ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO OFICIAL DO MUNICÍPIO DE SÃO BENTO ABADE – ESTADO DE MINAS GERAIS

REF: PREGÃO PRESENCIAL N° 018/2023

E&L PRODUÇÕES DE SOFTWARE LTDA, pessoa jurídica de direito privado, com sede à Av. Koehler, nº 238, Centro, Domingos Martins – ES, representada neste ato por seu Procurador, o Sr. Fábio Paes Augusto, brasileiro, casado, consultor comercial, residente e domiciliado à Rua Major Venancio, nº 210, Centro, Varginha/MG, 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 em destaque, publicado por esta Administração Pública, cuja finalidade consiste na contratação de serviços de cessão de sistemas informatizados de gestão pública.

1.0. 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 018/2023, e assim colocado o instrumento convocatório à disposição dos interessados em participar do certame, com a destinação específica concernente a contratação de empresa prestadora de serviços de contratação de serviços de cessão de sistemas informatizados de gestão pública em saúde, consoante se vê do respectivo edital.

Todavia, com todo o respeito e admiração pelo trabalho desenvolvido por essa Augusta Comissão 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 8.666/93 e 10.520/2002, restringindo, assim, de forma indevida, o caráter competitivo do certame, conforme veremos adiante.

2.0. 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. 4º, inciso XI, da Lei Federal nº 10.520/2002 e do art. 11, inciso XII, do Decreto nº 3.555/2000, senão vejamos:

> **Lei Federal nº 10.520/2002**
>
> **Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:**
>
> **XI - <u>examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto</u> e valor, <u>caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade</u>.** (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, <u>o pregoeiro examinará a aceitabilidade da primeira classificada, quanto ao objeto</u> e valor, <u>decidindo motivadamente a respeito</u>.** (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* do disposto no art. 4º, inciso XVI, da Lei Federal nº 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.

2.1. DA UTILIDADE DAS AMOSTRAS (DEMONSTRAÇÃO DOS SISTEMAS)

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, deve-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.

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 de forma razoável, conforme veremos adiante.

2.2. DA RAZOABILIDADE E DA COMPETITIVIDADE

Entretanto, 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.

Através de uma análise simples do edital, identificamos que a exigência do atendimento de 90% (noventa por cento) das especificações técnicas de cada sistema, ultrapassa os limites da razoabilidade, uma vez que não é utilizado em licitações como esta por limitar a competição.

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 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 percentual tão elevado de atendimento 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.

Tais características acabam por, ainda que sabidamente sem intenção, direcionar para um software específico, em detrimento de todos os outros disponíveis no mercado, sem, contudo, restar demonstrado o real benefício técnico e econômico que a Administração pretende alcançar com tal escolha, o que acaba por constituir-se como verdadeira afronta ao princípio da legalidade, em especial o disposto no art. 3º, §1º, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93, bem como art. 3º, inciso II da Lei Federal nº 10.520/02.

O art. 7º da Lei Federal nº 8.666/93, em seu parágrafo quinto, determina:

> **Art. 7º. As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:**
>
> **[...]**
>
> **§ 5º. <u>É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas</u>, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.**

A doutrinadora Dora Maria de Oliveira Ramos, reforça que o direcionamento do objeto da licitação (ainda que involuntário) é pratica totalmente vedada em nosso ordenamento jurídico, vejamos:

> **Deve a entidade licitante, no entanto, cuidar para não especificar o bem de forma a direcionar o procedimento a um único fornecedor. Se existe justificativa 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. (RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos Administrativos. 4ª ed. Malheiros: São Paulo, 2000, p. 65)**

O objetivo da licitação é buscar o maior número possível de interessados e aumentar a competitividade, garantindo que a Administração contrate o objeto pretendido pelo menor custo possível (sem comprometer a qualidade).

Ao incluir exigências e especificações que somente podem ser atendidos por uma ÚNICA EMPRESA, sem a possibilidade de customizar, durante o período de implantação, a Administração está declinando da obrigação de conseguir melhores preços e competição em seu processo, para determinar a escolha de um produto específico.

Celso Antônio Bandeira de Melo, enfatiza que "[...] *as especificações não podem ultrapassar o necessário para o atingimento do objetivo administrativo que comanda seu campo de discricionariedade.*" (MELO, Celso Antônio Bandeira de. Licitação. 1ª ed. São Paulo: RT, p. 16)

Há de se destacar que significativa parcela das características e requisitos previstos no Projeto Básico, definidas como obrigatórias, não possuem previsão legal, caracterizando-se como requisitos próprios de uma solução de mercado, em alguns casos, até dispensáveis.

O doutrinador Adilson Abreu Dallari, ensina que:

> **Não se exige senão o necessário e quando necessário, dispensando-se requisitos inúteis, meramente burocráticos ou indevidamente restritivos da participação ou habilitação. Coisas desse tipo servem apenas para criar empecilhos que ensejam contendas jurídicas intermináveis e impedem o desenvolvimento da atuação administrativa. Por isso devem ser simplesmente eliminadas do edital. Enfim, o que**

> **interessa saber, o que precisa ser comprovado, é a aptidão para realizar o objeto do futuro contrato, sendo exigível, portanto, apenas o que for pertinente e suficiente para garantir (até a medida do razoável) tal execução, vedas exigências supérfluas. (DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. 5ª ed. Saraiva: São Paulo, 2000)**

Por tais razões, resta claro que as especificações constantes no instrumento convocatório maculam o processo licitatório, constituindo-se requisitos inúteis para a efetiva aferição do objeto que se pretende contratar e das características mínimas que o sistema deverá possuir, razão pela qual cabe a esta Administração promover a revisão dos percentuais mínimos que deverão ser observados pelas empresas proponentes à época da realização da prova de conceito.

3.0. DA SOLICITAÇÃO DE PRAZO RAZOÁVEL PARA APRESENTAÇÃO DOS SISTEMAS

Outro ponto interessante diz respeito ao prazo de apenas 02 (dois) dias úteis para que a concorrente provisoriamente classificada em primeiro lugar demonstre as funcionalidades dos sistemas licitados.

Isto porque, tal medida demanda das empresas concorrentes uma programação prévia, especialmente no que diz respeito a escolha dos técnicos responsáveis por cada sistema almejado. Tais profissionais exercem diversas atividades, principalmente no que diz respeito ao atendimento rotineiro dos usuários dos sistemas. Logo, não é plausível exigir que as concorrentes deixem seus técnicos em estado de espera (sem produzir), sem, contudo, saberem se terão sucesso na etapa de disputa de preços.

Além disso, também demanda custos elevados das empresas interessadas em participar da competição, especialmente daquelas sediadas em outros Estados ou cidades distantes, que terão que enviar a esta cidade técnicos de diversas especialidades para apresentarem seus produtos.

Como exemplo dessas despesas podemos citar passagens aéreas e de ônibus, hospedagem, alimentação, dentre outras, em total desrespeito ao princípio da competitividade.

Para Joel de Menezes Niebuhr, *in* **Licitação e Contrato Administrativo**, 2012, p. 473:

> **A Administração deve agir com prudência e moderação ao exigir em seus instrumentos convocatórios a apresentação de amostras. Isso porque, muitas vezes, a apresentação de amostras é algo inútil. <u>Noutras vezes, também ocorre, que a fabricação da amostra demanda tempo e envolve altos custos, que acabam por restringir substancialmente a competitividade</u>.** (Destacamos)

No mesmo sentido é o Acórdão proferido no TC 44225/26/10, Tribunal Pleno, Sessão realizada em 02/02/2011, do qual se lê:

> **...a apresentação e a análise de amostra somente da vencedora, como requisito da contratação, é a que melhor se ajusta à situação. À luz desse entendimento, impõe-se a retificação do texto convocatório, para fins de estabelecer a obrigatoriedade da apresentação das amostras – e a consequente análise -, somente do vencedor <u>e em prazo razoável</u>, como**

> **condição para assinatura do contrato.**(Grifo nosso)

Assim, diante das informações prestadas acima e comprovado o fato de que o edital ora analisado não estabelece prazo proporcional para início da demonstração do objeto, não há que se falar em prosseguimento do certame.

4.0. DA IMPRECISÃO QUANTO AOS CRITÉRIOS DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS

É do conhecimento de todos que o edital deve ser claro e preciso acerca das exigências estabelecidas, o que não ocorreu no presente caso, uma vez que os critérios para formulação da proposta dão ensejo a valorações subjetivas, em total desrespeito ao princípio do julgamento objetivo, firmado no art. 3º, da Lei Federal nº 8.666/93, devidamente transcrito abaixo:

> **Art. 3º. 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, <u>do julgamento objetivo</u> e dos que lhe são correlatos.** (Grifamos).

Isto porque o edital ora analisado prevê a execução de serviços de locação de softwares de gestão pública sem fornecer aos interessados em participar da competição todas as informações técnicas (funcionalidades) dos Sistemas de Módulos Legais na Web, Execução Fiscal Eletrônica, Gestão da Educação Pública e Gestão da

Saúde Pública, impossibilitando a formulação da proposta.

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). **Grifo nosso.**
>
> **...os procedimentos a seguir indicados não têm amparo na legislação pertinente: a.1. utilização de critérios de julgamento de propostas técnicas baseadas em tópicos que dão ensejo a valorações subjetivas por parte da Comissão de Licitação...** (TCU, Decisão 418/1992, DOU de 16/9/92).

Assim, diante das informações prestadas acima e comprovado o fato de que o edital ora analisado é omisso quanto aos critérios de julgamento e análise dos Sistemas de Módulos Legais na Web, Execução Fiscal Eletrônica, Gestão da Educação Pública e Gestão da Saúde Pública, uma vez que não especifica todas as

funcionalidades almejadas por esta Administração, não há que se falar em prosseguimento do certame.

5.0. DA ESPECIFICAÇÃO TÉCNICA DO OBJETO E DO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO

De acordo com o edital ora analisado verificamos que as empresas interessadas em participar do certame deverão fornecer sistemas com banco de dados compatível com Oracle 11G ou superior ou ainda MS-SQL Server 2012 ou superior.

Entretanto, tal exigência é desarrazoada e tendenciosa a restringir a ampla participação de empresas interessadas no processo.

Isso porque, empresas que fornecem sistemas com outros bancos de dados ficarão impedidas de participarem da disputa, em total desrespeito aos princípios básicos que regem os procedimentos licitatórios, mormente os da competitividade, legalidade e economicidade, colocando esta Administração em situação de vulnerabilidade, o que não se pode admitir.

Como é sabido, a elaboração do edital subordina-se a regras vinculantes previstas em lei, somadas ao exercício de escolhas discricionárias da Administração Pública licitante. Assim, todas as vezes que analisamos um edital, podemos nos deparar com vícios tanto de natureza vinculada como de natureza discricionária.

No caso presente, veremos que o lapso editalício supramencionado vai de encontro aos preceitos legais estabelecidos no Estatuto Licitatório (Lei Federal nº 8.666/93), mormente no que diz respeito ao inciso I, do § 1º do seu artigo 3º, ficando caracterizado que o Edital ora analisado apresenta vícios de competência vinculada, uma vez que a especificação do objeto

compromete o caráter competitivo do certame, senão vejamos:

> **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.**
>
> **§1° <u>É vedado aos agentes públicos</u>:**
>
> **I – <u>admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação</u>, cláusulas ou <u>condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão</u> da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou <u>de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato</u>.** (Grifamos).

Veja que a inclusão de exigência que direciona o objeto para determinadas empresas em detrimento de outras se configura como condição que restringe e frustra o caráter competitivo do certame, o que, inclusive, poderá ser caracterizado como crime, com pena de detenção de 04 (quatro) anos a 08 (oito) anos, desde que tal ato tenha sido praticado com intuito de fraudar a licitação, senão vejamos do disposto no art. 337-F do Código Penal Brasileiro:

> **Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:**
>
> **Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.**

Logo, mantendo a exigência de utilização somente de sistemas com banco de dados compatível com Oracle 11G ou superior ou ainda MS-SQL Server 2012 ou superior certamente restará comprometido o caráter competitivo do certame, em total desrespeito aos preceitos legais básicos que regem a matéria, afastando possíveis interessados da disputa, o que não se pode admitir.

No que diz respeito a inclusão de condição capaz de restringir ou frustrar o caráter competitivo da licitação, vejamos o que vem decidindo o Tribunal de Contas da União – TCU:

> **Abstenha-se de incluir em instrumentos convocatórios exigências não justificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em observância ao art. 37, inciso XX I, da Constituição Federal e em atendimento aos dispositivos legais que vedam clausulas editalícias restritivas da competitividade, em especial o art. 3°, § 1°, inciso I, o art. 30, § 1°, inciso I, e § 5°, da Lei n° 8.666/1993.** (TCU - Acórdão 1312/2008 Plenário). **(Destacamos).**

> **<u>Evite estabelecer cláusula ou condição capaz de comprometer, restringir ou frustrar indevidamente o caráter competitivo do certame</u> quando do estabelecimento dos requisitos de capacidade técnico-operacional, conforme art. 30 da Lei nº 8.666/1993.** (TCU - Acórdão 890/2008 Plenário). **(Grifo nosso).**

Desta feita, levando-se em consideração as circunstâncias impertinentes suso mencionadas, temos que esta competente Equipe de Pregão deverá promover a reformulação das exigências técnicas, excluindo qualquer condição que restrinja o caráter competitivo da licitação, o que desde já se requer.

6.0. DA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO RECIBOS DE REMESSA E BALANCETES MENSAIS COM OS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA – DESVIO DE FINALIDADE

Através do item 9.6 do Termo de Referência, esta Equipe exige a apresentação de atestados de capacidade técnica acompanhados de recibos de remessa e balancetes mensais, senão vejamos:

> **9.6 O licitante deverá ainda apresentar juntamente com o Atestado de Capacidade Técnica os Recibos de Remessa dos Módulos de Instrumento de Planejamento (do exercício atual), bem como os Balancetes Mensais e Acompanhamento Mensal dos dois últimos envios, a fim de comprovar que o software atende às exigências do Sistema de Contas Municipais do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais - SICOM (TCE-MG) e que as remessas ocorreram dentro dos prazos legais.**

Entretanto, não há necessidade e até mesmo fundamento legal para a mencionada exigência, conforme se vê do disposto no art. 32 da Lei Federal nº 8.666/93:

> **Art.32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.**

Ou seja, são diversas as formas de comprovar a autenticidade dos documentos de habilitação, podendo inclusive a licitante preferir levar a via original e uma cópia para que a Administração a autentique no ato.

Logo, a manutenção da exigência de apresentação de atestados de capacidade técnica acompanhados de recibos de remessa e balancetes mensais desvia a finalidade da qualificação técnica, porque é perfeitamente dispensável ante as outras formas de comprovação (a exemplo da cópia autenticada e da apresentação dos originais e da realização de diligências).

Mesmo porque, de acordo com os ensinamentos de Mateus Eduardo Siqueira e Nunes Bertoncini, através da obra Princípios de Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 169-170:

> **...o princípio da finalidade (...) representa o atendimento ao interesse público descrito e almejado na norma jurídica, seja essa norma, regra ou princípio, visando ao eficaz atendimento das necessidades sociais e à realização de justiça.**

Ademais, e considerando que a licitação sempre deve visar ampliar o universo de competidores, as normas do edital devem ser interpretadas em favor da ampliação da disputa.

A Lei Federal nº 8.666/93, quando dispõe sobre a documentação que poderá ser exigida para fins de aferição da qualificação técnica das licitantes, prevê:

> **Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica LIMITAR-SE-Á A:**
>
> **I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;**
>
> **II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;**
>
> **III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;**
>
> **IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.**

§1° A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

II - (Vetado).

a) (Vetado).

b) (Vetado).

§2° As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§3° Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§4° Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§5° 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.

§6° 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.

§ 7° (Vetado).

I - (Vetado).

II - (Vetado).

§8° No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§9 Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a

> **ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.**
>
> **§10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do §1° deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.**

Ora, da leitura do artigo supracitado verifica-se que em nenhum momento a lei menciona a possibilidade de exigir das licitantes a apresentação de recibos de remessa e balancetes mensais em conjunto com o atestado de capacidade técnica.

De acordo com o disposto no art. 104, inciso III, do Código Civil Brasileiro:

> **Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:**
>
> **III - forma prescrita ou não defesa em lei.**

Assim, verifica-se que tanto a Lei de Licitações quanto o Código Civil não condicionam a validade do atestado de capacidade técnica a esse requisito.

Outro não é o entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU, que assim vem decidindo:

> **- 1. <u>É indevida a exigência de que atestados de qualificação técnica sejam acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, visto não estarem estes últimos documentos entre os relacionados no rol exaustivo do art. 30 da Lei</u>**

8.666/1993 - Representação de empresa acusou possíveis irregularidades na condução do Pregão Eletrônico 280/2012, promovido pelo Instituto Nacional de Câncer (Inca), destinado à contratação de solução de storage. Três empresas participaram do certame, sendo que a classificada em primeiro lugar veio a ser inabilitada. Entre os motivos que justificaram essa decisão, destaque-se a apresentação por essa empresa de atestados técnicos desacompanhados das notas fiscais, exigência essa que constara do respectivo edital. A respeito de tal questão, o relator anotou que "*a jurisprudência do Tribunal é firme no sentido de que o art. 30 da Lei 8.666/1993, ao utilizar a expressão 'limitar-se-á', elenca de forma exaustiva todos os documentos que podem ser exigidos para habilitar tecnicamente um licitante (v.g. Decisão 739/2001 – Plenário; Acórdão 597/2007 – Plenário)*". Ressaltou, ainda, que "*nenhuma dúvida ou ressalva foi suscitada, pela equipe que conduziu o certame, quanto à idoneidade ou à fidedignidade dos atestados apresentados pela empresa*". E, mesmo que houvesse dúvidas a esse respeito, "*de pouca ou nenhuma utilidade teriam as respectivas notas fiscais*". Em tal hipótese, seria cabível a realização de diligências para esclarecer ou complementar a instrução, consoante autoriza do § 3° do art. 43 da Lei 8.666/1993. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator e por considerar insubsistente esse e o outro motivo invocados para justificar a mencionada inabilitação, decidiu: a) determinar ao Inca que torne sem efeito a inabilitação da detentora da melhor oferta na fase de lances, "*anulando todos os atos subsequentes e retomando, a partir desse ponto, o andamento regular do certame*"; b) dar ciência ao Inca de

que a exigência de apresentação de atestados de comprovação de capacidade técnica "*acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, afronta o disposto no art. 30 da Lei 8.666/1993*". (Acórdão 944/2013-Plenário, TC 003.795/2013-6, relator Ministro Benjamin Zymler, 17.4.2013). **Grifamos.**

- VISTA, relatada e discutida esta representação de empresa participante do pregão eletrônico 13/2015, promovido pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo – IFSP, acerca de possíveis irregularidades no processo de habilitação do referido certame. ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pela relatora e com base nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno, c/c o art. 113, § 1°, da Lei 8.666/1993, e no art. 45 da Lei 8.443/1992, em: 9.1. conhecer da representação e considerá-la parcialmente procedente; 9.2. determinar ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo que adote as seguintes providências em relação ao pregão eletrônico 13/2015: 9.2.1. retirar do item 3.3 do termo de referência a exigência de apresentação do contrato e notas fiscais de fornecimento dos equipamentos e/ou serviços; 9.2.2. retirar do item 18 do edital a exigência de garantia de cinco anos para os materiais; 9.2.3. retirar do termo de referência a exigência de comprovação de garantia de cinco anos prestada pelo fabricante do equipamento e a exigência de garantia, pelo fabricante, quanto ao atendimento 24x7, com tempo de solução em até seis horas; 9.2.4. anular a fase de habilitação e todos os atos a ela posteriores e abrir novo prazo para esta fase;

9.2.5. informar a este Tribunal, por intermédio da Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro – Secex/RJ, no prazo de 10 (dez) dias, as providências adotadas para cumprir as determinações contidas neste acórdão; 9.3. encaminhar cópia deste acórdão, bem como do relatório e do voto que o fundamentaram, à representante e ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo; e 9.4. arquivar os autos... Análise 16. Diante dos esclarecimentos apresentados e resumidos acima, pertinentes à exigência de apresentação de cópia de contrato e de nota fiscal juntamente com o atestado de capacidade técnica, na fase de habilitação, tem-se que o TCU já firmou posição no que pertine as exigências que extrapolam o estabelecido no art. 30 da Lei 8.666/1993, conforme Voto do Ministro-Relator Benjamin Zymler, exarado no Acórdão 944/2013 – TCU – Plenário, reproduzido no Despacho da Relatoria deste processo, à peça 7, p. 3, na forma que segue. Acórdão 944/2013 – TCU – Plenário (...) Voto (...) No que se refere às notas fiscais, a jurisprudência do Tribunal é firme no sentido de que o art. 30 da Lei 8.666/1993, ao utilizar a expressão "limitar-se-á", elenca de forma exaustiva todos os documentos que podem ser exigidos para habilitar tecnicamente um licitante (v.g. Decisão 739/2001 – Plenário; Acórdão 597/2007 – Plenário). A par disso, há que se destacar o fato de que nenhuma dúvida ou ressalva foi suscitada, pela equipe que conduziu o certame, quanto à idoneidade ou à fidedignidade dos atestados apresentados pela empresa. Mas mesmo que dúvidas houvesse nesse sentido, dada a natureza da prova que se procura obter com a exigência de atestados de capacitação técnica, o certo é que pouca ou nenhuma utilidade teriam

as respectivas notas fiscais. Numa tal hipótese, incidiria, isto sim, a disciplina do § 3° do art. 43 do Estatuto de Licitações, que faculta à Administração a realização de diligências para esclarecer ou complementar a instrução do processo. (...) 17. Os esclarecimentos apresentados nas alíneas 'a' a 'd', apesar de demonstrarem intensa preocupação por parte da unidade jurisdicionada em assegurar que o objeto do certame seja efetivamente cumprido, não foram suficientes para justificar a exigência de apresentação do contrato e notas fiscais relativas a cada atestado a ser apresentado pelas empresas interessadas em participar do pregão eletrônico, à luz do art. 30 da Lei 8.666/1993 e do teor do trecho do Voto do Relator do Acórdão 944/2013 – TCU – Plenário, acima reproduzido. Além dessa questão observa-se nos textos das alíneas 'a' a 'c', que os argumentos utilizados versam, em primeiro lugar, acerca da comprovação da veracidade das informações constantes no atestado de capacidade técnica. E em segundo lugar, que os "licitantes devidamente habilitados", ou seja, aqueles que obviamente apresentarem o contrato e as notas fiscais têm capacidade para executar o objeto a ser contratado. Portanto, os esclarecimentos apresentados não possuem argumentação lógica e plausível suficientes para a manutenção da exigência restritiva em tela. Aqui vale destacar que o texto do voto acima reproduzido é bem claro em relação a essa questão. 18. Diante do exposto, conclui-se no sentido de que a exigência de apresentação do contrato e notas fiscais de fornecimento dos equipamentos e/ou serviços deve ser retirada do item 3.3 do termo de referência do pregão 13/2015, e anulados todos os atos posteriores à fase de

> **habilitação, abrindo-se novo prazo para a esta fase, cabendo ao IFSP informar ao TCU, no prazo de 10 dias, as medidas adotadas em cumprimento a esta determinação.** (ACÓRDÃO Nº 2406/2015 – TCU – 2ª Câmara. Processo TC 004.939/2015-8). **Destacamos.**

Vejam dos julgados acima que, nestes casos, a Administração pode lançar mão de seu poder de polícia para efetuar diligencias e comprovar a veracidade das informações, sem para tanto restringir indevidamente a competição.

Por isso, referida exigência causa afronta direta ao princípio da legalidade (art. 37, caput da CR), segundo o qual à Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

Consoante as lições de Carlos Ari Sundfeld, *in* Direito Administrativo Ordenador. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 30:

> **...a ligação da Administração Pública com a lei é, portanto, extensa e inafastável, podendo ser resumida como segue: a) seus atos não podem contrariar, implícita ou explicitamente, a letra, o espírito ou a finalidade da lei; b) a Administração não pode agir quando a lei não autorize expressamente, pelo que nada pode exigir ou vedar aos particulares que não esteja previamente imposto nela.**

Assim, além da referida exigência ser ilegal, caso a Administração suspeite da veracidade das informações trazidas pelo atestado de capacidade técnica apresentado, deve valer-se da possibilidade de realização de diligência, prevista no §3º do art. 43 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

> **Art. 43. *Omissis.***
>
> **§3° É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.**

Neste sentido, vejamos a lição do mestre Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª ed., Dialética, São Paulo, 2010, p. 599:

> **Suponha-se que o particular apresentou um certo atestado para comprovar o preenchimento de experiência anterior. Há dúvidas, no entanto, sobre a compatibilidade da contratação referida no atestado e o objeto licitado. Será obrigatório que a Comissão convoque o interessado a esclarecer a natureza de sua experiência anterior. Para tanto, será muita mais relevante a exibição de documentação do que as meras palavras do licitante. Logo, será facultado ao interessado apresentar a documentação atinente à contratação de que resultou o atestado.**

Desta feita, temos que a exigência de atestado de capacidade técnica acompanhado de recibos de remessa e balancetes mensais é exorbitante e deverá ser suprimida do edital *sub examine*, o que desde já se requer.

7.0. DOS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA

Outro equívoco diz respeito a exigência de que tais atestados só serão aceitos se contemplarem, no mínimo,

12 (doze) meses de prestação de serviços, o que não se pode admitir, uma vez que frustra o caráter competitivo de certame, em total desrespeito às normas vigentes e às orientações dos órgãos de controle externo, mormente o Tribunal de Contas da União e o próprio Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Tais exigências vão de encontro aos preceitos legais básicos estabelecidos no Estatuto Licitatório (Lei Federal nº 8.666/93), mormente no que diz respeito ao inciso I, do § 1º do seu artigo 3º c/c o inciso II e os §§ 3º e 5º do seu artigo 30, senão vejamos:

> **Art. 3º. 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.**
>
> **§1º <u>É vedado aos agentes públicos</u>:**
>
> **I – <u>admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato</u>;**
>
> .....

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhados.

§ 3º <u>Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior</u>.

§ 5º<u>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</u>.(Grifo nosso)

Trata-se de mais um vício de competência vinculada, haja vista o fato de que o legislador infraconstitucional proíbe qualquer tipo de limitação neste sentido, sendo admitida a sua comprovação através de atestados de serviços similares, *ex vi* do disposto no § 3°, do art. 30, devidamente transcrito acima.

Isto porque é por meio desse documento que o licitante busca comprovar experiência anterior na execução de atividades similares ao do objeto do certame e demonstrar que possui condições técnicas necessárias e suficientes para cumprir o contrato.

Para o Tribunal de Contas da União, através da obra **Licitações e Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU**, 4ª edição, Brasília, 2010, p. 408:

> **Atestados de capacidade técnica não podem ser exigidos com limitações de:**
>
> **•tempo – exigência de prazo de validade. Por exemplo, datado dos últimos trezentos e sessenta dias;**
>
> **• <u>época – exigência de que o objeto tenha sido executado em determinado período</u>;**
>
> **• locais específicos – exigência de que o objeto tenha sido executado em determinado local.**(Grifamos)

Veja que o ato de convocação analisado aceita apenas os atestados de serviços executados por um período mínimo de 12 (doze) meses, desrespeitando os preceitos legais básicos inseridos na Lei de Licitações e as orientações dos Tribunais Pátrios.

Tal exigência restringe o caráter competitivo do certame e deve ser excluída do edital, uma vez que não permite que empresas que executaram tais serviços em períodos inferiores a 12 (doze) meses participem da licitação, o que não se pode admitir.

8.0. DA FIXAÇÃO DE MULTA COM PERCENTUAL EXORBITANTE

Outro vício que macula o procedimento licitatório diz respeito à fixação de multa administrativa de 15% (quinze por cento) sobre o valor da contratação, conforme se vê do disposto no item 15.2.3 do edital:

15.2 – As multas deverão observar os seguintes limites máximos:

15.2.3 – 15% (quinze por cento) sobre o valor global do contrato, em caso de rescisão do contrato motivada pela licitante vencedora.

Tal percentual é totalmente descabido e pode gerar enriquecimento ilícito por parte desta Administração Pública, haja vista o vultoso valor da multa a ser aplicada nos casos de inexecução contratual. Além disso, a aplicação de penalidades moratórias e compensatórias de grande monta, como é o caso, podem gerar certa insegurança e risco financeiro incalculável para a futura contratada em relação à execução dos serviços.

É certo que sob a alegação da supremacia do interesse público sobre o particular, a Administração Pública se recorre deste princípio para estipular multas e penalidades exorbitantes, mas não como forma de priorizar o interesse público, mas sim como forma de reprimir condutas lesivas à Administração e desestimular a inexecução contratual, além da compensação por perdas e danos diretos. Exatamente por tal motivo é que as multas não devem ser aplicadas de modo aleatório e desproporcional.

É cediço que a Administração Pública se beneficia das cláusulas exorbitantes em nome da concretização do interesse público consubstanciado na ideal prestação dos serviços por ela contratados. Porém, mesmo que o administrador esteja em condição de superioridade frente ao particular, o interesse econômico-financeiro deste na formalização do contrato, qual seja, a obtenção da justa remuneração (lucro), não pode ser afetada.

O estatuto licitatório, em seu art. 58, incisos III e IV, possibilita a ampla fiscalização dos contratos administrativos e dá a opção de aplicar sanções sempre que detectar inexecuções por parte do Contratado. Contudo, quando se trata de multas pecuniárias, não há previsão de índices específicos e limitação das penalidades, o que enseja a imposição unilateral de tais cláusulas contratuais pela Administração Pública, muitas vezes em dissonância com os direitos patrimoniais do particular na celebração da avença.

O objetivo legal para cláusula de penalidade moratória é apenas penalizar o contratado ou contratante pelo período de mora (de atraso), sendo que os padrões usuais aplicáveis aos contratos de prestação de serviços exigem multas sobre o valor mensal da parcela do serviço em atraso ou inadimplida, a ser apurada por hora ou fração, na proporção de 0,1% (baixa criticidade); 0,2% (média criticidade); ou 0,3% (alta criticidade), sendo em todos os casos, este tipo de penalidade limitado ao percentual de 2% (dois por cento) até 10% (dez por cento) sobre o valor mensal da parcela do serviço em atraso, o que for aplicável e devido na época do inadimplemento.

A limitação do percentual da penalidade moratória é respaldada na legislação do Código de Defesa do Consumidor, o qual permite a aplicação de 2% (dois por cento), buscando tornar justa e adequada a aplicação de penalidade contratual. A limitação de 10% (dez por cento) encontra fundamento na Lei de Usura, prevista no Decreto nº 22.626/33, art. 9º, que dispõe sobre a não validade da cláusula penal superior à importância de 10 % (dez por cento) da dívida (entenda-se também por obrigação contratual).

Além dos diplomas legais citados acima, acrescenta-se as disposições contidas no Código Civil, que por força do art. 54 da Lei de Licitações se aplicam

subsidiariamente aos contratos administrativos. Dentre elas, destaca-se o art. 413, cuja redação é clara no sentido de permitir a redução da penalidade caso seja excessiva ou a obrigação principal tiver sido cumprida em parte.

É neste sentido que as penalidades devem ser aplicadas em conformidade com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, inerentes à Administração Pública, buscando seu único fim, qual seja, ressarcir o atraso causado, conforme a própria nomenclatura dada à penalidade moratória, que decorre de mora - atraso, completamente diferente dos casos de infração contratual que acarretem na rescisão por inexecução parcial ou total do Contrato, em que se aplica apenas a hipótese da penalidade penal (compensatória).

Desta feita, fica evidente que a aplicação de cláusulas moratórias e penais excessivas e sem proporcionalidade e adequação ao atraso e/ou evento inadimplido são totalmente inadequadas e ilegais, uma vez que frustram, inclusive, a própria economicidade perquirida em uma contratação e seu procedimento licitatório, devendo por este motivo serem revistas para a viabilização de uma oferta de prestação de serviços (contratação) mais econômica e transparente para a Administração Pública Licitante.

Corroborando com este entendimento vejamos o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça - STJ:

> **CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. MORA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. REDUÇÃO. INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI. APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEGISLAÇÃO CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. Na hermenêutica jurídica, o aplicador do direito deve se ater ao seu aspecto finalístico para saber o**

> **verdadeiro sentido e alcance da norma. 2. Os Atos Administrativos devem atender à sua finalidade, o que importa no dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos da Administração, o que não implica em invasão de sua esfera de competência. 3. O art. 86, da Lei n° 8.666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos. 4. Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações). 5. Princípio da Razoabilidade. 6. Recurso improvido.** (STJ, REsp 330677/RS, Ministro JOSÉ DELGADO, T1 - PRIMEIRA TURMA, Publicado em DJ 04.02.2002).

No que diz respeito ao limite de 10% (dez por cento), vejamos o entendimento do Tribunal de Contas da União através do recentíssimo Acórdão colacionado abaixo:

> **A multa contratual decorrente da inexecução total do objeto está limitada a 10% do valor do contrato (art. 9° do Decreto 22.626/1933, revigorado pelo Decretos s/n° de 29/11/1991)** – (TCU, Acórdão 2274/2020, Plenário).

Vejam que tal Acórdão analisa contratação decorrente da Lei Federal n. 8.666/93, assim como ocorre no presente procedimento licitatório, não havendo que se falar em multa de até 30% (trinta por cento), permitida apenas para as contratações realizadas com fundamento na Nova Lei de Licitações (Lei Federal n. 14.133/21).

Assim, não há que se falar em multa ou penalidade no importe de 15% (quinze por cento) sobre o valor

estimado para a contratação, sob pena de enriquecimento ilícito por parte desta Administração.

9.0. DO PRAZO EXÍGUO PARA EXECUÇÃO DO OBJETO LICITADO

Outro ponto que macula o procedimento licitatório ora analisado diz respeito à exigência de que os softwares licitados estejam em pleno funcionamento no prazo ABSURDO de 30 (trinta) dias, conforme se vê do disposto no item 18 do Termo de Referência:

> **O prazo para implantação do sistema é de 30 (trinta) dias a contar do recebimento da ordem de serviço, considerando o prazo para início da execução do serviço de 05 (cinco) dias após recebimento da ordem de serviço.**

Trata-se de outro vício de natureza vinculada que vai de encontro aos preceitos legais estabelecidos no Estatuto Licitatório (Lei Federal nº 8.666/93), mormente no que diz respeito ao inciso I, do § 1º do seu artigo 3º, senão vejamos:

> **Art. 3º. 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.**
>
> §1º **<u>É vedado aos agentes públicos</u>**:

> **I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato**; (Grifamos)

Veja que o prazo estabelecido para pleno funcionamento dos sistemas é demasiadamente exíguo e também restringe o caráter competitivo do certame, uma vez que somente a empresa que já presta serviços para esta Municipalidade talvez tenha condições de atender a tal exigência.

Neste sentido já se manifestou o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, conforme se vê do julgado colacionado abaixo:

> **De fato, os motivos esposados pelo Denunciante são suficientes para se proceder à imediata suspensão do certame. É que o indigitado edital de pregão presencial exige que a empresa vencedora do certame proceda à entrega dos produtos licitados em até dois dias úteis, contados do recebimento da ordem de compras. Ora, é clarividente que a imposição de prazo tão diminuto para entrega do material inviabiliza a participação de empresas que não estejam próximas das imediações do Município [...].**
> **Ademais, não se mostra razoável que a Administração Municipal, a quem compete o exercício de suas obrigações pautada em mínimo planejamento, submeta empresas com quem contrata a súbitas necessidades, colocando-as em eterno estado de prontidão para atender a demandas em prazo demasiado exíguo. A exigência**

> **retratada no Edital de Pregão Presencial [...], sem a menor dúvida, afronta a competitividade e a razoabilidade, sendo contrária, portanto, aos princípios insculpidos no art. 3º da Lei nº 8.666/93, [...].** (Denúncia nos 862.797 – Relator: Conselheiro Presidente Antônio Carlos Andrada, sessão de julgamento para referendo pela Segunda Câmara em 09/02/2012). **Destacamos.**

10.0. DA PRORROGAÇÃO DO PRAZO

O edital em questão também apresenta erro advindo, provavelmente, do famoso "copia e cola" que, talvez, possa prejudicar o desenvolvimento da licitação ora analisada.

Tal erro consiste na previsão de prorrogação do prazo primitivo em até 60 (sessenta) meses, conforme se vê do disposto no item 11.3 do edital e no item 19.1 da Minuta Contratual, senão vejamos:

> **Edital**
> **11.3 – O contrato terá vigência de 12 (meses), podendo ser prorrogado nos termos do art. 57, II da Lei Federal 8666/93, situação prevista para serviços de natureza continuada.**
>
> **Minuta Contratual**
> **19 – DA VIGÊNCIA E PRORROGAÇÃO DO PRAZO DO CONTRATO**
>
> **19.1 – Este Contrato terá vigência de 12 (doze) meses e poderá ser prorrogado através de Aditivo Contratual, podendo ser prorrogado até perfazer o máximo de 60 (sessenta) meses conforme estabelecido pelo artigo 57, II da Lei 8.666/93.**

Entretanto, o objeto em questão (locação de softwares) só pode ser prorrogado até o limite de 48 (quarenta e oito) meses, conforme permissivo legal estabelecido no inciso IV, do art. 57, da Lei Federal nº 8.666/93, devidamente transcrito abaixo:

> **Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:**
>
> **IV - ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.**

16.0. OUTROS PONTOS OBSCUROS DO EDITAL

Outros pontos obscuros que maculam o instrumento convocatório ora analisado são:

16.1. Divergência sobre o prazo de implantação - item 18 do Termo de Referência (30 dias) e item 16.3 da Minuta Contratual (5 dias);

16.2. Divergência nos sistemas licitados constantes na Proposta de Preços (Anexo IV do edital) e no item 6 do Termo de Referência (Anexo I do edital). Na proposta constam 08 Sistemas e no TR constam 17 sistemas. Logo haverá divergência no valor final estimado/proposta.

17.0. 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. <u>É necessário ponderar os interesses existentes e evitar</u>**

> **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 § 1º, do artigo 3º da Lei Federal nº 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).

18.0. 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 na Lei Federal nº 8.666/93, 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.

19.0. 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, 17 de julho de 2023.

E&L Produções de Software Ltda
CNPJ n.º 39.781.752/0001-72
Fábio Paes Augusto
CPF: 009.973.1060-18
RG: MG-8.237-366
Procurador