ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARAÍBA (CODEVASF)

Ref.: Pregão Eletrônico Nº 07/2015

A **CLARO S.A**., inscrita no CNPJ sob o n.º 40.432.544/0001-47, com sede com sede na Rua Flórida, 1970, Brooklin, na cidade de São Paulo-SP, por seu representante legal infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença dessa ilustre Comissão de Licitação, apresentar, **PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, com efeito de **Impugnação** na hipótese de seu indeferimento, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

Da análise do Edital em epígrafe observa-se que algumas disposições atentam contra os princípios da Legalidade e da Competitividade, possibilitando, desta feita, o afastamento de possíveis interessados no procedimento licitatório acima referido e, consequentemente, impedindo que a **CODEVASF** selecione e contrate a proposta mais vantajosa.

É com o objetivo de garantir a eficácia do certame, ao se observar os princípios mencionados anteriormente, bem como o da Vinculação ao Instrumento Convocatório, é que a licitante propõe as seguintes alterações do instrumento convocatório.

1 – DA TEMPESTIVIDADE

Conforme o ditame inserto no art. 18, do Decreto nº. 5.450/05, da mesma forma como se encontra disposto no subitem 5.1 do Edital, o prazo para impugnação é de até 02 (dois) dias úteis da data fixada para o certame

Dessa forma, conclui-se que o dia de início é o dia da abertura da sessão do Pregão, qual seja, 19/08/2015, que deve ser excluído (art. 110, da Lei n.º 8666/93), considerando-se o dia 18/08/2015 como primeiro dia útil e a presente data (17/08/2015), como segundo dia útil, a presente peça é, portanto, tempestiva.

2 – <u>DA EXCLUSÃO DE EXIGÊNCIAS RELACIONADAS À QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA - NECESSÁRIA ALTERAÇÃO DO EDITAL</u>

Da análise minuciosa do Edital em apreço, a ora impugnante constatou a presença de um vício de legalidade que prejudica sobremaneira o princípio da ampla competição e, por conseguinte e principalmente, a economicidade que poderia ser alcançada pela Administração Pública.

Desta feita, é imperiosa a reforma do Edital em razão da exigência correspondente ao subitem 11.1.2, "c", transcrito abaixo, relativo à qualificação econômico-financeira, que para o tipo de objeto da presente licitação, absolutamente não se aplica, conforme restará demonstrado:

> *"c) Capital Circulante Líquido ou Capital de Giro (Ativo Circulante - Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado da contratação, tendo por base, o Balanço Patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social;"*

Temos certeza que a determinação editalícia mencionada acima foi trazida, equivocadamente, em virtude das exigências contidas na Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 2, de 30 de abril de 2008, em seu art. 19, inciso XXIV, que trata da contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG.

Diante de tal constatação, e com base na definição serviços continuados trazidos da mencionada Instrução Normativa, vemos que esta é válida apenas para aqueles serviços nos quais, necessariamente, serão utilizados o emprego de mão de obra, ou seja, pessoas que serão alocadas para a execução dos serviços, como restará demonstrado nesta peça impugnatória.

A Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 2, de 30 de abril de 2008, veio disciplinar a contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG.

Como a referida Instrução Normativa traz no seu art. 1º a informação de serviços continuados ou não, nos dá uma falsa impressão que a mesma abarca todos os serviços continuados, o que necessariamente não é uma verdade, como veremos adiante.

Tal Instrução Normativa trata especificamente dos serviços continuados no que diz respeito à TERCEIRIZAÇÃO, ou seja, quando há necessariamente a utilização de mão de obra, como vemos em vários artigos da referida instrução, senão vejamos:

> "*Art. 6º Os serviços continuados que podem ser contratados de terceiros pela Administração são aqueles que apoiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão ou entidade, conforme dispõe o Decreto nº 2.271/97.*
>
> *§ 1º A prestação de serviços de que trata esta Instrução Normativa não gera vínculo empregatício entre os empregados da contratada e a Administração, vedando-se qualquer relação entre estes que caracterize pessoalidade e subordinação direta.*"
> (Renumerado pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)" (grifo nosso)

Como se vê, do artigo e parágrafo acima transcritos, já temos a primeira informação sobre a obrigatoriedade da utilização de pessoas na prestação dos serviços e para o objeto que se pretende contratar no presente edital que é serviço de telefonia fixa comutada- ANATELC- (fixo-fixo e fixo-móvel), na modalidade local não existe qualquer disponibilização de mão de obra para a execução do mesmo, não se caracterizando assim como execução indireta.

Outro ponto que gera grande confusão é o art. 7º da referida Instrução Normativa que traz a seguinte redação:

> "*Art.7º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção,*

> *reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.*" (grifo nosso)

Este artigo traz as diversas atividades que podem ser fruto de execução indireta, dentre elas as de telecomunicações. Ocorre que o rol de atividades elencadas no art. 7º acima transcrito, depois de uma análise bem acurada, se verifica, obrigatoriamente, a presença de mão de obra, fator este que caracteriza a execução indireta, senão vejamos:

> "*a) Conservação e Limpeza = utilização da mão de obra de serventes, auxiliares de limpeza, faxineiras, supervisores, etc*
> *b) Segurança e Vigilância = utilização da mão de obra de vigilantes armados e desarmados, supervisores, etc*
> *c) Transportes = utilização da mão de obra de motoristas, supervisores, etc.*
> *d) Informática = utilização da mão de obra de administrador de banco de dados, digitador, programador, analistas de sistemas, etc.*
> *e) Copeiragem = utilização da mão de obra de copeiras, garçons, cozinheiras, ajudantes de cozinha, supervisores, etc.*
> *f) Recepção = utilização da mão de obra de recepcionista, manobristas, coordenadores, supervisores, etc.*
> *g) Reprografia = utilização da mão de obra de operador de reprografia, auxiliares*
> *h) Telecomunicações = utilização da mão de obra de telefonistas, atendentes de Call Center, assistentes de telecomunicações; operadores de rádio; supervisores, engenheiros de telecomunicações, etc.*
> *i) Manutenção de prédios, equipamentos e instalações = utilização da mão de obra de artífice, auxiliar de serviços gerais, pedreiros, eletricistas, bombeiros, pintores, serralheiros, carpinteiros, etc.*"

A conclusão acima fica mais do que evidente quando nos deparamos com os §1º, §2º e §3º do referido artigo, senão vejamos:

> *"§ 1º Na contratação das atividades descritas no caput não se admite a previsão de funções que lhes sejam incompatíveis ou impertinentes.*
> *§ 2º A Administração poderá contratar, mediante terceirização, as atividades dos cargos extintos ou em extinção, tais como os elencados na Lei nº 9.632/98.*
> *§ 3º As funções elencadas nas contratações de prestação de serviços deverão observar a nomenclatura estabelecida no Código Brasileiro de Ocupações – CBO, do Ministério do Trabalho e Emprego. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009.)"* (grifo nosso)

Podemos, ainda, enumerar diversos outros artigos da referida Instrução Normativa onde deixa claro que tal documento deve ser utilizado quando se envolver obrigatoriamente a prestação de serviços com a utilização de mão de obra. São eles:

a) Art. 9º

> *"Art. 9º É vedada a contratação de atividades que:*
> *I - sejam inerentes às categorias funcionais abrangida pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal;" (grifo nosso)*

b) Art. 10

> *"Art. 10. É vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, tais como:*

I - exercer o poder de mando sobre os empregados da contratada, devendo reportar-se somente aos prepostos ou responsáveis por ela indicados, exceto quando o objeto da contratação prever o atendimento direto, tais como nos serviços de recepção e apoio ao usuário;

II - direcionar a contratação de pessoas para trabalhar nas empresas contratadas;

III - promover ou aceitar o desvio de funções dos trabalhadores da contratada, mediante a utilização destes em atividades distintas daquelas previstas no objeto da contratação e em relação à função específica para a qual o trabalhador foi contratado; e

IV – considerar os trabalhadores da contratada como colaboradores eventuais do próprio órgão ou entidade responsável pela contratação, especialmente para efeito de concessão de diárias e passagens."

c) Art. 20

"Art. 20. É vedado à Administração fixar nos instrumentos convocatórios:

I - o quantitativo de mão-de-obra a ser utilizado na prestação do serviço, devendo sempre adotar unidade de medida que permita a quantificação da mão de obra que será necessária à execução do serviço; (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)" (grifo nosso)

d) Art. 21

"Art. 21. As propostas deverão ser apresentadas de forma clara e objetiva, em conformidade com o instrumento convocatório, devendo conter todos os elementos que influenciam no valor final da contratação, detalhando, quando for o caso:

...

III - a indicação dos sindicatos, acordos coletivos, convenções coletivas ou sentenças normativas que regem as categorias profissionais que executarão o serviço e as respectivas datas bases e vigências, com base no Código Brasileiro de Ocupações – CBO;" (grifo nosso)

O Tribunal de Contas da União – TCU, a partir dos estudos de um grupo de trabalho elaborou o Acórdão nº 1214-17/13 – Plenário, de 22/05/2013, que é o precursor das recentes alterações constantes da Instrução Normativa nº 02/2008 – MPOG, onde o mesmo traz toda a análise sobre a execução de contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal, trazendo no seu preâmbulo o seguinte:

> "*Relatório:*
> *Trata-se de representação formulada pela então Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos – Adplan deste Tribunal, com o objetivo de apresentar proposições de melhorias nos procedimentos relativos à contratação e à execução de contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal.*
>
> *2. Constatou-se que, nos últimos anos, passaram a ocorrer com maior frequência problemas na execução desse tipo de contrato, com interrupções na prestação dos serviços, ausência de pagamento aos funcionários de salários e outras verbas trabalhistas, trazendo prejuízos à administração e aos trabalhadores. Em razão disso, o então Presidente deste Tribunal, Ministro Ubiratan Aguiar, determinou à Administração do TCU que fossem realizados trabalhos conjuntos com outros órgãos da Administração Pública com o objetivo de formular propostas para ao menos mitigar tais problemas*." (grifo nosso)

No mesmo Acórdão vemos em seu item 102 as orientações daquela Corte de Contas quanto às condições de habilitação econômico financeira que de forma direta definiram a alteração da Instrução Normativa nº 02/2008 – MPOG, por meio da Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013.

> "*102. Assim, com base nesses pressupostos, propõe-se as seguintes condições de habilitação econômico financeira para comporem os editais destinados à contratação de serviços terceirizados:*" (grifo nosso)

Como se vê do enunciado acima tais alterações incluídas na menciona Instrução Normativa se refere à contratação de serviços terceirizados, ou seja, aqueles que se utiliza de mão de obra na execução dos serviços.

A título de informação o próprio MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO – MPOG (autor da Instrução Normativa nº 02/2008) realizou recentemente uma licitação na modalidade Pregão para Registro de Preços, do tipo Eletrônico de nº 1/2014 - Processo nº 04300.002983/2013-18, com abertura ocorrida no dia 26/09/2014 às 09:00 horas, cujo objeto era o Serviço Móvel Pessoal (SMP), incluindo serviços de mensageria, caixa postal e acesso à internet, Serviço Telefônico Fixo Comutado (ANATELC) nas Modalidades Longa Distância Nacional e Internacional, na região com o código nacional 11, 21 e 61, no qual não havia qualquer exigência de habilitação econômico financeira, nos moldes da licitação promovida por essa Companhia.

Vejamos abaixo a exigência contida na licitação promovida pelo MPOG para um objeto similar ao que está sendo licitado pela CODEVASF:

> *"11.2.3 Qualificação Econômico-Financeira:*
>
> *11.2.3.1 Certidão negativa de concordata, falência ou recuperação judicial ou extrajudicial, ou execução patrimonial, conforme o caso, expedida pelo distribuidor da sede do licitante;*
>
> *11.2.3.2 Balanço patrimonial e demonstrações contábeis (vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios), que devem ser atualizados a cada encerramento de exercício social no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias;*

11.2.3.2.1 São considerados aceitos na forma da Lei, o Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis publicadas em Diário Oficial, ou publicado em jornal, ou por cópia ou fotocópia do livro Diário, devidamente autenticada na Junta Comercial da sede ou domicílio da licitante, ou outro órgão equivalente inclusive com os Termos de Abertura e Encerramento.

11.2.3.2.2 No caso de empresa constituída no exercício social vigente, admite-se a apresentação de balanço patrimonial e demonstrações contábeis referentes ao período de existência da sociedade;

11.2.3.2.3 Comprovação da boa situação financeira da empresa, baseada de índices acima de 1 (um) de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), obtidos a partir dos dados resultantes da aplicação das fórmulas abaixo, cujos dados serão extraídos das informações do balanço da empresa, relativo ao último exercício:

$$LG = \frac{\text{Ativo Circulante + Realizável a Longo Prazo}}{\text{Passivo Circulante + Passivo Não Circulante}};$$

$$SG = \frac{\text{Ativo Total}}{\text{Passivo Circulante + Passivo Não Circulante}};$$

$$LC = \frac{\text{Ativo Circulante}}{\text{Passivo Circulante}};$$

11.2.3.2.4 As empresas cadastradas ou não no SICAF, que apresentarem resultado inferior ou igual a 1 (um) em qualquer dos índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), deverão comprovar possuir patrimônio líquido de 10% (dez por cento) do valor total estimado da contratação.

11.2.3.2.4.1 A empresa que vencer mais de um Grupo, o valor total estimado da contratação será o somatório dos valores de cada Grupo.

11.2.3.2.4.2 Em se tratando de empresas reunidas em consórcio, cada empresa consorciada deverá apresentar qualificação econômico-financeira exigida, na proporção de sua participação no consórcio no Edital." (grifo nosso)

Como se vê das exigências acima, não há nenhuma semelhante àquela descrita no subitem 11.1.2, "c" do Edital em apreço, cujo objeto é semelhante ao do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG, que é, como já dissemos o órgão responsável pela expedição da Instrução Normativa nº 02/2008.

Pertinente informarmos, ademais, que a Impugnação apresentada pela CLARO ao Edital do Pregão Eletrônico nº 11/2014, promovido pela Coordenação-Geral de Material e Patrimônio da Subsecretaria de Assuntos Administrativos, do Ministério da Saúde, no qual também se encontrava exigência idêntica, com relação à comprovação de Capital Circulante Líquido ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado da contratação, tendo por base o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social, foi acatada e, por entender que esta não guardava relação com o objeto a ser contratado, aquele órgão decidiu pela sua exclusão do Edital, quando da posterior republicação.

Só assim estar-se-á de fato estabelecendo critérios legítimos e legais para a qualificação econômico-financeira das empresas interessadas em participar do certame, ampliando a competição no certame e garantindo não só a isonomia entre as proponentes como a possibilidade de melhor contratação pela Administração Pública.

Por todo o exposto, requeremos o acolhimento do pleito acima destacado, sendo certo que tal medida encontra respaldo nos princípios da Legalidade, Isonomia, Ampla Competitividade e Razoabilidade, na forma do disposto na Lei 8.666/93.

3 – DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO

Como resta demonstrado, a alteração do edital é medida garantidora da legalidade da licitação, possibilitando à **CODEVASF** selecionar a proposta mais vantajosa para cada um dos serviços contratados, bem como do futuro contrato, por meio da correção das incoerências aqui apontadas. Ante o exposto, a fim de garantir o caráter equânime e competitivo da licitação, bem como a aplicação dos princípios da legalidade e da justa competição, requer a alteração do edital nos termos propostos acima. Ainda, na hipótese do I. Pregoeiro não acolher as presentes razões, digne-se a recebê-las como impugnação aos termos do edital, com efeito suspensivo, de acordo com o disposto na legislação vigente.

Atenciosamente,

Brasília, 17 de agosto de 2015.