ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA (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 SEPARAÇÃO DO OBJETO EM SERVIÇOS DISTINTOS

A presente licitação tem por objeto a prestação de serviços de telefonia fixa, móvel e de acesso à internet através da tecnologia 3G para atender a demanda do Edifício Sede da 6ª Superintendência Regional da CODEVASF, município de Juazeiro, Estado da Bahia, distribuídos em 02 (dois) grupos.

No entanto, em benefício da própria Administração Pública e com vistas à ampliação da concorrência, faz-se necessário que o mencionado objeto seja separado da forma descrita abaixo, uma vez que da maneira como se encontram agrupados atualmente, inviabiliza-se a possibilidade das licitantes que prestam apenas uma destas modalidades de serviço participarem do presente certame e elaborarem suas respectivas propostas:

GRUPO 1 (Itens 1 e 2)

- Considerando JULGAMENTO POR GRUPO acima transcrito, faz-se necessário separar o Item 1 (STFC Local de PABX) do Item 2 (Linhas Diretas). Da forma apresentada no instrumento convocatório, somente a operadora OI (que possui linhas diretas em Juazeiro/BA), poderá participar deste Grupo, cerceando a participação dos demais licitantes detentores de concessão/autorização para prestação do serviço objeto do Item 1. As linhas diretas já estão separadas no item 2, porém, o julgamento deve seguir a premissa da separação e ocorrer de forma dissociada.

- O Edital menciona o "Digitronco", cujo mesmo refere-se a nomenclatura de 1(um) determinado serviço da operadora Oi, o que caracteriza um suposto direcionamento a 1(um) único licitante, o que fere ao principio da isonomia, dentre outros.

GRUPO 2 (Itens 3 e 4)

- Quanto a este GRUPO, ponderamos sobre a necessidade de exclusão da contratação prevista no item 3, cito: *"500 (quinhentos) minutos para móvel interurbano, compartilhados entre 2 (dois) chips",* uma vez que estes referem-se a Chip´s que ficarão fixos e atrelados à uma Central Telefônica, cujo órgão supostamente possui contrato de Longa distância Nacional.

No formato em que se encontra atualmente o Edital, também se frustra o caráter competitivo que dá razão à existência de apenas um procedimento licitatório contemplando diversos serviços, quando existe a ampla possibilidade de os mesmos serviços serem prestados por outras empresas de telecomunicações.

Assim, para que seja viável a participação concreta no certame de um maior número de interessados, o que evidentemente fará com que o mesmo alcance um maior grau de competitividade, possibilitando uma contratação mais vantajosa para a instituição, é necessário que esse Pregoeiro separe o objeto do Edital da forma requerida anteriormente, de forma a não alijar peremptoriamente qualquer um dos interessados em participar do procedimento licitatório.

Desta forma, para haver a ampla competição, a contratação deverá ser feita em lotes distintos para a prestação dos serviços, de acordo com as modalidades de serviço acima descritas.

Em assim fazendo, para o provimento dos serviços licitados, a Administração ampliaria a possibilidade de competição no certame, visto que o objeto pode ser prestado de diferentes formas, por diferentes empresas interessadas.

Observa-se ainda que o Edital desconsidera a atual realidade regulamentar, técnica e operacional dos serviços e das Prestadoras de Telefonia, ao prever condições desiguais ao provimento dos serviços pelos competidores interessados neste certame, sem considerar a diversidade de serviços e funcionalidades pretendidas e principalmente a escassez de infraestrutura em algumas regiões, sem observar os limites e abrangência das atuais outorgas expedidas pela ANATEL para o provimento dos serviços pretendidos, mediante convergência plena.

De acordo com as lições da melhor doutrina, temos que o princípio da razoabilidade está pautado pelo tripé da adequação, necessidade e proporcionalidade. Considerando como um axioma a vinculação da Administração Pública ao edital, sendo este "a lei interna da licitação" segundo Hely Lopes Meirelles[1], citamos aqui o doutrinador Celso de Albuquerque Silva, que em sua obra "Interpretação Constitucional Operativa"[2], ao tratar pontualmente de cada um dos pressupostos de tal princípio para a imposição de obrigações aos indivíduos, na análise do inciso II do art. 5º da Constituição da República, nos ensina que:

> "**Adequação relaciona-se com a aptidão, idoneidade da medida postulada quando cotejada com os fins a serem alcançados. Trata-se de uma relação lógica a necessariamente incidir entre a capacidade dos meios utilizados para produzir o resultado a ser afinal alcançado, estando tanto os fins quanto os meios em consonância com o ordenamento constitucional.**
> (...)

[1] *In* Direito Administrativo Brasileiro, p. 263, Malheiros Editores, 27ª edição, 2002;
[2] Ob. Citada, p. 88 a 91, Lumen Juris, 2001.

> A segunda exigência para que uma lei seja considerada razoável refere-se à **necessidade: idôneos que sejam os meios para alcançar o fim colimado, resta então averiguar se tais meios são realmente necessários. Em outro dizer, cuida-se de uma investigação acerca da onerosidade dos meios adotados. Se tais meios trazem um agravamento desnecessário ao direito comprimido**, seja porque existem outros meios menos gravosos e igualmente aptos para o alcance da finalidade pretendida, seja porque trazem uma carga coativa superior ao bem que a lei deseja proteger e em razão do qual está limitando outro direito igualmente protegido, esta lei é desarrazoada por violação do requisito da necessidade.
>
> (...)
>
> O último dos requisitos apontados pela doutrina é a **proporcionalidade em sentido estrito, que nada mais é que um juízo de valoração custo/benefício no caso concreto. (...) A proporcionalidade em sentido estrito oferece a oportunidade para averiguação se ao ônus imposto ao direito sacrificado corresponde um benefício ao direito privilegiado compatível com *standards* mínimos de justiça**." (grifos nossos).

Assim, toda a atividade da Administração, para não estar eivada de vícios, não pode identificar-se com aquilo que é evidentemente desarrazoado ou arbitrário, sob o risco de ficar configurado um desvio de finalidade entre a medida adotada e a finalidade colimada.

Nesta mesma esteira, resta incomprovada a necessidade das exigências editalícias como se apresentam até agora, pois é perfeitamente possível a prestação dos serviços requeridos diferentemente do que fora estipulado no instrumento convocatório, não havendo razão para a sustentação de qualquer restrição nesse sentido. Por fim, ausente também o último elemento do princípio da Razoabilidade, a proporcionalidade em sentido estrito, visto que a relação custo/benefício coloca em risco o atendimento do Interesse Público e da própria Economicidade na contratação, sendo o direito sacrificado, *in casu*, não o direito subjetivo da Embratel ou terceiros participarem da licitação que se pretende realizar, mas o próprio interesse público de toda a sociedade em não ver o Erário Público arcar com uma contratação deficitária.

A modalidade Pregão se presta, conforme dispõe o seu art. 1º, para a aquisição de bens e serviços comuns. Assim, a formulação de exigências técnicas específicas e exorbitantes, que não são prestadas pelo mercado de forma uniforme, e sim por número restrito de fornecedores demonstra que houve um equívoco da Administração, pois ao invés de zelar pela ampla competição dentro do procedimento licitatório, ao contrário, frustrou completamente o seu caráter competitivo.

Desta forma, observa-se claramente que a forma em que está disposto o Edital é despicienda, uma vez que não observa a ampla competição, diante dos poucos fornecedores aptos a prestarem o serviço da forma agrupada como originalmente encontra-se descrito naquele documento. Tal exigência é excessiva principalmente se considerarmos que, diante da competitividade existente no mercado de telecomunicações, existem várias empresas detentoras de diferentes tecnologias que conseguem prestar os mesmos serviços, com critérios de qualidade idênticos, padronizados por força das normas regulatórias expedidas pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, para o provimento do serviço de Internet.

Em suma, mantida a opção atual, estar-se-á frustrando o princípio da isonomia, uma vez que a exigência formulada restringe seriamente o número de empresas capacitadas para a prestação dos serviços, o que em uma última análise não favorece a verdadeira, justa e ampla competição e a economicidade da contratação.

Para ilustrar a importância do Princípio da Isonomia, transcrevemos ensinamento do ilustre Jessé Torres Pereira Júnior (“Licitações de Informática”, Renovar, 2000, pág. 30):

> "(i) O Princípio da Igualdade impõe à Administração elaborar regras claras, que assegurem aos participantes da licitação condições de absoluta equivalência durante a disputa, tanto entre si quanto perante a Administração, intolerável qualquer espécie de favorecimento;”

Considerando-se os dispositivos legais, princípios constitucionais e entendimentos doutrinários sobre a matéria, não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes ou os desnivelem no julgamento, conforme preceitua o art. 3º, § 1º da Lei nº 8.666/93, a seguir transcrito, in verbis:

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

Nesta esteira, merece destaque a Lei de Licitações, que em seu artigo 3º, § 1º, inciso I, prevê expressamente como intolerável a atuação contrária ao interesse público e à competitividade, proibindo peremptoriamente a adoção de condutas dissonantes com os desideratos da Lei.

> **"Art. 3º - É vedado aos agentes públicos:**
> **I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;"**

A separação em lotes do objeto do presente certame, indubitavelmente, trará maior transparência aos valores das propostas para os serviços contratados, propiciando, além disso, uma maior competitividade entre os licitantes para prestarem os serviços individualmente considerados, assim como uma contratação mais vantajosa para a Administração e com maior controle e transparência dos gastos, o que respeita os clamores do Interesse Público.

Cabe relembrarmos o disposto no art. 23, §1º, da Lei 8.666/93, *in verbis*:

> “§ 1o - As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.”

Como se observa, a lei é clara ao determinar o fracionamento do objeto sempre que a natureza do serviço permitir e, principalmente, quando significar economia, conforme já mencionado. O mestre Marçal Justen Filho, ao comentar o dispositivo supra, leciona com propriedade:

> "As contratações devem ser programadas na sua integralidade, sendo indesejável execução parcelada. Mas execução (programação) parcelada não se confunde com o fracionamento do objeto em diversos lotes ou parcelas. No caso do fracionamento, a Administração divide a contratação em inúmeros lotes, cujo conjunto corresponde à satisfação integral da necessidade pública. Em princípio, todas as contratações fracionadas são executadas simultaneamente. **(...) O art. 23, § 1, impõe o fracionamento como obrigatório. A regra retrata a vontade legislativa de ampliar a competitividade e o universo de possíveis interessados. O fracionamento conduz à licitação e contratação de objetos de menor dimensão quantitativa, qualitativa e econômica. Isso aumenta o número de pessoas em condições de disputar a contratação, inclusive pela redução dos requisitos de habilitação (que serão proporcionados à dimensão dos lotes). Trata-se não apenas de realizar o princípio da isonomia, mas da própria eficiência. A competição produz redução de preços e supõe que a Administração desembolsará menos, em montantes globais, através da realização de uma multiplicidade de contratos de valor inferior do que pela pactuação de contração única."**
> (grifo nosso)

A doutrina acima colacionada encaixa-se perfeitamente ao caso em análise, uma vez que no presente edital não há qualquer óbice ao fracionamento do objeto. A Administração será a maior beneficiada ao promover um processo licitatório verdadeiramente amplo e isonômico, uma vez que, através do desmembramento do objeto tal como solicitado, estimulará a competitividade, abarcando o maior número possível de licitantes.

Destaque-se ainda o posicionamento **E. Tribunal de Contas da União**, em sua Súmula nº 247, a saber:

> *"**É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais de licitações para contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível**, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.' (grifos nossos)*

Assim, conforme se infere da leitura anterior, deve a Administração Pública procurar sempre estimular a competitividade e economicidade do serviço licitado, abarcando o maior número possível de licitantes. Tal providência, *in casu*, pode ser obtida com o desmembramento do objeto, da forma ora pleiteada.

2 – DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO

Como resta demonstrado, a alteração do edital é medida garantidora da legalidade da licitação, possibilitando ao **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, 14 de agosto de 2015.

ADRIANA MARIA DORIA ROCHA
Advogada
OAB/DF – 12246