A Universidade Federal de São João Del Rei – UFSJ
Setor de Compra e Licitação
(por intermédio do Ilmo. (a) Sr.(a) Pregoeiro(a))
secol@ufsj.edu.br

Edital de Pregão Eletrônico nº 044/2016
Processo nº 23122.013399/2016-83

A Agile Empreendimentos e Serviços Eireli, empresa estabelecida a Rua Grande Úrsula, nº 147, bairro Miramar, cidade de Belo Horizonte MG, Minas Gerais, CEP 30.642-580, inscrita no CNPJ sob o nº 11.312.296/0001-00, vem, à presença de V. Sas., com fundamento e na forma do art. 18, do Decreto 5.450 de 31/05/2005, apresentar **IMPUGNAÇÃO** aos termos estabelecidos pelo Edital de Pregão supra mencionado, o qual requer seja recebido e, após, analisado, seja o Edital reformulado de forma a permitir participação ampla, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

I – DO OBJETIVO E DOS FATOS

Com o objetivo de contratação de empresa especializada na prestação de serviços continuados de Manutenção Predial, Portaria, Jardinagem e Trabalhador Agropecuário, a serem realizados nos Campus da Sede da Universidade Federal de São João Del Rei e sob a modalidade de Pregão Eletrônico, tipo menor preço, foi publicado o edital acima informado.

A Impugnante ao proceder a análise do mencionado ato convocatório, constatou a existência de uma irregularidade que necessita obrigatoriamente ser alterada, visando, acima de tudo, e em estrita observância aos princípios norteadores das licitações, resguardar o regular prosseguimento do procedimento licitatório.

Lembre-se que impugnar o edital não significa uma afronta ao órgão licitante, **como muitos órgãos públicos lamentavelmente entendem**, mas sim uma forma de interação entre a Administração Pública e seus administrados.

A impugnação ao edital é prevista em lei como um direito do licitante de ver esclarecido pontos que ficaram obscuros ou ausentes no edital e não como uma forma de crítica pessoal aos agentes responsáveis pela licitação ou denúncia de improbidade administrativa.

Diante disso, certos da habitual atenção dessa Ilustre Pregoeira, e confiantes no habitual bom senso deste conceituado órgão em sua decisão, a Impugnante requer sejam analisadas e, posteriormente, alteradas as irregularidades encontradas, a fim de que a licitação ora em curso possa transcorrer normalmente, sem que sua legalidade possa vir a ser futuramente contestada.

O objetivo da presente impugnação é afastar do procedimento licitatório exigência contida no 3.4.1 do Termo de Referência, requerendo, desde logo, que caso não seja reconsiderada a decisão de reformulação do Edital, seja este instrumento remetido a SUPERIOR INSTÂNCIA, no seu efeito suspensivo, para exame e provimento na forma da lei.

Esse tipo de exigência ofende os princípios constitucionais da legalidade e da competitividade e, além disso, atenta contra o artigo 3º, I, da Lei 8.666/93.

> *"Art. 3º, § 1º , Inciso I, da Lei 8.666/93 – 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 domicílio dos licitantes ou de quaisquer outras circunstâncias impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto do contrato;*

II. – DO PRAZO LEGAL PARA IMPUGNAR O EDITAL

A data de abertura da licitação ocorrerá no dia 06/10/2016, sendo assim a impugnante respeitou o prazo de até dois dias úteis para interposição de impugnação, devendo a peça ser conhecida e recebida.

III. – IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DO ITEM 3.4.1 DO TERMO DE REFERÊNCIA DO EDITAL

Para o tipo de licitação em questão, não é possível a exigência do subitem em questão, dado os prejuízos ao erário público, compreendidos como suposta vantagem à Administração, bem como para a licitante, que terá prejuízo com a operação. Essa ilegalidade será demonstrada pela Impugnante, nos tópicos seguintes.

III. 1) Inadequação da Ordem de Serviço nº 030/2015 para a presente licitação.

O Edital, em seu subitem 3.4.1 do Termo de Referência traz a seguinte exigência:

> *3.4.1 – Ficará a critério da administração a substituição do profissional ausente em caso de férias regulamentares, fato este que, caso a UFSJ opte pela sua desnecessidade, implicará no desconto do valor correspondente ao custo com o ferista (Ordem de Serviço nº 030/2015, de 15/05/2015, da Reitoria da UFSJ).*

Cumpre salientar que a respectiva Ordem de Serviço nº 030/2015, não pode ser aplicada na presente licitação, dado que o objeto é a prestação de serviços e não locação de mão de obra. Está claro a forma como a Ordem se aplica:

> *ORDEM DE SERVIÇO No 030/2015*
>
> *Em 12 de maio de 2015, o Reitor em exercício da Universidade Federal de São João del-Rei – UFSJ, usando de suas atribuições, e tendo em vista a ampliação da eficácia e da eficiência na UFSJ,*
> *RESOLVE:*
> *Baixar a presente ORDEM DE SERVIÇO determinando que:*
> *Art. 1º Em conformidade ao art. 65 da Lei 8.666/1993, será* ***incluída nos contratos de locação de mão de obra****, às obrigações da CONTRATANTE, a informação da prescindibilidade de substituições de funcionários em seus períodos de férias.*
> *Parágrafo único. Os contratos vigentes deverão ser aditivados incluindo cláusula constando a informação do caput deste artigo.*

Art. 2º ***Nos exercícios de 2015 e 2016, nos contratos de locação de mão de obra,*** *as substituições de funcionários em seus períodos de férias serão suspensas, salvo por determinação da Reitoria.*
Art. 3º Esta Ordem de Serviço entra em vigor na data da sua publicação.

PROF. SÉRGIO AUGUSTO ARAÚJO DA GAMA CERQUEIRA
Reitor em exercício

Esclarecendo melhor, os contratos de locação ou de fornecimento de mão-de-obra possuem a finalidade de contratar a figura do profissional que efetuará os serviços e que será gerenciado pela contratante, nesse caso, a Administração. Este tipo de contratação é expressamente vedada pelo art. 21 do Anexo I do Decreto nº 2.617/09, que proíbe a caracterização do objeto da licitação como fornecimento de mão-de-obra, além de vedar a subordinação do empregado da contratada à contratante. A vedação tem respaldo, ainda, no art. 37, inciso II, da Constituição Federal por se tratar de contratação indevida de empresa pelo poder público, a fim de disponibilizar mão-de-obra, em vez de contratar pessoal diretamente por concurso público.

Já os contratos de prestação de serviços possuem o objetivo único de contratar a atividade que será prestada pela contratada, não importando quem fará o serviço. Esse é o tipo de contratação lícita, pois nesse caso, o que importará é o resultado final, ou seja, o serviço prestado. A mão-de-obra empregada é de responsabilidade exclusiva do contratado.

A licitação em questão não se trata de mero fornecimento de trabalhadores para uma determinada empresa, que no caso se configuraria em intermediação de mão de obra, conhecida como "marchandage", figura proibida pela legislação do trabalho, salvo no caso de trabalho temporário (Lei 6.019/74), que não se aplica na presente licitação.

Além do mais, o contrato a ser firmado com a vencedora da licitação terá prazo de 12 meses, a começar provavelmente em novembro de 2016, ou seja, em janeiro de 2017 a exigência do artigo 2º da respectiva Ordem de Serviço já terá caducado, já que a validade é apenas para os exercícios de 2015 e 2016.

Questionaremos também a legalidade dessa Ordem de Serviço que cria norma não prevista na IN 2 da MPOG e nos demais dispositivos legais, junto ao Tribunal de Contas da União.

III. 2) Desvantagem para a Administração com o aumento dos preços oferecidos pelas licitantes.

Ao informar no edital que ficará a critério da Administração a substituição do profissional da Contratada, ausente em caso de férias regulamentares, a UFSJ cria uma expectativa de prejuízo à futura contratada, fazendo com que as licitantes aumentem seus preços iniciais com vistas a suprir as possíveis perdas pela supressão de encargos sociais, insumos e depreciação de equipamentos, quando a exigência for posta em prática.

A primeira vista, tem-se a impressão que ao evitar uma substituição do funcionário da contratada em período de férias e promover o desconto do custo do ferista a Administração estará economizando recursos. Entretanto, essa premissa só é valida para os contratos já em execução com a Universidade, para os quais os prestadores não atentaram dos prejuízos em que incorrem com tal medida.

Devemos lembrar que, com o impedimento da Contratada em substituir o profissional ausente, a mesma deixará de receber no mês o percentual aproximado de 26,59% sobre a massa salarial, relativos a férias, abono de férias, incidências e décimo terceiro salário. Além disso, as parcelas mensais depreciadas para uniformes e equipamentos também não serão recebidas. O recebimento das parcelas citadas só ocorre quando há faturamento, o que é garantido com a substituição do profissional ausente.

Fazendo isso, a Administração impõe uma exigência absurda e prejudicial à concorrência e a obtenção do menor preço. Não seria nada econômico para a UFSJ se as licitantes embutissem em sua taxa administrativa tais custos. Haveria sobrepreço na licitação, já que os custos seriam lançados duas vezes pelas licitantes. A Administração ainda corre o risco de nunca solicitar a aplicação do dispositivo exigido na licitação e incorrer em sérios prejuízos financeiros.

Em outro norte, devemos lembrar que a contratação ocorre com a prestação de serviços continuados. Se forem interrompidos no período de férias, como justificar a sua essencialidade? Como explicar ao TCU que o faxineiro, eletricista, porteiro não precisa ser substituído na UFSJ quando estiver em gozo de férias. Ele não faz falta na execução das tarefas?

Nesse sentido é a definição apresentada no Anexo I da Instrução Normativa nº 2/2008 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão:

> *"I – SERVIÇOS CONTINUADOS são aqueles cuja interrupção possa comprometer a continuidade das atividades da Administração e cuja necessidade de contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro e continuamente".*

Segue o mesmo raciocínio o conceito atribuído pelo Tribunal de Contas da União:

> *"Voto do Ministro Relator*
>
> *[...]*
>
> *28. Sem pretender reabrir a discussão das conclusões obtidas naqueles casos concretos, chamo a atenção para o fato de que a natureza contínua de um serviço não pode ser definida de forma genérica. Deve-se, isso sim, atentar para as peculiaridades de cada situação examinada.*
>
> *29. Na realidade, o que caracteriza o caráter contínuo de um determinado serviço é sua essencialidade para assegurar a integridade do patrimônio público de forma rotineira e permanente ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do ente administrativo, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional." (TCU. Acórdão n° 132/2008 – Segunda Câmara. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Data do julgamento: 12/02/2008.)*

III. 3) Impossibilidade de retirar da composição dos custos da licitante as previsões constantes da planilha como: férias, abono, décimo terceiro salário e parcelas mensais de depreciação de equipamentos e uniformes – Critérios objetivos de julgamento e isonomia entre as licitantes.

Antes de adentrarmos nos possíveis prejuízos em que a licitante pode incorrer com a exigência do edital, vamos explicar o funcionamento da planilha de preços da licitação.

Para o preenchimento do Módulo 3 da planilha de preços mensal, nos custos relativos a insumos diversos, a licitante deve considerar apenas o valor depreciado de equipamentos e uniformes. No caso de uniformes, os valores são obtidos dividindo-se o custo total das peças por 12 meses e lançando na planilha. Os valores mensais de equipamentos são obtidos após a depreciação de 20% ao ano e sua divisão por 60 meses, conforme estabelece o edital.

Para preenchimento do módulo 4 da planilha, relativa aos encargos sociais e trabalhistas, a licitante também deve se atentar para suas obrigações mensais. Especificamente para os encargos correspondentes a previsão de férias, abono e décimo terceiro salário, os percentuais são obtidos da forma abaixo, conforme manual de preenchimento de planilhas do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, em 2011:

> *13º Salário - Gratificação de Natal, instituída pela Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962. Pode-se determinar a provisão mensal considerando que na duração do contrato de 60 meses o empregado tem 5 meses de férias e labora em 56 meses. Desse modo a provisão mensal pode ser obtida pelo cálculo: (5/56) x 100 = 8,93%.*
>
> *Abono de Férias - A Constituição Federal, em seu art. 7º, inciso XVII, prevê que as férias sejam pagas com adicional de, pelo menos, 1/3 (um terço) da remuneração do mês. Assim, a provisão para atender as despesas relativas ao abono de férias corresponde a: (1/3)*(5/56) x 100 = 2,98%.*
>
> *"Férias: Afastamento de 30 dias, sem prejuízo da remuneração, após cada período de 12 meses de vigência do contrato de trabalho. O pagamento ocorre conforme preceitua o artigo 129 e o inciso I, artigo 130, do Decreto-Lei nº 5.452/43 - CLT. Pode-se determinar a provisão mensal considerando que na duração do contrato de 60 meses o empregado tem 5 meses de férias e labora em 56 meses. Desse modo a provisão mensal pode ser obtida pelo cálculo: (5/56) x 100 = 8,93%.".*

Usualmente, as licitantes consideram em suas propostas um cálculo mais simples para o percentual de férias e décimo terceiro salário: 100% (equivalente ao

salário a ser pago) dividido por 12 meses = 8,33%. Para o abono a memória de cálculo seria 8,33% dividido por 3 = 2,78%. Sobre todos esses percentuais existirá incidência dos encargos do módulo 4.1 (Encargos Previdenciários e FGTS).

Entretanto, está claro que todos os percentuais citados e as parcelas de insumos (uniformes e equipamentos) compõem a planilha mensal da licitante e são essenciais para a justa remuneração do contrato.

Quando a Administração informa que é uma prerrogativa sua determinar a não substituição do terceirizado em caso de férias, retendo o valor do ferista, ela impede que a Contratada possa receber no mês as parcelas que rateou durante o ano em sua planilha, ou seja, impede o acesso a justa remuneração dos serviços.

Ora, ao não permitir que a empresa lance mão da substituição a Administração permite que a Contratada receba apenas 1/11 do valor do custo de seu uniforme e de seus equipamentos. Também a empresa receberá apenas 1/11 de décimo terceiro, do abono e das férias, tendo, entretanto que pagar a parcela integral ao empregado.

Ademais, está claro no edital que o valor do ferista será descontado da fatura da contratada, em caso do uso da prerrogativa da Administração em não admitir a substituição do mesmo, o que é ilegal.

Criar uma expectativa à futura contratada se opõe ao critério de julgamento objetivo e a isonomia, visto que algumas empresas poderão estar atentas e projetarem em seus preços as despesas e outras podem não se ater a isso, impedindo um julgamento justo entre as licitantes e podendo até mesmo comprometer a contratação, já que a contratada desatenta poderia sucumbir ao prejuízo e abandonar o contrato.

Assim, teremos a apresentação de propostas díspares entre os licitantes, uma vez que alguns poderão apresentar proposta com valores mais elevados e outras com valores muito baixos. E por se tratar de licitação onde se busca o menor preço, aqueles que apresentarem as suas propostas, voluntaria ou involuntariamente, sem os aludidos custos estarão em vantagem em relação àqueles que incluíram tais despesas, beneficiando-se, assim, com a omissão do Edital de Licitação.

IV – CONCLUSÃO

Diante da situação questionada, há um manifesto descompasso entre os ditames do edital ora atacado e a Legislação, atacadas e vulneradas em inúmeros de seus termos, razão pela qual compete a essa ilustre pregoeira zelar por sua integralidade.

Conjugando isso com o artigo 37, *caput,* da CF, o qual, dentre outros, estabelece a legalidade e a eficiência como dois dos princípios básicos da Administração Pública, conclui-se que não é lícito aos seus Representantes, em hipótese nenhuma, deixarem de observar as prescrições legais, de forma a preservar os interesses da Administração Pública, os direitos dos licitantes e a transparência da contratação.

Para que as licitantes possam oferecer preços mais vantajosos à Administração será necessária à retificação do Edital, excluindo a exigência prevista no Termo de Referência e evitando com isso que as licitantes ofereçam preços mais altos e prejuízo ao erário público.

V - DA REPUBLICAÇÃO DO PRAZO INICIALMENTE ESTABELECIDO

Uma vez retificado o edital no particular ora apontado, em especial no que diz respeito à composição dos custos, o que interferirá diretamente na formulação da proposta e conseqüentemente, na alteração dos valores referenciais para contratação dos serviços licitados pela UFSJ, será necessário reabrir o prazo da abertura da sessão do pregão.

Não por outra razão estabelece o art. 21, inciso III, da Lei nº 8.666/93 que:

> *"Art. 21 – Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverã ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: (Redação dada pela Lei 8.883, de 8/6/94)*
>
> *(... omissis ...)*
>
> *§ 4º – "Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente,*

a alteração não afetar a formulação das propostas" (grifo nosso)

VI - DO REQUERIMENTO

Pelo exposto, requer que essa Ilustre Pregoeira, dentro de suas atribuições no âmbito do Direito Administrativo, promova à devida alteração no corpo do edital, para que dele não faça constar em seu termo de referência, subitem que estabeleça como critério da Administração a prerrogativa de determinar substituição do profissional ausente em caso de férias, com consequente desconto do custo do ferista, na forma exigida pela Ordem de Serviço nº 30/2015 e em respeito aos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários dominantes a respeito da matéria.

Belo Horizonte, 29 de setembro de 2016.

Júlio Augusto Martins Figueiredo Pinto
Procurador / Gerente Comercial
CPF: 084.457.366-39
ID: MG-14.006.657