



Estado do Rio de Janeiro
Prefeitura Municipal de Carmo

PROCOLO N°: 0600612024

DATA: 18 / 07 / 2024

RESPONSÁVEL: LUCAS

REQUERENTE: EX PRODUÇÕES DE SOFTWARE LTDA

ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO

Email: _____ Tel: _____

PAGO EM: _____ / _____ / _____

VALOR: _____

BANCO: _____

RESPONSÁVEL: _____

DEFERIDO EM: _____ / _____ / _____

INDEFERIDO EM: _____ / _____ / _____

OBSERVAÇÕES: _____

ARQUIVA-SE EM:

_____ / _____ / _____



PRODUÇÕES
DE SOFTWARE

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO OFICIAL DO MUNICÍPIO DE
CARMO - ESTADO DO RIO DE JANEIRO**



Soluções tecnológicas para uma
Gestão Pública mais eficiente

REF: PREGÃO PRESENCIAL N° 030/2024

[39.781.752/0001-72]

E & L PRODUÇÕES DE
SOFTWARE LTDA

Av. Koehler, 238

Centro - CEP 28660-000

[DOMINGOS MARTINS - ES]

E&L PRODUÇÕES DE SOFTWARE LTDA,

pessoa jurídica de direito privado, com sede à Av. Koehler, n° 238, Centro, Domingos Martins - ES, representada neste ato por seu procurador o Sr. Luis Guilherme Lessa Pereira, portador da cédula de identidade sob o n° 11.483.806-3 IFPRJ e CPF sob n° 079.953.057-37, brasileiro, casado, residente e domiciliado a Rua Edgar Cunha Antunes, n°. 94, Bangu, cep: 21815480, Rio de Janeiro/RJ, consoante instrumento de procuração e contrato social anexos (docs. 01/02), vem, respeitosamente, perante essa Augusta Equipe, para apresentar a presente

I M P U G N A Ç ã O

ao Edital do Pregão Presencial em destaque, publicado por esta Administração Pública, cuja finalidade consiste na contratação de serviços de cessão de sistema informatizado de gestão educacional.



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 030/2024, 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 cessão de sistema informatizado de Gestão Educacional, 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 na Lei Federal nº 14.133/2021, restringindo, assim, de forma indevida, o caráter competitivo do certame, conforme veremos adiante.

2.0. REGISTRO DE PREÇOS PARA SERVIÇOS CONTÍNUOS ININTERRUPTOS COM QUANTITATIVOS CERTOS E DETERMINADOS

O que caracteriza o caráter contínuo de um serviço é a sua essencialidade para assegurar a integridade do patrimônio público de forma rotineira e permanente, ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, de modo que a sua interrupção possa comprometer a prestação do serviço público.

A índole contínua do serviço demanda análise casuística, cujos vetores são: (a) se a execução do serviço a ser contratado constitui atividade cuja



interrupção possa comprometer os objetivos institucionais; (b) se a prestação deva ocorrer em período indefinido ou definido e longo, para a satisfação de necessidade pública permanente; e (c) se a atividade é de apoio à realização das atividades essenciais do órgão ou entidade.

De acordo com o disposto no inciso XV, do art. 6º, da Lei Federal nº 14.133/2021:

XV - serviços e fornecimentos contínuos: serviços contratados e compras realizadas pela Administração Pública para a manutenção da atividade administrativa, decorrentes de necessidades permanentes ou prolongadas;

Disto conclui-se que serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores. A título ilustrativo, configuram serviços de natureza contínua: telefonia, vigilância, limpeza e conservação, recepção e manutenção de elevadores e de veículos.

No âmbito da jurisprudência do Tribunal de Contas da União colhe-se que:

[...] as características necessárias para que um serviço seja considerado contínuo são: essencialidade, execução de forma contínua, de longa duração, e possibilidade de que o fracionamento em períodos venha a prejudicar a execução do serviço. (Acórdão nº 766/2010 - Plenário, Rel. Min. José Jorge, Processo nº 006.693/2009-3).

Serviços continuados, segundo a Instrução Normativa SEGES nº 5, de 2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (atual Ministério da Economia), são aqueles que, pela sua essencialidade, visam atender à necessidade pública de forma permanente e contínua, por mais de um exercício financeiro,





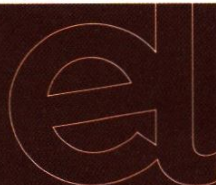
assegurando a integridade do patrimônio público ou o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.

De outro lado, segundo a referida Instrução Normativa, consideram-se serviços não continuados ou contratados por escopo aqueles que impõem ao contratado o dever de realizar a prestação de um serviço específico em um período predeterminado, podendo ser prorrogado, desde que justificadamente, pelo prazo necessário à conclusão do objeto, observadas as hipóteses previstas na Lei Federal nº 14.133/2021. No contrato por escopo o que se tem em vista é a obtenção de seu objeto concluído, operando o prazo como limite de tempo para a entrega da obra, do serviço ou da compra.

Se o serviço não for classificado como de natureza continuada, a duração do termo de contrato (prazo de vigência) deverá observar a regra do art. 105, da Lei Federal nº 14.133/2021, ou seja, estará limitada ao exercício financeiro em que celebrado. O art. 167, II, da Constituição Federal veda a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. O art. 105 da Nova Lei de Licitações e Contratos, em cumprimento ao comando constitucional, dispõe que a duração dos contratos por ela regidos deve ficar adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, os quais são fixados, anualmente, por meio de lei orçamentária (art. 165, §5º, da Constituição Federal). A finalidade da lei orçamentária é estimar a receita e fixar a despesa para o exercício financeiro.

Sendo o serviço classificado como de natureza continuada, repercutirá na duração do termo de contrato, a qual poderá alcançar o limite de 10 (dez) anos conforme previsto no art. 107, da Lei Federal nº 14.133/2021, ou.

2.1. DIPLOMAS QUE ALUDEM À UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS



Consoante dispõe os incisos XLV e XLI, do art. 6º, da Lei Federal nº 14.133/2021, as compras e as contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto nos arts. 82 *usque* 86 da Lei Federal nº 14.133/2021, adotarão a modalidade pregão, conforme regulamento específico.

O diploma citado alude à possibilidade de processamento do sistema de registro de preços por meio da modalidade pregão, nas contratações que visem a prestação de serviços comuns, sem especificá-los. Significa, pois, não haver impedimento à utilização do sistema de registro de preços para a contratação de serviço, de natureza contínua ou não contínua, desde que classificado como comum.

O sistema de registro de preços consiste no conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras. Também a Nova Lei de Licitações não especifica a natureza dos serviços que podem ser licitados para o registro de preços, deduzindo-se que podem ser de natureza contínua ou não.

Em julgado recente, a Corte de Contas Federal expediu a seguinte recomendação à Advocacia-Geral da União acerca da utilização do sistema de registro de preços:

[...] 9.6. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo desta Corte que, em reforço ao constante do item 9.3 do Acórdão 757/2015-Plenário, oriente suas unidades sobre a necessidade de sempre avaliar os seguintes aspectos em processos envolvendo pregões para registro de preços: [...] 9.6.2. a hipótese autorizadora para adoção do sistema de registro de preços, indicando se seria o caso de contratações frequentes e entregas parceladas (e não de contratação e entrega únicas), ou de atendimento a vários órgãos (e não apenas um), ou de impossibilidade de definição prévia do

quantitativo a ser demandado (e não de serviços mensurados com antecedência) - art. 3º do

Soluções tecnológicas para uma Gestão Pública mais eficiente

Decreto 7.892/2013 e Acórdãos 113 e 1.737/2012, ambos do Plenário; (grifei) [...] 9.7. recomendar à Advocacia-Geral da União (AGU) que oriente seus membros quanto à importância de se observarem os aspectos do item 9.6 supra, quando da avaliação de minutas de editais de pregões para registro de preços; (Acórdão nº 2037/2019 - Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, Processo nº 014.760/2018-5). **Grifamos.**

A impossibilidade de definição prévia do quantitativo a ser demandado, citado no julgado, traduz-se na impossibilidade de previsão do número de demandas ao fornecedor registrado durante o prazo de validade da ata de registro de preços e não na indefinição do quantitativo total do objeto. A totalidade do serviço deve ser previamente definida no planejamento da licitação

2.2. SERVIÇOS CONTÍNUOS PRESTADOS DE FORMA ININTERRUPTA

Há serviços contínuos que se caracterizam por: (a) inexistir contratação futura, ou seja, a contratada deverá iniciar a prestação do serviço a partir da celebração do termo de contrato, cuja vigência poderá alcançar 10 (dez) anos; e (b) inexistir contratações ou demandas frequentes ou fornecimentos parcelados de serviços, que dizer, deve haver unidade na execução, caracterizada, ainda, pela **ininterrupção** dos serviços, como, a título ilustrativo: a prestação de serviços de telefonia, limpeza e conservação, vigilância e de apoio administrativo.

Portanto, há serviços contínuos cuja contratação efetiva-se de forma imediata (a partir da celebração do termo de contrato), com quantitativos certos e determinados (apurados na fase de planejamento da licitação, com base em exercícios anteriores), não havendo parcelamento das entregas (há unidade na execução), frequentemente demandados (rotina na prestação) e necessários **ininterruptamente**, assim como



é o caso da utilização de sistemas informatizados, caracterizadas por essas que não se coadunam com a utilização do sistema de registro de preços que, como já mencionado neste texto, foi criado para atender a diversas necessidades da administração no intuito de simplificar os procedimentos para a aquisição de serviços frequentes e diminuir o tempo necessário para a efetivação dessas aquisições.

Veja-se o seguinte precedente do Tribunal de Contas da União, autorizador da adoção do sistema de registro de preços na contratação de serviço contínuo:

Voto do Ministro Relator

[...] Após exame detalhado da questão, com as devidas vênias do Parquet e da secretária em exercício da Serur, alinho-me ao exame empreendido pela auditora da unidade técnica, pelos motivos que passo a expor.

Preliminarmente, registro que é pacífico no âmbito desta Corte e do Judiciário que o sistema de registro de preços, antes restrito a compras, pode ser utilizado na contratação de prestação de serviços, notadamente em face das modificações normativas introduzidas pela Lei nº 10.520/2002. Um dos impedimentos apontados pelas instâncias precedentes para utilização do SRP para contratação de serviços contínuos é a possibilidade de mensuração, no caso concreto, dos quantitativos a serem contratados. Isso resultaria em não enquadramento da situação de fato à condição estabelecida no inciso IV do decreto normatizador do sistema. Para melhor compreensão do assunto, transcrevo o artigo 2º do Decreto 3.931/2001, que regula o SRP na esfera federal:

Art. 2º Será adotado, preferencialmente, o SRP nas seguintes hipóteses: I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes; II - quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas



atribuições; III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; e IV - quando pela natureza do objeto não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração. Uma das hipóteses delimitadas no citado dispositivo aduz que o SRP deve ser preferencialmente adotado nos casos em que o montante a ser contratado não puder ser definido antecipadamente. É fato que os serviços de natureza continuada devem ser objeto de programação tal que permita a definição prévia dos quantitativos a serem contratados e, portanto, em regra não se enquadram na exigência disposta no inciso IV transcrito acima. Entretanto, não vejo óbices para que eventuais contratações atendam a um dos demais incisos do referido dispositivo, pois a subsunção da situação de fato a apenas uma dessas condições pode tornar regular a utilização do sistema de registro de preços. A proibição apenas em razão de não haver incerteza nos quantitativos a serem contratados resultaria em interpretação tal que condicionaria a adoção do registro de preços aos casos de preenchimento cumulativo de todas as hipóteses elencadas no artigo 2º do Decreto, o que considero limitar o SRP excessivamente e extrapolar os limites legalmente estabelecidos. Vislumbro a importância da utilização do SRP nos casos enquadrados no inciso III, por exemplo, onde, a partir de uma cooperação mútua entre órgãos/entidades diferentes, incluindo aí um planejamento consistente de suas necessidades, a formação de uma ata de registro de preços poderia resultar em benefícios importantes. Também nos casos de contratação de serviços frequentemente demandados, mas que não sejam necessários ininterruptamente, a ata poderia ser uma solução eficaz e que se coaduna com a eficiência e a economicidade almejadas na aplicação de recursos públicos (Acórdão nº

1.737/2012

Plenário,

Processo nº

Segundo o TCU, serviços frequentemente demandados, ou seja, de natureza contínua, e **necessários ininterruptamente, assim como é o caso da contratação sub examine**, não se coadunam com a utilização do sistema de registro de preços.

Há órgãos e entidades da administração pública que justificam a utilização do sistema de registro de preços que vise a contratação de serviço contínuo em razão da *"impossibilidade de estabelecer-se uma previsão de quantitativos a serem contratados"*. Ocorre que deve haver estimativa prévia e **precisa** da demanda por serviços contínuos, cujo levantamento tomará por base as contratações realizadas em exercícios anteriores.

Dispõe o inciso XLV, do art. 6º, da NLL que o sistema de registro de preços é o conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras.

O disposto suso mencionado traduz a impossibilidade de previsão do número de demandas ao fornecedor registrado durante o prazo de validade da ata de registro de preços, e não na indefinição da quantidade total do objeto. A totalidade deve estar devidamente demonstrada no processo licitatório, ou seja, deve ser previamente definida no planejamento da licitação. As demandas, quando efetuadas no prazo de validade da ata, estarão limitadas a essa totalidade, previamente fixada no edital da licitação.

O Tribunal de Contas da União assentou, ainda, o entendimento de que o SRP não se aplica a serviços contínuos, porque, nesses objetos, os quantitativos dos serviços devem ser mensurados com antecedência. Assim:

25. Nos termos do art. 2º, inciso I, do Decreto 7.892/2013, o sistema de registro de preços e "conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras". A utilização da ata tem por objetivo permitir sucessivas contratações independentes, a serem formalizadas ao longo do ano com base em quantitativos definidos de acordo com a necessidade da administração. 26. Para utilização do sistema de registro de preços no caso de serviços contínuos, os quantitativos dos serviços devem ser mensurados com antecedência. Isso impede o enquadramento de casos dessa natureza à hipótese prevista no inciso IV do art. 3º do Decreto 7.892/2013 (Acórdão 1.737/2012 - Plenário). (Acórdão nº 1.391/2014 - Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, Processo nº 002.627/2014-0).

Desta feita, diante do exposto acima, concluímos que é inegável as vantagens produzidas pelo sistema de registro de preços, tais como: (a) redução da quantidade de licitações, em virtude da desnecessidade de realizar certames seguidos com objetos semelhantes; (b) eliminação do fracionamento de despesa, visto que o registro de preços deve ser precedido de procedimento licitatório; (c) não há obrigação de a administração adquirir o quantitativo registrado; e (d) possibilidade de maior economia de escala, uma vez que diversos órgãos e entidades podem participar da mesma ata de registro de preços, adquirindo em conjunto produtos ou serviços para o prazo de até um ano.

O sistema de registro de preços foi criado para atender a diversas necessidades da administração no intuito de simplificar os procedimentos para a aquisição de serviços frequentes e diminuir o tempo necessário para a efetivação dessas aquisições, **por isso que sua utilização não se harmoniza com as contratações de serviços contínuos cuja necessidade é imediata, os quantitativos são certos e determinados e a prestação não pode ser interrompida, assim como é o caso da contratação de sistema informatizado de gestão**

3.0. DOS ATESTADOS

Como é sabido, ao realizar procedimentos Licitatórios é dever da Administração Pública exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo dos objetos licitados, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica dos interessados em participar da disputa, mediante a apresentação daqueles enumerados no inciso II e no § 1º, do artigo 67, da Lei Federal nº 14.133/2021, senão vejamos:

LEI FEDERAL Nº 14.133/2021

Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:

II - certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88 desta Lei;

§ 1º A exigência de atestados será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação.

A qualificação técnica tem por escopo aferir se os licitantes reúnem as condições técnicas necessárias para a execução satisfatória do objeto. Assim, temos que a comprovação de *"aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação"*, se faz por meio de atestado que demonstre já ter o proponente executado objeto similar ao licitado.



Soluções tecnológicas para uma
Gestão Pública mais eficiente

O que se avalia, então, é a experiência do licitante no passado. Para tanto, busca-se saber se a empresa já executou objeto com características, quantidades e prazos similares ao objeto da licitação, mediante a apresentação de atestado(s) fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, registrado(s) na entidade profissional competente, quando for o caso.

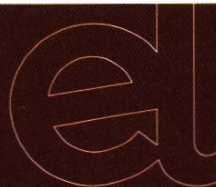
A dificuldade reside, justamente, em identificar as parcelas de maior relevância que devem estar contempladas no atestado, com o escopo de comprovar que o objeto descrito no atestado é similar ao da licitação.

E isso não foi feito por esta Administração, conforme se vê do disposto no item 12.4.1 do edital:

12.4.- QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

12.4.1 - Atestado de Capacidade Técnica, em nome do licitante, expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove ter o licitante atestando que forneceu produtos/serviços semelhantes aos do objeto desta licitação, compatíveis e pertinentes com o objeto desta licitação, contendo ainda, as seguintes especificações: nome da pessoa jurídica de direito pública ou privada para a qual forneceu os produtos/serviços, período de realização, localidade com a assinatura, que comprove ter a licitante cumprido de forma satisfatória a execução de objeto compatível ou com complexidade igual ou superior ao especificado no TERMO DE REFERÊNCIA deste edital, com clara menção do produto e execução bem sucedida, quanto ao cumprimento de prazos, especificações e qualidade dos mesmos.

Tal omissão faz com que as empresas interessadas em participar do certame tenham que apresentar atestado contemplando a execução de 100% (cem por cento) dos sistemas almejadas, contrariando o disposto no §2º do



§ 2º Observado o disposto no caput e no § 1º deste artigo, será admitida a exigência de atestados com quantidades mínimas de até 50% (cinquenta por cento) das parcelas de que trata o referido parágrafo, vedadas limitações de tempo e de locais específicos relativas aos atestados.

O Tribunal de Contas da União - TCU já vinha recomendando que os quantitativos máximos exigidos no edital não ultrapassassem a 50% (cinquenta por cento) do objeto, conforme se infere dos seguintes julgados:

9.4.4 - exigência excessiva de apresentação de atestados, por parte das licitantes, comprovando a execução de, no mínimo, 437,63 TR num único contrato, tendo em vista que, no Senac Tiradentes, unidade que exige maior qualificação técnica, são necessários apenas 213,8 TR, sendo suficiente que, em consonância com o entendimento deste Tribunal, a participante do certame demonstre ter capacidade para executar 50% dos serviços exigidos na unidade de Tiradentes, ou seja, 106 TR, vez que a exigência de comprovação da qualificação técnica deve ser pertinente e compatível com o objeto da licitação ou da contratação direta e indispensável ao cumprimento do objeto. (TCU. Acórdão nº 1.695/2011 - Plenário). (Grifos nossos).

Por ocasião da avaliação da qualificação técnico-operacional das empresas licitantes, em licitações envolvendo recursos federais: - não estabeleça, em relação a fixação dos quantitativos mínimos já executados, percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço, salvo em casos excepcionais, cujas justificativas para tal extrapolação deverão estar tecnicamente explicitadas, ou no

processo licitatório, previamente ao lançamento do respectivo edital, ou no próprio edital e seus anexos, em observância ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal; inciso I do § 1º do art. 3º e inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993; - não inclua item sem relevância ou sem valor significativo entre aqueles que serão utilizados para a comprovação de execução anterior de quantitativos mínimos, em obediência ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e inciso I do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/1993; bem assim, por analogia, ao § 1º, inciso I, do art. 30 da referida lei, que limita a comprovação da qualificação técnico-profissional as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, conforme decidido na Decisão 574/2002 Plenário. (TCU. Acórdão nº 1284/2003 Plenário). (Destacamos).

Assim, não há que se falar no prosseguimento do certame sem a correção deste equívoco.

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. 5º, da Lei Federal nº 14.133/2021, devidamente transcrito abaixo:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da



PRODUTOS
DE SOFTWARE

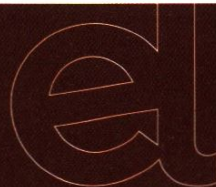


competitividade, da proporcionalidade, da
celeridade, da economicidade e do
desenvolvimento nacional sustentável, assim
como as disposições do Decreto-Lei n° 4.657, de
4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às
Normas do Direito Brasileiro). (Grifamos).

Isto porque o edital ora analisado prevê a execução de serviços de locação de software de gestão educacional, sem fornecer aos interessados em participar da competição as suas funcionalidades obrigatórias e desejáveis, 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 omissivo 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 omissivo quanto aos critérios de julgamento e análise do sistema almejado, uma vez que não traz as funcionalidades do mesmo, não há que se falar em prosseguimento do certame.

5.0. DA EXIGÊNCIA DA PROVA DE REGULARIDADE FISCAL COMO PRESSUPOSTO DO PAGAMENTO DA DESPESA PÚBLICA

Trata-se da legalidade da obrigatoriedade ou não da comprovação da regularidade fiscal da empresa contratada como condição para o pagamento da despesa por parte do órgão público contratante, conforme se vê da previsão disposta no parágrafo nono da Cláusula Terceira da Minuta Contratual, senão vejamos:

PARÁGRAFO NONO - Por ocasião do pagamento a licitante vencedora deverá apresentar juntamente com a NOTA FISCAL os seguintes documentos: CND - INSS, CND - FGTS, CND - CNDT e CND - Tributos Municipais, conforme prevê o artigo 195 § 3 ° da Constituição Federal.

Inicialmente, vejamos uma importante deliberação contida no Acórdão nº 1.299/2006 do Tribunal de Contas da União - TCU, que negou provimento ao Recurso de Reconsideração interposto pelo TRT/RJ contra o Acórdão nº 740/2004, mantida, pois, a determinação a este Tribunal do Trabalho de "efetuar pagamentos decorrentes de obrigações assumidas mediante a verificação da situação de regularidade fiscal do credor, em obediência à Decisão nº 705/94 - Plenário (Ata nº 54/94)", que assim determina:

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

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

Acórdão 740/2004 - ... 9.3.15. Incluir nos contratos celebrados com terceiros cláusula facultando à Administração a possibilidade de



PRODUTOS
DE SOFTWARE



retenção de pagamentos devidos, caso as
conferências não estejam regulares com a
seguridade social, em observância ao § 3º do
art. 195 da Constituição Federal.

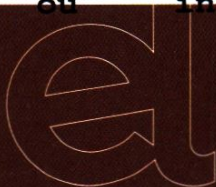
Soluções tecnológicas para uma
gestão pública mais eficiente

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

Neste sentido, podemos citar os seguintes julgados: Acórdãos 593/2005 (Primeira Câmara), 251/2005 (Plenário), 984/2004 (Plenário), 295/2004 (Segunda Câmara), 1.708/2003 (Plenário), 208/2000 (Plenário) e Decisões 407/2002 (Segunda Câmara), 559/2001 (Plenário), 386/2001 (Plenário), 182/1999 (Primeira Câmara), 472/1999 (Plenário), 377/1977 (Plenário).

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

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no §3º do art. 195 que "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou



creditícios", e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei nº 8.666/93. 2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina. 3. Deveras, não constando o rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93 a retenção de pagamento pelos serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços. 4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional "não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob a alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A Administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança" (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549). 5. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - Resp nº 633.432 - MG - 2004/0030029-4).

Processo Civil. Antecipação de tutela. Suspensão de comprovação de regularidade perante o Sicaf e/ou apresentação de certidões negativas e balanço atualizado como condição para o pagamento dos serviços prestados. Precedentes da Corte. 1. É incabível condicionar o pagamento



PRODUTOS
DE SOFTWARE



Soluções tecnológicas para uma
Gestão Pública mais eficiente

por um serviço já prestado à comprovação da
regularidade fiscal da agravada, sob pena de
enriquecimento ilícito. Agravo de Instrumento.
Improvido (TRF 1ª Região - AI nº
2004.01.00.0289960/DF).

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

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



estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação", além das sanções resultantes de seu descumprimento. Acrescentou que a falta de comprovação da regularidade fiscal e o descumprimento de cláusulas contratuais "podem motivar a rescisão contratual, a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração e a aplicação das penalidades previstas no art. 87 da Lei n° 8.666/93, mas não a retenção do pagamento". Caso contrário estaria a Administração incorrendo em enriquecimento sem causa. Observou, também, que a retenção de pagamento ofende o princípio da legalidade por não constar do rol do art. 87 da Lei n° 8.666/93. O Tribunal, então, decidiu responder à consulente que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal devem: a) "... exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3° do art. 195 da Constituição Federal"; b) "... incluir, nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a integral execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento a essa cláusula, a rescisão do contrato e a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além das penalidades já previstas em lei (arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, da Lei n° 8.666/93)". (Acórdão n.° 964/2012-Plenário, TC 017.371/2011-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.4.2012).

Desta feita, diante de todo exposto, temos que esta Administração Pública deverá estabelecer em seus



editais e contratos cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento a essa cláusula contratual, a rescisão do contrato e a execução da garantia, quando houver, para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além da possível aplicação das penalidades previstas na Lei Federal nº 14.133/2021.

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

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

7.0. DA SISTEMÁTICA DO PREGÃO NA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021

Segundo o disposto no item 11.9 do edital *sub examine* serão qualificados pelo pregoeiro para ingresso na fase de lances o autor da proposta de menor preço e todos os demais licitantes que tenham apresentado propostas em valores sucessivos e superiores em até 10% (dez por cento) à de menor preço. Não havendo pelo menos 03 (três) ofertas nestas condições, poderão os autores dos melhores lances, na ordem de classificação, até o máximo de 03 (três), oferecer um lance final em até 02 (dois) minutos, o qual será até o encerramento deste prazo.



Lei Federal nº 14.133/2021 não replicou a sistemática adotada anteriormente pelos incisos VIII e IX, da Lei Federal nº 10.520/2002, razão pela qual todos os licitantes deverão participar da fase de lances, a não ser que esta Municipalidade tenha regulamentado tal procedimento na aplicação da Nova Lei de Licitações.

8.0. OUTROS PONTOS OBSCUROS DO EDITAL

8.1. Realização de pregão para Registro de Preços sem a disponibilização da minuta da Ata de Registro de Preços nos anexos do edital.

8.2. Menção das sanções estabelecidas na Lei Federal nº 8.666/93 pelo item 12.2.12 do edital. Entretanto a presente licitação é regida pela Lei Federal nº 14.133/2021.

9.0. DOS PRINCÍPIOS BÁSICOS QUE REGEM A MATÉRIA

Mantendo os equívocos apontados acima, esta inclita 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**, 8^a ed., Dialética, São Paulo, p. 469:

...é imperioso avaliar a relevância do conteúdo da exigência. Não é incomum constar do edital que o descumprimento a qualquer exigência formal acarretará a nulidade da proposta. A aplicação dessa regra tem de ser temperada pelo princípio da razoabilidade. É necessário ponderar os interesses existentes e evitar resultados que, a pretexto de tutelar o interesse público de cumprir o edital, produza-se a eliminação de propostas vantajosas para os cofres públicos. (Grifo nosso).

Outro princípio que deve ser levado em consideração é o da competitividade, esculpido no inciso I, do § 1º, do artigo 5º da Lei Federal nº 14.133/2021, senão vejamos:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da



PRODUÇÕES
DE SOFTWARE



celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

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).

10.0. 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 14.133/2021, 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.

11.0. DO PEDIDO

ANTE O EXPOSTO, respeitosamente requer a esse Nobre Pregoeiro 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 lúdima JUSTIÇA!



Termos em UGÉS
DE SOFTWARE
Pede deferimento.



Soluções tecnológicas para uma
Gestão Pública mais eficiente

Domingos Martins-ES, 17 de julho de 2024.

E&L Produções de Software Ltda
CNPJ n.º 39.781.752/0001-72
Luis Guilherme Lessa Pereira
Gerente Comercial
RG n.º. 11.483.806-3 IFPRJ
CPF n.º. 079.953.057-37
Procurador

39.781.752/0001-72
E & L PRODUÇÕES DE
SOFTWARE LTDA
Av. Koehler, 238
Centro - CEP 28660-000
DOMINGOS MARTINS - ES

