

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DIRETOR PRESIDENTE


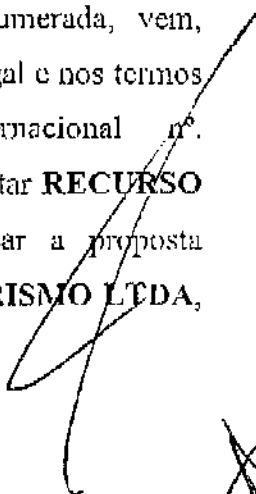
COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL

Nº. 004/DALC/SBBR/2010.

Concorrência Internacional nº 004/DALC/SBBR/2010

Objeto: Concessão de uso de áreas destinadas à implantação das atividades comerciais vinculadas ao ramo de centro de hospedagem destinada à construção e exploração comercial de hotel no Aeroporto Internacional Juscelino Kubitschek, em Brasília-DF.

G.J.P. ADMINISTRADORA DE HOTÉIS LTDA, devidamente qualificada na Concorrência Internacional supra numerada, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, dentro do prazo legal e nos termos do item 10.2. do Edital do da Concorrência Internacional nº. 004//DALC/SBBR/2010, e do art. 109, I, b da Lei 8.666/93, apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO**, contra decisão que acabou por classificar a proposta comercial da empresa **REOBOTE SERVIÇOS EVENTOS E TURISMO LTDA**, e o faz nos seguintes termos.



A r. Comissão de Licitação classificou a proposta comercial apresentada pela empresa licitante REBOBOT SERVIÇOS EVENTOS E TURISMO LTDA, considerando que a mesma atendeu ao constante no edital, razão que não merece prosperar.

A classificação da empresa não deve ser mantida, tendo em vista o descumprimento de inúmeros fatores exigidos pelo Edital para a classificação na Concorrência Internacional, como bem será demonstrado abaixo.

O Estudo de Viabilidade Econômica não foi apresentado de acordo com o comando da alínea 'b' do subitem 7.3 do edital.

Indubitavelmente, a empresa deixou de atender ao que foi exigido em vários itens do diploma editalício, apresentando uma proposta que não teria como ser classificada. Portanto, a empresa não atendeu às exigências do Edital, como assim determina o artigo 48 da Lei nº. 8.666/93, que dispõe:

Art. 48. Serão desclassificados:

I – as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação.

Como se poderá verificar, a proposta apresentada pela empresa Rebobot é repleta de vícios, onde não ficou comprovada a viabilidade econômica do negócio proposto, conforme análise dos itens abaixo relacionados.

I. ERRO NO CÁLCULO DO PIS/COFINS NÃO CUMULATIVO E DO ICMS

A empresa apresentou dados inconsistentes, onde o fluxo de caixa apresentado não se mostra coerente.

Como se pode perceber analisando os valores apresentados pela empresa, há equívocos quanto ao regime da incidência de PIS/CONFINS não-cumulativos, bem como à não incidência de ICMS na prestação de serviços.

Para efeito de cálculo dos créditos de PIS/COFINS não-cumulativos, somente são considerados insumos utilizados na prestação de serviços, os bens e os serviços aplicados ou consumidos diretamente no respectivo serviço prestado.

Excluem-se, portanto, desse conceito, as despesas que se refletem indiretamente na prestação do serviço, como, por exemplo, **os gastos com hospedagem e refeições em hotéis feitos com funcionários os quais tenham de se deslocar até o local da respectiva prestação**, citando como exemplo o serviço de *Room service*, conforme disposto na Lei nº 10.833, de 2003; art. 3º, inciso II e §2º, inciso I e Instrução Normativa SRF nº 404, de 2004, art. 8º, inciso I, alínea "b" e § 4º, inciso II, alínea "b", abaixo transcritos.

Lei nº 10.833, de 2003

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei no 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da Tipi; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004).

§ 2º Não dará direito a crédito o valor,

I - de mão-de-obra paga a pessoa física;

Instrução Normativa SRF nº 404, de 12 de março de 2004.

Art. 8º Do valor apurado na forma do art. 7º, a pessoa jurídica pode descontar créditos, determinados mediante a aplicação da mesma alíquota, sobre os valores:

I - das aquisições efetuadas no mês:

b) de bens e serviços, inclusive combustíveis e lubrificantes, utilizados como insumos;

§ 4º Para os efeitos da alínea "b" do inciso I do caput, entende-se como insumos:

II - utilizados na prestação de serviços:

b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na prestação do serviço.

Destarte, a apuração de PIS/COFINS, nos termos apresentados no fluxo de caixa, no estudo de viabilidade econômica, implica em não observância da lei de regência, e, por via de consequência, não se mostra consistente. Por consistência devemos entender que os valores lançados não refletem corretamente os termos da proposta, uma vez que parte de premissas que não poderão ser implementadas quando da operação, sob pena de autuação pelo Fisco.

Este não é o caso da proposta apresentada!

Igualmente, se pode observar que a planilha de cálculos apresentada não informa a incidência de ICMS.

Noutras palavras, a proposta apresentada não contempla a incidência de ICMS.

Essa situação se mostra desconforme conforme a legislação Pátria, no que tange à exploração hoteleira. Tal atividade econômica implica no fornecimento de alimentação e bebidas, sejam alimentos produzidos em cozinha própria ou previamente industrializados. Em qualquer dos casos há incidência de ICMS sobre os alimentos comercializados.

Como se pode observar analisando a planilha de cálculos apresentada a mesma não informa a incidência do ICMS. Tal omissão não está correta, pois há cálculo de ICMS na prestação de serviços, como exemplo o de *Room Service*, independentemente de o Hotel manter restaurante próprio ou fornecer alimentação pronta.

Nos restaurantes de hotéis, o fornecimento de alimentos e bebidas constitui o resultado de circulação de mercadorias e prestação de serviços,

devendo ser tributado, conforme a Lei Complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996, abaixo transcrita.

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:
II - do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento;

Desta forma temos inequívoco que incide o ICMS sobre tal atividade.

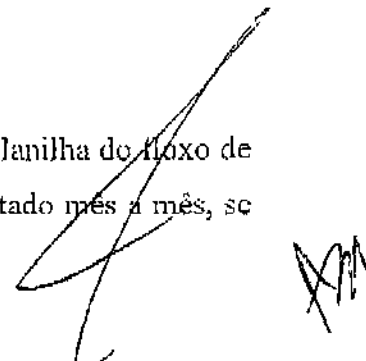
A proponente, em seu estudo de viabilidade, embasa a não incidência do tributo sob argumento de não produzir/industrializar alimentos. Todavia, a legislação citada se mostra clara em determinar a incidência do ICMS, mesmo para operações de venda de alimentos e bebidas previamente industrializados por terceiros. É o caso, por exemplo da venda de refrigerantes onde há incidência de ICMS.

Ante tal situação – errônea apresentação do PIS, COFINS e ICMS –, temos que o estudo de viabilidade econômica não se mostra consistente e realizável, implicando na necessária desclassificação da proposta.

2. DO CÁLCULO DA AMORTIZAÇÃO.

A empresa apresenta em seu projeto a utilização do valor da Edificação em R\$ 20.146.076,73 (vinte milhões, cento e quarenta e seis mil, setenta e seis reais e setenta e três centavos).

Tal informação difere do apresentado na planilha do fluxo de caixa do Estudo de Viabilidade Econômica, onde o valor apresentado mês a mês, se somados, não conferem com o valor informado.



Se analisarmos a planilha de fluxo de caixa e somarmos os valores apresentados, mês a mês, chegaremos a soma de R\$ 19.726.366,71 (dezenove milhões setecentos e vinte e seis mil trezentos e sessenta e seis reais e setenta e um centavos).

NÃO É CRÍVEL QUE UMA PROPOSTA QUE APRESENTA ERROS GROSSEIROS EM SEU ESTUDO DE VIABILIDADE ECONÔMICO SEJA CLASSIFICADA NO CERTAME LICITATÓRIO!

Os erros demonstrados na apresentação dos valores demonstram a inconsistência da proposta apresentada, motivo pelo qual a proposta apresentada merece ser desclassificada.

3. DO FINANCIAMENTO JUNTO AO BNDES – PROCOPA TURISMO

A empresa informa que utilizará R\$ 18.000.000,00 (dezoito milhões) de financiamento bancário (BNDES – programa BNDES de Turismo para a Copa do Mundo de 2014 – BNDES Procopa Turismo – 10 (dez) anos, sendo 1 (um) de carência e nove para amortização do principal, com taxa projetada de 10,47% a.a..

A empresa afirma que tomará R\$ 9.000.000,00 (nove milhões) no primeiro ano e R\$ 9.000.000,00 (nove milhões) no segundo ano, sendo que o valor restante será realizado mediante aporte dos sócios.

Primeiramente é importante frisar que o BNDES, segundo o BNDES Procopa Turismo, concede 1 (um) empréstimo por empreendimento, e não 2 (dois), como informado pela empresa.

Cabe também citar que o BNDES libera os valores referentes ao programa Procopa Turismo segundo o cronograma das obras, diferentemente do informado na planilha de fluxo de caixa, onde consta dois empréstimos com

liberações integrais de R\$9.000.000,00 (nove milhões) no primeiro ano e R\$9.000.000,00 (nove milhões) no segundo ano.

A planilha de fluxo de caixa apresentada pela empresa não condiz com o apresentado no Estudo de Viabilidade Econômica, tendo em vista que a planilha apresenta despesas financeiras relativas aos juros dos empréstimos nos anos posteriores ao término do prazo de 10 anos para a amortização do financiamento.

Causa estranheza a amortização de juros do financiamento informado após o décimo ano, tendo em vista que o prazo para a amortização é de 10 (dez) anos. Se o financiamento foi tomado com amortização prevista para 10 (dez) anos, não pode o custo com os juros do financiamento perdurar após o término desse período.

Outro equívoco informado pela empresa é relacionado aos juros do financiamento. A empresa considerou os juros de maneira linear, o que está incorreto, e por consequência altera todo o resultado da operação.

Não obstante o fato de os empréstimos serem informados de maneira diferente do programa de financiamento do BNDES, a empresa não demonstrou nenhuma garantia ou pré-aprovação dos mesmos, deixando dúvidas quanto à eventual concessão do financiamento, o que evidencia a falta de garantias com relação à execução do empreendimento.

Ademais, a mera alegação de que os valores faltantes para a conclusão será realizada mediante aporte dos sócios não é suficiente, faltando garantias de que a proposta seja exequível.

Resta claro que o Estudo de Viabilidade Econômica apresentado pela empresa Rcobot não preenche os requisitos exigidos pelo diploma editalício, devendo a proposta ser desclassificada por não atender o disposto no comando da alínea 'b' do subitem 7.3 do Edital.

4. VALOR DO IMPOSTO DE RENDA EQUIVOCADO

A empresa Reobote informa que Imposto de Renda é calculado sobre o lucro real utilizando a alíquota de 15% no valor mensal de até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e 25% sobre o lucro que superar R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

As informações prestadas estão incorretas, tendo em vista que o cálculo do Imposto de Renda deveria ser calculado incidindo a alíquota de 15% sobre o lucro real e 10% sobre o valor que exceder a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais).

Os valores equivocadamente apresentados pela empresa recorrente demonstram claramente que a mesma não cumpriu com as exigências no Edital, motivo pelo qual a mesma deve ser desclassificada

5. DO TOTAL DE IMPOSTOS SOBRE O LUCRO

Os valores apresentados na planilha de fluxo de caixa do Estudo de Viabilidade Econômica relativo ao lucro (prejuízo) tributável estão equivocados, não sendo considerados em alguns anos a Compensação sobre Contribuição Social - Lucro Real, como pode-se perceber nos valores apresentados no Ano 4 e Ano 5.

Outro erro existente na planilha apresentada é relativo ao percentual sobre o Imposto de Renda - Lucro Real, onde se percebe que para chegar aos valores informados a empresa utilizou percentuais diversos no Ano 5, Ano 15 e no Ano 16.

Compulsando a planilha apresentada resta evidente que existem inúmeras inconsistências e valores equivocados, deixando clara a não comprovação da viabilidade do negócio.

6. ERRO NO CÁLCULO DO "VPL" E "PAYBACK"

Conforme se observa no estudo apresentado, os valores apresentados referentes ao "VPL" e ao "Payback" do investimento estão equivocados, visto que os resultados apresentados não são resultantes de nenhum dos vetores de Fluxo de Caixa apresentados no estudo.

Os valores apresentados no fluxo de caixa do Estudo de Viabilidade Econômica, se considerarmos o período de 25 (vinte e cinco) anos do empreendimento, como previsto no edital, não resultariam no valor apresentado na planilha como "VPL do empreendimento", cito R\$ 47.058.357,49.

Com relação ao *Payback* informado pela empresa proponente, cabe aqui colacionarmos a análise realizada pela própria Comissão de Licitação que bem demonstrou o equívoco na apresentação do dados, motivo pelo qual a proposta apresentada não poderia ter sido classificada.

a) Análise da DFCT (quanto ao EVE apresentado pela licitante REOBOTE SERVIÇOS E EVENTOS E TURISMO LTDA:

....

O Indicador Payback, de 8,1 anos, informado no Estudo de Viabilidade Econômico Financeiro, fl. 882 da PFC. 20470/03 não é o Payback Econômico e sim o Simples, ..."

"i) Quanto aos questionamentos sobre o Payback, entendemos ser este um dos métodos mais utilizados para análise de alternativas de investimento. Consiste em quantificar, por meio do fluxo de caixa, em quanto tempo um investimento é coberto pelas entradas e saídas de caixa ocorridas após a data de realização do desembolso inicial. Por definição, o Payback Simples (PBS) é calculado a partir de um fluxo de caixa nominal, ou seja, sem considerar o valor do dinheiro no tempo. Em contrapartida o Payback Econômico (PBE) considera a dimensão tempo do dinheiro por intermédio da atualização do fluxo de caixa, utilizando-se taxa de desconto apropriada, razão pela qual este indicador é o mais utilizado pelo mercado;

ii) Com base no Fluxo de Caixa apresentado pela licitante REOBOTE em seu EVE, a DFCT calculou PBE de 9,6 anos, ou seja, a REOBOTE deverá recuperar o seu investimento entre o 9º e o 10º ano de operação."

Se a própria Comissão de Licitação informa em sua análise que os valores informados pela empresa estão equivocados, e em desacordo com as exigências do diploma editalício, não resta dúvidas quanto à necessidade de desclassificação da proposta apresentada.

O valor informado pela empresa de 8,1 anos, isto é, inferior ao resultado real do cálculo de 9,6 anos, não pode ser considerado irrelevante pelo simples fato de que o retorno do investimento ocorreria antes do previsto.

O valor equivocado demonstra com clareza a inconsistência do Estudo de Viabilidade Econômico apresentado, não demonstrando a segurança necessária quanto à viabilidade do negócio.

Como podemos perceber, a proposta apresentada pela empresa Reobote é cívada de vícios que só podem culminar com a desclassificação da mesma.

DOCTRINA

O procedimento a ser seguido no certame licitatório deve transcorrer exatamente conforme determina o edital. É o princípio básico da vinculação ao instrumento convocatório, que a Lei de Licitações, Lei 8.666/93, traz, juntamente com a própria definição de licitação, logo no seu terceiro artigo.

Assim é a redação do Artigo 3º da Lei 8.666/93:

“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 impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da VINCULAÇÃO ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.” (grifo nosso).

Destacamos o entendimento do mais preclaro de todos os autores desta matéria, o saudoso Prof. Dr. Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo*, 10 ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 29, que assim nos ensina sobre a vinculação ao edital:

“A vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, as propostas, ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora.”

“Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital o modo e forma de participação dos licitantes, bem como as condições para a elaboração das ofertas, e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento ou no contrato se afastasse do estabelecido, e admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu. É impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação.” (grifos nossos).

Interessante, também, é reproduzir o que diz o respeitadíssimo Prof. Dr. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 5 ed., São Paulo : Malheiros, 1994, pp. 271 e 272 :

“13. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração a respeitar **estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame**, como aliás, está consignado no art. 41 da lei 8.666.”

“14. O princípio do julgamento objetivo, almeja como é evidente, **impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora.**” (grifo nosso)

A Comissão de Licitação, para determinar a classificação ou não de uma proposta deve ater-se ao que está estipulado no edital. **A liberdade para desprezar falhas irrelevantes aplica-se exclusivamente àquelas em que o edital não classificou como importantes.** No caso do não cumprimento de requisitos essenciais, que o instrumento convocatório determinou expressamente, por conseguinte, não podemos considerar como falhas insignificantes para o processo.

Vejam nesse sentido o ensinamento do Ilustre Prof. Marçal Justen Filho, *Comentário à lei de licitações e contratos administrativos*. 5 ed. São Paulo: Dialética. 1998. pp. 434:

“Se na oportunidade da edição do ato convocatório, a Administração reputou relevante certa exigência, não pode voltar atrás posteriormente. Não se admite que, na ocasião do julgamento, seja alterada a natureza da exigência (e, portanto, do vício). Não se pode ignorar uma exigência que fora veiculada como referida ao interesse público. Assim, se o ato convocatório exige planilhas, informações complexas, demonstrativos etc., sua ausência e causa de desclassificação. **Se o ato convocatório impôs determinado requisito formal, há que reputar-se relevante e fundamentada a exigência – mormente se inexistiu tempestiva impugnação pelos licitantes. Era do conhecimento de todos que a exigência deveria ser cumprida. Quem não o fez, deverá arcar com as consequências da sua omissão.**” (grifos nossos).

Por fim transcreveremos a palavra do eminente conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Dr. Antonio Roque Citadini, *Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas*, 2. ed – São Paulo: Editora Max Limonad. 1997, pp 319:

“Como afirmado, a **primeira verificação diz respeito à conformidade das propostas com o ato convocatório**, não podendo a Administração se

afastar das condições e exigências que fez, igualmente a todos quanto se interessassem. Não pode, por isso, inovar ou mudar, quer acrescentando, quer diminuindo aquelas exigências. Disto resulta o especial cuidado na elaboração do ato de convocação, o qual não pode ter redação ambígua, que impeça sua correta interpretação, pois, só é aceitável a desclassificação por motivo relevante, do qual se possa, com clareza, demonstrar a afronta a requisito objetivo do ato convocatório." (grifo nosso)

Tendo em vista que as falhas verificadas na proposta da Reobote afrontam requisitos objetivamente indicados no ato convocatório, não há necessidade de alongarmos a esta justificativa. Assim, a única decisão sustentável é a desclassificação da proposta da licitante que flagrantemente desrespeitou o edital.

JURISPRUDÊNCIA

Cabe aqui colacionar julgados que ilustram o exposto, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. LICITAÇÃO. REGRAS DO CERTAME NÃO ATENDIDAS. INABILITAÇÃO.

Não tendo sido atendidas as regras contidas no edital do certame, não de ser mantidos os efeitos do ato administrativo de inabilitação. (20090110764804APC, Relator CARMELITA BRASIL, 2ª Turma Cível, julgado em 19/05/2010, DJ 02/06/2010 p. 30)

CIVIL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA LEALDADE. PROPOSTA QUE DESADENDE O EDITAL E DIREITO SUMULADO: DESCLASSIFICAÇÃO QUE SE IMPÕE. 01.O edital é a lei da licitação. Além da vinculação ao instrumento convocatório, deve a licitação reger-se pelos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade e moralidade, mediante regras claras e transparentes de modo a preservar a isonomia entre os concorrentes.

02. Deve ser desclassificada a proposta que não observando as regras do edital, apresenta proposta calculando a insalubridade com base no salário mínimo quando, o TST já sumulou que a verba deve ser calculada sobre o salário profissional da categoria (Súmula 17 do TST).
03. Não se constando qualquer vício no ato administrativo, a afetar a sua existência e validade deve ele ser mantido intacto.
04. Recurso conhecido e desprovido. (20070150092047APC, Relator JOÃO BATISTA TEIXEIRA, 4ª Turma Cível, julgado em 22/04/2009, DJ 04/05/2009 p. 168)

LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. DESCCLASSIFICAÇÃO.

- 1 - A licitação, procedimento vinculado, deve observar, dentre outros princípios, o da vinculação ao instrumento convocatório (art. 41, da L. 8.666/93).
- 2 - Sujeita-se à desclassificação a concorrente que não cumpre exigência contida no edital.
- 3 - Apelação não provida. (20030110928476APC, Relator JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, julgado em 09/08/2006, DJ 14/09/2006 p. 128)

A licitante deve ser desclassificada, pois apresentou proposta em desacordo com os termos estipulados. Fato é que, classificá-la, seria uma afronta à Isonomia, à Objetividade do julgamento e à Concorrência Justa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A clareza da necessidade de desclassificação da empresa se mostra evidente quando da análise dos motivos explicitados no presente recurso.

Dessa forma, não há qualquer razão para a manutenção da decisão tomada pela Comissão, que desrespeita todos os princípios basilares dos certames licitatórios.

O procedimento licitatório tem como característica principal, a escolha de empresa para executar um contrato pretendido. Essa escolha deve ser feita

dentro de parâmetros previamente definidos no edital, os quais são imutáveis depois de apresentadas as propostas. A Reobote indiscutivelmente, não atendeu às determinações do edital e, portanto, se impõe a sua desclassificação no certame licitatório.

REOUERIMENTO

Diante do demonstrado cabalmente em nossa explanação, solicitamos que essa nobre Comissão de Licitação desclassifique a proposta da empresa Reobote, por não atendimento aos requisitos constantes no diploma editalício.

Nesses termos, pede e espera deferimento
Brasília, 26 de abril de 2011.



p.p. Mario Celsó Kellermann

OAB/RS 32.428



p.p. Adriano Beltrão Costa

OAB/RS 65.648

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DIRETOR PRESIDENTE

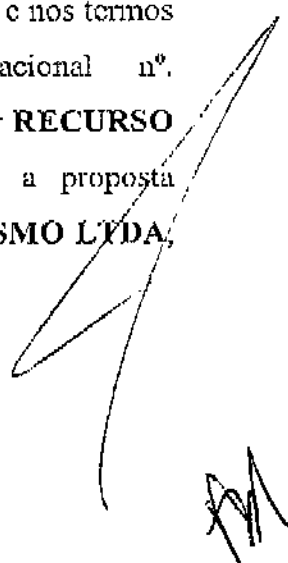
COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL

Nº. 004/DALC/SBBR/2010.

Concorrência Internacional nº 004/DALC/SBBR/2010

Objeto: Concessão de uso de áreas destinadas à implantação das atividades comerciais vinculadas ao ramo de centro de hospedagem destinada à construção e exploração comercial de hotel no Aeroporto Internacional Juscelino Kubitschek, em Brasília-DF.

G.J.P. ADMINISTRADORA DE HOTÉIS LTDA, devidamente qualificada na Concorrência Internacional supra numerada, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, dentro do prazo legal e nos termos do item 10.2. do Edital do da Concorrência Internacional nº. 004//DALC/SBBR/2010, e do art. 109, I, b da Lei 8.666/93, apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO**, contra decisão que acabou por classificar a proposta comercial da empresa **REOBOTE SERVIÇOS EVENTOS E TURISMO LTDA,** e o faz nos seguintes termos.



A r. Comissão de Licitação classificou a proposta comercial apresentada pela empresa licitante REOBOTE SERVIÇOS EVENTOS E TURISMO LTDA, considerando que a mesma atendeu ao constante no edital, razão que não merece prosperar.

A classificação da empresa não deve ser mantida, tendo em vista o descumprimento de inúmeros fatores exigidos pelo Edital para a classificação na Concorrência Internacional, como bem será demonstrado abaixo.

O Estudo de Viabilidade Econômica não foi apresentado de acordo com o comando da alínea 'b' do subitem 7.3 do edital.

Indubitavelmente, a empresa deixou de atender ao que foi exigido em vários itens do diploma editalício, apresentando uma proposta que não teria como ser classificada. Portanto, a empresa não atendeu às exigências do Edital, como assim determina o artigo 48 da Lei nº. 8.666/93, que dispõe:

Art. 48. Serão desclassificados:

1 - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação.

Como se poderá verificar, a proposta apresentada pela empresa Reobote é eivada de vícios, onde não ficou comprovada a viabilidade econômica do negócio proposto, conforme análise dos itens abaixo relacionados.

1. ERRO NO CÁLCULO DO PIS/COFINS NÃO CUMULATIVO E DO ICMS

A empresa apresentou dados inconsistentes, onde o fluxo de caixa apresentado não se mostra coerente.

Como se pode perceber analisando os valores apresentados pela empresa, há equívocos quanto ao regime da incidência de PIS/COFINS não-cumulativos, bem como à não incidência de ICMS na prestação de serviços.

Para efeito de cálculo dos créditos de PIS/COFINS não-cumulativos, somente são considerados insumos utilizados na prestação de serviços, os bens e os serviços aplicados ou consumidos diretamente no respectivo serviço prestado.

Excluem-se, portanto, desse conceito, as despesas que se reflitam indiretamente na prestação do serviço, como, por exemplo, **os gastos com hospedagem e refeições em hotéis feitos com funcionários os quais tenham de se deslocar até o local da respectiva prestação**, citando como exemplo o serviço de *Room service*, conforme disposto na Lei nº 10.833, de 2003; art. 3º, inciso II e §2º, inciso I e Instrução Normativa SRF nº 404, de 2004, art. 8º, inciso I, alínea "b" e § 4º, inciso II, alínea "b". abaixo transcritos.

Lei nº 10.833, de 2003

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da Tipi; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004).

§ 2º Não dará direito a crédito o valor.

I - de mão-de-obra paga a pessoa física;

Instrução Normativa SRF nº 404, de 12 de março de 2004.

Art. 8º Do valor apurado na forma do art. 7º, a pessoa jurídica pode descontar créditos, determinados mediante a aplicação da mesma alíquota, sobre os valores:

1 - das aquisições efetuadas no mês:

b) de bens e serviços, inclusive combustíveis e lubrificantes, utilizados como insumos;

§ 4º Para os efeitos da alínea "b" do inciso I do caput, entende-se como insumos:

II - utilizados na prestação de serviços;

b) os serviços prestados por pessoa jurídica domiciliada no País, aplicados ou consumidos na prestação do serviço.

Destarte, a apuração de PIS/COFINS, nos termos apresentados no fluxo de caixa, no estudo de viabilidade econômica, implica em não observância da lei de regência, e, por via de consequência, não se mostra consistente. Por consistência devemos entender que os valores lançados não refletem corretamente os termos da proposta, uma vez que parte de premissas que não poderão ser implementadas quando da operação, sob pena de autuação pelo Fisco.

Este não é o caso da proposta apresentada!

Igualmente, se pode observar que a planilha de cálculos apresentada não informa a incidência de ICMS.

Noutras palavras, a proposta apresentada não contempla a incidência de ICMS.

Essa situação se mostra desconforme conforme a legislação Pátria, no que tange à exploração hoteleira. Tal atividade econômica implica no fornecimento de alimentação e bebidas, sejam alimentos produzidos em cozinha própria ou previamente industrializados. Em qualquer dos casos há incidência de ICMS sobre os alimentos comercializados.

Como se pode observar analisando a planilha de cálculos apresentada a mesma não informa a incidência do ICMS. Tal omissão não está correta, pois há cálculo de ICMS na prestação de serviços, como exemplo o de *Room Service*, independentemente de o Hotel manter restaurante próprio ou fornecer alimentação pronta.

Nos restaurantes de hotéis, o fornecimento de alimentos e bebidas constitui o resultado de circulação de mercadorias e prestação de serviços,

devendo ser tributado, conforme a Lei Complementar n° 87, de 13 de setembro de 1996, abaixo transcrita.

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:
II - do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento;

Desta forma temos inequívoco que incide o ICMS sobre tal atividade.

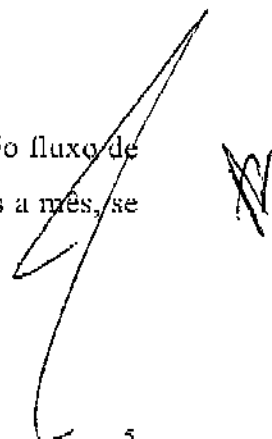
A proponente, em seu estudo de viabilidade, embasa a não incidência do tributo sob argumento de não produzir/industrializar alimentos. Todavia, a legislação citada se mostra clara em determinar a incidência do ICMS, mesmo para operações de venda de alimentos e bebidas previamente industrializados por terceiros. É o caso, por exemplo da venda de refrigerantes onde há incidência de ICMS.

Ante tal situação – errônea apresentação do PIS, COFINS e ICMS –, temos que o estudo de viabilidade econômica não se mostra consistente e realizável, implicando na necessária desclassificação da proposta.

2. DO CÁLCULO DA AMORTIZAÇÃO.

A empresa apresenta em seu projeto a utilização do valor da Edificação em R\$ 20.146.076,73 (vinte milhões, cento e quarenta e seis mil, setenta e seis reais e setenta e três centavos).

Tal informação difere do apresentado na planilha do fluxo de caixa do Estudo de Viabilidade Econômica, onde o valor apresentado mês a mês, se somados, não conferem com o valor informado.



Se analisarmos a planilha de fluxo de caixa e somarmos os valores apresentados, mês a mês, chegaremos a soma de R\$ 19.726.366,71 (dezenove milhões setecentos e vinte e seis mil trezentos e sessenta e seis reais e setenta e um centavos).

NÃO É CRÍVEL QUE UMA PROPOSTA QUE APRESENTA ERROS GROSSEIROS EM SEU ESTUDO DE VIABILIDADE ECONÔMICO SEJA CLASSIFICADA NO CERTAME LICITATÓRIO!

Os erros demonstrados na apresentação dos valores demonstram a inconsistência da proposta apresentada, motivo pelo qual a proposta apresentada merece ser desclassificada.

3. DO FINANCIAMENTO JUNTO AO BNDES – PROCOPA TURISMO

A empresa informa que utilizará R\$ 18.000.000,00 (dezoito milhões) de financiamento bancário (BNDES programa BNDES de Turismo para a Copa do Mundo de 2014 – BNDES Procopa Turismo – 10 (dez) anos, sendo 1(um) de carência e nove para amortização do principal, com taxa projetada de 10,47% a.a..

A empresa afirma que tomará R\$ 9.000.000,00 (nove milhões) no primeiro ano e R\$ 9.000.000,00 (nove milhões) no segundo ano, sendo que o valor restante será realizado mediante aporte dos sócios.

Primeiramente é importante frisar que o BNDES, segundo o BNDES Procopa Turismo, concede 1 (um) empréstimo por empreendimento, e não 2 (dois), como informado pela empresa.

Cabe também citar que o BNDES libera os valores referentes ao programa Procopa Turismo segundo o cronograma das obras, diferentemente do informado na planilha de fluxo de caixa, onde consta dois empréstimos com

liberações integrais de R\$9.000.000,00 (nove milhões) no primeiro ano e R\$9.000.000,00 (nove milhões) no segundo ano.

A planilha de fluxo de caixa apresentada pela empresa não condiz com o apresentado no Estudo de Viabilidade Econômica, tendo em vista que a planilha apresenta despesas financeiras relativas aos juros dos empréstimos nos anos posteriores ao término do prazo de 10 anos para a amortização do financiamento.

Causa estranheza a amortização de juros do financiamento informado após o décimo ano, tendo em vista que o prazo para a amortização é de 10 (dez) anos. Se o financiamento foi tomado com amortização prevista para 10 (dez) anos, não pode o custo com os juros do financiamento perdurar após o término desse período.

Outro equívoco informado pela empresa é relacionado aos juros do financiamento. A empresa considerou os juros de maneira linear, o que está incorreto, e por consequência altera todo o resultado da operação.

Não obstante o fato de os empréstimos serem informados de maneira diferente do programa de financiamento do BNDES, a empresa não demonstrou nenhuma garantia ou pré-aprovação dos mesmos, deixando dúvidas quanto à eventual concessão do financiamento, o que evidencia a falta de garantias com relação à execução do empreendimento.

Ademais, a mera alegação de que os valores faltantes para a conclusão será realizada mediante aporte dos sócios não é suficiente, faltando garantias de que a proposta seja exequível.

Resta claro que o Estudo de Viabilidade Econômica apresentado pela empresa Robote não preenche os requisitos exigidos pelo diploma editalício, devendo a proposta ser desclassificada por não atender o disposto no comando da alínea 'b' do subitem 7.3 do Edital.

4. VALOR DO IMPOSTO DE RENDA EQUIVOCADO

A empresa Reobote informa que Imposto de Renda é calculado sobre o lucro real utilizando a alíquota de 15% no valor mensal de até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e 25% sobre o lucro que superar R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

As informações prestadas estão incorretas, tendo em vista que o cálculo do Imposto de Renda deveria ser calculado incidindo a alíquota de 15% sobre o lucro real e 10% sobre o valor que exceder a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais).

Os valores equivocadamente apresentados pela empresa recorrente demonstram claramente que a mesma não cumpriu com as exigências no Edital, motivo pelo qual a mesma deve ser desclassificada

5. DO TOTAL DE IMPOSTOS SOBRE O LUCRO

Os valores apresentados na planilha de fluxo de caixa do Estudo de Viabilidade Econômica relativo ao lucro (prejuízo) tributável estão equivocados, não sendo considerados em alguns anos a Compensação sobre Contribuição Social – Lucro Real, como pode-se perceber nos valores apresentados no Ano 4 e Ano 5.

Outro erro existente na planilha apresentada é relativo ao percentual sobre o Imposto de Renda – Lucro Real, onde se percebe que para chegar aos valores informados a empresa utilizou percentuais diversos no Ano 5, Ano 15 e no Ano 16.

Compulsando a planilha apresentada resta evidente que existem inúmeras inconsistências e valores equivocados, deixando clara a não comprovação da viabilidade do negócio.

6. ERRO NO CÁLCULO DO "VPL" E "PAYBACK"

Conforme se observa no estudo apresentado, os valores apresentados referentes ao "VPL" e ao "Payback" do investimento estão equivocados, visto que os resultados apresentados não são resultantes de nenhum dos vetores de Fluxo de Caixa apresentados no estudo.

Os valores apresentados no fluxo de caixa do Estudo de Viabilidade Econômica, se considerarmos o período de 25 (vinte e cinco) anos do empreendimento, como previsto no edital, não resultariam no valor apresentado na planilha como "VPL do empreendimento", cito R\$ 47.058.357,49.

Com relação ao *Payback* informado pela empresa proponente, cabe aqui colacionarmos a análise realizada pela própria Comissão de Licitação que bem demonstrou o equívoco na apresentação do dados, motivo pelo qual a proposta apresentada não poderia ter sido classificada.

a) Análise da DFCT (quanto ao EVE apresentado pela licitante REOBOTE SERVIÇOS E EVENTOS E TURISMO LTDA:

"...

O Indicador Payback, de 8.1 anos, informado no Estudo de Viabilidade Econômico Financeira, fl. 882 da PEC 20470/03 não é o Payback Econômico e sim o Simples, ..."

"i) Quanto aos questionamentos sobre o Payback, entendemos ser este um dos métodos mais utilizados para análise de alternativas de investimento. Consiste em quantificar, por meio do fluxo de caixa, em quanto tempo um investimento é coberto pelas entradas e saídas de caixa ocorridas após a data de realização do desembolso inicial. Por definição, o Payback Simples (PBS) é calculado a partir de um fluxo de caixa nominal, ou seja, sem considerar o valor do dinheiro no tempo. Em contrapartida o Payback Econômico (PBE) considera a dimensão tempo do dinheiro por intermédio da atualização do fluxo de caixa, utilizando-se taxa de desconto apropriada, razão pela qual este indicador é o mais utilizado pelo mercado;

ii) Com base no Fluxo de Caixa apresentado pela licitante REOBOTE em seu EVE, a DFCT calculou PBE de 9,6 anos, ou seja, a REOBOTE deverá recuperar o seu investimento entre o 9º e o 10º ano de operação."

Se a própria Comissão de Licitação informa em sua análise que os valores informados pela empresa estão equivocados, e em desacordo com as exigências do diploma editalício, não resta dúvidas quanto à necessidade de desclassificação da proposta apresentada.

O valor informado pela empresa de 8,1 anos, isto é, inferior ao resultado real do cálculo de 9,6 anos, não pode ser considerado irrelevante pelo simples fato de que o retorno do investimento ocorreria antes do previsto.

O valor equivocado demonstra com clareza a inconsistência do Estudo de Viabilidade Econômico apresentado, não demonstrando a segurança necessária quanto à viabilidade do negócio.

Como podemos perceber, a proposta apresentada pela empresa Robote é repleta de vícios que só podem culminar com a desclassificação da mesma.

DOCTRINA

O procedimento a ser seguido no certame licitatório deve transcorrer exatamente conforme determina o edital. É o princípio básico da vinculação ao instrumento convocatório, que a Lei de Licitações, Lei 8.666/93, traz, juntamente com a própria definição de licitação, logo no seu terceiro artigo.

Assim é a redação do Artigo 3º da Lei 8.666/93:

“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 impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da VINCULAÇÃO ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.” (grifo nosso).

Destacamos o entendimento do mais preclaro de todos os autores desta matéria, o saudoso Prof. Dr. Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo*, 10 ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 29, que assim nos ensina sobre a vinculação ao edital:

"A vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, as propostas, ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora."

"Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital o modo e forma de participação dos licitantes, bem como as condições para a elaboração das ofertas, e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento ou no contrato se afastasse do estabelecido, e admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu. É impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação." (grifos nossos).

Interessante, também, é reproduzir o que diz o respeitadíssimo Prof. Dr. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 5 ed., São Paulo : Malheiros, 1994, pp. 271 e 272 :

"13. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame, como aliás, está consignado no art. 41 da lei 8.666."

"14. O princípio do julgamento objetivo, almeja como é evidente, impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora." (grifo nosso)

A Comissão de Licitação, para determinar a classificação ou não de uma proposta deve ater-se ao que está estipulado no edital. **A liberdade para desprezar falhas irrelevantes aplica-se exclusivamente àquelas em que o edital não classificou como importantes.** No caso do não cumprimento de requisitos essenciais, que o instrumento convocatório determinou expressamente, por conseguinte, não podemos considerar como falhas insignificantes para o processo.

Vejam nesse sentido o ensinamento do Ilustre Prof. Marçal Justen Filho, *Comentário à lei de licitações e contratos administrativos*, 5 ed. São Paulo: Dialética, 1998, pp. 434:

“Se na oportunidade da edição do ato convocatório, a Administração reputou relevante certa exigência, não pode voltar atrás posteriormente. Não se admite que, na ocasião do julgamento, seja alterada a natureza da exigência (e, portanto, do vício). Não se pode ignorar uma exigência que fora veiculada como referida ao interesse público. Assim, se o ato convocatório exige planilhas, informações complexas, demonstrativos etc., sua ausência é causa de desclassificação. **Se o ato convocatório impôs determinado requisito formal, há que reputar-se relevante e fundamentada a exigência – mormente se inexistiu tempestiva impugnação pelos licitantes. Era do conhecimento de todos que a exigência deveria ser cumprida. Quem não o fez, deverá arcar com as conseqüências da sua omissão.**” (grifos nossos).

Por fim transcreveremos a palavra do eminente conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Dr. Antonio Roque Citadini, *Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas*, 2. ed – São Paulo: Editora Max Limonud, 1997, pp 319:

“Como afirmado, a **primeira verificação diz respeito à conformidade das propostas com o ato convocatório**, não podendo a Administração se

afastar das condições e exigências que fez, igualmente a todos quanto se interessassem. Não pode, por isso, inovar ou mudar, quer acrescentando, quer diminuindo aquelas exigências. Disto resulta o especial cuidado na elaboração do ato de convocação, o qual não pode ter redação ambígua, que impeça sua correta interpretação, pois, só é aceitável a desclassificação por motivo relevante, do qual se possa, com clareza, demonstrar a afronta a requisito objetivo do ato convocatório." (grifo nosso)

Tendo em vista que as falhas verificadas na proposta da Reobote afrontam requisitos objetivamente indicados no ato convocatório, não há necessidade de alongarmos a esta justificativa. Assim, a única decisão sustentável é a desclassificação da proposta da licitante que flagrantemente desrespeitou o edital.

JURISPRUDÊNCIA

Cabe aqui colacionar julgados que ilustram o exposto, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. LICITAÇÃO. REGRAS DO CERTAME NÃO ATENDIDAS. INABILITAÇÃO.

Não tendo sido atendidas as regras contidas no edital do certame, não de ser mantidos os efeitos do ato administrativo de inabilitação. (20090110764804APC, Relator CARMELITA BRASIL, 2ª Turma Cível, julgado em 19/05/2010, DJ 02/06/2010 p. 30)

CIVIL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA LEALIDADE. PROPOSTA QUE DESADENDE O EDITAL E DIREITO SUMULADO. DESCLASSIFICAÇÃO QUE SE IMPÕE. O.O edital é a lei da licitação. Além da vinculação ao instrumento convocatório, deve a licitação reger-se pelos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade e moralidade, mediante regras claras e transparentes de modo a preservar a isonomia entre os concorrentes.

02. Deve ser desclassificada a proposta que não observando as regras do edital, apresenta proposta calculando a insalubridade com base no salário mínimo quando, o TST já sumulou que a verba deve ser calculada sobre o salário profissional da categoria (Súmula 17 do TST).
03. Não se constando qualquer vício no ato administrativo, a afetar a sua existência e validade deve ele ser mantido intacto.
04. Recurso conhecido e desprovido, (20070150092047APC, Relator JOÃO BATISTA TEIXEIRA, 4ª Turma Cível, julgado em 22/04/2009, DJ 04/05/2009 p. 168)

LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. DESCCLASSIFICAÇÃO.

- 1 - A licitação, procedimento vinculado, deve observar, dentre outros princípios, o da vinculação ao instrumento convocatório (art. 41, da L. 8.666/93).
- 2 - Sujeita-se à desclassificação a concorrente que não cumpre exigência contida no edital.
- 3 - Apelação não provida, (20030110928476APC, Relator JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, julgado em 09/08/2006, DJ 14/09/2006 p. 128)

A licitante deve ser desclassificada, pois apresentou proposta em desacordo com os termos estipulados. **Fato é que, classificá-la, seria uma afronta à Isonomia, à Objetividade do julgamento e à Concorrência Justa.**

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A clareza da necessidade de desclassificação da empresa se mostra evidente quando da análise dos motivos explicitados no presente recurso.

Dessa forma, não há qualquer razão para a manutenção da decisão tomada pela Comissão, que desrespeita todos os princípios basilares dos certames licitatórios.

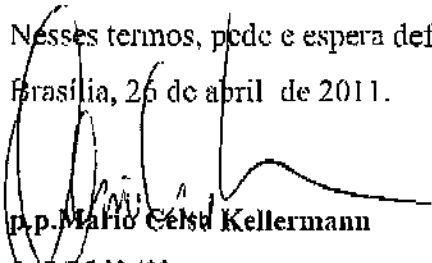
O procedimento licitatório tem como característica principal a escolha de empresa para executar um contrato pretendido. Essa escolha deve ser feita

dentro de parâmetros previamente definidos no edital, os quais são imutáveis depois de apresentadas as propostas. A Reobote indiscutivelmente não atendeu às determinações do edital e, portanto, se impõe a sua desclassificação no certame licitatório.

REQUERIMENTO

Diante do demonstrado cabalmente em nossa explanação, solicitamos que essa nobre Comissão de Licitação desclassifique a proposta da empresa Reobote, por não atendimento aos requisitos constantes no diploma editalício.

Nesses termos, pede e espera deferimento
Brasília, 26 de abril de 2011.


p.p. Mario César Kellermann

OAB/RS 32.428


p.p. Adriano Beltrão Costa

OAB/RS 65.648