obra ou serviço no patrimônio da Administração como, ainda, a sua manutenção (que vedaria, por exemplo, a compra de bens obsoletos ou com vícios, tal como admitido pelo Código de Defesa do Consumidor, mediante abatimentos). Só é atendido tal princípio através de ampla competição.” (grifos nossos)

Ademais, conforme preceitua o artigo 43, parágrafo 3º, da Lei 8.666/93:

“É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo (...)” (grifo nosso)

Como é de conhecimento geral, a Embratel é uma empresa idônea, que demonstra, à toda evidência, que é capaz de prestar o serviço ora licitado.

Ressalte-se que só seria possível a devida comparação de propostas para julgamento se as mesmas contivessem iguais parâmetros para tal. Assim é que a equalização de propostas ou de requisitos para apresentação de propostas é requisito essencial para atender ao princípio da isonomia.



O princípio da igualdade permeia toda a Constituição Federal Brasileira, sendo erigido como um dos basilares de nosso estado no *caput*, do artigo 5º da Carta Magna:

"Art. 5º Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:"

No mesmo sentido, o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, prescreve:

"XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

E a admirável doutrina reforça o entendimento:

"Então no que atina ao ponto central da matéria abordada procede afirmar: é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guardar relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto (...)

Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia"

(Celso Antônio Bandeira de Mello, O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3ª ed., editora Malheiros, págs. 38 e 39)

"No plano específico das licitações, o princípio igualdade, sendo aplicado a rigor, impede que os concorrentes sejam ou favorecidos pelas cláusulas do edital, ou desfavorecidos"

(J. Cretella Júnior, Licitações e Contratos do Estado, 1ª ed., editora Forense, pág. 42)

" Além da procura de condições mais vantajosas para a Administração Pública em seus contratos com particulares, a licitação se faz obrigatória por força do princípio da isonomia.

Por sua vez, o procedimento da licitação é informado por três princípios: igualdade entre os licitantes, publicidade e estrita observância das condições estabelecidas no instrumento de abertura."

(grifo nosso - Adilson Abreu Dallari, Aspectos Jurídicos da Licitação, editora Saraiva, São Paulo, 4ª edição, 1997, pág. 191.

"O Estatuto Federal sobre licitação e contratos administrativos estabelece que é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou



condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação ou que estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos proponentes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante ao objeto do contrato (art. 3º, § 1º, I). Aí está consubstanciado o *princípio da competitividade*. Nada, por esse princípio, deve comprometer, restringir ou frustrar a disputa entre os interessados em contratar com a entidade, em tese, obrigada a licitar, sob pena de inexistir licitação." (Diogenes Gasparine, Direito Administrativo, ed. Saraiva, 4ª edição, 1995, pág. 293)

.....

"Quanto a nós, rejeitando, de logo, à força aberta, o último dos princípios enunciados - posto que não nos parece a adjudicação seja sempre obrigatória - consideramos suficientes os seguintes: a) *isonomia*, b) *publicidade*, c) *respeito às condições prefixadas no edital*, d) *possibilidade do disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores*. Sem embargo, julgamos que todos descendem do primeiro, pois são requisitos necessários à existência ou à fiscalização de sua real ocorrência" [grifos nossos] Celso Antônio Bandeira de Mello, Licitação, ed. RT, 1ª edição, pág. 2.

.....

"A *igualdade entre os licitantes* é o princípio primordial da licitação - agora previsto na própria Constituição da República (art. 37, XXI) - pois não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivalem no julgamento (art. 3º, § 1º)." Hely Lopes Meireles, Licitação e Contrato Administrativo, 11ª Edição, Ed. Malheiros Editores, pág. 28.

.....

"*Igualdade entre os licitantes* - O Princípio da igualdade entre os licitantes impõe que o procedimento licitatório, desde a convocação até o ato final, não se despoje do seu caráter competitivo, para transformar-se em instrumento de privilégio ou desfavores a participantes. Daí a sua importância para a seriedade da licitação, reconhecida pela grande maioria dos doutrinadores, havendo quem, com muita razão, considere a *isonomia entre os participantes a matriz dos demais princípios*." Antônio Marcello da Silva, O princípio e os princípios da licitação, RDP 136/34.

.....

"a igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais" [grifo nosso] Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990, pág. 243

Mas não é só. Além de todo o acima exposto, está obrigada a Administração Pública, por força do princípio da Legalidade, a contratar empresa que não infrinja regramentos tributários.

Portanto, por qualquer ângulo que se examine a questão, resta evidenciado que deve haver a justa equalização de condições para apresentação de propostas, excluindo-se das mesmas os tributos incidente caso constatada, após diligências, distintas incidências tributárias, não só em prol da legalidade, mas da isonomia e demais princípios aplicáveis.



CONCLUSÃO-PEDIDO

Diante do exposto, a Embratel requer sejam acolhidas as presentes razões de recurso para que sejam promovidas as devidas diligências na proposta da Recorrida, e caso apuradas as alegações acima na propostas da Recorrida, seja reconsiderada a decisão que declarou a Recorrida vencedora do certame, convocando-se a Embratel para negociação de seu valor final proposto, tudo em atendimentos aos princípios da legalidade administrativa, isonomia entre os licitantes e demais que regem as licitações e contratos públicos.

Termos em que pede deferimento.
Porto Alegre, 08 de setembro de 2009.

Carla Rita Maier
Gerente de Contas - Procuradora