

AO ILMO. PREGOEIRO DA PREFEITURA DE BOCAIÚVA DO SUL/PR

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 79/2021
PROC. LICIT. Nº 151/2021

GOVERNANÇABRASIL S/A TECNOLOGIA E GESTÃO EM SERVIÇOS, estabelecida na Rua João Pessoa, 1183 - Velha, Blumenau - SC, 89036-001, inscrita no CNPJ sob o nº 00.165.960/0001-01, vem, respeitosamente, de modo tempestivo, com fulcro no item 4.1. do ato convocatório, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

I- DO CABIMENTO DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Esse respeitado Pregoeiro e os demais responsáveis por essa prestigiada Prefeitura devem, a bem do interesse público, analisar as considerações abaixo formuladas, especialmente pelo fato da existência de algumas irregularidades constantes do edital em referência, as quais, caso não alteradas em tempo hábil, ensejarão, além da declaração de sua nulidade, o afastamento de grande quantidade de licitantes da disputa.

A Impugnante em momento algum visa tumultuar o certame em comento, pois o único interesse é o de participar da presente licitação em igualdade de condições com as demais empresas participantes. Todavia, caso o edital em tela não seja devidamente alterado para que se corrijam as irregularidades apontadas, o

procedimento licitatório a ser realizado fatalmente fracassará, uma vez que eivado de vícios insanáveis, tanto em sua fase externa quanto interna.

II – DAS IRREGULARIDADES

II.1. Direcionamento – Restrição à Competição

A ora Impugnante, ao verificar as disposições técnicas constantes do Anexo I do edital, constatou evidente direcionamento a uma solução tecnológica de uma conhecida empresa do ramo e seus representantes credenciados (**Alternativa/ELOTECH/Publitech**).

Ainda que não intencional, observa-se no Anexo em referência a imposição de obrigatoriedade a diversos requisitos tecnológicos estéticos/acessórios, os quais por sua vez são **literalmente os mesmos daqueles utilizados em outras licitações onde uma marca de software é sempre a vencedora**, sem competição efetiva ou disputa de preços.

Por isso, serve a presente impugnação para, em última instância administrativa, se evitar o encaminhamento do texto editalício em referência aos órgãos de controle, uma vez constar neste tais especificações técnicas “obrigatórias”, mas, idênticas àquelas consignadas em outros certames licitatórios promovidos por entidades municipais, **os quais, pelo direcionamento técnico, ainda que não intencional, tiveram a participação isolada de apenas um único fornecedor de sistemas (ou de seus representantes comerciais)**.

Vários exemplos disso podem ser citados e **já constam de dossiê entregue e sob análise do Ministério Público de Contas Estadual** que vem monitorando tais licitações: Prefeitura de Pirai do Sul/PR (Pregão Presencial nº 018/2021); Prefeitura de Serranópolis do Iguaçu/PR (Pregão Eletrônico nº 031/2021); Prefeitura de Municipal de Ipiranga/PR (Pregão Eletrônico nº 044/2021); Prefeitura de Piquiri/PR

(Pregão Presencial nº 014/2021); Prefeitura de Pirai/PR (Pregão Presencial 021/2018); Pregão Eletrônico nº 01/2021 - Prefeitura de Jandaia do Sul); Câmara Municipal de Matinhos (Pregão Presencial 003/2020); Pregão Presencial nº 03/2019 - Prefeitura de Mato Rico-PR; Pregão Presencial nº 169/2019 - Prefeitura de São Miguel do Iguaçu-PR; Pregão Eletrônico nº 11/2020 - Prefeitura de Itaipulândia/PR.

Detalhe importante e que já é de ciência do TCE-PR: em todas estas licitações o vencedor é sempre a já citada empresa fabricante e/ou seu representante revendedor.

Desde já, é preciso ressaltar que não se acredita que essa entidade tenha qualquer intenção em direcionar o edital a qualquer licitante. Contudo, é incontestável que as descrições técnicas do objeto pretendido por essa Administração causam espécie e possivelmente decorrem de algum modelo obtido, o qual, diga-se: não reflete um padrão de mercado, mas, sim, uma solução de uma determinada solução tecnológica desenvolvida por uma específica empresa.

Nobres autoridades municipais, é inegável a importância dos sistemas informatizados de gestão a Prefeituras e, portanto, a presente impugnação não intenciona impedir essa municipalidade de efetuar a contratação dessas ferramentas tecnológicas de gestão. No entanto, tem-se percebido, lamentavelmente, um “movimento” de interesse comercial meramente privado e pontual pertinente à disseminação de um específico termo de referência contendo especificações técnicas de softwares e serviços descaradamente direcionados a uma única empresa do mercado nacional e que tem por único objetivo afastar a competição das licitações realizadas para objeto de tal natureza, **o que, como já dito, vem sendo amplamente investigado pelo Ministério Público de Contas do Estado do Paraná e, também, pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná em alguns editais já publicados.**

Em decisão já proferida pelo Tribunal de Contas do Paraná sobre caso similar:

“TCE-PR MULTA PREGOEIRO POR DIRECIONAMENTO DE LICITAÇÃO DE TI DO MUNICÍPIO DE IRATI

O Pleno do Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE-PR) multou o servidor responsável pelo Pregão Presencial nº 66/2018, lançado pelo Município de Irati, no Centro-Sul paranaense. A licitação objetivou a contratação de empresa para gerir e fornecer sistemas informatizados para as secretarias municipais da prefeitura.

O pregoeiro Antônio Carlos Mucham foi sancionado em R\$ 4.154,00 por direcionar o certame para a Publitech Softwares Ltda., vencedora e única participante do pregão, que já prestava serviços ao município quando da realização da disputa. A quantia é válida para pagamento em junho.

A sanção, prevista no artigo 87, inciso IV, da Lei Orgânica do TCE-PR (Lei Complementar Estadual nº 113/2005), corresponde a 40 vezes o valor da Unidade Padrão Fiscal do Estado do Paraná (UPF-PR). O indexador, que tem atualização mensal, vale R\$ 103,85 neste mês.”

<https://www1.tce.pr.gov.br/noticias/tce-pr-multa-pregoeiro-por-direcionamento-de-licitacao-de-ti-do-municipio-de-irati/6951/N>

Muito possivelmente, essa Administração Municipal deve ter obtido esse modelo de especificação técnica de softwares através de alguma pesquisa feita na internet, o que, evidentemente, não é proibido. No entanto, é preciso alertar esses gestores que **tal “modelo” sempre que inserido em editais de licitação culminam, reiteradamente, com a vitória do mesmo fornecedor e sem qualquer competição efetiva, o que de modo algum deve ser admitido por esses respeitados agentes públicos.** Isso sem falar que tais licitações quando denunciadas aos órgãos de controle são sistematicamente anuladas e ensejam responsabilizações.

Em síntese, o objeto licitado **está indevidamente centrado em uma solução específica**, ainda que, sabidamente, existam diversas outras no mercado que realizam as mesmas finalidades. No mercado fornecedor de licença de usos de sistemas de gestão pública atuam diversas empresas, cada qual desenvolvendo seus softwares em

acordo com a legislação, porém, com recursos tecnológicos próprios e, por consequência, com características próprias e peculiares. Isso significa, ilustres autoridades, que alguns sistemas possuem um padrão único para atendimento às normas e exigências legais e, de outro lado, especificações acessórias e/ou estéticas a depender de cada empresa.

São vários os exemplos dispostos no Anexo I, especialmente no item que versa sobre o DESCRITIVO OPERACIONAL DE SOFTWARE:

“3.11. FORNECIMENTO DOS SISTEMAS

Todos os *softwares* DEVEM SER FORNECIDOS E DESENVOLVIDOS POR UMA ÚNICA EMPRESA, dos itens constantes no Termo de Referência, deverão ter total integração e compartilhamento de dados entre si, não sendo aceitos *softwares* ou módulos desenvolvidos em regime de subcontratação. **Deverá ser apresentada declaração da PROPONENTE atestando que os softwares entregues cumprem com os requisitos deste item.**

Diante da importância dos dados a serem armazenados, OS SOFTWARES DEVEM UTILIZAR UM ÚNICO GERENCIADOR DE BANCO DE DADOS (SGDB) DO TIPO RELACIONAL.

DO AMBIENTE COMPUTACIONAL

[...]

Os sistemas integrados deverão **POSSUIR CADASTRO ÚNICO** de banco de dados, com as seguintes características e especificações:

[...] O sistema deverá **POSSUIR CADASTRO ÚNICO** que permita a gestão de dados unificados para no mínimo os seguintes contextos: de pessoas, bancos, agências, tributos, moedas, bairros, logradouros, produtos, centro de custos, CBO (Cadastro Brasileiro de Ocupações), para todos os módulos da solução.

Para operacionalização dos módulos, o usuário só poderá efetuar a entrada de dados via sistema não sendo permitido o acesso direto ao Banco de Dados.

As tabelas de cidade, estado e país, incluindo seus relacionamentos deve ser único para todos os módulos contratados.

[...]

Possuir CADASTRO ÚNICO de entidades, possibilitando vinculação dos seguintes dados: CNPJ, endereço, telefone, tipo, código de controle do Tribunal de Contas do Estado (TCE), entidade principal, poder órgão para Matriz de Saldo Contábeis (MSC), código do Sistema de Informações Contábeis e Fiscais do Setor Público Brasileiro (SICONF) e com possibilidade de informar o brasão para impressão em relatórios.

Possuir CADASTRO ÚNICO de exercício, possibilitando vinculação dos seguintes dados: Entidade, Modelo do Plano de Contas vigente para o estado, Modelo da Receita, Modelo da Despesa, Conta Caixa, Percentual Limite de Créditos Adicionais, Percentual para Gastos com Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS) caso a Lei Orgânica do Município possua índice próprio, Porte do município (inferior ou superior a 50 mil habitantes), opção de consolidação de relatórios com as demais entidades cadastradas, controle do fechamento das competências transmitidas ao Tribunal de Contas do Estado (TCE) e aplicação do percentual da correção orçamentária.”

Do exposto, observa-se claramente que foram inseridas como exigências obrigatórias requisitos pinçados justamente da solução de sistemas ofertada pela empresa aqui já mencionada, as quais se tratam de características estéticas dos softwares, sendo importante registrar que as demais opções vedadas pelo edital realizam as mesmas funções e funcionam em 97% dos municípios brasileiros operando normalmente e efetuando a prestação de contas junto aos órgãos de controle.

Para agravar, **observa-se que o termo de referência, possivelmente já antevendo impugnações diante dos termos dirigidos a uma solução específica, traz já as justificativas para cada uma das exigências tidas como obrigatórias**, o que, além de ser algo não usual já que não seria preciso justificar

requisitos que em tese seriam padrão de mercado, indica claramente a intenção de eliminar quaisquer outros competidores que não forneçam a específica solução.

E nem se alegue como justificativa ao cadastro único e a ocorrência de duplicidades ou replicação de dados, até porque estas questões técnicas sabidamente acontecem por equívocos na alimentação de dados por parte dos usuários e não em função do chamado cadastro único (apenas comercializado por uma empresa do mercado). A quase totalidade dos sistemas licenciados, HÁ DÉCADAS, **não possui a base de dados única ou cadastro único e sequer ocorrem duplicidades ou replicação de dados.**

Do contrário, **como se explicar o fato de milhares de municípios nacionais licenciarem e operarem normalmente seus softwares sem tal “base única” ou “cadastro único”?** Mais ainda, **se tais exigências são de fato imprescindíveis ao funcionamento dos sistemas informatizados, por que não são requeridas pelos editais e contratos vigentes no país, existindo apenas em procedimentos e contratações com a mesma e única empresa?**

A unicidade de sistemas já existe em todas as soluções disponíveis no mercado, não servindo como justificativa para se adotar como condições obrigatórias em edital característica existente somente em um determinado software comercializado no mercado.

Ademais, a exigência de base única esta é completamente dispensável e acessória já que não gera aos sistemas qualquer mudança em sua utilização. Do contrário, milhares de entidades públicas no país atendidas há anos e atualmente por sistemas que não aqueles literalmente descritos no Anexo I, sem a funcionalidade “cadastro único” ou base de dados única estariam operando de modo irregular e gerando problemas (o que jamais ocorreu em décadas de operação).

Tal exigência reflete um tipo de modelo utilizado por determinada empresa do ramo e não sobre questão técnica imprescindível ao uso dos softwares. Isso porque o que se espera dessas soluções tecnológicas é o funcionamento que viabilize a eficiência na alimentação das informações pelos usuários. **A questão do cadastro único, portanto, é ferramenta acessória da qual os softwares a serem licenciados não necessitam de forma obrigatória**, ou seja, o funcionamento dos sistemas não se encontra atrelado a tal funcionalidade, muito menos os torna mais eficiente ao ponto de se exigir sua obrigatoriedade.

Em uma época de denúncias de irregularidades em licitações realizadas no país, muitas delas divulgadas amplamente nos meios de comunicação, tais como editais direcionados, idênticos em sua descrição técnica, dentre outras, **deve essa Municipalidade ser alertada para o desgaste desnecessário que incorrerá caso mantenha o presente edital**, a despeito das ilegalidades a seguir apontadas.

Vale ressaltar que o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo no **Acórdão nº TC -099/2014** (e, ainda, no TC – 1696/2011) julgou, inclusive, questão alusiva exatamente ao uso indevido de editais de softwares de gestão pública no Estado do Espírito Santo, nos moldes do ora publicado por esse Instituto:

“ALIÁS, PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS VISANDO A CONTRATAÇÃO DE IDÊNTICOS OBJETOS JÁ FORAM MATÉRIAS EM TRÂMITE NESTE TRIBUNAL DE CONTAS. É O CASO DOS PROCESSOS TC 6936/2011 E 7501/2011 EM QUE SE DISCUTIRAM REPRESENTAÇÕES CONTRA PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS SEMELHANTES, MAS NOS QUAIS, AO FINAL, PROCEDEU-SE À ANULAÇÃO DOS CERTAMES.

COMO NA SITUAÇÃO DESCRITA PELA EQUIPE DE AUDITORIA, NO CASO DESCRITO NOS AUTOS DO PROCESSO 7501/2011, IDENTIFICOU-SE QUE A EMPRESA [...] JÁ ERA PRESTADORA DOS SERVIÇOS NO ÓRGÃO QUANDO FOI DEFLAGRADO O CERTAME VISANDO A LOCAÇÃO DE LICENÇAS, IMPLANTAÇÃO E MANUTENÇÃO DE SOFTWARES DE GESTÃO ADMINISTRATIVA.

TANTO NAQUELE CASO COMO NESTE, OS ÓRGÃOS NÃO JUSTIFICARAM OU ESPECIFICARAM SUAS NECESSIDADES, MAS UTILIZARAM MINUTA DE EDITAL DE SEMELHANTE TEOR, QUE IMPRESSIONAM PELA IDENTIDADE INCLUSIVE ENTRE QUESITOS E ERROS DE GRAFIA, O QUE SINALIZA A OCORRÊNCIA DE ACERTO PRÉVIO COM A FUTURA CONTRATADA, SENDO POSSÍVEL CRER QUE A EMPRESA TERIA INCLUSIVE FORNECIDO OU COLABORADO COM A ELABORAÇÃO DO MODELO EDITALÍCIO.[...]

DIANTE DA ROBUSTEZ DAS PROVAS E CONSTATAÇÕES FEITAS NAQUELA OCASIÃO, A ÁREA TÉCNICA CONCLUIU “QUE O EDITAL RESTRINGE A COMPETITIVIDADE DO CERTAME E FAVORECE O LICITANTE QUE PORVENTURA JÁ TENHA SEUS SISTEMAS INSTALADOS NA PREFEITURA”, RECOMENDANDO-SE, FINALMENTE, A ANULAÇÃO DO CERTAME.

ASSIM, TOMANDO O CONJUNTO DE PROVAS INDICIÁRIAS E ANALISANDO-OS SOB O PRISMA DA LÓGICA DEDUTIVA, CONFIRMA-SE O DIRECIONAMENTO DO CERTAME E A CONSEQUENTE RESTRIÇÃO AO SEU CARÁTER COMPETITIVO, SITUAÇÃO CORROBORADA PELO FATO DE QUE APENAS A EMPRESA [...] PARTICIPOU DA TOMADA DE PREÇOS 1/2010,”

Enfim, resta indubitável o direcionamento do objeto à determinada marca específica. E note-se que isso **em nada altera as condições do software implantado, as especificações técnicas, sua qualidade ou eficiência ou a responsabilidade da empresa que será contratada, a qual assume todos os ônus na celebração de uma avença administrativa.** Do contrário, como milhares de entes municipais do país conseguem ser atendidos de forma diversa à escolhida por essa Prefeitura? Se fosse irregular ou inviável alguns milhares de municípios não os utilizariam.

Ademais, constando no edital uma descrição técnica bastante individualizada e ainda que sem intenção dirigida a um software especificamente comercializado no mercado por uma empresa, **COMO FOI POSSÍVEL OBTER TRÊS OU MAIS ORÇAMENTOS DE EMPRESAS DISTINTAS DO MERCADO PARA SE OBTER O PREÇO ESTIMADO DA PRESENTE LICITAÇÃO?**

Para se instaurar o presente certame acredita-se que tenha sido feita uma obrigatória pesquisa prévia junto ao mercado para a definição da despesa a ser gasta por essa entidade para a execução do objeto licitado, **a qual deveria contemplar TODAS as características dos sistemas descritas no Termo de Referência.**

Nos editais aqui citados, **ao se observar as empresas consultadas, nota-se que parte delas representam o mesmo sistema e fabricante da solução descrita no edital**, o que remete à necessidade dessa entidade divulgar OS **NOMES DAS EMPRESAS CONSULTADAS**. Afinal, se foram apresentados, orçamentos é porque tais empresas:

I) ATUAM EFETIVAMENTE NO MERCADO DO OBJETO LICITADO;

II) NÃO REPRESENTAM O MESMO SOFTWARE;

III) POSSUEM SISTEMAS QUE ATENDEM 100% ÀS FUNCIONALIDADES EXIGIDAS NO ANEXO I, inclusive em relação ao CADASTRO ÚNICO; e

IV) CONSEGUEM IMPLANTAR TODOS OS SISTEMAS E CONVERTER TODOS OS DADOS DESTES MUNICÍPIO NO PRAZO DE 30 DIAS!

Evidentemente, não se deseja com a presente impugnação impedir essa Administração de obter a solução tecnológica pretendida, porém, constata-se que o Anexo I contém descrições técnicas que direcionam o certame licitatório e impedem a participação de dezenas de empresas do ramo do objeto ora licitado.

O direcionamento do objeto da licitação, ainda que involuntário, é prática totalmente vedada tanto pela Lei de Licitações, quanto pela doutrina pátria. Nos dizeres da Professora Dora Maria de Oliveira Ramos¹:

“DEVE A ENTIDADE LICITANTE, NO ENTANTO, CUIDAR PARA NÃO ESPECIFICAR O BEM DE FORMA A DIRECIONAR O PROCEDIMENTO A UM ÚNICO FORNECEDOR. SE EXISTE UMA JUSTIFICATIVA

¹ Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos Administrativos, 4ª edição, Malheiros, São Paulo. p.65.

TÉCNICA PARA A ESCOLHA, LÍCITO SERÁ A ADMINISTRAÇÃO FAZÊ-LA, CABENDO-LHE O ÔNUS TÃO SOMENTE DE DEMONSTRAR NOS AUTOS DA CONTRATAÇÃO A CIRCUNSTÂNCIA ESPECÍFICA. NÃO EXISTINDO ESTA, NÃO PODERÁ USAR DE SUBTERFÚGIOS PARA DAR APARENTE LEGALIDADE A SEU PROCEDIMENTO, DIRIGINDO A LICITAÇÃO.” (grifos nossos)

A Impugnante conhece a seriedade desses agentes e acredita firmemente na modificação das especificações técnicas e obrigatórias e da forma de julgamento das especificações técnicas, de molde a se estabelecer um padrão mínimo aceitável e outro desejável, de forma a não favorecer, ainda que sem intenção, qualquer fornecedor do mercado. Tal medida protegeria integralmente o desejo dessa entidade, evitaria o direcionamento a uma única solução do mercado e aumentaria a competição e o número de ofertas vantajosas.

Acredita-se que essa entidade não compactua com expedientes que fujam da legalidade e por isso entende que a presente impugnação será devidamente apreciada e apurada para que o edital ora contestado possa ser reformulado de molde a não pairarem quaisquer dúvidas quanto à observância dos Princípios da Legalidade e da Igualdade entre os licitantes.

II.2. – Exigência Prévia De Equipe Técnica – Exigência Indevida

Exige-se no item 11.8., alínea “h” do ato convocatório, sob pena de inabilitação, que o licitante apresente **os 31 (trinta e um) profissionais** que atenderão ao contrato já com a **comprovação dos respectivos vínculos empregatícios e formação acadêmica:**

“11.8. DOCUMENTOS RELATIVOS À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA [...]

h) Equipe técnica responsável pelo andamento do projeto:

I. Contendo a equipe técnica responsável pelo projeto, sendo esta composta por no mínimo:

- 1 (Um) Gerente de Projetos;
- 15 (quinze) Programadores;
- 15 (quinze) técnicos de suporte.

II. A LICITANTE DEVERÁ COMPROVAR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO DOS FUNCIONÁRIOS indicados no plano de implantação e acompanhamento do projeto, sendo aceito para esta comprovação: Cópia autenticada da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS); Cópia autenticada do livro de registro de funcionários; Contrato de Trabalho ou de Prestação de serviços.

III. A licitante deverá comprovar qualificação técnica do Gerente de Projetos, apresentando comprovante de formação e de experiência no ramo de no mínimo 1 (um) ano.”

Ao se observar o dispositivo editalício acima citado, percebe-se claramente a manifesta **irregularidade da exigência de prova de vínculo empregatício de profissionais, para fins de habilitação.**

Em suma, o edital demanda de que o LICITANTE (**e não o contratado**) já deverá comprovar na data de abertura do certame dispor de uma equipe técnica previamente a ele vinculada, inclusive apresentando documentos **SEQUER EXIGÍVEIS** para fins de qualificação técnica, tais como contrato de trabalho e certificados de formação técnica.

Como se bem sabe, **é proibido em lei** se exigir como condição essencial de habilitação que a empresa participante já detenha, na abertura do certame, profissionais técnicos em seus quadros de empregados. O máximo admitido em uma licitação é a declaração de disponibilidade destes quando da assinatura do contrato. É o que determina o §6º do artigo 30 da Lei nº 8.666/93:

“AS EXIGÊNCIAS MÍNIMAS RELATIVAS A INSTALAÇÕES DE CANTEIROS, MÁQUINAS, EQUIPAMENTOS E PESSOAL TÉCNICO ESPECIALIZADO, CONSIDERADOS ESSENCIAIS PARA O

CUMPRIMENTO DO OBJETO DA LICITAÇÃO, SERÃO ATENDIDAS MEDIANTE A APRESENTAÇÃO DE RELAÇÃO EXPLÍCITA E DA DECLARAÇÃO FORMAL DA SUA DISPONIBILIDADE, SOB AS PENAS CABÍVEIS, VEDADA AS EXIGÊNCIAS DE PROPRIEDADE E DE LOCALIZAÇÃO PRÉVIA.

Por isso, não pode exigir o edital a comprovação já na data de abertura da equipe técnica contendo a relação de nomes, que dirá demandar contratos de trabalho, e outras comprovações não amparadas por lei.

A exigência ora contestada é excessiva e prejudica a competitividade do certame, violando o art. 3º, § 1º, inciso I da Lei nº. 8.666/93 e o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, segundo o qual somente são permitidas exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. De acordo com a doutrina de Marçal Justen Filho:

“NÃO É POSSÍVEL, ENFIM, TRANSFORMAR A EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA PROFISSIONAL EM UMA OPORTUNIDADE PARA GARANTIR 'EMPREGO' PARA CERTOS PROFISSIONAIS.

NÃO SE PODE CONCEBER QUE AS EMPRESAS SEJAM OBRIGADAS A CONTRATAR, SOB VÍNCULO EMPREGATÍCIO, ALGUNS PROFISSIONAIS APENAS PARA PARTICIPAR DA LICITAÇÃO. A INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA E RIGOROSA DA EXIGÊNCIA DO VÍNCULO TRABALHISTA SE CONFIGURA COMO UMA MODALIDADE DE DISTORÇÃO: O FUNDAMENTAL, PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, É QUE O PROFISSIONAL ESTEJA EM CONDIÇÕES DE EFETIVAMENTE DESEMPENHAR SEUS TRABALHOS POR OCASIÃO DA EXECUÇÃO DO FUTURO CONTRATO. É INÚTIL, PARA ELA, QUE OS LICITANTES MANTENHAM PROFISSIONAIS DE ALTA QUALIFICAÇÃO EMPREGADOS APENAS PARA PARTICIPAR DA LICITAÇÃO. (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição, São Paulo: Editora Dialética, págs. 332/333).

Aliás, as decisões do TCU e do TCE-PR são bastante didáticas ao caso:

3. É ILEGAL A EXIGÊNCIA, PARA PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO, DE COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DO RESPONSÁVEL TÉCNICO COM A EMPRESA LICITANTE.

[...] “a **JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL TAMBÉM É PACÍFICA NO SENTIDO DE SER ILEGAL A EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DO RESPONSÁVEL TÉCNICO COM A EMPRESA LICITANTE, POIS IMPÕE UM ÔNUS DESNECESSÁRIO AOS CONCORRENTES, NA MEDIDA EM QUE SÃO OBRIGADOS A CONTRATAR, OU A MANTER EM SEU QUADRO, PROFISSIONAIS APENAS PARA PARTICIPAR DA LICITAÇÃO** (Acórdãos 103/2009 e 1.808/2011, do Plenário, entre outros)”. NESSE PASSO, AUSENTES AS JUSTIFICATIVAS QUE EMBASASSEM A EXIGÊNCIA EDITALÍCIA, O PLENÁRIO ACATOU A PROPOSTA DA RELATORA PARA QUE A REPRESENTAÇÃO FOSSE CONSIDERADA PROCEDENTE, REJEITANDO-SE AS RAZÕES APRESENTADAS PELOS RESPONSÁVEIS E IMPUTANDO-LHES MULTAS INDIVIDUAIS. Acórdão 1842/2013-Plenário, TC 011.556/2012-9, relatora Ministra Ana Arraes, 17.7.2013.

Processo: nº 345392/10

Acórdão: nº 870/15 - Tribunal Pleno

Assunto: Representação da Lei 8666/93

Entidade: Município de Cascavel

Interessados: Fram Consulting Ltda., Edgar Bueno, Hélio Nethson, José Ricardo Messias, Marlene Santos Guedes

Relator: Conselheiro corregedor-geral José Durval Mattos do Amaral

“O ARTIGO 30 DA LEI DE LICITAÇÕES "APENAS AUTORIZA QUE SE EXIJA RELAÇÃO EXPLÍCITA E DECLARAÇÃO FORMAL DA DISPONIBILIDADE DO PESSOAL TÉCNICO ESPECIALIZADO", NÃO A COMPROVAÇÃO DE QUE TAIS PROFISSIONAIS INTEGRAM O QUADRO DA EMPRESA OU ESTÃO CONTRATADOS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. A ADMINISTRAÇÃO NÃO PODE FAZER EXIGÊNCIAS DESARRAZADAS”.

Diante de todos os fatos e fundamentos de direito acima expostos, não há como prosperar a ilegalidade constante do item 11.8., alínea “h” do ato convocatório, o qual deve ser excluído, sob pena de nulidade da licitação.

II.3. –Ausência de Indicação de Dotação Orçamentária – Nulidade Insanável

Faltou a essa entidade licitante incluir no corpo do edital em comento a cláusula contemplando de modo efetivo e discriminado a dotação orçamentária que irá custear as despesas do contrato a ser celebrado em relação à Câmara Municipal de Bocaiúva do Sul, exigência legal e obrigatória, prevista no artigo 8º do Decreto nº 10.024/2019 e no artigo 55 da Lei nº 8.666/93, abaixo transcritos:

“Art. 8º O processo relativo ao pregão, na forma eletrônica, será instruído com os seguintes documentos, no mínimo: [...]

IV - previsão dos recursos orçamentários necessários, com a indicação das rubricas, exceto na hipótese de pregão para registro de preços;

“Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, COM A INDICAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO FUNCIONAL PROGRAMÁTICA E DA CATEGORIA ECONÔMICA;

O edital em tela, no entanto, apenas indica a dotação ligada à Prefeitura **sem, no entanto, informar aquelas pertinente a outro ente com personalidade distinta e dotação orçamentária autônoma**, o que não é suficiente para atender o que determina a legislação pátria, até porque a lei exige a indicação das rubricas orçamentárias, a classificação funcional programática, a ação e a fonte de recursos.

Segundo o artigo 14 da Lei nº 8.666/93:

“Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Diante disso, a fim de se evitar a nulidade da presente licitação, deve ser inserida a dotação orçamentária **contendo de forma completa as rubricas constantes do**

orçamento da Câmara Municipal de Bocaiúva do Sul, as quais irão custear as despesas do contrato a ser firmado em decorrência do presente Pregão **OU ENTÃO QUE SE APRESENTE O TERMOSDE CONVÊNIO DEVIDAMENTE PUBLICADO E REGISTRADO** QUE PORVENTURA TENHAM SIDO CELEBRADO para autorizar a absorção de custos de outras entidades por parte do Poder Executivo Municipal.

II.4. – Ausência de Critérios Objetivos de Julgamento – Análise dos Softwares Licitados

O edital em tela prevê, ainda, em seu item 20, a realização de uma demonstração pelo licitante vencedor quanto ao cumprimento de mais de uma centena de páginas de funcionalidades técnicas consideradas como obrigatórias para execução do objeto licitado (Anexo I - Termo de Referência):

“20.1. Finalizada a etapa de habilitação, sendo a licitante habitada, poderá ser exigida a demonstração dos sistemas para comprovação de que o software ofertado pela licitante atende os requisitos técnicos elencados no termo de referência.

a) Demonstração do sistema:

I. Em conformidade com o art. 43 §3º da Lei 8.666/93, com o intuito de esclarecer ou complementar a instrução do processo, bem como resguardar o interesse público frente uma possível contratação frustrada, a licitante previamente classificada em primeiro lugar e devidamente habilitada, poderá ser convocada para realizar a demonstração do sistema, sob pena de não aceitação da proposta.

II. Em caso de realização da demonstração, esta seguirá os seguintes trâmites:

- **Será realizada de acordo com o Termo de Referência do Edital, em até 02 (dois) dias úteis contados da sessão de abertura, comprovando o atendimento das características e funcionalidades solicitadas, podendo a demonstração ser acompanhada por todas as Licitantes.**

- **A Licitante deverá realizá-la em equipamentos próprios.**

• SERÃO ANALISADAS NO MOMENTO DA DEMONSTRAÇÃO: A FUNCIONALIDADE DO SISTEMA, SEUS MÓDULOS, FERRAMENTAS, RELATÓRIOS GERADOS, CAMPOS PARA LANÇAMENTOS DE INFORMAÇÕES, AGILIDADE NO PROCESSAMENTO DOS DADOS, CAPACIDADE DE FORMATAÇÃO DE DOCUMENTOS, PRATICIDADE, DINAMISMO, FACILIDADE DE USO, ENTRE OUTROS ASPECTOS, CONFORME DEFINIDO NO ANEXO I;

[...]

• O município emitirá parecer técnico da análise do sistema demonstrado em até vinte e quatro horas contadas da apresentação do mesmo, o qual será encaminhado a todas as Licitantes.

• Após a apresentação dos sistemas, a comissão responsável pelo análise desta, reunir-se-á e deliberará a respeito do atendimento ou não das exigências do edital frente ao demonstrado pela licitante. Caso o sistema demonstrado não seja aceito por não cumprimento das exigências solicitadas ou caso a licitante melhor classificada não comparece para realização desta, serão convocadas as licitantes remanescentes na ordem de classificação para apreciação de seus documentos de habilitação e apresentação do sistema ofertado, até a apuração de uma que atenda as exigências do presente Edital, oportunidade em que está será declarada como vencedora.”

Do exposto, nota-se que o edital traz conceitos extremamente vagos acerca do modo de verificação de atendimento do licitante aos requisitos presentes no Termo de Referência. Há apenas menção à avaliação, sem especificar seus limites de duração, forma de realização, os critérios, a ordem de avaliação, a nomeação prévia da equipe responsável, a participação dos demais competidores, dentre outras várias condições.

E isso sem falar que dentre um dos critérios de julgamento consta como critério de julgamento “**OUTROS ASPECTOS**” sem sequer se informar quais aspectos seriam estes, configurando manifesta e flagrante imposição de critério SUBJETIVO de julgamento, o que é vedado pela legislação. **Critérios como “agilidade” no processamento dos dados, “capacidade de formatação” de documentos, “praticidade”, “dinamismo”, “facilidade de uso”, e “entre outros aspectos” torna o julgamento bastante subjetivo. Como será medida a**

agilidade e a praticidade? Qual será o índice de satisfação para tais critérios? Como se medirá o dinamismo e a facilidade de uso? Pior ainda: quais são os “outros aspectos” se nada disso consta no Anexo I?

A ausência dos critérios de julgamento objetivos sobre o procedimento que regerá a análise de atendimento a dezenas de quesitos técnicos dispostos no Termo de Referência, aliada à inserção de critérios vagos e subjetivos, impõem o fracasso ao presente certame. Dessa forma, deve-se retificar o ato convocatório para se divulgar previamente:

- i) a comissão técnica, nomeada por meio de publicação na imprensa oficial, que irá atuar no certame licitatório em tal análise;**
- ii) a ordem de avaliação dos quesitos técnicos e como será feita sua análise;**
- iii) os equipamentos a serem utilizados em tal procedimento;**
- iv) o prazo máximo para que o licitante classificado realize a apresentação de sua amostra em sessão pública;**
- v) retirar-se os critérios subjetivos de julgamento ou então inserir índices de medição do que seria satisfatório para se atender a agilidade, facilidade, dinamismo e especialmente quais seriam os “entre outros aspectos” a serem avaliados.**

Enfim, tais critérios de julgamento das ofertas não podem ser escolhidos subjetivamente apenas após a abertura do certame ou quando da implantação do objeto já na fase contratual. Acerca desta matéria cabe destacar o voto do Conselheiro Relator do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Robson Marinho:

"(...) OUTRO FATOR QUE TAMBÉM SE MOSTRA CONTROVERTIDO ENVOLVENDO SOBREDITOS EXAMES E, PORTANTO, MERECEDOR DE REVISÃO RELACIONA-SE AOS CRITÉRIOS QUE CONDUZIRÃO AOS RESULTADOS, E NÃO ESTÃO EXPRESSAMENTE DEFINIDOS NO EDITAL (SUBITEM 5.4.2).

OBVIAMENTE QUE ESTA ANÁLISE, CUJOS PARÂMETROS TÉCNICOS QUE A NORTEARÃO SÃO DESCONHECIDOS DOS INTERESSADOS, LEVA INEVITAVELMENTE A UM JULGAMENTO SUBJETIVO, FERINDO O QUE PRECONIZA O ARTIGO 3º, CAPUT, DA LEI N. 8.666/93, SOBRETUDO PORQUE PODERÁ ENSEJAR A REPROVAÇÃO DO PRODUTO E CONSEQUENTE DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPONENTE. (TC-020002/026/2009, TC-020011/026/2009 e TC-020012/026/2009 – Exame prévio de edital – <http://www.tce.sp.gov.br/>)

Seguindo a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, veja-se também o já transcrito voto do Conselheiro Relator Eduardo Bittencourt Carvalho, acolhido por unanimidade conforme acórdão correspondente, na Representação contra Edital de Pregão Presencial (exame prévio de edital), em nota deste parecer, em resumo, nos seguintes termos:

"(...) DE OUTRA PARTE, TAMBÉM SE MOSTRA PROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO DIRIGIDA CONTRA A AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÕES E PARÂMETROS OBJETIVOS PARA A AFERIÇÃO DA ACEITABILIDADE DAS AMOSTRAS, À VISTA DA COMPLETA OMISSÃO A RESPEITO NAS CLÁUSULAS DO ITEM "08", DO ANEXO I, O QUE SE MOSTRA INCOMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO, CONSAGRADO NA LEI GERAL DAS LICITAÇÕES." (GRIFAMOS). (TC 022245/026/10 e TC 000656/008/10, de 28 de julho de 2010).

Diante disso, devem tais critérios de julgamento e escolha dos requisitos técnicos avaliados serem definidos no edital, de modo igualitário e transparente a todos os licitantes, sob pena do estabelecimento de critério sigiloso, sem falar na necessidade de nomeação prévia da equipe avaliadora dos sistemas informatizados.

II.5. Exigência de Documentos sem Previsão Legal como condição de Classificação dos Licitantes

O item 11.8. do edital ILEGALMENTE exige certificações internacionais ao datacenter que precisará ser disponibilizado pelo contratado e ainda a certificação ISO como

condições de habitação do licitante no certame, claramente impondo questões privadas e sem amparo legal como requisitos obrigatórios à participação na disputa:

“11.8 – Documentação relativa à Qualificação Técnica

[...]

d) Conformidade do datacenter com os padrões definidos segundo norma ABNT-NBR 14565:2019 padrão TIER III ou superior e ter ao menos as seguintes certificações, com validade vigente: "Tier III Certification of Design Documents" concedida pelo Uptime Institute vigente. ABNT NBR ISO/IEC 27001:2013;

e) ABNT NBR ISO/IEC 27017:2016 ou CSA STAR Certification LEVEL TWO ou superior; ISO/IEC 27018 9.1.20.1.

f) As certificações ABNT NBR ISO/IEC 27001:2013, ABNT NBR ISO/IEC 27018:2018 e ABNT NBR ISO/IEC 27017:2016 poderão ser apresentadas nas suas versões originais em inglês.

Dito isso, é de se verificar claramente que tais exigências se mostram completamente descabidas e inadequadas posto que insere como obrigatórias para a fase de habilitação documentos que, além de não possuírem previsão normativa para serem exigidos em licitações públicas, são desprovidos de qualquer sustentação legal ou jurídica.

Não pode o agente público incluir no edital comprovações não previstas expressamente na lei, sob pena de restar nulo todo o procedimento em face de vício insanável que afronta o Princípio da Legalidade, positivado no art. 3º da Lei nº 8.666/93 e no art. 37 da Constituição da República.

Não há evidentemente qualquer previsão legal que autorize a inserção em uma licitação pública de exigências de certificações internacionais PRIVADAS e não obrigatórias para que o licitante participe e seja habilitada em uma licitação. **Aliás, DESAFIA-SE A APRESENTAÇÃO DE NORMA LEGAL QUE OBRIGUE AS EMPRESAS DO RAMO DO OBJETO LICITADO (A SEREM OBRIGADAS A**

DETEREM TAIS CERTIFICAÇÕES INTERNACIONAIS ou ISO! Trata-se de inovação feita por esse órgão licitante, mas não permitida pela lei.

Condicionar a habilitação à apresentação de tais documentos privados torna a licitação nula, bem como sujeita os agentes responsáveis às penalidades legais cabíveis. Tais certificados se tratam de documentos facultativos, ou seja, não são indispensáveis ao exercício das atividades de locação de sistemas informatizados de gestão pública ou provimento de datacenter. Vale a pena verificar o disposto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93:

“§ 1º - É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar nos atos de convocação, cláusulas 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 qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato” (Grifos nossos)

Ratificando o exposto, veja-se o disposto no art. 37, XXI da Constituição da República:

“Art.37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e , também, ao seguinte:[...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, O QUAL SOMENTE PERMITIRÁ EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA E ECONÔMICA INDISPENSÁVEIS À GARANTIA DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES.” (grifos nossos)

A citada disposição legal é taxativa! Não podem os agentes públicos admitir em seus editais exigências impertinentes que restrinjam o caráter competitivo da licitação.

Marçal Justen Filho² combate de forma veemente a inclusão de condições de habilitação que ferem o referido dispositivo constitucional:

“A CONSTITUIÇÃO NÃO DEFERE AO ADMINISTRADOR A FACULDADE DE, AO DISCRIMINAR AS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO, OPTAR PELA MAIOR SEGURANÇA POSSÍVEL. Como já se afirmou acima, a Constituição determina que o mínimo de segurança configura o máximo de restrição possível.[...] SE A ADMINISTRAÇÃO TIVER AVALIADO MAL A REALIDADE, REPUTANDO COMO INDISPENSÁVEL UMA EXPERIÊNCIA QUE TECNICAMENTE SE REVELA COMO DISPENSÁVEL, SEU ATO NÃO PODE PREVALECER.[...] Neste ponto é imperioso destacar que A CONSTITUIÇÃO AUTORIZA APENAS EXIGÊNCIAS QUE CONFIGUREM UM MÍNIMO DE SEGURANÇA. PORTANTO, NÃO SE ADMITEM EXIGÊNCIAS QUE VÃO ALÉM DISSO. LOGO, A ADMINISTRAÇÃO NÃO PODERÁ RESPALDAR SEUS ATOS COM A INVOCAÇÃO DE QUE A EXIGÊNCIA AMPLIA SUA SEGURANÇA. É EVIDENTE QUE O MÁXIMO DE SEGURANÇA CORRESPONDERIA AO MÁXIMO DE RESTRIÇÃO. ESSA NÃO É A SOLUÇÃO AUTORIZADA PELA CONSTITUIÇÃO.”

Desta feita, levado a efeito o procedimento nas condições estabelecidas no edital, ferir-se-á o disposto no art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93, mormente quanto aos princípios da LEGALIDADE e da IGUALDADE. Certamente essa Administração Pública não se furtará a emprestar ao respectivo procedimento licitatório, o manto da legalidade, com a obediência aos princípios constitucionais encartados na Constituição da República.

Assim, não pode o agente público incluir no rol de documentação de classificação, quiçá para fins de contratação, **uma comprovação que não aquela expressamente disposta na lei**, sob pena de restar nulo todo o procedimento em face de vício insanável que afronta o Princípio da Legalidade, positivado no art. 3º da Lei nº 8.666/93 e no art. 37 da Constituição da República.

² Ob. cit. p. 337/338.

Não há, evidentemente, qualquer previsão legal que autorize a inserção em uma licitação pública de exigência de matérias e artigos impressos ou informativos sobre um tema sequer definido em edital. Mais uma vez é preciso ressaltar que tais “documentos” não são obrigatórios, bem como não possuem previsão legal, ou seja, jamais poderiam ser inseridas como condições obrigatórias de participação de licitantes, ainda mais em locação de softwares.

Não se discorda que em uma licitação deve ser realmente apurada a aptidão do proponente para prestar a contento aquilo que se pretende. No entanto, de acordo com as disposições da “Lei de Licitações” observa-se que o presente edital cometeu um erro material gravíssimo, face à incompatibilidade técnica das exigências constantes dos itens impugnados bem como a inexistência de lei especial que as discipline e as obriguem em licitações públicas.

Sobre o tema, o autor Marçal Justen Filho³ assim se pronunciou:

“Tem-se cogitado da exigência da certificação ISO 9000 (EM SUAS DIVERSAS VARIANTES) como requisito de habilitação. O tema envolve grande risco de vício. [...] EXIGIR PEREMPTORIAMENTE A CERTIFICAÇÃO COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO EQUIVALERIA A TORNAR COMPULSÓRIA UMA ALTERNATIVA MERAMENTE FACULTATIVA: NENHUMA LEI CONDICIONA O EXERCÍCIO DE ALGUMA ATIVIDADE À OBTENÇÃO DO CERTIFICADO ISO 9000. PORTANTO, OBTÉM A CERTIFICAÇÃO QUEM O DESEJAR (E PREENCHER OS REQUISITOS, É ÓBVIO).

EM OUTRAS PALAVRAS, O ESSENCIAL NÃO É A CERTIFICAÇÃO FORMAL, MAS O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À SATISFAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO. SE O SUJEITO PREENCHE OS REQUISITOS, MAS NÃO DISPÕE DA CERTIFICAÇÃO, NÃO PODE SER IMPEDIDO DE PARTICIPAR DO CERTAME. [...] O QUE NÃO SE ADMITE É A VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DAS EMPRESAS NÃO CERTIFICADAS. DEVER-SE-Á ASSEGURAR AOS INTERESSADOS, MESMO NÃO DISPONDO

³ Op. cit. p.348/349.

DA CERTIFICAÇÃO, A FACULDADE DE COMPROVAR SUA IDONEIDADE PARA A EXECUÇÃO DO OBJETO LICITADO.”

Em situação similar e peculiar, um processo licitatório realizado pelo Governo da Paraíba no Pregão Presencial nº19.2006.9.0062, que previa regra similar (Certificado do INPI) o que resultou na participação de uma única empresa e a impugnação do certame mediante decisão em sede de Mandado de Segurança nº999.2007.000079-2/001 pelo Tribunal de Justiça daquele estado:

“(…) É QUE ANALISANDO PERFUNTORIAMENTE A MATÉRIA, O “*FUMUS BONI JURIS*” ENCONTRA-SE PRESENTE, HAJA VISTA QUE A IMPETRANTE FORA DESCREDENCIADA DO CERTAME, TENDO EM VISTA A OBRIGATORIEDADE, CONSTANTE NO EDITAL (ITEM 7.4.4), DO REGISTRO DO SEU EQUIPAMENTO E RESPECTIVO SOFTWARES NO INPI, O QUE NÃO SE AFIGURA, “*A PRIMA FACIE*”, CORRETA, [...] Por tais razões, diante das premissas traçadas, eis que não se mostrou razoável a exigência contida no item 7.4.4 do edital, que inibiu a participação do certame daqueles que não possuem registro do equipamento licitado e respectivo softwares no INPI, fato esse que em nada prejudica a qualidade do objeto, [...]. DEFIRO o pedido liminar pleiteado, no sentido de determinar a suspensão da execução do contrato e, por consequência, da instalação dos equipamentos eletrônicos objetos da licitação, até o pronunciamento definitivo do E. Tribunal Pleno.” (Grifo nosso).

Tais documentos são facultativos, **emitidos por empresas privadas internacionais** e no caso desnecessários ao exercício das atividades de qualquer empresa que realiza a locação de sistemas informatizados no Brasil.

Tratam-se, pois, de documentos privados, facultativos e discricionários, os quais somente poderiam ser demandados em uma fase classificatória de proposta técnica e apenas para fins de pontuação técnica, jamais como condição eliminatória ou obrigatória para fins de habilitação em licitação pública, razão pela qual devem ser excluídos sumariamente do edital com referência.

II.6. Da Demonstração Técnica Facultativa dos Sistemas Informatizados

O item 20.1. do edital em comento determina uma possível e facultativa realização da demonstração técnica dos softwares licitados para fins de classificação no certame:

“20.1. Finalizada a etapa de habilitação, sendo a licitante habilitada, PODERÁ SER EXIGIDA A DEMONSTRAÇÃO DOS SISTEMAS para comprovação de que o software ofertado pela licitante atende os requisitos técnicos elencados no termo de referência.

a) Demonstração do sistema:

I. Em conformidade com o art. 43 §3º da Lei 8.666/93, com o intuito de esclarecer ou complementar a instrução do processo, bem como resguardar o interesse público frente uma possível contratação frustrada, a licitante previamente classificada em primeiro lugar e devidamente habilitada, PODERÁ SER CONVOCADA PARA REALIZAR A DEMONSTRAÇÃO DO SISTEMA, sob pena de não aceitação da proposta.

II. EM CASO DE REALIZAÇÃO DA DEMONSTRAÇÃO, esta seguirá os seguintes trâmites: “

Da análise de tais determinações, depreendem-se irregularidades que precisam ser sanadas a bem do interesse público e da legalidade da disputa licitatória que se pretende realizar.

Primeiramente, o edital prevê que a referida fase de demonstração técnica **poderá ou não ser realizada**, se tratando, portanto, de uma opção e não de um dever/obrigação. Portanto, a análise das funcionalidades dos sistemas informatizados licitados e descritos no edital e Anexo I é, de acordo com o edital, apenas uma possibilidade que será realizada se essa entidade entender necessária.

Nesse formato, podem ocorrer situações absurdas, tais como: i) a exigência de demonstração técnica a um licitante e a dispensa a outro participante (contrariedade ao Princípio da Igualdade); e ii) a não realização de demonstração do produto (já que

é opcional), admitindo-se a possibilidade de se contratar fornecedor sem se saber se os sistemas informatizados por ele ofertados atendem ao que o edital exige.

Se haverá um julgamento de admissão com base em tal exame técnico e inclusive previsto pelo próprio item como “desclassificatório”, sua realização é um DEVER, ou seja, uma obrigação dessa entidade para com os participantes e não uma possibilidade, algo facultativo a depender da conveniência do condutor da licitação.

Por isso, deve-se, a bem da legalidade e da transparência ser determinada como obrigatória e não facultativa a avaliação de conformidade do objeto ofertado com a descrição do Termo de Referência a todos os participantes.

II.7. – Do Atendimento a 100% do Objeto na Prova de Conceito - Restrição à Competição

Como já salientado, as disposições técnicas constantes do Anexo I do edital versam sobre as características obrigatórias, ainda que não intencionalmente, direcionada a uma determinada solução tecnológica fornecida por conhecida empresa do mercado e seus representantes comerciais.

Nesse sentido, questiona-se o fato de o edital determinar no item 20 a desclassificação do licitante que não atender a 100% das funcionalidades exigidas **em 178 (cento e setenta e oito) páginas do Anexo I** na demonstração a ser realizada durante o certame.

Considerando-se que constam do edital algumas especificações dispensáveis, mas peculiares a uma única solução tecnológica existente no mercado, revela-se ilegal condicionar a classificação dos licitantes ao atendimento integral (100%) de todos os requisitos técnicos. Trata-se do estabelecimento de condição restritiva à competição, já que não se permitirá a oferta de outro produto senão aquele comercializado no mercado por uma empresa específica.

Há que se ressaltar que no mercado fornecedor de licença de usos de sistemas de gestão pública atuam diversas empresas, cada qual desenvolvendo seus softwares em acordo com a legislação, porém, com recursos tecnológicos próprios e, por consequência, com características próprias e peculiares. Isso significa, ilustres autoridades, que alguns sistemas possuem um padrão único para atendimento às normas e exigências legais e, de outro lado, especificações acessórias e/ou estéticas a depender de cada empresa.

Nesse sentido, os objetivos funcionais são atendidos pelas diferentes fabricantes, porém, cada qual se utilizando de caminhos tecnológicos diferentes. Daí o porquê da impropriedade do edital em referência, uma vez que se impõe não apenas as finalidades dos softwares a serem licenciados, **MAS TAMBÉM OS CAMINHOS ESPECÍFICOS DE UMA DETERMINADA SOLUÇÃO PRIVADA.**

Os objetivos desejáveis a um sistema informatizado de gestão pública são abarcados por diversas empresas do mercado, os quais atingem às finalidades cada qual por caminhos tecnológicos diversos, ou seja, admitir apenas um único caminho para se atender à legislação e aos objetivos tecnológicos dos softwares se revela inaceitável e contrário ao interesse público.

No entanto, conforme edital, **se o licitante descumprir a apenas uma das centenas de exigências estabelecidas em 178 páginas do Anexo I, seu sistema será tido como imprestável, o que, evidentemente, não se revela medida adequada a uma licitação pública, sem falar na restrição técnica injustificada.** Aliás, isso já foi observado e condenado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo acerca do mesmo objeto ora licitado:

“Quanto aos demais aspectos questionados, valho-me das opiniões externadas pelo setor especializado da Casa, em vista de seu conteúdo técnico NESSE SENTIDO, OS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS PARA A DEMONSTRAÇÃO DO SISTEMA CARECEM DE REVISÃO, porquanto, [...]: “O objeto do certame

engloba o fornecimento de 14 (quatorze) sistemas, cujas características e funcionalidades acham-se descritas ao longo de mais de 50 páginas do Anexo I – Termo de Referência do Edital. NESTE SENTIDO, CONSTITUI-SE IMPRÓPRIA A CONDIÇÃO ESTABELECIDADA NO EDITAL DE NÃO ADJUDICAÇÃO DO OBJETO À LICITANTE QUE NÃO ATENDER A QUALQUER UMA DAS FUNCIONALIDADES ESPECIFICADAS PARA OS SISTEMAS. DEVERIA O EDITAL ESTABELEECER APENAS A DEMONSTRAÇÃO DE REQUISITOS ESSENCIAIS DE CADA SISTEMA, DEFININDO-SE CRITÉRIOS OBJETIVOS DE AVALIAÇÃO. [...] Em razão do exposto, meu voto considera procedente a Representação intentada por Daniela Diniz de Lima (TC-023690.989.18-1) [...]” (TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 20/02/2019 – SECÇÃO MUNICIPAL EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL Processos: 23690.989.18-1)

Não foram outras as decisões dos demais Tribunais de Contas ao examinarem a matéria:

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO MATO GROSSO
PROCESSO: 13.409-0/2019
“[...] 35. Para a Secex, o INDICATIVO DE ATENDIMENTO DE 100% DAS FUNCIONALIDADES É UMA CONDIÇÃO EXTREMAMENTE RESTRITIVA E AMPLAMENTE COMBATIDA PELAS LEGISLAÇÕES.
[...] 38. POR ESSAS RAZÕES, A SECEX CLASSIFICOU A IRREGULARIDADE GB03. E RESPONSABILIZOU O SR. FÁBIO SCHROETER PORQUE, AO AUTORIZAR A REALIZAÇÃO DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 31/2019 DA PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPO VERDE COM EXIGÊNCIAS E CARACTERÍSTICAS DESNECESSÁRIAS OU IRRELEVANTES QUE DIRECIONAM OU RESTRINGEM IRREGULARMENTE A PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES, O GESTOR POSSIBILITOU A RESTRIÇÃO DE COMPETITIVIDADE DOS SERVIÇOS A SEREM CONTRATADOS. Ficou caracterizado o descumprimento art. 40, I, da Lei 8.666/1993 e do art. 3º, II, da Lei 10.520/2002.
[...] 42. A SECEX ENTENDEU QUE, AO ESTABELEECER NO PROCESSO DE HOMOLOGAÇÃO TÉCNICA DA SOLUÇÃO UMA ADERÊNCIA DE GRAU DE 100% DE ATENDIMENTO, aliado ao prazo exíguo de 15 dias para concluir o processo de implantação e funcionamento de um sistema de complexidade razoável, **SERIA POSSÍVEL APENAS PARA A EMPRESA QUE JÁ POSSUI O**

PRODUTO COMPLETAMENTE ADEQUADO AO TR PROPOSTO NO EDITAL ALCANÇAR AS EXIGÊNCIAS. Reforçou, dessa forma, o apontamento sobre o direcionamento. Assim, diante da ausência de fatos novos capazes de afastar a presença de cláusulas restritivas no processo, opinou pela manutenção da irregularidade GB03.

[...] 45. HOUE O DESCUMPRIMENTO DA LEI Nº 8.666/93 PELO TERMO DE REFERÊNCIA DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 31/2019. COMO RELATADO, O ITEM 19 DO EDITAL CONTÉM A AVALIAÇÃO DO PRODUTO OFERTADO E A EMISSÃO DE PARECER QUANTO À ADERÊNCIA DO SISTEMA ÀS EXIGÊNCIAS DO EDITAL, INDICANDO O GRAU 100% DE ATENDIMENTO, CONDICIONANTE PARA A HOMOLOGAÇÃO.

46. Os critérios de avaliação, seja de software ou de outro produto/serviço, devem ser definidos com clareza e objetividade, sem restrições desnecessárias. Regras editalícias que impõem ônus demasiado para o perfazimento das condições de habilitação técnica ferem o princípio da isonomia e o caráter competitivo do certame.

[...] 52. Sendo assim, em virtude da permanência das irregularidades GB03 e GB06 em ofensa aos ditames legais (art. 40, I, da Lei 8.666/1993; art. 3º, II, da Lei 10.520/2002 art. 43, IV, da Lei nº 8.666/1993), o MP de Contas manifesta-se pela aplicação de multa ao Sr. Fábio Schroeter, nos termos do art. 286, II, da Resolução Normativa nº 14/2007 (Regimento Interno do TCE/MT).

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

[...] “Ademais, REFORÇAMOS QUE CONFORME CONSTA NO EDITAL, NÃO É NECESSÁRIO 100% DE SIMILARIDADE COM O SOLICITADO, MAS BASTA APENAS 80% DE SIMILARIDADES COM AS FUNCIONALIDADES E QUANTITATIVOS DO QUE FOI SOLICITADO NO EDITAL, o que foi verificado em sede de prova de conceito (amostragem do produto) cujos procedimentos estão contidos no Anexo II, fls. 36 do Edital. [...] Após a apresentação de defesa [...], o Ministério Público de Contas apresentou nova manifestação, no seguinte sentido:

32. O RESPONSÁVEL NÃO ESPECIFICA AS DIFERENÇAS SIGNIFICATIVAS ENTRE O FUNCIONAMENTO DO SOFTWARE DE GESTÃO EM SAÚDE DOS DEMAIS QUE JUSTIFICARIA A

EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA EM ATIVIDADE IDÊNTICA AO OBJETO LICITADO.

33. A utilização do pregão denota que sendo comum objeto licitado, cujos- padrões de desempenho e qualidade podem objetivamente ser definidos, por meio de especificações usuais no mercado, [...]

37. Diante do exposto, acolho o entendimento esposado pelo Ministério Público de Contas, considerando irregular a exigência presente no item 5.1.5.1.1 do edital, em conformidade com o art. 30, II da Lei n. 8.666/1993. Tendo em vista a citada irregularidade, aplico multa ao Sr. Sr. Dário Rodrigues de Passos, no valor de R\$1.000,00 (mil reais).” (Denúncia nº 977735 - Data: 30/10/2018)

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
Processo nº 24669-0200/20-0

“[...] Analisando-se o Termo de Referência, OBSERVA-SE UM EXCESSO DE DETALHAMENTO, EM POSSÍVEL AFRONTA AO INC. II, ART. 3º DA LEI 10.520/2002, UMA VEZ QUE UM OBJETO DESCRITO EM TAMANHA MINÚCIA PROVAVELMENTE NÃO RELACIONA APENAS O ESSENCIAL PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PODENDO SER UM LIMITANTE DA COMPETIÇÃO.

COM RELAÇÃO À PROVA DE CONCEITO, ENTENDE-SE COMO RESTRITIVA A EXIGÊNCIA DE QUE O SISTEMA A SER FORNECIDO ATENDA À 100% DAS FUNCIONALIDADES ELENCADAS NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, tal como descrito no item 8.5.2.4 do Termo de Referência (peça 2936216, p. 13). Esse entendimento é agravado pelo fato desse documento conter, aproximadamente, 2 mil exigências técnicas. NESSE SENTIDO, A ADMINISTRAÇÃO PODERIA ESTIPULAR UM PERCENTUAL MÍNIMO DE ADERÊNCIA (90%, POR EXEMPLO) E UM PRAZO RAZOÁVEL PARA QUE A CONTRATADA ATENDESSE ÀS EXIGÊNCIAS QUE RESTARIAM PENDENTES. ALTERNATIVAMENTE, A PROVA DE CONCEITO PODERIA FOCAR-SE NAS FUNCIONALIDADES CONSIDERADAS ESSENCIAIS, DEIXANDO QUE AS FUNCIONALIDADES ACESSÓRIAS (MENOS IMPORTANTES) EVENTUALMENTE NÃO ATENDIDAS FOSSEM PROVIDENCIADAS DENTRO DE UM PRAZO RAZOÁVEL DURANTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO.

Sendo assim, a situação em tela configura-se como uma afronta ao inc. I, § 1º, art. 3º da Lei 8.666/1993, pelo comprometimento do caráter competitivo do processo licitatório. (Grifou-se.)
CONFORME SE OBSERVA, O EDITAL CONTÉM UM EXCESSO DE DETALHAMENTO E UM NÚMERO DEMASIADO DE FUNCIONALIDADES, EXIGINDO-SE 100% DE ATENDIMENTO POR PARTE DAS PARTICIPANTES, O QUE TORNA POSSÍVEL, EM TESE, O PREJUÍZO À AMPLA COMPETIÇÃO.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

[...] “Apontou o parecer do MPTC a ausência de objetividade e de transparência diante da falta de distinção entre os serviços de trato sucessivo e os de prestação instantânea [...], em afronta ao art. 40, I, da Lei de Licitações.

O OBJETO DA LICITAÇÃO ESTÁ INSERIDO NO ITEM [...] E NO ANEXO [...], REQUISITOS OBRIGATÓRIOS E DESEJÁVEIS DO SOFTWARE, OS QUAIS, ANALISADOS SISTEMATICAMENTE, LEVAM, A MEU VER, À DESCRIÇÃO ADEQUADA DOS SERVIÇOS PROPOSTOS, QUE CONVERGEM, EM ÚLTIMA ANÁLISE, PARA A VIABILIZAÇÃO DA EFETIVA IMPLANTAÇÃO DOS SEIS SISTEMAS INFORMATIZADOS RELACIONADOS NO EDITAL. COM A DEVIDA VÊNIA, OS SERVIÇOS DESCRITOS NO ANEXO [...] SÃO INÚMEROS E BASTANTE COMPLEXOS, SEMPRE INTERLIGADOS ENTRE SI E DEMANDANDO COORDENAÇÃO SEVERA, POR ESTAREM VINCULADOS À IDEIA DA NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE GESTÃO INTEGRADA DE TODOS OS SISTEMAS INFORMATIZADOS DE CONTROLE NO MUNICÍPIO, O QUE SE REVELA, SEM DÚVIDA, MODERNA E PODEROSA FERRAMENTA DE COMANDO.

NÃO VISLUMBRO, DESSA FORMA, A POSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAREM INSTANTÂNEOS ALGUNS DOS SERVIÇOS DEMANDADOS, SENDO O OBJETO LICITADO UMA FERRAMENTA DE NATUREZA SISTÊMICA, que requer responsabilidade continuada.” [Denúncia n. 811.915. Rel. Conselheiro Sebastião Helvécio. Sessão do dia 04/10/2012]

Nesse contexto, diante do consolidado entendimento dos Tribunais de Contas e visando obter uma conciliação entre os interesses dessa Prefeitura e a garantia de competitividade ao certame, especialmente para impedir uma paralisação indesejada da licitação, a ora Impugnante, sabedora da seriedade desses agentes,

acredita firmemente na modificação, ao menos, da forma de julgamento das especificações técnicas **de molde a se estabelecer um padrão mínimo aceitável de 80% (com os restantes 20% serem implementados em até 90 dias), de forma a não favorecer, ainda que sem intenção, qualquer fornecedor do mercado.**

Tal medida protegeria integralmente o desejo dessa entidade e todas as obrigações do Anexo I, evitaria o direcionamento a uma única solução do mercado e aumentaria a competição e, conseqüentemente, o número de ofertas vantajosas, bem como propiciaria efetiva disputa da fase de lances.

II.8. Do Juízo de Admissão da Intenção Recursal

Assim dispõem os itens 4.13. a 4.15. do edital lançado por essa entidade, especificamente quanto ao procedimento de declaração do vencedor da licitação em sessão pública e manifestação da intenção recursal:

“RECURSOS:

4.13. Declarada a vencedora, qualquer Licitante, desde que motivadamente e ao final da sessão, poderá manifestar a intenção de recorrer contra decisões do Pregoeiro. Dispondo do prazo de até 15 (quinze) minutos, através do portal de pregão eletrônico, manifestando sua intenção com registro da síntese das suas razões.

Será concedido o prazo de 03 (três) dias para a apresentação das razões do recurso, ficando as demais licitantes desde logo intimadas para apresentar às contrarrazões, em igual prazo, que começará a correr do término do prazo da recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos.

4.14. A falta de manifestação importará a decadência do direito de recurso.

4.15. NÃO SERÁ CONCEDIDO PRAZO PARA RECURSO SOBRE ASSUNTOS MERAMENTE PROTELATÓRIOS OU QUANDO NÃO JUSTIFICADA A INTENÇÃO DE INTERPOR O RECURSO PELA PROPONENTE.”

Com efeito, de acordo com o ato convocatório, o licitante precisará manifestar sua intenção recursal imediatamente e em apenas 15 minutos, ao final da sessão eletrônica, após declarado vencedor da disputa sob pena de decadência do direito de recurso. E mais, o edital estabelece que a intenção recursal precisará ser motivada sob pena de não ser aceita!

No entanto, como será possível ao licitante inconformado com a decisão proferida se manifestar em apenas 15 minutos sem ter obtido acesso prévio à documentação de habilitação e à proposta final do concorrente que for declarado vencedor? Para se disponibilizar o prazo para manifestação em questão, no mínimo, toda a documentação final deveria ser acessada em prazo hábil, do contrário, restará configurando-se grave cerceamento à ampla defesa e ao contraditório.

Ademais, para se iniciar a fase recursal será preciso que a análise do produto já estivesse finalizada, nos termos do item 20 do edital. Contudo, como já visto, tal demonstração é colocada como facultativa e ao mesmo tempo classificatória, deixando os licitantes confusos e inseguros acerca das verdadeiras fase do presente procedimento.

A fase recursal no Pregão é una, ou seja, é aberta apenas quando verificadas e aprovadas as condições de habilitação e classificação do proponente. **Não há como se declarar um licitante como vencedor da licitação e posteriormente realizar uma análise posterior classificatória de seus produtos (item 20).**

Diante disso, questiona-se a viabilidade de tal fase recursal, ou seja, **como o licitante poderá manifestar sua intenção recursal E MOTIVÁ-LA IMEDIATAMENTE quando declarada a empresa vencedora se não terá acesso anterior e com prazo hábil aos documentos e à proposta ajustada do licitante declarado vencedor?**

A busca da celeridade não pode transpor aos limites da legalidade e, muito menos, sufocar o direito recursal a ponto de tornar seu exercício algo impossível. Trata-se de um direito assegurado aos licitantes e que deve ser respeitado, até porque em muitos casos os erros e falhas são identificados e apontados pelos demais participantes, auxiliando os trabalhos do Pregoeiro e de sua equipe de apoio, bem como conferindo ao julgamento do certame um conteúdo imparcial e discricionário.

Isso sem falar que o item 4.15. ressalta que não será admitida a intenção recursal que não esteja devidamente motivada, tal qual existisse em lei um juízo de admissibilidade da intenção de recurso por parte do Pregoeiro!

Ora, a legislação nacional não atribui ao Pregoeiro a faculdade ou o poder de proferir “juízo prévio” de admissibilidade de intenção recursal manifestada via internet, limitando sua atuação ao registro da intenção de recurso por parte dos licitantes e a abertura automática do prazo de 3 (três) dias úteis para apresentação das razões escritas, franqueando-se vista dos autos aos interessados. Note-se, a esse respeito, o que determina o artigo 44 do Decreto nº 10.024/2019:

“Art. 44. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante o prazo concedido na sessão pública, de forma imediata, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer.

§ 1º As razões do recurso de que trata o caput deverão ser apresentadas no prazo de três dias.

§ 2º Os demais licitantes ficarão intimados para, se desejarem, apresentar suas contrarrazões, no prazo de três dias, contado da data final do prazo do recorrente, assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.”

Da leitura dos dispositivos legais supracitados depreende-se claramente que existe direito líquido e certo de qualquer licitante recorrer quando for declarado o vencedor

da disputa, e que esse direito deverá ser exercitado em duas etapas: primeiro, deverá o licitante manifestar em campo próprio do sistema eletrônico, de forma motivada, a sua intenção de recorrer; em um segundo momento, terá o recorrente o prazo de 3 (três) dias para apresentar as razões escritas de seu recurso com vistas abertas dos autos do processo licitatório.

Por óbvio que no ato de manifestação da intenção de recorrer, em especial no pregão eletrônico, como já dito no tópico anterior, não pode conter toda a fundamentação do recurso, mas simplesmente a manifestação da intenção de recorrer, até porque inexistente qualquer acesso aos documentos ou à proposta do licitante declarado vencedor.

Nesse passo, note-se a lição do Professor Jonas Santana, autor do livro “A defesa da empresa na licitação” (Ed. LZN, 2006)., ao se referir ao procedimento recursal na licitação na modalidade pregão, in verbis:

<p>“[...] O PREGOEIRO NÃO POSSUI COMPETÊNCIA PARA PRATICAR ATO QUE VÁ ALÉM DO EXAME DE ADMISSIBILIDADE FORMAL DA INTENÇÃO DE RECORRER, INEXISTINDO A MENOR POSSIBILIDADE DE QUE ELE, PREGOEIRO, INDIVIDUALMENTE, MANIFESTANDO DE FORMA ANTECIPADA AS SUAS PRÓPRIAS CONVICÇÕES SOBRE O MÉRITO DO ASSUNTO QUE AINDA SERÁ TRATADO NA PEÇA RECURSAL, ACABE TOLHENDO SUMARIAMENTE O DIREITO DE RECURSO DO INTERESSADO.”</p>

NÃO EXISTE, POIS, NA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA, A HIPÓTESE DA “REJEIÇÃO SUMÁRIA” DA INTENÇÃO DE RECURSO DO LICITANTE, ESPECIALMENTE, FUNDADA NO ENTENDIMENTO PRÉVIO DO PREGOEIRO SOBRE O MÉRITO DAS RAZÕES RECURSAIS, QUE AINDA SERÃO APRESENTADAS DENTRO DOS TRÊS DIAS DE PRAZO.

[...] TOLHER ANTECIPADAMENTE ESSAS FASES PROCEDIMENTAIS SEGUINTE IMPLICA EM VIOLAR A

LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO,
CONTRARIANDO OS PRINCÍPIOS DO ARTIGO 5º DO DECRETO
5.450/05, do artigo 4º do Anexo I do Decreto 3.555/00, do
artigo 3º da Lei 8.666/93, bem como do artigo 37, caput e inciso
XXI, da Constituição Federal.

Por outro lado, verifica-se também contrariedade à garantia do
direito de petição, prevista no inciso XXXIV do artigo 5º da
Constituição Federal, além da ampla defesa, garantida no inciso
LV do mesmo dispositivo constitucional, que, aliás, é exercida
pelos “meios e recursos a ela inerentes”.[...] POR ESSAS
RAZÕES, O DIREITO À “MANIFESTAÇÃO DA
INTENÇÃO” DE RECORRER É INVOLÁVEL PARA O
LICITANTE E, UMA VEZ ATENDIDOS OS REQUISITOS
FORMAIS, DEVE HAVER A SUA ADMISSIBILIDADE, SEM
OPINIÕES ANTECIPADAS A RESPEITO DAS MATÉRIAS
DE MÉRITO.”

Assim, percebe-se claramente que o prazo legal deve ser concedido para a apresentação das razões recursais, não estando o licitante, por óbvio, obrigado a apresentar toda a fundamentação de seu recurso imediatamente, o que, repita-se, é impossível no procedimento do pregão eletrônico onde não se tem acesso aos documentos e à proposta da empresa vencedora.

Diante disso, **a possibilidade de rejeição prévia da intenção de recorrer de qualquer licitante antes mesmo da submissão à autoridade superior competente, afronta também ao direito ao duplo grau recursal assegurado como direito líquido e certo dos licitantes pela Lei de Licitações.** Mais uma grave violação da legislação de regência, a desafiar a imediata reforma do edital ora impugnado.

Sobre o tema do duplo grau recursal em licitações, inclusive na modalidade pregão, note-se os mais recentes julgamentos proferidos pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO. RECURSO. INDEFERIMENTO DO MÉRITO PELA PRÓPRIA COMISSÃO. NULIDADE. VIOLAÇÃO EXPRESSA DE LEI E NORMAS EDITALÍCIAS.

1. Uma vez previsto expressamente no § 4º, do art.109 da Lei nº 8.666/93, que "o recurso interposto será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade", **PADECE DE NULIDADE A DECISÃO DE INDEFERIMENTO DO RECURSO EXARADA PELA PRÓPRIA COMISSÃO DA QUAL EMANOU O ATO VERGASTADO**, ante a expressa determinação legal em contrário, bem como em face às disposições contidas nos subitens 20.2 e 20.3 do edital nº0484/84.

2. Remessa improvida. Sentença confirmada.

(REO 95.01.09622-0/MT, Primeira Turma, Rel. Des. Federal Aloísio Palmeira Lima, DJ de 04/12/2000, p.1.)

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. RECURSO ADMINISTRATIVO. DUPLO GRAU. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA.

1. Traduz literal violação aos artigos 5º, LV, da Constituição e 109, § 4º, da Lei 8.666/93, o julgamento de recurso administrativo pela mesma autoridade que declarou a inabilitação do concorrente.

2. Precedentes do Tribunal.

3. Remessa improvida.

(REO 2000.34.00.031185-4/DF, Sexta Turma, Rel.^a Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, DJ de 21/05/2002, p. 488.)

Fica clara a afronta ao Princípio da Legalidade, bem como aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório ocorrida no aludido certame. Em suma, a utilização do recurso para contestar a proposta/documentação de concorrente estará sujeita ao exame de admissibilidade prévio do Pregoeiro, ato este que não possui previsão legal.

II.9. – Da Imposição de Limite Temporal à Emissão e à Vigência dos Atestados de Capacidade Técnica

O item 11.20. do edital estabelece como condição de aceitação dos documentos apresentados pelos licitantes sem prazo de validade uma vigência de apenas 90 dias:

“11.20. Documentos apresentados com a validade expirada acarretarão a inabilitação do Proponente. AS DOCUMENTAÇÕES QUE NÃO POSSUÍREM PRAZO DE VALIDADE, SOMENTE SERÃO ACEITAS COM DATA DE EMISSÃO NÃO SUPERIOR A 90 (NOVENTA) DIAS.”

Diante do exposto acima, percebe-se que o dispositivo editalício impõe para todos os documentos que não deterem prazo de validade uma vigência mínima, o que afeta diretamente a aceitação de atestados de capacidade técnica. Em síntese, **apenas aqueles atestados emitidos dentro do período estipulado no edital serão aceitos.**

Sabidamente, os atestados de capacidade técnica, documentos que notoriamente, por lei, não possuem prazo de validade ou data de emissão limitada não podem ter sua vigência definida pelo edital. É inconcebível que o órgão licitante possa impor aos licitantes a validade aos atestados de capacidade técnica para fins de habilitação em uma licitação pública. Isso não existe e não coaduna com as disposições legais vigentes, funcionando apenas como cláusula que restringe vertiginosamente a competitividade do presente certame.

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 30 e parágrafos, expressamente limita as exigências pertinentes aos atestados de capacidade técnica em licitações, inexistindo amparo legal para o que se encontra disposto como condição de habilitação. O Parágrafo Quinto do mencionado comando legal, quando trata da documentação pertinente à qualificação técnica, veda expressamente as comprovações de atividade ou de aptidão técnica com limitações de tempo ou época:

“§ 5º DO ART. 30 - É VEDADA A EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE OU DE APTIDÃO COM LIMITAÇÕES DE TEMPO OU DE ÉPOCA OU AINDA EM LOCAIS ESPECÍFICOS, OU

QUAISQUER OUTRAS NÃO PREVISTAS NESTA LEI, QUE INIBAM A PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO.” (GRIFOS NOSSOS)

Portanto, a exigência do Edital não pode impor restrição ao prazo de validade do atestado de capacidade técnica. **A experiência adquirida pelo licitante não desaparece com o tempo.**

Com efeito, exigir atestado com prazo de emissão específico é transgredir ao §5º do art. 30, acima transcrito. Tal exigência restringe a competição, diminui o universo de competidores e frustra o objetivo maior da licitação - obtenção da proposta mais vantajosa. Cumpre observar a lição do autor Marçal Justen Filho⁴:

“Na linha de proibir cláusulas desarrazoadas, estabelece-se que somente podem ser previstas no ato convocatório exigências autorizadas na Lei (artigo 30, § 5º). PORTANTO, ESTÃO EXCLUÍDAS TANTO AS CLÁUSULAS EXPRESSAMENTE REPROVADAS PELA LEI Nº 8.666/93 COMO AQUELAS NÃO EXPRESSAMENTE POR ELA PERMITIDAS.”

Em vista disso, tem-se a competitividade do certame está nitidamente restringida, já que diversas empresas detentoras de grande quantidade de atestados de capacidade técnica que, além de comprovarem a larga experiência na execução do objeto ora licitado, atendem integralmente às exigências legalmente estabelecidas, restarão impossibilitadas de participarem do certame em comento, uma vez que suas experiências e respectivas emissões se referem a períodos anteriores.

Segundo o TCU, em sua obra ‘Licitações & Contratos - Orientações e Jurisprudência’, fls. 407-409: **“não se deve fixar prazo de validade em atestados de qualificação técnica”**. Aliás, são diversos os Acórdãos consolidando o entendimento pela impossibilidade de se exigir validade ou data de emissão específica aos atestados de capacidade técnica (Acórdãos 890/2007, 1.557/2009 e 855/2009).

⁴ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª edição. Dialética. São Paulo. p.44.

Exigir que a prova de qualificação técnica seja feita através de atestados emitidos com data ou prazo específico revela-se indevido e irregular por absoluto desrespeito à Lei. À luz da legislação vigente, não é obrigatório que os atestados tenham sido emitidos em prazo determinados. Isso afasta do certame interessados que, embora possuam plena capacidade para executar o objeto, não detém atestados no prazo informado no edital.

Desta feita, deve o edital ser alterado para se corrigir a regra do item contestado posto que completamente equivocada ante à impossibilidade de se impor limite de validade ao atestado de capacidade técnica, o que desde já se requer em obediência às normas legais vigentes.

III - DO PEDIDO

Pelo exposto, espera a **IMPUGNANTE** o acolhimento e provimento da presente impugnação, a fim de que se corrijam os vícios ora apontados no ato convocatório, fazendo-se valer então os princípios acima expostos, na forma da lei.

Pede deferimento.

Bocaiúva do Sul, 19 de agosto de 2021.

GOVERNANÇABRASIL S/A TECNOLOGIA E GESTÃO EM SERVIÇOS

Representante Legal: **Tiago Santos Braun**

CPF: **300.459.948-11**