

# Contrarrrazões ao recurso | Pregão eletrônico 02/2022-CPL/SLU-DF (Processo SEI - 00094-00003212/2021-43) | Noresa Novo Rio Energia, engenharia e serviços ambientais

Gabriel Severo | NovoRio <gabriel.severo@novorioambiental.com.br>

sex 30/09/2022 19:30

Para:SLU - Comissão Permanente de Licitação <cpl@slu.df.gov.br>;

Cc:Gabriel Severo <gabriel.severo@noresa.com.br>;

Prioridade: Alta

2 anexos (4 MB)

Noresa\_SLU\_contrarrrazões Amazon.pdf; Noresa\_SLU\_contrarrrazões SUMA.pdf;

Prezada Sra. Pregoeira, Boa noite

Apresentação, de forma tempestiva, em dois anexos, as contra razões, aos recursos apresentados pelas empresas SUMA e AMAZON, referente ao Pregão eletrônico 02/2022-CPL/SLU-DF (Processo SEI – 00094-00003212/2021-43).

**Favor confirmar recebimento.**

Atenciosamente,



---

**De:** Ana Paula Pereira da Luz Mendes <[anapaula.luz@jacoby.adv.br](mailto:anapaula.luz@jacoby.adv.br)>

**Enviada em:** sexta-feira, 30 de setembro de 2022 19:00

**Para:** Gabriel Severo <[gabriel.severo@noresa.com.br](mailto:gabriel.severo@noresa.com.br)>

**Cc:** Amanda Silva <[amanda.silva@jacoby.adv.br](mailto:amanda.silva@jacoby.adv.br)>; Controladoria jurídica <[cjur@jacoby.adv.br](mailto:cjur@jacoby.adv.br)>

**Assunto:** Contrarrrazões ao recurso | Pregão eletrônico 02/2022-CPL/SLU-DF (Processo SEI – 00094-00003212/2021-43)  
| Noresa Novo Rio Energia, engenharia e serviços ambientais

Gabriel, boa noite!

Conforme combinado com a Amanda, encaminho as contrarrazões para protocolo.

Apenas para lembrá-lo que as contrarrazões devem ser encaminhadas para o e-mail: [cpl@slu.df.gov.br](mailto:cpl@slu.df.gov.br).

Por favor, acusar recebimento.

Atenciosamente,

**Ana Paula Pereira da Luz Mendes**

*Advogada – OAB/DF 57.349*

(61) 3366-1206

<http://www.jacobyfernandes.adv.br>



Jacoby Fernandes & Reolon  
ADVOGADOS ASSOCIADOS



SHIS-QL 12, Conjunto 4, CASA 20, Península dos Ministros  
Lago Sul - 71630-245 - Brasília/DF

*Excelência jurídica a serviço do cliente.*

#### AVISO DE CONFIDENCIALIDADE

Esta mensagem, bem como seus anexos, pode conter informações confidenciais e/ou privilegiada, sendo seu sigilo protegido por lei e possui destinação específica. Em caso de recebimento do presente e-mail por engano, solicita-se a gentileza de comunicar o equívoco ao remetente e apagar a mensagem imediatamente. A divulgação, distribuição, alteração e/ou cópia desta comunicação, ou qualquer outra ação executada com uso das informações aqui contidas, sem autorização expressa de seus autores, constitui obtenção dedados por meio ilícito e a Jacoby Fernandes & Reolon Advogados Associados se reserva ao direito de pleitear ressarcimento pelos prejuízos decorrentes do eventual uso indevido das informações contidas nesta mensagem e de requerer a aplicação das penalidades cabíveis, e informa que serão protegidos, na forma da Lei nº 13.709/2018

#### CONFIDENTIALITY WARNING

This message, as well as its attachments, may contain privileged and/or confidential information, having its secrecy protected by law and containing a specific destination. In the case of receiving this present email by mistake, it is solicited the kindness to communicate the error to the sender and to delete the message immediately. The disclosure, distribution, change and/or copy of this communication, as well as any other action executed with the use of the information contained here, without the express authorization of its authors, constitutes the obtention of data by illicit means, and Jacoby Fernandes & Reolon Associated Lawyers reserves itself the right to plead for compensation of the possible losses caused by the eventual misuse of the information contained in this message, and to request the enforcement of the applicable penalties, and informs that they will be protected by the law #13,709/2018.



## À COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO SERVIÇO DE LIMPEZA URBANA DO DISTRITO FEDERAL

**Pregão Eletrônico nº 02/2022 – CPL/SLU-DF**  
**Processo SEI nº 00094-00003212/2021-43**

**NORESA NOVO RIO ENERGIA, ENGENHARIA E SERVIÇOS AMBIENTAIS LTDA.**, já qualificada, vem, por intermédio de seus advogados, apresentar

### **CONTRARRAZÕES AO RECURSO**

ao recurso interposto pela licitante SUMA BRASIL – SERVIÇOS URBANOS E MEIO AMBIENTE contra o ato que declarou vencedora a Recorrida, conforme passa a expor.

#### **1. Da tempestividade**

A recorrente interpôs seu recurso em 27.09.2022, de modo que o prazo de três dias para apresentar as contrarrazões findar-se-á em 30.09.2022.<sup>1</sup> Tempestivas as contrarrazões.

---

<sup>1</sup> Aviso n.º 25/2022 - SLU/PRESI/CPL: Isto posto, informamos que o prazo limite para apresentação das razões de recurso é até o dia 27/09/2022, o prazo para contrarrazões inicia-se a partir do dia 28/09/2022 e encerrar-se-á em 30/09/2022, e o prazo para a Administração até o dia 21/10/2022.



## 2. Da síntese dos fatos

Trata-se de licitação realizada pelo Serviço de Limpeza Urbana do Distrito Federal – SLU para contratação de empresa para prestação de serviços de transporte para destinação final de resíduos da construção civil, podas e volumosos entregues em 23 Pontos de Entrega Voluntária de Pequenos Volumes – PEV, administração e gestão destas unidades e para a remoção de animais mortos de vias e logradouros públicos.

A proposta apresentada por esta Recorrida foi inicialmente desclassificada, sob o fundamento de que não atenderia aos critérios técnicos. A decisão que foi objeto de recurso, o qual foi julgado procedente para determinar o retorno da licitação à fase de avaliação das propostas, a fim de que a Recorrida demonstrasse a exequibilidade de sua proposta.<sup>2</sup>

Após a apresentação dos esclarecimentos complementares pela Recorrida, a Coordenação de Planejamento e Avaliação de Obras e Serviços sugeriu uma análise da validade jurídica da declaração apresentada por posto de gasolina comprovando a exequibilidade do item da planilha referente a combustível.<sup>3</sup>

A Procuradoria Jurídica expediu despacho orientando que no momento da celebração do contrato que as condições de habilitação deverão ser efetivamente comprovadas, inexistindo fundamento legal para afastar a validade das declarações.

O entendimento foi acolhido em novo despacho da Coordenação de Planejamento e Avaliação de Obras e Serviço, que decidiu que as declarações dos fornecedores devem ser presumidas como verdadeiras, de modo que a proposta atende aos requisitos do edital. Com base nessas diversas manifestações, a pregoeira declarou a Recorrida como vencedora do certame.

O recurso da empresa Suma alega, em síntese:

- a) invalidade da doação a termo, porque “a propriedade de um veículo somente é efetivada via transferência dos mesmos via assinatura do DUT, fato este que não aconteceu não podendo uma mera declaração de terceiro ser utilizada para lastrear proposta de preços”;<sup>4</sup>
- b) inexecuibilidade do preço cotado para combustíveis e manutenção;
- c) o preço diferenciado pactuado entre a Recorrida e o Posto Líder configuraria prática de preços predatórios.

A maior parte dos argumentos acima já foram exaustivamente abordados em manifestações anteriores, inexistindo no recurso qualquer elemento

<sup>2</sup> Decisão nº 02/2022-SLU/PRESI – ID nº 95364078.

<sup>3</sup> ID nº 95719472.

<sup>4</sup> Parágrafo 19 do recurso.



novo capaz de infirmar as conclusões já estabelecidas nas decisões e pareceres anteriores.

### 3. Da exequibilidade da proposta apresentada pela Recorrida

Passam-se a expor os argumentos jurídicos que demonstram a improcedência das razões recursais, que inclusive repisam teses já afastadas nos autos do processo. A proposta da Recorrida é exequível e atende aos critérios técnicos previstos no Edital.

#### 3.1. Da validade da doação condicionada para fins de comprovação de propriedade dos equipamentos à luz da IN nº 5/2017-MPDG

A Recorrente alega que a doação a termo não atenderia ao disposto no § 3º do art. 44 da Lei 8.666/1993 – que permite ao licitante apresentar proposta com preço zero quando os materiais e instalações forem de sua propriedade – porque

19. É de conhecimento público que a propriedade de um veículo somente é efetivada via transferência dos mesmos via assinatura do DUT, fato este que não aconteceu **não podendo uma mera declaração de terceiro ser utilizada para lastrear proposta de preços** cuja consequência seja a assinatura de contrato para prestação de serviço público essencial.

20. Não obstante o exposto, nota-se que o termo tido como doação na verdade é um comodato gratuito ou autorização de uso de equipamento com previsão de reversão dos equipamentos relacionados ao seu verdadeiro proprietário no final do contrato. O documento sequer autoriza ou encaminha os DUTs assinados que permitam a transferência dos veículos para o nome da NORESA

Ora, a doação de bens é um contrato em que uma pessoa transfere o seu patrimônio para outra, sem pleitear nenhum pagamento em troca. O art. 538 do Código Civil dispõe expressamente que se considera doação o contrato em quem uma pessoa, por liberalidade, **transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.**

Visto ser a doação um contrato solene, exige-se a forma escrita, realizada por instrumento público ou particular, e de forma excepcional, admite-se sua celebração de forma verbal.

O fato de a doação ser condicionada a um evento futuro – comprovação de que a Recorrente se sagrou vencedora do Pregão Eletrônico nº 02/2022-CPL realizado pelo SLU – **não descaracteriza a validade do negócio jurídico**, pois o termo está de acordo com o disposto no art. 104 do Código Civil – são requisitos para validade do negócio jurídico: agente capaz; objeto lícito,



possível, determinada ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei.

A questão não contempla apenas uma dialética baseada na análise isolada de dispositivos da Lei nº 8.666/1993, como também em interpretações casuísticas, mas se deve ler com lógica a redação da norma aplicável ao caso concreto.

Os equipamentos serão apresentados e utilizados na fase de execução contratual. Neste ponto específico, a norma aplicável é o art. 54 que dispõe que aos contratos administrativos são aplicadas, supletivamente, *i)* os princípios da teoria geral dos contratos e *ii)* as disposições de direito privado. Por isso, a plena incidência do código de processo civil, que, ao prever hipótese específica de doação condicionada, dispõe expressamente que os efeitos do negócio jurídico somente não se realizarão caso o evento futuro não se concretize:

Art. 546. A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar.

É evidente que os efeitos da doação relativos à transferência da propriedade dos bens somente serão produzidos com a concretização da condição estabelecida entre as partes, o que não se confunde com os efeitos do instrumento jurídico, produzidos a partir da assinatura do termo. Inclusive porque, se assim não fosse, estar-se-ia esvaziando o próprio instituto da doação condicionada.

Essa questão foi analisada no Parecer Jurídico nº 535/2022 da Procuradoria-Geral do Distrito Federal – PGDF, que ressaltou que exigir previamente a comprovação de propriedade afrontaria, inclusive, o item 2.2 do Anexo VII-B da IN nº 5/2017-MPDG, que assim dispõe:

2.2. Exigências de comprovação de propriedade, apresentação de laudos e licenças de qualquer espécie **só serão devidas pelo vencedor da licitação**; dos proponentes poder-se-á requisitar tão somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentá-los no momento oportuno;

Cita-se o trecho do referido parecer da PGDF:

Conforme a legislação há possibilidade jurídica de aceitação de proposta de preço que contenha alguns itens com preços unitários irrisórios ou com valor zero, desde que se referiram a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração, nos termos do art. 44, § 3º, da Lei Federal nº 8.666/93.

Por Interpretação Analógica, esse dispositivo pode amparar também itens relativos a equipamentos necessários para a execução do objeto e previstos na Planilha Orçamentária; todavia, esse dispositivo não indica o momento em que deve ser feita essa comprovação de propriedade. No Pregão Eletrônico esse momento é quando for declarado o vencedor do



certame, após exaurida da fase recursal, na fase da contratação, mas antes da assinatura do contrato para fins do disposto no art. 44, § 3º da Lei Federal nº 8.666/93, salvo exceções em que poderá ser durante a execução do contrato. Já o item 2.2 ao Anexo VII-B da IN nº 5/2017-MPDG dispõe que exigências de comprovação de propriedade, apresentação de laudos e licenças de qualquer espécie só serão devidas pelo vencedor da licitação; dos proponentes poder-se-á requisitar tão somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentá-los no momento oportuno.

Nesse contexto, é importante ressaltar que não procede a alegação de invalidade do termo de doação pelo fato de ter sido apresentado após a fase de lances, logicamente porque não era documento exigido pelo edital, que apenas determina a apresentação dos veículos e equipamentos após a assinatura do contrato.

A comprovação prévia da propriedade, conforme próprio entendimento da PGDF, contraria a jurisprudência do TCU e disposição expressa da IN nº 5/2017-MPDG, demonstrando que sequer a diligência realizada encontra amparo jurídico, além de violar disposição expressa do edital – consequentemente, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Por esse mesmo motivo, não possui qualquer relevância jurídica a informação inicial de que os equipamentos estavam disponíveis no pátio, já que inexistente exigência editalícia de comprovar previamente a localização dos veículos, e tal informação, ainda que considerada erro, representaria erro meramente formal, decorrente de preenchimento padrão da planilha, sem qualquer repercussão para fins de desclassificação da proposta mais vantajosa.

Dessa forma, não há que se falar em ausência de comprovação da propriedade ou invalidade da doação a termo, pois é certo que os equipamentos serão transferidos à Recorrida quando for definitivamente declarada vencedora, atendendo à condição acordada entre as partes e em conformidade com as exigências do edital.

### **3.1.1. Da efetiva transferência da propriedade do veículo mediante a tradição – art. 1.226 do Código Civil e jurisprudência do STJ**

A Recorrente também defende a invalidade do termo de doação com base na alegação de que “a propriedade de um veículo somente é efetivada via transferência dos mesmos via assinatura do DUT”.

Ocorre que essa interpretação contraria o art. 1.226 do Código Civil,<sup>5</sup> que estabelece a tradição como o ato pelo qual ocorre a transferência da propriedade dos bens móveis.

Enquanto os bens imóveis são adquiridos mediante o registro no

<sup>5</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Art. 1.226. **Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição.**



Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos,<sup>20</sup> no caso de bens móveis, o registro gera apenas a presunção da propriedade, que somente se efetiva com a tradição.

Com fundamento no referido dispositivo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ há muito assentou que a ausência de registro no DETRAN não obsta o reconhecimento da transferência da propriedade de veículos:

Por força do art. 620 e seguintes do CC, a transferência da propriedade de veículo automotor se dá com a tradição, não sendo necessária a transferência do DETRAN. [...]<sup>6</sup>

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA. VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBARGOS DE TERCEIRO. ALIENAÇÃO. **TRADIÇÃO.** FRAUDE. INOCORRÊNCIA. REEXAME. SÚMULA N. 7-STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRADIÇÃO QUE NÃO ALTERA O JULGADO. NÃO PROVIMENTO. 1. “O fato de não ter sido realizada a transferência de propriedade do automóvel autuado junto ao DETRAN não obsta que a prova da alienação se faça por outros meios”.<sup>7</sup>

[...] PROPRIEDADE DE BEM MÓVEL. IMPRESCINDIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA PERANTE O DETRAN. PROVA DE ALIENAÇÃO POR OUTROS MEIOS. [...] A jurisprudência desta eg. Corte se orienta no sentido de considerar que o “fato de não ter sido realizada a transferência de propriedade do automóvel autuado junto ao DETRAN não obsta que a prova da alienação se faça por outros meios”.<sup>8</sup>

AUTOMOVEL - ALIENAÇÃO - PROVA A CIRCUNSTANCIA DE NÃO SE HAVER OPERADO A TRANSFERENCIA, JUNTO A REPARTIÇÃO DE TRANSITO, E DE NÃO SE TER DILIGENCIADO O REGISTRO NA SERVENTIA DE TITULOS E DOCUMENTOS NÃO OBSTA QUE A PROVA DA ALIENAÇÃO SE FAÇA POR OUTROS MEIOS. PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME NO RECURSO ESPECIAL.<sup>9</sup>

Efetuada a tradição haverá a transferência dos veículos para fins de atendimento das exigências do edital, inclusive porque os veículos serão

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 162.410/MS, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, julgado em 21 mai. /1998, DJ 17 ago. 1998, p. 58.

<sup>7</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 599620/RS, Primeira Turma, Relator: Ministro Luiz Fux, DJ de 17 mai. 2004.

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no AREsp 423.075/MS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 23 jun. 2015, DJe 03 ago. 2015.

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 34.276/GO, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 18 mai. 1993, DJ 07 jun. 1993, p. 11260.



apresentados ao SLU no momento requerido, quando já findada a licitação.

### 3.1.2. Da vedação as exigências que onerem os licitantes antes da assinatura do contrato

Em complemento aos tópicos anteriores, destaca-se que a pretensão da Recorrente é a imposição de exigência que onere previamente as licitantes, o que não encontra amparo na lei ou na jurisprudência do Controle.

O §6º do art. 30 da Lei 8.666/1993 estabelece que “as exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, **vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.**”

O TCU possui entendimento consolidado no sentido de que a exigência de comprovação de propriedade de máquinas e equipamentos considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação contraria o art. 30, § 6º, da Lei 8.666/1993:

A exigência de comprovação de propriedade ou de compromisso de cessão, locação/leasing ou venda das máquinas e dos equipamentos considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação contraria o art. 30, § 6º, da Lei 8.666/1993, que proíbe exigências de propriedade e de locação prévia para a participação em licitações, e restringe a competitividade do certame.<sup>10</sup>

Veja-se que o item 6.3.1 do Termo de Referência, está em consonância com a lei de licitações, a IN nº 5/2017-MPDG e a jurisprudência do TCU, pois estabelece que, “após a assinatura do contrato, a contratada terá 15 (quinze) dias após a emissão de ordem de serviço para apresentação dos veículos e equipamentos.”

Como bem apontou a PGDF, no Parecer Jurídico nº 538/2022, o art. 44, §3º da Lei nº 8.666/1993 “não indica o momento em que deve ser feita essa comprovação de propriedade”, e “no Pregão Eletrônico esse momento é quando for declarado o vencedor do certame, após exaurida da fase recursal, na fase da contratação, mas antes da assinatura do contrato”, em consonâncias com as normas e jurisprudência que vedam a exigência prévia de propriedade e a imposição de ônus desnecessários que podem restringir a competitividade.

Nesse sentido, o TCU sumulou – súmula nº 272/2012 – o entendimento de que “**é vedado a inclusão de exigências cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato**”.

<sup>10</sup> TCU. Processo nº 003.611/2014-0. Acórdão 365/2017-Plenário. Relator Ministro José Mucio Monteiro.



Exigir que o licitante faça previamente vultuoso investimento é desproporcional e restringe a competitividade, pois a comprovação ora exigida poderia ser feita quando da assinatura do contrato, pois não é razoável cobrar que o licitante mantenha acervo estrutural, com todos os custos decorrentes, apenas para participar de licitações.

### **3.2. Da validade da declaração referente aos preços dos combustíveis e do caráter instrumental da planilha de custos ante a responsabilidade do licitante arcar com os custos da execução**

A Recorrente alega que a declaração fornecida pelo Posto Líder referente ao preço dos combustíveis porque “o valor informado é nitidamente inexecutável considerando o cenário de mercado e os preços praticados no Distrito Federal,”<sup>11</sup>

A questão já foi enfrentada pela Coordenação de Planejamento e Avaliação de Obras e Serviços, que assim entendeu sobre a validade da declaração do compromisso firmado entre os particulares:

Considerando o teor do Despacho - SLU/PRESI/PROJU (95879408), o qual esclarece que as informações prestadas pela proponente e complementadas por meios de declarações dos fornecedores da empresa deverão ser presumidas como verdadeiras, e considerando que a proponente apresentou declaração de exequibilidade, conforme trecho da página 5 do Documento Diligência NORESA (95696738): "Declaramos ainda, a exequibilidade da Proposta, bem como todos os itens previstos na planilha orçamentaria em anexo, assumindo todos os custos operacionais e insumos." Conclui-se:

1. Em relação à qualificação técnica, a proponente atende aos critérios técnicos.
2. Em relação à análise da Planilha, a proponente atende aos critérios técnicos.

Reforçamos que, caso a proponente venha a ser contratada, as condições iniciais propostas serão mantidas em quaisquer alterações contratuais futuras.<sup>12</sup>

O entendimento está em absoluta consonância com a jurisprudência do TCU acerca do caráter instrumental da planilha de preços no caso de contratações por preço global, que é o caso deste certame, conforme item 12.17 do Edital.<sup>13</sup>

Conforme explica o ilustre Procurador-Geral do TCU Lucas Rocha Furtado, *mutatis mutandis*, “o conceito de empreitada compreende a regra

<sup>11</sup> Parágrafo 25 do recurso.

<sup>12</sup> Despacho - SLU/PRESI/DITEC/UGTEC/COPAS – ID 95894988.

<sup>13</sup> 12.17. Será declarada a vencedora da licitação a licitante que apresentar o menor preço global e atender a todas as exigências do edital.



geral da imutabilidade dos preços e a assunção de risco pelo empreiteiro”, como fez a Recorrente, por meio da declaração mencionada no despacho supra.

São inúmeros os precedentes do TCU que abordam o caráter instrumental da planilha de preços, não representando necessariamente os custos que o contratado irá incorrer durante a execução do contrato. Inclusive, registrando que “eventual erro é de ampla e exclusiva responsabilidade da licitante, que **deverá arcar com os custos da execução contratual**”.

Nesse sentido são os Acórdão 963/2004-TCU-Plenário, relator Ministro Marcos Vinícius Vilaça; 39/2020-TCU-Plenário, relatora Ministra Ana Arraes; 906/2020-TCU-Plenário, relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira; entre outros. Cita-se trecho de um dos diversos precedentes:

4.1. determinar ao Instituto Federal que adote providências quanto aos itens abaixo, referentes ao Pregão Eletrônico 10/2021, informando ao TCU os encaminhamentos adotados:

- anular os atos que desclassificaram as propostas da licitante Jonatan P O Sanches ME para os Grupos 1, 2, 3, 4, 5 e 7, em razão de excessivo rigor na análise das planilhas de estimativa de custos e formação de preços das licitantes, **contrariando entendimento deste Tribunal no sentido de que essas planilhas têm caráter instrumental, sendo que eventual erro é de ampla e exclusiva responsabilidade da licitante**, que deverá arcar com os custos da execução contratual (Acórdão 963/2004-TCU-Plenário, 39/2020-TCU-Plenário e 906/2020-TCU-Plenário, entre outros), especialmente diante do disposto nos itens 6.4 a 6.8 do edital; e

A premissa basilar desses precedentes é o entendimento de que a proposta apresentada por um licitante observa fatores externos como a sua influência para conseguir preços mais atrativos do que os de mercado, cabendo ao licitante a liberalidade de apresentar proposta mais vantajosa à Administração em razão de seus esforços, sua estratégia e seus méritos.

Por essa lógica, no precedente abaixo o TCU admite, nas contratações por preço global, um “descolamento” entre os preços cotados e os preços praticado, posto que previamente se estabelece um preço fixo para o serviço e as variações normais dos preços dos insumos – salários, materiais e equipamentos –, que devem ser suportadas exclusivamente pelo contratado:

Há, porém, pelo menos duas razões para discordar da conclusão a que chegou a unidade técnica: seu raciocínio não se coaduna com as características da contratação por empreitada, regime segundo o qual são prestados todos os serviços à Administração, à exceção de pequenos trabalhos que possam ser executados mediante tarefa (art. 6º, inciso VIII, da Lei 8.666/93); e a composição de custos apresentada na licitação não representa necessariamente os custos incorridos pelo contratado, mas os custos incorridos pela Administração contratante ao pagar os preços avençados. [...]



Quanto ao primeiro ponto de discordância acima indicado, é preciso dizer que o conceito de empreitada compreende a regra geral da imutabilidade dos preços e a assunção de risco pelo empreiteiro. Esse último aspecto constitui, por sinal, uma das principais diferenças entre o contrato por empreitada e o contrato por administração. [...]

O eminente jurista [Sílvio de Salvo Venosa] destaca três elementos do contrato por empreitada que se identificam claramente: os sujeitos, o preço e a realização da obra. Quer dizer, há, em contrapartida a execução de uma obra determinada (ou serviço), o pagamento de um preço certo. Se, de um lado, o empreiteiro assume os riscos pelas eventuais variações de preço dos materiais e da mão de obra, de outro tem a garantia de receber remuneração precisamente bem definida.

**Como regra geral, então, a retribuição do contratado por empreitada se dá mediante o preço avençado, e não por uma margem de lucro. [...]**

Compreende-se, nesse contexto, que variações normais dos preços dos insumos, tais como salários, materiais empregados na obra ou serviço e equipamentos, devem ser suportadas pelo contratado, assim como, reciprocamente, a Administração não poderá reivindicar ganhos oriundos de reduções havidas dentro da dinâmica normal do mercado. Essas alterações de preços ordinárias motivam, tão somente, a aplicação dos reajustes anuais, segundo índices setoriais ou globais, conforme disponha o edital da licitação e o contrato.<sup>14</sup>

Diante o exposto, admite-se que fatores externos inerentes apenas ao contratado, como a influência no para obter preços mais vantajosos do que os de mercado, são aptos a justificar os preços cotados e afastar a alegação de inexigibilidade de itens isolados.

**O mesmo entendimento se aplica às alegações referentes aos custos de manutenção**, de exclusiva responsabilidade da Recorrida, e que tem relação com sua capacidade de absorver custos em razão de suas atividades e operações em sentido amplo.

Nesse sentido, pede-se *venia* para transcrever outro trecho do parecer emitido pelo Procurador-Geral do TCU já citado em que destaca que a planilha de preços da Administração Pública serve apenas como referencial, pois não leva em consideração os aspectos inerentes a cada licitante, podendo o licitante apresentar planilha de preços mais vantajosos à Administração devido ao seu *know-how*:

O segundo ponto que me leva a discordar da Serur é, conforme já adiantei acima, o entendimento que tenho sobre a composição de custos apresentada na licitação. Essa planilha não representa, a meu ver, os custos incorridos pelo contratado, mas os custos em que incorrerá a Administração contratante ao pagar o preço avençado. Embora esses

<sup>14</sup> TCU. TC 014.508/2007-5. Acórdão nº 2438/2013-Plenário.



valores possam ser, em geral, coincidentes, nada há que obrigue que sejam sempre os mesmos.

Convenço-me disso, primeiramente, porque não seria razoável supor que a lei compromettesse o contratado quanto a aspectos da sua proposta que nem sempre estão sob seu domínio, como são os preços dos insumos que deverá buscar no mercado ou o valor dos salários. A vinculação do contratado somente pode dizer respeito, logicamente, aos aspectos da planilha sobre os quais ele tem controle e que estão relacionados à própria contratante – e não a terceiros indeterminados –, tais como os preços que serão cobrados da Administração, as especificações dos materiais que serão empregados na obra, as características dos serviços que serão prestados, as etapas construtivas, as técnicas empregadas, o ritmo de execução etc.

Por outro lado, se o contratado alcança situação na qual tem condições de exercer influência sobre os preços desses insumos, de modo que possa adquiri-los a preços inferiores aos de mercado e que balizaram sua proposta, presume-se que isso decorra de seus esforços, sua estratégia e seus méritos, sendo natural que caiba a ele auferir os benefícios correspondentes. Mesmo porque, se a beneficiária desses esforços for a Administração, qual seria a razão para o contratado dedicar-se a isso?

Convém lembrar que essas oportunidades não surgem, ordinariamente, sem o comprometimento de alguma condição ou vantagem e sem a assunção de riscos pela empresa contratada. Mencione-se como exemplo aquelas situações nas quais o empreendedor antecipa transações em moeda estrangeira, investe na formação de estoques ou, aduzindo-se hipótese mais próxima do caso vertente, tem condições de negociar com seus funcionários salários menores que os que constaram da proposta oferecida à Administração em face dos benefícios que oferece ou de outros atrativos compensatórios, como a redução da carga horária, a possibilidade de ascensão na carreira e de desenvolvimento profissional, a maior participação nos lucros ou mesmo a mera condição de estarem ligados à empresa que, por qualquer razão, seja valorizada no mercado.

Uma vez que tenha obtido o menor preço oferecido na licitação e que este seja compatível com o mercado, a Administração não atende ao interesse público ao expropriar o contratado de vantagens conseguidas como resultado de seu esforço e de seus méritos. A prática constituiria desestímulo ao desenvolvimento da eficiência das empresas. Se, pelo contrário, o Estado incentivar que seus contratados desenvolvam novos mecanismos nesse sentido, garantirá naturalmente cada vez maior participação nesses ganhos, sucessiva e progressivamente, tanto mais quanto maior for o número de empresas modernas, eficientes e inovadoras a competir na licitação. [...]

Em resumo, as planilhas de custos servem à avaliação de exequibilidade das propostas oferecidas na licitação, à comparação com os preços de mercado e como parâmetro para aferição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato se este for alcançado por eventos imprevisíveis, não representando um compromisso do contratado sobre o quanto ele



vai gastar na aquisição dos insumos necessários, incluída aí a mão de obra.<sup>15</sup>

O reconhecimento pela jurisprudência pátria de que existem fatores inerentes a cada empresa que devem ser admitidos na análise das planilhas de preços, como a influência para obter preços mais vantajosos do que os de mercado, potencializa a competição nos certames e, conseqüentemente, a busca da proposta mais vantajosa pela Administração.

### **3.3. Da pretensão de indevida interferência no livre mercado e não configuração de preços predatórios quando praticados exclusivamente entre a Recorrida e o Posto Líder**

Na ausência de novos elementos, considerando que a própria Coordenação de Planejamento e Avaliação de Obras e Serviços e a PGDF admitiram a validade jurídica da declaração apresentada pelo Posto Líder, a Recorrente afirma que o preço indicado na declaração do posto configuraria infração à ordem econômica.

A prática de preços inferiores aos valores praticados no mercado não configura, por si só, infração à ordem econômica. Ao contrário, a tentativa de cercear o direito de particulares acordarem ente si é que viola a legislação pátria.

A Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, Lei da Liberdade Econômica, estabelece que são direito de toda pessoa jurídica “definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda”.<sup>16</sup>

A prática de preços predatórios, na literatura econômica, “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”, conforme conceitua a Portaria CADE nº 104, de 28 de março de 2022.<sup>17</sup>

A Portaria é clara em definir que a prática de preços abaixo do mercado não constitui infração:

<sup>15</sup> TCU. TC 014.508/2007-5. Acórdão nº 2438/2013-Plenário.

<sup>16</sup> Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do [art. 170 da Constituição Federal](#): [...] II - definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda;

<sup>17</sup> PORTARIA CADE Nº 104, DE 28 DE MARÇO DE 2022 O PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, no uso da atribuição que lhe é conferida pelo art. 10, inciso IX da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011; art. 19, inciso IX do Regimento Interno do CADE, resolve: Art. 1º Expedir o GUIA PARA ANÁLISE ECONÔMICA DA PRÁTICA DE PREÇOS PREDATÓRIOS, anexo a esta Portaria, publicado originalmente pela Secretaria de Acompanhamento Econômico em 2002. Art. 2º Revoga-se a Portaria SEAE nº 70, de 12 de dezembro de 2002. Art. 3º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União. Dou Nº 63, sexta-feira, 1 de abril de 2022



1.2 Visão Geral do Guia 1. Conforme estipulado pela lei, a venda de mercadoria abaixo do preço de custo não constitui uma infração. Esta venda tem que produzir o efeito, ou ter como objeto, prejudicar a livre concorrência. Assim sendo, para a constatação de uma estratégia de preços predatórios é necessário provar, além da venda abaixo do custo, que as condições necessárias para que essa estratégia seja lucrativa (ou seja, que no longo prazo a concorrência irá se reduzir e com isto a firma predadora terá poder de mercado) estejam presentes, a saber: participação de mercado significativa da firma predadora, elevadas barreiras à entrada, capacidade produtiva para atender o incremento da demanda no curto prazo e capacidade de financiamento devido as perdas incorridas nessa estratégia.

A definição dada pelo próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE demonstra que é absolutamente descabida a alegação de prática de preços predatórios em decorrência de um contrato de condições exclusivas, firmado entre dois particulares para atender interesses mútuos e privados.

#### 4. Dos pedidos

Ante o exposto, requer-se o conhecimento das presentes contrarrazões de recurso interposto pela licitante Suma, a fim de que seja mantida a decisão que declarou a Recorrida vencedora.

Termos em que pede deferimento.

Brasília, 30 de setembro de 2022.

AMANDA HELENA DA SILVA  
Assinado de forma digital por  
AMANDA HELENA DA SILVA  
Dados: 2022.09.30 18:51:19  
-03'00'

**Amanda Helena da Silva**  
OAB/DF nº 59.514

JAQUES FERNANDO REOLON:5612343418  
Assinado de forma digital por  
JAQUES FERNANDO  
REOLON:56123434187  
Dados: 2022.09.30 18:49:28 -03'00'

7

**Jaques Fernando Reolon**  
OAB/DF nº 22.885