

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA AGÊNCIA GOIANA DE HABILITAÇÃO S/A - AGEHAB

Ref.: Pregão Eletrônico Nº 011/2018

A CLARO S.A., inscrita no CNPJ sob o n.º 40.432.544/0001-47, com sede com sede na Rua Henri Dunant, nº 780 – Torres A e B, Santo Amaro – São Paulo/SP – Brasil, CEP 04.709-110, 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, conseqüentemente, impedindo que a **AGEHAB** 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 – DO PEDIDO DE EXCLUSÃO DE EXIGÊNCIAS RELATIVAS À QUALIFICAÇÃO FINANCEIRA

No que diz respeito à exigência de comprovação de boa situação financeira da empresa através de no mínimo um dos seguintes índices contábeis: ILC – Índice de Liquidez Corrente ou ILG – Índice de Liquidez geral ou GS – Grau de Insolvência, o qual deverá ser maior ou igual a 1, correspondente ao 9.6, "b.1" do Edital, cumpre-nos destacar a **decisão do Conselho Especial do TJDF, de 27/07/2013**, transcrita abaixo, **que declarou a inconstitucionalidade da Lei Distrital nº 5.014/2013, sobre excessivas exigências em relação à qualificação econômico-financeira, que acabariam inviabilizando a participação de empresas de pequeno porte, restringindo, desta forma,**

a competitividade e afrontando a livre concorrência e os princípios norteadores da licitação, além de exceder os limites da razoabilidade:

“Num Processo 2013 00 2 003060-5

Reg. Acórdão 700691

Relator Des. FLAVIO ROSTIROLA

Requerente(s) PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Requerido(s) GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL

Advogado(s) PAOLA AIRES CORRÊA LIMA (Procurador)

Requerido(s) PRESIDENTE DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL

Advogado(s) SIDRAQUE DAVID MONTEIRA ANATLETO. (Procurador) e outro(s)

Curador PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

Advogado(s) ROBSON VIEIRA TEIXEIRA DE FREITAS (Procurador)

Advogado(s) MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES (Procurador) e outro(s)

Amicus Curiae SINDICATO DAS EMPRESAS DE SEGURANÇA PRIVADA, SISTEMAS DE SEGURANÇA ELETRÔNICA, CURSOS DE FORMAÇÃO E TRANSPORTE DE VALORES NO DISTRITO FEDERAL - SINDESP

Advogado(s) MARCELO LUIZ AVILA DE BESSA

Origem LEI DISTRITAL 5.014, DE 11 DE JANEIRO, DE 2013 (SERVIÇOS TERCEIRIZADOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO DF)

Ementa AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL 5.014/13. NORMAS ESPECÍFICAS PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS OU NÃO, CHAMADOS SERVIÇOS TERCEIRIZADOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. PARÂMETRO DE CONTROLE. COMPETÊNCIA DO TJDF. REQUISITOS CRIADOS SEM BASE TÉCNICA E QUE PRATICAMENTE EXLUEM AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS DAS REFERIDAS CONCORRÊNCIAS PÚBLICAS. CARTELIZAÇÃO E AUMENTO DE PREÇOS PREVISTOS PELA PRÓPRIA SECRETARIA DE PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO DO DF. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE VISTO SOB A PERSPECTIVA DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO. INCONSTITUCIONALIDADE

MATERIAL. 1.Considerando que a própria Lei Orgânica do Distrito Federal é o instrumento jurídico revestido de parametricidade, para efeito de fiscalização concentrada de constitucionalidade da Lei Distrital impugnada (CF, art. 125, §2º), foi afastada a preliminar e declarada a competência dessa Egrégia Corte de Justiça para apreciar a Ação Direta.

2.Revela-se legítimo invocar, como referência paradigmática, para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de Lei Distrital, cláusula de caráter remissivo, que, inscrita na Lei Orgânica, remete, diretamente, às regras normativas constantes da própria Constituição Federal, assim incorporando-as, formalmente, mediante referida técnica de remissão, ao plano do ordenamento constitucional do Estado-membro. 3.É aturada a jurisprudência que veda a abusividade da



atividade legislativa do Estado. Todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV). Nesse sentido, o "postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais" (RE 200844-AgR). Nesse contexto, o que se afere na ação é se a Lei Distrital nº 5.014/2013 atende aos elementos parciais (ou subprincípios) do princípio da proporcionalidade, quais sejam: (a) adequação (também designado de pertinência ou aptidão), (b) necessidade e (c) proporcionalidade em sentido estrito. 4. Em análise do texto normativo, fica claro que o meio escolhido (os índices exigidos) pela norma impugnada não é adequado ao fim que se tenta alcançar (resguardar os interesses financeiros da Administração Pública). Nesse sentido, a Lei Distrital não se reveste do necessário coeficiente de adequação (pertinência ou aptidão). 5. A norma pode ser compreendida como um ativo inibidor da concorrência. Uma verdadeira barreira à entrada de concorrentes no mercado relevante de prestação de serviços terceirizados na Administração Pública do Distrito Federal gerando um verdadeiro poder de mercado. O abalo do princípio pela conduta anticompetitiva, possui nítido objetivo de eliminar (ou, no mínimo, diminuir) a concorrência. 6. Considerando que o parâmetro tomado como base fática da norma diz respeito à Administração Federal, apresentando estrutura administrativa e condições financeiro-orçamentárias completamente diversas do âmbito distrital, a Lei Distrital nº 5.014/2013 não observa o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso. 7. Julgado procedente o pedido, para declarar, em tese e com efeitos ex tunc e erga omnes, a inconstitucionalidade material da Lei Distrital 5014, de 11 de janeiro de 2013.

Decisão PRELIMINARES REJEITADAS. UNÂNIME. NO MÉRITO, REJEITADA A ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. ACOLHIDA A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. UNÂNIME."

Diante da Decisão transcrita acima, não restam dúvidas de que o subitem 9.6, "b.1" precisa ser excluído do Edital, ou que ele passe a permitir que sua comprovação seja feita por meio da apresentação **única da comprovação de Patrimônio Líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado para a contratação**, por ser esta a medida mais apropriada, razoável e em conformidade com os ditames legais relativos ao assunto.

Assim, a alteração do Edital da forma pleiteada visa adequá-lo à realidade do mercado de telecomunicações, evitando a exclusão de licitantes interessados no certame, ainda que detentores de boa situação financeira, como é o caso da CLARO, por contarem com índices financeiros positivos, porém inferiores ao exigido, não obstante seu capital social ser absolutamente superior ao que se exige.



Ao proceder da forma ora requerida, esse órgão adequaria seu Edital à Lei 8.666/93, que determina que a qualificação econômico-financeira seja comprovada por meio de: índice de solvência geral e liquidez corrente positivo OU mediante comprovação de capital social OU patrimônio líquido superior à contratação ou à 10% do valor da licitação/contratação (Art. 31, §3º).

Esta alternatividade, inclusive, é entendimento do próprio Tribunal de Contas da União, que sempre se posicionou neste sentido, tanto que editou a súmula nº 275, abaixo destacada que estabelece que:

*"Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, **de forma não cumulativa**, capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços."*

Além disso, as alterações ora propostas encontram respaldo no disposto no art. 31 §1º da Lei 8.883, de 08/06/94, que alterou dispositivo da lei 8.666/93 sobre a matéria, o qual transcrevemos:

"Art. 31 - A documentação relativa à qualificação econômica-financeira limita-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§1º A exigência de índice limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade e lucratividade."

É neste sentido que também se posiciona a doutrina:

"O Essencial é que a Administração não estabeleça exigências descabidas na espécie, nem fixe mínimos de idoneidade financeira desproporcionais ao objeto do certame, a fim de não afastar os



Interessados de reduzida capacidade financeira, que não é absoluta, mas relativa a cada licitação. Desde que o interessado tenha capacidade financeira real para a execução do objeto da licitação" (Hely Lopes Meirelles).

Face ao exposto, tal pleito objetiva a não exclusão da CLARO do certame em apreço, bem como das demais empresas que se encontrem em idêntica situação, inclusive as Empresas de Pequeno Porte – EPPs, permitindo, em conformidade com o que preceitua a Lei 8.666/93, que a boa situação econômico-financeira seja comprovada por balanço patrimonial, capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo das empresas que não atendam àquele índice financeiro, **como costuma ser a praxe em editais de diversos órgão públicos, visando sempre ampliar a competição.**

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.

2 – DA NECESSIDADE DE FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES RELEVANTES

No que se refere ao item 4.5 do Termo de Referência (Anexo I), no qual a estimativa de consumo médio mensal (atual) para chamadas DDD-Fixo-Móvel VC2 e VC3 encontra-se agrupada e com total de 2.000, ponderamos sobre a necessidade de diferenciação e de determinação do tráfego para cada modalidade de chamada VC2 e VC3, sendo tal providência imprescindível à participação da CLARO e demais interessados no presente certame, de forma competitiva e em condições de oferecer propostas comerciais mais vantajosas para a Administração Pública.

3 – DO PRAZO MÁXIMO DE RECUPERAÇÃO DO SERVIÇO

Quanto ao prazo máximo de recuperação do serviço de até 4 (quatro) horas para DDR (Discagem Direta a Ramal), conforme se encontra atualmente descrito no item 7.4 do Termo de Referência (Anexo I), mister esclarecermos sobre a inviabilidade de atendimento em tão exíguo tempo, em virtude da necessidade

de análise sobre os motivos que ensejaram a indisponibilidade, o que corrobora para a necessidade de concessão de um prazo maior do que o estabelecido atualmente no referido documento, que seria de 10 (dez) horas.

Portanto, diante das razões expostas anteriormente, a alteração ora proposta faz-se imprescindível para evitar o risco de aplicação de penalidades injustas à Contratada, pelo não atendimento da exigência dentro do prazo estabelecido.

Assim, face o caso em comento, e agindo a AGEHAB com a discricionariedade que lhe é conferida, na edição de seus atos, pode perfeitamente alterar o prazo para recuperação dos serviços interrompidos para 10 (dez) horas, por ser esta a medida mais pertinente e razoável para o caso.

Aliás, sobre ato discricionário muito bem assinala o mestre Hely Lopes Meirelles: *“para o cometimento de um ato discricionário, indispensável é que o Direito, nos seus lineamentos gerais, ou a legislação administrativa confira explícita ou implicitamente tal poder ao administrador e lhe assinale os limites de sua liberdade de opção na escolha dos critérios postos à sua disposição para a prática do ato. A discricionariedade está em permitir o legislador que a autoridade administrativa escolha, entre as várias possibilidades de solução, aquela que melhor corresponda, no caso concreto, ao desejo da lei.”*

Por todo o exposto, requeremos o acolhimento dos pleitos acima destacados, 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.

4 – DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO

Como resta demonstrado, a alteração do edital é medida garantidora da legalidade da licitação, possibilitando à **AGEHAB** 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,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Adriana'.

ADRIANA MARIA DORIA ROCHA
Advogada
OAB/DF – 12246

Brasília, 8 de agosto de 2018.