ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO OFICIAL DA PREFEITURA MUNICIPAL DE CANTAGALO - ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PREFEITURA MUNICIPAL DE CANTAGALO
1316
PROTOCOLO
Data 06/06/19
Rubrica

PROC. 1316 FL. 02
FUNC.

REF: PREGÃO PRESENCIAL N° 023/2019

E&L
Produções de Software
Gestão Pública Integrada
www.el.com.br

E&L PRODUÇÕES DE SOFTWARE LTDA, pessoa jurídica de direito privado, com sede à Av. Koehler, n° 238, Centro, Domingos Martins - ES, representada neste ato por seu procurador, o Sr. Alberto Goes do Nascimento Junior, brasileiro, casado, diretor comercial, residente e domiciliado à Rua Rua Waldir Soares Guinello, n° 220,apt° 804,Jardim Camburi, Vitória/ ES, consoante instrumento de procuração e contrato social anexos (docs. 01/02),vem, respeitosamente, perante essa Augusta Equipe, para apresentar a presente

_____I M P U G N A Ç Ã O_____

ao Edital do Pregão Presencial em destaque, publicado por esta Administração Pública, cuja finalidade consiste na contratação de empresa especializada para prestar

serviços de cessão de sistemas informatizados de gestão pública.

PROC. 1316 FLS. 03
FUNC.

I - INTRODUÇÃO

Prima facie, cumpre-nos salientar que a faculdade de revisão dos atos administrativos é inerente à Administração Pública, e constitui-se como eficiente mecanismo de controle e obediência aos princípios que a regem, mormente o da legalidade, a qual os entes públicos impõem observar (art. 37 da CR/88), sob pena de revisão via mandado judicial.

Através do feito em epígrafe foi deflagrado o procedimento licitatório sob a modalidade denominada Pregão, que recebeu o número de ordem 023/2019, e assim colocado o instrumento convocatório à disposição dos interessados em participar do certame, com a destinação específica concernente à contratação de empresa especializada para prestar serviços de cessão de sistemas informatizados de gestão pública, consoante se vê do respectivo edital.

Todavia, com todo o respeito e admiração pelo trabalho desenvolvido por essa Augusta Equipe de Pregão, desta vez, não agiu com o costumeiro acerto quando, ao publicar o presente Edital, inseriu cláusulas que espancam os preceitos legais básicos pré-estabelecidos nas Leis Federais nº 10.520/02 e 8.666/93, restringindo, assim, de forma indevida, o caráter competitivo do certame, conforme veremos adiante.

II - PRELIMINARMENTE

2.1. DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, antes de entrarmos no mérito da questão em tese, cumpre-nos que se infere tempestiva a medida ora apresentada, vez que intentada no

PROC. 1365/19
FUNC.

prazo legal estabelecido pelo § 2° do art. 41 da Lei Federal n° 8.666/93, ou seja, ATÉ o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes com as propostas, esta agendada para ocorrer em 10/06/2019.

Acerca da avaliação da contagem dos prazos para fins de apuração da tempestividade do pedido de impugnação temos que tanto na Lei Federal n° 8.666/93 quanto na legislação alusiva ao Pregão, nos dispositivos pertinentes à impugnação ao edital, constam a expressão "ATÉ", a qual, sem sombra de dúvidas, deve nortear o intérprete na análise da tempestividade ou não do pedido de impugnação apresentado pelo licitante interessado.

Desta feita, se o parágrafo segundo do artigo 41 da Lei Federal n° 8.666/93 determina, de modo expresso, que o licitante deve protocolar sua impugnação ao edital ATÉ o segundo dia útil que anteceder a abertura do certame, isso significa que o documento pode ser apresentado inclusive durante o transcorrer do segundo útil anterior ao início da licitação. A utilização do termo "até" nos comandos normativos em referência traz, evidentemente, o entendimento de que no segundo dia anterior à abertura do certame ainda se mostra possível apresentar o pedido de impugnação ao edital eventualmente contestado.

Um exemplo didático para o caso: se a licitação possui data de abertura marcada para o dia 07/06/2019 (sexta-feira) e levando-se em conta que os dias 06 e 05/06 são considerados como úteis pela entidade licitante, o prazo fatal para interposição da impugnação ao edital findar-se-á no dia 05/06/2017 (quarta-feira). Como a licitação terá sua abertura em 10/06/2019 (segunda-feira), o dia 07/06/2019 (sexta-feira) é considerado o primeiro dia útil que antecede ao efetivo início da sessão de entrega de envelopes. Por consequência lógica, o dia 06/06/2019 (quinta-feira) é o segundo dia útil anterior à abertura da licitação. Sendo assim, de acordo com a norma vigente, o edital poderá ser impugnado até o segundo dia útil anterior à abertura da licitação, ou seja, o dia 06/06/2019.

PROC. 3316 FLS. 07
FUNC.

Para o Prof. Marçal Justen Filho *"A Administração tem total liberdade para alterar as condições inseridas no instrumento convocatório (respeitada a lei, é claro)"*.

No presente caso temos que o aviso do Pregão *sub examine* foi publicado nos periódicos competentes no dia 29 de maio do ano em curso. Posteriormente, esta Equipe promoveu alterações significativas no edital, que só chegaram ao conhecimento da Impugnante no dia 05 de junho do mesmo ano, através de errata encaminhada por e-mail.

Tais mudanças dizem respeito ao objeto licitado, com substituição do tipo de julgamento de "menor preço global" por "menor preço por item".

Em situações como essa, em que há uma alteração substancial no objeto do edital, a Lei de Licitações (Lei Federal nº 8.666/93) estabelece, através do § 4º do seu art. 21 o seguinte:

> **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, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:**
>
> **§ 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.**

Portanto, se alterações significativas capazes de afetar a formulação das propostas forem promovidas no edital, assim como ocorreu no presente caso, **o prazo de publicidade deve ser devolvido**, possibilitando, assim, que eventuais licitantes que já estejam elaborando e preparando suas propostas se adaptem às novas regras impostas pela Administração.

PROC. 1316/08
FUNC.

Analisando a questão, assim se posicionou o Professor Marçal Justen Filho, *in* ***Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos***, 14ª ed., São Paulo: Dialética, 2010, p. 253:

> **A validade da licitação depende da ampla divulgação de sua existência, efetivada com antecedência que assegure a participação dos eventuais interessados e o conhecimento de toda a sociedade. O defeito na divulgação do instrumento convocatório constitui indevida restrição à participação dos interessados e vicia de nulidade o procedimento licitatório, devendo ser pronunciado a qualquer tempo.**

A jurisprudência pátria já teve a oportunidade de se debruçar sobre a matéria, tendo sido rigorosa ao declarar a nulidade de procedimentos licitatórios onde se processam alterações no edital sem que as mesmas se tornem conhecidas pelos potenciais licitantes através do mesmo instrumento de publicação que se deu a exteriorização do texto original, qual seja, o Diário Oficial, com a efetiva reabertura do lapso temporal para o oferecimento das propostas.

Neste sentido, vejamos as decisões colacionadas abaixo:

> **ADMINISTRATIVO. PREGÃO. PEDIDO DE REPUBLICAÇÃO DE EDITAL. DIVERGÊNCIA ENTRE NORMA EDITALÍCIA E ESCLARECIMENTOS DO PREGOEIRO. DIREITO DE REPUBLICAÇÃO DO EDITAL COM CORREÇÃO OU MANUTENÇÃO DA REGRA IMPOSTA NO EDITAL. ART. 20 DO DECRETO 5.450/2005. REMESSA IMPROVIDA. 1. Os esclarecimentos prestados pelo pregoeiro não podem contrariar o que está previsto no edital de licitação. 2. O Decreto nº 5.450/2005, que regula o pregão, dispõe que: "Art. 20. Qualquer modificação no edital exige divulgação pelo mesmo instrumento de publicação em que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas. 3. A ação do pregoeiro de afirmar que a declaração, constante do item 8.5.450202.3, deverá ser expedida pelo INSEG - Instituto Profissional de Segurança Privada do Estado da Bahia-, violou as normas do**

PROC. 1316 FLS 09
RUBRICA

edital, que previa que referida declaração fosse prestada pelo CRA - Conselho Regional de Administração. 4. Constata-se prejuízo para as licitantes, tendo em vista que a modificação, sob discussão, altera a formulação das propostas.5. Correta a sentença que concedeu a segurança para determinar a republicação do edital com as modificações efetuadas, bem como a reabertura do prazo, consoante previsto no art. 4°, V da Lei 10.520/2002. Remessa oficial improvida. (5927 BA 2007.33.00.005927-0, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 02/04/2008, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 25/04/2008 e-DJF1 p.350).(Grifo nosso).

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. EXIGÊNCIA EXCESSIVA. 1. É excessiva a exigência feita pela administração pública de que, em procedimento licitatório, o balanço da empresa seja assinado pelo sócio-dirigente, quando a sua existência, validade e eficácia não foram desconstituídas, haja vista estar autenticado pelo contador e rubricado pelo referido sócio. 2. Há violação ao princípio da estrita vinculação ao Edital, quando a administração cria nova exigência editalícia sem a observância do prescrito no § 4°, art. 21, da Lei n° 8.666/93.3. O procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, a fim de possibilitar o maior número possível deconcorrentes, tudo a possibilitar a escolha da proposta mais vantajosa. 4. Não deve ser afastado candidato do certame licitatório, por meros detalhes formais. No particular, o ato administrativo deve ser vinculado ao princípio da razoabilidade, afastando-se de produzir efeitos sem caráter substancial. 5. Segurança concedida.(MS 5631/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/1998, DJ 17/08/1998, p. 7). (Grifamos).

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL COMO INSTRUMENTO VINCULATORIO DAS PARTES. ALTERAÇÃO COM DESCUMPRIMENTO DA LEI. SEGURANÇA CONCEDIDA. É ENTENDIMENTO CORRENTIO NA DOUTRINA, COMO NA JURISPRUDENCIA, QUE O "EDITAL", NO PROCEDIMENTO LICITATORIO, CONSTITUI LEI ENTRE AS PARTES E É INSTRUMENTO DE VALIDADE DOS ATOS PRATICADOS NO CURSO DA LICITAÇÃO. AO DESCUMPRIR NORMAS EDITALÍCIAS, A ADMINISTRAÇÃO FRUSTRA A PRÓPRIA RAZÃO DE SER DA LICITAÇÃO E VIOLA OS PRINCÍPIOS QUE DIRECIONAM A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA, TAIS COMO: O DA LEGALIDADE, DA MORALIDADE E DA ISONOMIA. A ADMINISTRAÇÃO, SEGUNDO

Av. Koehler, nº 238 - Centro - Domingos Martins - ES - CEP: 29.260-000 - Telefax: (27) 3268-3123 - www.el.com.br

PROC. 1316 FLS 11
FUNC.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - PEDIDO LIMINAR PARA SUSPENSÃO DO CERTAME INDEFERIDO PELO JUÍZO SINGULAR - DECISÃO QUE DEVE SER REFORMADA - MODIFICAÇÃO DO EDITAL SEM NOVA PUBLICAÇÃO - AFRONTA AO ART. 21, § 4° da Lei 8.666/93 - QUALQUER ALTERAÇÃO DO EDITAL ENSEJA SUA REPUBLICAÇÃO - MODIFICAÇÃO QUE PODE AFETAR A FORMULAÇÃO DAS PROPOSTAS - DEVER DE OBSERVÂNCIA DA GARANTIA DA PUBLICIDADE E DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL - RECURSO PROVIDO. (TJ-PR - Ação Civil de Improbidade Administrativa: 9307557 PR 930755-7 (Acórdão), Relator: Wellington Emanuel C de Moura, Data de Julgamento: 26/03/2013, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1074 08/04/2013). **(grifo nosso).**

Dessa forma, levando-se em consideração que houve significativa e inegável modificação no objeto, com substituição do tipo de julgamento (interferência direta na formulação das propostas), é necessário que o presente edital seja republicado para que possa se adequar ao art. 21, §4° da Lei Federal n° 8.666/93, oportunamente transcrito.

E&L
Produções de Software
Gestão Pública Integrada

IV - NO MÉRITO

4.1. DO PARCELAMENTO DO OBJETO

www.el.com.br

Estatui o art. 23, § 1°, da Lei Federal n° 8.666/93 que 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.

Tanto é assim que o Tribunal de Contas da União (TCU) tem firmado entendimento de que o parcelamento de objeto de natureza divisível é, em regra, obrigatório. Assim, a Administração deve promover a licitação por itens/lotes num único procedimento licitatório, ou em procedimentos licitatórios distintos,

se for o caso, a fim de ampliar o caráter competitivo do certame, *ex vi* do disposto em sua Súmula de nº 247/2004:

PROC. 2384 FLS. 22
FUNC.

Súmula nº 247/2004 do TCU

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a 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.

A propósito, a jurisprudência do TCEMG arquitetada em torno da matéria em questão também culminou na edição da Súmula nº 114:

Súmula nº 114 do TCEMG

É obrigatória a realização de licitação por itens ou por lotes, com exigências de habilitação proporcionais à dimensão de cada parcela, quando o objeto da contratação for divisível e a medida propiciar melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampla participação de licitantes, sem perda da economia de escala, adotando-se, em cada certame, a modalidade licitatória compatível com o valor global das contratações.

A respeito do parcelamento do objeto, é relevante trazer à baila trechos de duas obras que tratam do tema:

O art. 23, §1º, 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

PROC. 1316 FLS. 13
FUNC.

> **própria eficiência. A competição produz redução de preços e se supõe que a Administração desembolsará menos, em montantes globais, através de uma multiplicidade de contratos de valor inferior do que pela pactuação de contratação única** (Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª Edição, Dialética, São Paulo, 2009, pag. 265).
>
> **... o parcelamento da execução é desejável sempre que assim o recomendem dois fatores cumulativos: o 'melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado' e a 'ampliação da competitividade'. Ocorrentes ambos, haverá conveniência para o interesse público em que parcele a execução do objeto, que resultará em vantagem para a Administração. Por conseguinte, parcelas a execução, nessas circunstâncias, é dever a que não se furtará a Administração sob pena de descumprir princípios específicos da licitação, tal como o da competitividade. Daí a redação trazida pela Lei nº 8.883/94 haver suprimido do texto anterior a ressalva 'a critério e por conveniência da Administração', fortemente indicando que não pode haver discrição (parcelar ou não) quando o interesse público decorrer superiormente atendido do parcelamento. Este é de rigor, com evidente apoio no princípio da legalidade** (Jessé Torres Pereira Júnior, in Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 5ª Edição, pag. 251).

Assim, resta claro que em nosso ordenamento jurídico a regra é o parcelamento das obras, serviços e compras, em quantas parcelas revelarem-se técnica e economicamente viáveis.

Entretanto, como toda regra tem sua exceção, temos que a obrigatoriedade do parcelamento pode ser afastada quando comprovada sua inviabilidade técnica e econômica, assim como ocorre nas contratações de softwares de gestão pública que apresentam inúmeros argumentos para a manutenção de lote único, sem que isto configure indevida restrição ao caráter competitivo do certame.

Inicialmente, temos a necessidade de padronização como peça fundamental, na medida em que

PROC. 1316 FLS. 24
DOC. 9

todos os softwares licitados deverão obedecer aos mesmos critérios de padronização, evitando a fragmentação das tecnologias de informação utilizadas no Município e potencializando a eficiência administrativa.

No caso em tela é possível e necessário agrupar vários sistemas em um só lote, posto que os softwares em questão são imprescindíveis para o funcionamento adequado e correto do serviço público municipal, principalmente, em razão das novas normas de contabilidade aplicadas ao setor público exigindo precisão e compatibilidade entre todos os setores sob pena de gerar informações e relatórios equivocados os quais poderão causar danos materiais ao erário.

A integração dos sistemas pretende viabilizar a troca de informações entre os mesmos para otimizar todo o processo e assegurar maior economicidade, rapidez, confiabilidade e eficiência, integrando, por exemplo, os sistemas de contabilidade pública, licitações e compras com o sistema de patrimônio e almoxarifado em tempo real.

Ademais disso, temos que toda a solução licitada será integrada, com troca de informações em tempo real, inclusive em alguns casos com o uso dos mesmos cadastros, que poderão ser compartilhados com todas as demais ferramentas de atendimento ao público.

Como exemplo podemos citar os módulos que envolvem o atendimento de cidadãos ou empresas via internet (atendimento ao cidadão via internet, escrituração fiscal eletrônica, emissão de notas fiscais eletrônicas, etc), possibilitando à Administração compilar dados, extrair relatórios e avaliar a qualidade, presteza e necessidade de readequações dos serviços como um todo, evitando redundâncias, distorções e retrabalhos e potencializando a eficácia do atendimento ao público, de modo que, para cada contribuinte ou empresa, possam ser realizados diagnósticos globais de atendimento.

PROC. 1316 FLS. 15
FUNC.

Isso sem falar na troca de informações entre os módulos de contabilidade, gestão tributária, controle de bens patrimoniais, folha de pagamento, compras e licitações, entre outros.

Destarte, caso houvesse a fragmentação, como se daria a integração de ferramentas baseadas em tecnologias e plataformas distintas? Certamente haveria a perda da confiabilidade e integridade dos dados, implicando em grave retrocesso da infra-estrutura de tecnologia.

Isto sem contarmos as infindáveis e tormentosas discussões entre duas ou mais empresas sobre transferências de tecnologias, alinhamento de ferramentas para que quando da modificação de uma delas a integração não se desfizesse na outra, etc.

Aliás, como se garantiria a integridade referencial de dados quando duas ferramentas de desenvolvedores distintos começassem a se intercomunicar, alterando concomitantemente importantes bases de dados, como, por exemplo, entre o módulo de gestão tributária e de atendimento ao cidadão via internet, com todos os seus cadastros de cidadãos que compartilhariam os mesmos cadastros?

Ora, é impossível garantir a integridade referencial de dados que constantemente são alterados por ferramentas de desenvolvedores com diferentes visões de tecnologias e rotinas de segurança, culminando que, afinal, ninguém se declararia culpado por eventual perda de dados ou de segurança.

Aliás, a padronização constitui um dos princípios do processo licitatório que vincula o Administrador Público, limitando a sua discricionariedade, o que significa dizer, no presente contexto, que é dever do Administrador zelar pelo constante aprimoramento das estruturas existentes, destruindo os procedimentos arcaicos que atabalhoam a gestão da administração e substituindo-os por softwares

PROC. 1356 FLS. 96

com padronização que fariam presumir que, futuramente, seria possível obter, dentre outros benefícios, a redução de custos de manutenção, redução de custos de treinamento e a compatibilização entre os diversos setores do ente licitante.

O art. 15, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93 estabelece:

> **Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:**
>
> **I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas.**

Já o art. 11 do mesmo diploma legal prevê que:

> **Art. 11. As obras e serviços destinados aos mesmos fins terão projetos padronizados por tipos, categorias ou classes, exceto quando o projeto-padrão não atender às condições peculiares do local ou às exigências específicas do empreendimento.**

A obrigatoriedade da adoção de padrões, portanto, leva à necessidade de se garantir que, numa determinada obra ou serviço, seja ela alcançada, o que de fato só se afigura possível com a contratação de uma única plataforma de tecnologia, que atenda às exigências editalícias.

Por outro lado, não se olvida que os princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade (que permeiam o exercício da atividade pública) vedam que a padronização seja adotada com a finalidade de promover a preferência por determinada marca, baseando-se em critérios subjetivos e arbitrários, mas isto não ocorre no caso em comento, não sendo justificável a abertura desregrada da participação no certame, em detrimento do interesse público.

PROC. 2336 17
FUNC.

Assim, não há qualquer ilegalidade quando a Administração Pública vier a estabelecer que um determinado produto ou serviço, em razão de suas qualidades intrínsecas, deva ser adquirido em lote único, sem fracionamentos.

Isso sem falar na economia de escala que será obtida com a contratação de uma única empresa, já que haverá apenas um gerenciador de banco de dados a ser assimilado e gerido, todas as ferramentas serão rodadas a partir de plataforma única, evitando-se manutenções em diversas plataformas e uma dupla ou tripla capacitação de servidores da Prefeitura em diversas tecnologias de concepção distintas.

Com efeito, com o fracionamento da licitação em muitos lotes os servidores do Município precisam estar concomitantemente capacitados e atualizados com diversas tecnologias distintas, onerando a condução da máquina administrativa com os constantes chamados técnicos que seriam abertos visando, inclusive, a solução de problemas de integração.

Isto sem contarmos o desperdício de dinheiro público com o pagamento das despesas de duas ou três equipes de implantação concomitantes, ou ainda com o desenvolvimento e manutenção de ferramentas de integração dos mais diversos sistemas, e que lamentavelmente somente poderiam ser desenvolvidas a partir da definição dos vencedores, com considerável perda de tempo e recursos públicos.

Aliás, diante da necessidade de integração dos sistemas, como esta Administração obrigaria e fiscalizaria dois ou mais desenvolvedores distintos a alterar seus programas sempre que a empresa concorrente alterasse seus próprios layouts ou rotinas de segurança?

E de quem seria o custo de tais mudanças? Do erário? Das empresas? Uma empresa poderia

impor à outra eventuais mudanças de layouts de seus produtos?

Obviamente que não, derivando daí graves inseguranças ao erário, que deve primar pela eficiência no trato das compras públicas, evitando caminhos que levem a contratações malfadadas ou a infindáveis discussões acerca da correta execução contratual.

Enfim, diversas razões de interesse público recomendam a licitação em comento em lote único. Há significativas justificativas para a licitação de softwares de gestão pública de forma integrada, cumprindo salientar que ao contratar todos os módulos com apenas uma empresa será utilizado apenas um servidor e um gerenciador para todos os bancos de dados, será preciso apenas uma plataforma para interação entre os sistemas e ainda, economizando-se com manutenção.

Os próprios custos de implantação e treinamento seriam maiores, tendo em vista que várias equipes deslocadas de municípios distintos estariam sendo concomitantemente responsáveis por estas tarefas.

Isto sem contarmos com a indesejável complexidade que adviria com a integração ou utilização conjunta de soluções desenvolvidas por empresas diferentes, e que certamente não externariam de maneira gratuita sua tecnologia de desenvolvimento para que as demais desenvolvessem layouts de integração quando fosse o caso.

Obviamente, embora se respeitem as abstratas disposições da Lei de Regência, o fato é que este mesmo édito autoriza, em respeito ao interesse público e aos postulados de conveniência administrativa, a formulação de requisições técnicas avaliadas suficientes à consecução do bem comum, sendo que não se realizou qualquer pesquisa de mercado para se saber se esta ou aquela empresa do ramo possui ou não softwares adequados às necessidades administrativas, pois há in

PROC. 1346/19
FUNC. 08

casu prevalência do interesse público sobre o privado, sendo ignóbil a ampliação de competitividade abstrata em detrimento do interesse público.

Isso sem falar que, ainda que aparentemente possa parecer que a divisão estimularia um maior número de competidoras no certame, é do conhecimento de todos que várias empresas que atuam neste segmento possuem todas os módulos descritos no edital, como por exemplo: Memory, Governança Brasil, Smarapd, E&L, Projeta, IPM, etc.

Há de se ressaltar, também, que não existem estudos que comprovem que a fragmentação do referido objeto em diversos lotes seja economicamente vantajoso para o Município.

Outro ponto importante diz respeito ao fato de que não há ninguém melhor do que os agentes desta Administração envolvidos no processo para avaliar suas necessidades, que, devidamente pautadas pelo princípio da legalidade presumida dos atos administrativos, não podem ser desconsideradas a partir de meras ilações de empresas ou pessoas que desconhecem as necessidades cotidianas e a infra-estrutura atual de tecnologia da informação, totalmente padronizada depois de consideráveis esforços.

Repita-se: quanto à alardeada ilegalidade na aglutinação do objeto, basta que se tenha em mente toda a argumentação acima disposta e, ainda, o fato de que cada sistema precisa sim se comunicar com os demais, notadamente quanto ao compartilhamento de cadastros com outros módulos de atendimento ao contribuinte/cidadão.

Enfim, no contexto dessa municipalidade, resta justificada a exigência de objeto único com base na racional padronização, na economia financeira advinda da desnecessidade de equipes de empresas diferentes para implantar, treinar e prestar suporte técnico aos sistemas, na eficiência

PROC. 1316 FLS. 20
FUNC.

administrativa derivada da existência de um único sistema gerenciador de banco de dados, na desnecessidade de treinamento de servidores em tecnologias de armazenamento de dados diversas e sabidamente complexas, bem como na real necessidade de aproveitamento dos dados de um módulo em outros.

E no mais, é obrigação inafastável da Administração zelar pela segurança de suas contratações, no sentido de realizar a completa aferição das condições técnicas, financeiras e jurídicas da parte adversa, sob pena de sofrer com os ônus de sua negligência quanto à eleição de determinado parceiro comercial, incidindo em culpa *in eligendo*, sendo que na esfera das contratações públicas essa obrigação é ainda mais forte, notadamente em função dos reflexos que uma contratação mal entabulada pode trazer em termos de prejuízos financeiros, sanções aos gestores e responsáveis, etc., de modo que a contratação de uma única proponente para licitar todos os softwares almejados em Lote único cumpre ainda o mister de obstar a compra de aplicativos que apresentem riscos de operação simultânea e obstar que fornecedores diversos imputem, um ao outro, problemas simultâneos, isto sem contarmos na potencial progressão aritmética em relação a problemas de suporte, implantação e treinamento, sendo mais do que óbvio que os desenvolvedores tem melhor capacidade técnica para fornecer o licenciamento, implantação, treinamento e correções de seus softwares.

Dúvidas não restam, portanto, de que o edital elaborado por essa Administração vai ao encontro do que preceitua a legislação de regência e, fundamentalmente, os postulados de interesse público locais, mesmo porque, sem exageros, seria muito alto o custo para manter vários técnicos de empresas distintas neste Município no caso de fracionamento do objeto em lotes, sem considerar o risco existente no processo de integração de sistemas, quando for o caso, que apresenta uma segurança menor do que em caso de sistemas uniformes, restando, por tudo que foi até então exposto, plenamente

PROC. 2316 FLS. 91
FUNC.

justificada a aquisição de todos os softwares em lote único.

4.2. DAS AMOSTRAS (DEMONSTRAÇÃO DOS SISTEMAS)

Como é sabido, durante a realização de procedimento licitatório, a Administração poderá solicitar dos licitantes amostras ou protótipos dos produtos ofertados. Trata-se da chamada prova de conceito, cujo objetivo consiste em verificar se a solução apresentada pelo licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar satisfaz as exigências do ato convocatório, a exemplo de características técnicas, qualidade, funcionalidades desejadas e desempenho dos produtos.

Consiste em uma verificação prática de aderência técnica da proposta ao edital, situada na fase de classificação/julgamento da licitação, desde que seja viabilizada a inspeção pelos demais concorrentes pela Administração, em homenagem ao princípio da publicidade.

Nos pregões realizados para contratação de bens e serviços de TI o procedimento de avaliação de amostras consiste na apresentação, por parte do licitante, de uma prova/demonstração dos produtos ofertados, seguida da realização de testes pelo ente promotor da licitação. Tal avaliação, em geral, ocorre ao final da fase de classificação dos interessados em participar da competição, na forma do art. 4°, inciso XI, da Lei Federal n° 10.520/2002 e do art. 11, inciso XII, do Decreto n° 3.555/2000, senão vejamos:

Lei Federal n° 10.520/2002

Art. 4° A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

PROC. 2316 FLS. 92
FUNC.

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade. (Grifamos)

Decreto Federal nº 3.555/2000

Art. 11. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

XII - declarada encerrada a etapa competitiva e ordenadas as propostas, o pregoeiro examinará a aceitabilidade da primeira classificada, quanto ao objeto e valor, decidindo motivadamente a respeito. (Grifo nosso).

Tanto é assim que o Acórdão nº 1.215/2009 do Tribunal de Contas da União – TCU, em seu subitem 9.1.3.2, recomendou à Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação - Sefti que avaliasse a possibilidade de elaboração de Nota Técnica sobre *"a avaliação de amostras na contratação de bens e suprimentos de Tecnologia da Informação pela modalidade Pregão, visando minimizar o problema também corrente na Administração consistente na entrega de materiais dessa natureza de qualidade inservível e duvidosa"*.

Assim, após ser provisoriamente classificado em primeiro lugar, o licitante recebe a solicitação do pregoeiro para que, em determinado prazo, envie amostra ou promova demonstração dos produtos ofertados, a ser submetida à avaliação pelo órgão contratante.

Nessa avaliação testes e/ou verificações são aplicadas sobre a amostra/demonstração dos produtos ofertados. Dessa forma, a aceitação da amostra constitui condição para adjudicação do objeto do certame, de maneira que, caso a unidade amostrada não seja aprovada mediante as condições pré-estabelecidas no instrumento convocatório, o licitante é desclassificado, e o próximo é convocado, na ordem de classificação, *ex vi*

PROC. 1316 FLS 23
FUNC.

do disposto no art. 4°, inciso XVI, da Lei Federal n° 10.520/2002:

> **Art. 4° A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:**
>
> **XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor.**

Implicitamente, o resultado da avaliação da amostra é estendido ao universo de produtos a ser ofertado. Em geral, o próprio procedimento de testes deverá ser transcrito no instrumento convocatório. Em outros há apenas a previsão da possibilidade de aplicação de testes, com base nas especificações técnicas do edital.

E&L
Produções de Software
Gestão Pública Integrada

4.2.1. DA UTILIDADE DAS AMOSTRAS (DEMONSTRAÇÃO DOS SISTEMAS)

www.el.com.br

De acordo com o previsto no art. 3°, *caput*, da Lei Federal n° 8.666/1993, a licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, além de garantir a observância do princípio constitucional da isonomia. Nessa esteira, deve o gestor buscar todos os mecanismos legais que lhe assegurem a máxima vantajosidade da contratação.

A proposta mais vantajosa, no caso das licitações na modalidade Pregão, é aquela que, atendidos os requisitos técnico-qualitativos da contratação, possua o menor preço. Para se atingir esse objetivo, devem-se adotar mecanismos para se alcançar o menor preço e, ao mesmo tempo, garantir que o objeto da contratação contemple todos os requisitos necessários ao atendimento da necessidade que motivou a contratação.

PROC. 1316 FLS. 24
FUNC.

A potencial obtenção do menor preço é uma consequência da adoção da modalidade Pregão, que, além de permitir unicamente o tipo menor preço, pela sua sistemática, ampliou o acesso das empresas às compras públicas.

Dessa forma, com a crescente adoção do Pregão nas aquisições de TI, resultado, inclusive, da evolução da jurisprudência do Tribunal de Contas da União - TCU, o gestor deve buscar, cada vez mais, mecanismos legais para garantir qualidade e eficiência da contratação, atuando em compensação à consequente ampliação do número de participantes nas licitações públicas.

De acordo com o voto condutor do Acórdão nº 1.215/2009 - TCU - Plenário, nas compras da Administração Federal, é recorrente o problema de entrega de bens e suprimentos de TI de qualidade duvidosa ou até mesmo inservível, pela observância unicamente do menor preço ofertado, consectário da disputa por Pregão.

Esse problema é decorrente também de uma percepção equivocada de muitos gestores públicos de que o Pregão leva à contratação de bens e serviços pelo menor preço possível no mercado. Na verdade, o Pregão é uma modalidade de licitação que propicia a compra pelo menor preço entre os bens e serviços que atendam aos requisitos estabelecidos de forma razoável no edital.

De qualquer modo, a avaliação de amostras é uma das alternativas de que dispõe o gestor para assegurar a eficácia da contratação. Na prática, o procedimento propicia ao gestor um contato inicial com o produto a ser adquirido. Nessa oportunidade, o gestor poderá proceder a uma avaliação do produto e/ou a uma gama de testes, com objetivo de verificar a aderência do produto ofertado aos requisitos de qualidade e desempenho estabelecidos no instrumento convocatório.

FUNC.

Outro não é o entendimento do Tribunal de Contas da União - TCU, que assim vem se manifestando:

> **Exija, em processos licitatórios, prova de conceito ou apresentação de amostras, documente os procedimentos que atestaram a avaliação e a homologação ou rejeição do objeto licitado, atentando para a descrição dos roteiros e testes realizados e sua vinculação com as características técnicas e funcionalidades desejadas, em obediência aos princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, bem assim da publicidade e da motivação, previstos no art. 3° da Lei n° 8.666/1993 e no art. 2° da Lei n° 9.784/1999. (Acórdão 2932/2009 Plenário).** (Destacamos).

Nos certames em que não há essa previsão, o gestor não possui meios para avaliar de maneira direta o produto licitado, previamente à celebração contratual. Assim, há o risco de o gestor constatar, somente após a celebração contratual, que o bem ou suprimento fornecido não atende aos requisitos mínimos de qualidade previstos no edital ou, até mesmo, que é inservível. Nesse momento, já se gastou esforço e tempo, e, para solucionar o problema, será necessário penalizar a empresa, efetuar o distrato e nova contratação, gerando custos e atrasos para a Administração, o que não se pode admitir.

Nesse cenário, a exigência em tela, quando eficaz e razoável, poderá constituir um ganho de eficiência nas compras do Estado, porquanto reduziria o tempo e o custo de uma contratação.

Assim, o procedimento de avaliação de amostras apresenta-se como meio útil para a Administração Pública aumentar a probabilidade de adquirir produtos com melhor qualidade, na medida em que permite efetiva avaliação do objeto licitado previamente à celebração contratual.

4.2.2. DA RAZOABILIDADE E DA COMPETITIVIDADE

PROC. 2316 FLS 26
FUNC.

Entretanto, há que ser observado que os critérios pré-estabelecidos no edital para análise das amostras apresentadas pelas concorrentes não podem ser utilizados para restringir o caráter competitivo do certame, afastando competidores em potencial da luta pelo futuro contrato.

No caso presente, veremos que a exigência do atendimento de 80% (oitenta por cento) das funcionalidades descritas no Termo de Referência, ultrapassa os limites da razoabilidade, uma vez que não são utilizados em licitações como esta por limitar a competição.

Vejamos o disposto nas alíneas "a" e "c" do item 9.0 do edital *sub examine:*

> **9 - PROVA DE CONCEITO**
>
> **a) A Prova de Conceito caracteriza-se pela verificação técnica criteriosa em que a contratante irá aplicar a contratada com observância de 80% das funcionalidades em atendimento do exigido por este Termo de Referência...**
>
> **c) Em data a ser definida pela Unidade Demandante a empresa detentora da menor oferta será convidada a realizar nas dependências da Prefeitura Municipal de Cantagalo a execução da prova de conceito para exame quanto observância de 80% das funcionalidades descritas no item 9 deste Termo de Referência.**

Percentual tão elevado e desproporcional, sem admitir um percentual razoável admissível para ajustes por customização na fase de implantação, representa excesso por parte da Administração Pública licitante e cria restrições a participação, facilitando a contratação por preferência.

Exigir que uma proponente atenda a inúmeros requisitos técnicos de softwares na análise (opinião) de avaliadores para sagrar-se vencedora em processo licitatório, sem admitir customização de

PROC. 336 FLS. 97
FUNC.

implantação, restringe a participação e torna flagrante a possibilidade de direcionamento da solução desejada a um fornecedor em especial (direcionamento). Se admitida esta possibilidade, com facilidade membros que redigem o termo de referência podem incluir especificações técnicas só encontráveis em softwares de um fornecedor.

O correto seria estabelecer requisitos básicos, especialmente de padrão tecnológico, concedendo prazo para que a licitante vencedora possa customizar os softwares para atendimento a todos os requisitos técnicos após a assinatura do contrato.

Na modalidade Pregão não cabe tornar obrigatório o atendimento de 80% (oitenta por cento) de uma quantidade excessiva de requisitos técnicos e, consequentemente, desclassificar empresas especializadas na área. Apenas requisitos comuns, mínimos, deveriam ser exigidos das proponentes e, considerando-se que os softwares das empresas especializadas são diferentes entre si, dever-se-ia dar o direito/obrigação a vencedora de customizar parte dos requisitos técnicos.

Até porque, como foi dito anteriormente, exigir sistemas de gestão pública com todas as características estabelecidas no edital certamente limitará a competitividade e/ou direcionará a licitação, o que não se pode admitir.

4.3. DA RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

No que diz respeito às exigências relacionadas à qualificação econômico-financeira, temos que esta Comissão, baseada no disposto no art. 31, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93, exigiu, através da alínea "b" do item 10.5.6 do edital ora analisado, que as empresas interessadas em participar do certame comprovem sua qualificação econômico-financeira através da apresentação de Certidão Negativa de Falência ou Concordata, senão vejamos:

PROC. 1326 FLS 28
FUNC.

LEI 8.666/93
Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

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;

EDITAL
10.5.6 - QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

b) Apresentação de Certidão Negativa de Falência, Concordata e Recuperação Judicial, expedida pelo Cartório Distribuidor da sede pessoa jurídica.

Ocorre que, ao exigir a certidão negativa de falência ou concordata, hoje recuperação judicial, o edital acaba restringindo a participação de empresas que estejam em processo de recuperação judicial.

Isto porque, a recuperação judicial possui regime jurídico distinto da antiga concordata, não se admitindo aplicação imediata do dispositivo legal supracitado (art. 31, inciso II).

Em recente julgado, o Tribunal de Contas da União - TCU, ao interpretar os requisitos de qualificação econômico-financeira da Lei Federal nº 8.666/93, admitiu a possibilidade de que as empresas em recuperação judicial participem de licitações, desde que estejam aptas econômica e financeiramente.

Trata-se do Acórdão nº 8271/2011 - TCU - 2ª Câmara, devidamente colacionado abaixo:

Determinações/Recomendações: 1.5.1. Dar ciência à Superintendência Regional do DNIT no Estado do Espírito Santo que, em suas licitações, é possível a participação de empresa em recuperação judicial, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/93.

(TCU. 2ª Câmara. Processo nº 020.996/2011-0, relator Ministro Aroldo Cedraz de Oliveira).

A exigência de apresentação de certidão negativa de inexistência de recuperação judicial em curso pode ser relativizada pela Administração, desde que a sociedade empresária obtenha certidão do juízo em que tramita a recuperação judicial atestando a sua capacidade econômico-financeira, apresente comprovação de regularidade com as Fazendas Públicas e comprove condições econômico-financeiras de executar o objeto licitado.

Assim, temos que a exigência de apresentação de certidão negativa de falência ou concordata (Recuperação Judicial) de forma absoluta, como consta no edital ora atacado, é desarrazoada e acaba restringindo o caráter competitivo do certame, o que não se pode admitir.

4.4. DA EXIGÊNCIA DA PROVA DE REGULARIDADE FISCAL COMO PRESSUPOSTO AO PAGAMENTO DA DESPESA PÚBLICA.

Trata-se da legalidade da obrigatoriedade ou não da comprovação da regularidade fiscal da empresa contratada como condição para o pagamento da despesa por parte do órgão público contratante, conforme se vê da previsão disposta na alínea "b" do item 19.4 do edital:

19 - DO PAGAMENTO

19.4 - Condiciona-se, ainda, o pagamento à apresentação de:

b) Comprovação de regularidade da licitante vencedora perante a Seguridade Social, Receita Federal, Dívida Ativa da União e FGTS;

Inicialmente, vejamos uma importante deliberação contida no Acórdão nº 1.299/2006

do Tribunal de Contas da União - TCU, que negou provimento ao Recurso de Reconsideração interposto pelo TRT/RJ contra o Acórdão nº 740/2004, mantida, pois, a determinação a este Tribunal do Trabalho de "efetuar pagamentos decorrentes de obrigações assumidas mediante a verificação da situação de regularidade fiscal do credor, em obediência à Decisão nº 705/94 - Plenário (Ata nº 54/94)", que assim determina:

> **Decisão 705/1994 - Nos contratos de execução continuada ou parcelada, a cada pagamento efetivado pela Administração contratante, há que existir a prévia verificação da regularidade do contratado com o sistema de seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Lei Maior.**

Por via de consequência, a partir dessa deliberação restou estabelecido que a Administração Pública deveria dar eficácia à determinação 9.3.15 do Acórdão nº 740/2004, que assim estabelecia:

> **Acórdão 740/2004 - ... 9.3.15. Incluir nos contratos celebrados com terceiros cláusula facultando à Administração a possibilidade de retenção de pagamentos devidos, caso as contratadas não estejam regulares com a seguridade social, em observância ao § 3º do art. 195 da Constituição Federal.**

Veja que era pacífica a jurisprudência do Tribunal de Contas da União no sentido de que, nos pagamentos efetuados pela Administração, decorrentes ou não de contratação para pronta entrega, inclusive nos contratos de execução continuada ou parcelada, era obrigatória a exigência da documentação relativa à regularidade para com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e, como foi dito, com a Seguridade Social.

Neste sentido, podemos citar os seguintes julgados: Acórdãos 593/2005 (Primeira Câmara), 251/2005 (Plenário), 984/2004 (Plenário), 295/2004 (Segunda Câmara), 1.708/2003 (Plenário), 208/2000 (Plenário) e Decisões 407/2002 (Segunda Câmara), 559/2001

(Plenário), 386/2001 (Plenário), 182/1999 (Primeira Câmara), 472/1999 (Plenário), 377/1977 (Plenário).

Entretanto, destaca-se que já havia entendimento divergente no Superior Tribunal de Justiça - STJ, bem como junto ao Tribunal Regional da 1ª Região, que começaram a apontar no sentido da ilegalidade da retenção de pagamento por serviços prestados, assim como pretende fazer esta Administração, *ex vi* dos julgados colacionados abaixo:

> **ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no §3° do art. 195 que "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios", e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei n° 8.666/93. 2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5°, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina. 3. Deveras, não constando o rol do art. 87 da Lei n° 8.666/93 a retenção de pagamento pelos serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços. 4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional "não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob a alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A Administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato**

abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança" (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549). 5. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - Resp nº 633.432 - MG - 2004/0030029-4).

Processo Civil. Antecipação de tutela. Suspensão de comprovação de regularidade perante o Sicaf e/ou apresentação de certidões negativas e balanço atualizado como condição para o pagamento dos serviços prestados. Precedentes da Corte. 1. É incabível condicionar o pagamento por um serviço já prestado à comprovação da regularidade fiscal da agravada, sob pena de enriquecimento ilícito. Agravo de Instrumento. Improvido (TRF 1ª Região - AI nº 2004.01.00.0289960/DF).

Recentemente, o próprio Tribunal de Contas da União passou a adotar posicionamento contrário à retenção de pagamento por serviços executados ou fornecimento já entregue, acompanhando o entendimento do STJ, conforme se vê da Consulta transcrita abaixo:

A perda da regularidade fiscal no curso de contratos de execução continuada ou parcelada justifica a imposição de sanções à contratada, mas não autoriza a retenção de pagamentos por serviços prestados. Consulta formulada pelo Ministério da Saúde suscitou possível divergência entre o Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) 401/2000 e a Decisão nº 705/1994 - Plenário do TCU, relativamente à legalidade de pagamento a fornecedores em débito com o sistema da seguridade social que constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf). A consulente registra a expedição, pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão de orientação baseada no Parecer 401/2000 da PGFN, no sentido de que "os bens e serviços efetivamente entregues ou realizados devem ser pagos, ainda que constem irregularidades no Sicaf". Tal orientação, em seu entendimento, colidiria com a referida decisão, por meio do qual o Tribunal firmou o entendimento de que os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal devem exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a da seguridade social. O relator, ao endossar o raciocínio e conclusões do diretor de

houver, para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além da possível aplicação das penalidades previstas na Lei Federal nº 8.666/93 (*Vide* arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III e 87).

Verificado, no entanto, a situação de irregularidade fiscal da empresa contratada, incluindo a seguridade social, não poderá este órgão público simplesmente reter o pagamento na hipótese de regular execução do contrato, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração, vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Assim, a não comprovação da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, e o descumprimento de cláusulas contratuais, podem motivar a rescisão contratual, a execução da garantia para recebimento dos valores e indenizações devidas à Administração e a aplicação das penalidades cabíveis, como dito, mas não a retenção do pagamento, uma vez que não há fundamento legal para que este fique condicionado à comprovação da regularidade fiscal, devendo tal exigência ser excluída do edital.

4.5. DA COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL DAS ME's E EPP's

Através da Lei Complementar nº 123/2006 foi instituído o Estatuto Nacional das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, que estabeleceu normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às mesmas no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere a preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos.

Para que isso fosse possível, o legislador determinou, através do disposto no art. 42 da lei suso mencionada, que a comprovação de regularidade

Av. Koehler, nº 238 - Centro - Domingos Martins - ES - CEP: 29.260-000 - Telefax: (27) 3268-3123 - www.el.com.br

momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014)

Assim, levando-se em consideração que a concessão do prazo de 05 (cinco) dias úteis para que as microempresas e empresas de pequeno porte ou equiparadas regularizem quaisquer restrições por ocasião da comprovação de sua regularidade fiscal é obrigação e não faculdade da Administração Pública, não há que se falar em prosseguimento do certame sem a correção da redação do item editalício transcrito acima, o que desde já se requer.

4.6 - DA MÉDIA DE PREÇOS APURADA PELA ADMINISTRAÇÃO E O JULGAMENTO OBJETIVO

Os atos da licitação devem se desenvolver em sequência lógica, a partir da exigência de determinada necessidade pública, iniciando-se pelo planejamento e prosseguindo até a assinatura do contrato, através de duas fases distintas, a saber:

1 - Fase Interna: Delimita e determina as condições do ato convocatório antes de trazê-lo ao conhecimento público, proibindo o início da fase subsequente sem o exaurimento desta.

2 - Fase Externa: Inicia-se com a publicação do ato convocatório e termina com a efetivação da contratação do objeto.

Durante a fase interna, a Administração Pública licitante observará a seguinte sequência de atos preparatórios:

. Solicitação expressa do setor requisitante interessado, com indicação de sua necessidade;

. Aprovação da autoridade competente para início do processo licitatório, devidamente motivada e analisada sob a ótica da oportunidade, conveniência e relevância para o interesse público;

. Estimativa do valor da contratação;

. Indicação de recursos orçamentários para fazer face à despesa;

. Verificação da adequação orçamentária e financeira, em conformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal;

. Elaboração de projeto básico;

. Definição da modalidade e do tipo de licitação a serem adotados.

Salienta-se que a observância dos atos suso mencionados caracteriza-se por ser pressuposto de admissibilidade e de validade da licitação, não podendo o órgão licitante deixar de estimar custos e promover a indicação dos recursos orçamentários que serão empregados.

Neste sentido, vejamos o que nos ensina o mestre Marçal Justem Filho através da obra **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, p. 110/111:

> **Como não atua empresarialmente em certos setores, a Administração não disporá de elementos para fixar o orçamento detalhado. Mas isso não elimina o dever de estimar custos, pois não é lícito a Administração iniciar a licitação sem previsão dos valores a desembolsar... Depois, essa estimativa conduzirá à possibilidade de determinar a modalidade de licitação aplicável e o cumprimento de certas formalidades relacionadas com contratos de grande valor.**

> **Qualquer contratação que importe dispêndio de recursos públicos depende da previsão de recursos orçamentários. Assim se impõe em decorrência do princípio constitucional de que todas as despesas deverão estar previstas no orçamento (art. 167, incs. I e II), somente podendo ser assumidos compromissos e deveres com fundamento na existência de receita prevista. É obvio que a previsão orçamentária envolve estimativas aproximadas, pois a licitação apurará o montante a ser desembolsado**. (Grifamos).

De acordo com o Tribunal de Contas da União (TCU) a apuração do valor médio a ser contratado deve ser realizada através de, no mínimo, 03 (três) orçamentos distintos, obtidos, é claro, com empresas que atuam no ramo de atividade do objeto licitado.

Vejamos o Acórdão nº 914/2008 da Primeira Câmara do TCU, publicado em 11/04/2008:

> **A consulta de preços correntes no mercado para a realização de licitação, dispensa ou inexigibilidade deve se basear em, pelo menos três orçamentos de fornecedores distintos, os quais deverão, se for o caso, ser anexados ao procedimento licitatório**

Entretanto, da simples leitura do processo administrativo em comento verificamos que a média apurada por esta Administração Pública deve ser desconsiderada.

Isto porque, por ocasião da apuração do valor médio de mercado, o Departamento de Compras desta municipalidade solicitou que fosse cotado também o valor correspondente ao serviço de suporte técnico *in locu* durante o horário de expediente desta Prefeitura, o que foi feito pelas empresas que enviaram suas cotações, conforme se vê dos orçamentos devidamente anexados ao presente processado.

Já o edital, apesar de manter a exigência de suporte técnico *full time* nas dependências desta Prefeitura, conforme se vê do disposto na alínea "a" de 2.4.3, retirou esse serviço de sua proposta e

estabeleceu através da alínea "c" do mesmo item que "*não haverá pagamento adicional para o(s) técnico(s) que acompanhará(ão), com periodicidade semanal, os softwares durante o prazo contratual*".

Como consequência deste equívoco, encontramos dentro do processo dois preços distintos, quais sejam: R$315.000,00 (trezentos e quinze mil reais) e R$160.800,00 (cento e sessenta mil e oitocentos reais), sendo o primeiro com suporte técnico e o segundo sem tal serviço.

Tal confusão, cuja diferença chega ao valor de R$154.200,00 (cento e cinquenta e quatro mil e duzentos reais) dá ensejo a valorações subjetivas, em total desrespeito ao princípio do julgamento objetivo, firmado no art. 3°, da Lei Federal n° 8.666/93, que assim estabelece:

> **Art. 3°. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a solucionar 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 lhe são correlatos.** (Grifamos).

Tecendo comentários sobre a importância do ato convocatório, assim lecionou o mestre Marçal Justem Filho, através de sua obra **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 13ª ed., Dialética, São Paulo, 2009, p. 515:

> **A maioria dos problemas práticos ocorridos em licitações deriva da equivocada elaboração do ato convocatório. Não seria exagero afirmar que os equívocos na elaboração dos editais constituem-se em fatores muito mais prejudiciais do que as complexidades ou defeitos da Lei 8.666/93. Se esse diploma possui defeitos, eles são potencializados em virtude de editais mal redigidos... Muitas vezes, os editais parecem retratar a intenção de garantir para a Administração, por via oculta e indireta, o poder de**

> **decidir arbitrariamente, a faculdade de excluir imotivadamente os licitantes incômodos ou antipáticos. Isso é um despropósito, eis que a atividade administrativa do Estado tem de nortear-se pelos princípios constitucionais próprios... o edital tem de ser claro e explícito acerca de todas as exigências necessárias. Não é admissível transformar a licitação em uma espécie de prova de habilidade, recheada de armadilhas e exigências ocultas**. (Destacamos).

Para o saudoso Hely Lopes Meirelles, *in* **Licitação e Contrato Administrativo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 28:

> **Nulo, portanto, o edital omisso ou falho quanto ao critério e fatores de julgamento, como nula é a cláusula que, ignorando-os, deixe ao arbítrio da Comissão Julgadora a escolha da proposta que mais convier à Administração**. (Grifamos)

Outro não é o posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU), senão vejamos:

> **Não apenas é necessário que a comissão de licitação se conduza em coerência com as exigências do mencionado princípio (objetivo), como também é imprescindível [...] que o edital estabeleça, com clareza e precisão, os fatores e correspondentes critérios que serão utilizados em tal julgamento. E mais, é preciso que estes fatores e critérios, conforme Antônio Marcelo da Silva, citado por Hely Lopes Meirelles [...], sejam objetivos, no sentido de pertinentes e adequados ao objeto da licitação**. (TCU, TR 2981791, DOU de 16/9/92).

Assim, diante das informações prestadas acima e comprovado o fato de que o edital ora analisado apresenta valor máximo admitido bem abaixo da média apurada pelo Departamento de Compras já que manteve a exigência de suporte técnico presencial *in locu*, não há que se falar em prosseguimento do certame.

5.0. DOS PRINCÍPIOS BÁSICOS QUE REGEM A MATÉRIA

Mantendo os equívocos apontados acima, esta ínclita Comissão acaba por desrespeitar os princípios constitucionais e infraconstitucionais da licitação, que se apresentam como as proposições básicas que fundamentam as ciências, sendo de suma importância dentro do sistema jurídico.

O vocábulo "princípios" é originário do latim - *principiu* - e, de acordo com o Dicionário Aurélio, refere-se a *"proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado"*, merecendo, neste aspecto, observar a lição do Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1981. p. 230, abaixo transcrita:

> **...violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.**

Dentre os princípios da licitação merece destaque, neste momento, o princípio da razoabilidade, através do qual a Administração Pública, no uso de seu poder discricionário, deverá agir de modo razoável e de acordo com o senso comum das pessoas equilibradas.

Para Marçal Justem Filho, *in* **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 8ª ed., Dialética, São Paulo, p. 469:

> **...é imperioso avaliar a relevância do conteúdo da exigência. Não é incomum constar do edital que o descumprimento a qualquer exigência formal acarretará a nulidade da proposta. A aplicação dessa regra tem de ser temperada pelo princípio da razoabilidade. É necessário ponderar os interesses existentes e evitar resultados que, a pretexto de tutelar o interesse**

> **público de cumprir o edital, produza-se a eliminação de propostas vantajosas para os cofres públicos**. (Grifo nosso).

Outro princípio que deve ser levado em consideração é o da competitividade, esculpido no inciso I, do § 1°, do artigo 3° da Lei Federal n° 8.666/93, oportunamente transcrito.

Para o Professor Marçal Justem Filho, através de sua obra suso mencionada, p. 82/83:

> **Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter "competitivo" da licitação. A Lei reprime a redução da competitividade do certame derivada de exigências exageradas ou abusivas**. (Destacamos).

6.0. DA CONCLUSÃO

Desta feita, levado a efeito o procedimento nas condições estabelecidas no Edital, ferir-se-á o disposto no art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, mormente quanto aos princípios da LEGALIDADE e da ISONOMIA, assim como as prescrições contidas nas Leis Federais n° 8.666/93 e 10.520/2002, atitude que desafia a correção via mandado judicial, o que, por certo, face à zelosa atuação desta Augusta Comissão, não permitirá que adentremos a tão espinhosa e desgastante - tanto para a Impugnante quanto para a Administração Pública - medida para ver preservada a legalidade do respectivo procedimento licitatório.

7.0. DO PEDIDO

ANTE O EXPOSTO, respeitosamente requer a essa Augusta Comissão que, acolhendo os argumentos articulados na presente impugnação, determine o sobrestamento do respectivo procedimento licitatório, corrigindo-se os equívocos ora apresentados, publicando-

se novo aviso, com vistas à efetiva publicidade do certame, por ser imperativo de direito e da mais lídima JUSTIÇA!

Termos em que,
Pede deferimento.

Domingos Martins-ES, 06 de junho de 2019.

Alberto Góes do Nascimento Junior
CPF: 889.419.775-34
RG: 06447668-59

E&L
Produções de Software
Gestão Pública Integrada
www.el.com.br