

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO OFICIAL DO MUNICÍPIO DE  
FRANCISCO SÁ - ESTADO DE MINAS GERAIS**

**REF: PREGÃO PRESENCIAL PARA SRP N° 052/2022**

**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, a Sra.  
Sâmella Rangel Oliosio, brasileira, solteira,  
Coordenadora da Divisão de Licitações, residente e  
domiciliado à Rua Sagrada Família, n° 229, Vila da Paz,  
Domingos Martins-ES, CEP: 29.260-000, 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 e de consultoria  
contábil.

## 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 052/2022, 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 e de consultoria contábil, 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. 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.

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 n° 766/2010 -**

Plenário, Rel. Min. José Jorge, Processo n° 006.693/2009-3).

Serviços continuados, segundo a Instrução Normativa SEGES n° 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 no § 1° do art. 57 da Lei Federal n° 8.666/1993. 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. 57, *caput*, da Lei Federal n° 8.666/1993, 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. 57, *caput*, da Lei Federal n° 8.666/1993, 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 60 (sessenta) meses conforme previsto no art. 57, II, da Lei Federal nº 8.666/1993, ou de 48 (quarenta e oito) meses nos casos de utilização de sistemas informatizados, de acordo com o disposto no inciso IV do mesmo dispositivo legal.

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

Consoante dispõe o art. 11 da Lei Federal nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), 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 no art. 15 da Lei Federal nº 8.666/1993, poderão adotar 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 art. 2º do Decreto Federal nº 7.892/2013 define o sistema de registro de preços como o conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos

à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras. Também o decreto 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 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, em cumprimento ao disposto no art. 8º da Lei Federal nº 8.666/1993, *verbis*: "A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução."

## 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 60 (sessenta) ou 48 (quarenta e oito) meses; 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, características 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 n° 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 2° do Decreto 3.931/2001, que regula o SRP na esfera federal:

Art. 2° 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 016.762/2009-6, Rel. Min. Ana Arraes).  
**Destacamos.**

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 e o disposto no art. 8º da Lei Federal nº 8.666/1993.

Dispõe o Decreto nº 7.892/2013 que:

**Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:**

[...]

**IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.**

O disposto no art. 3º, inciso IV, do Decreto 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 esse dispositivo do Decreto Federal 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 é "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.

Consoante estabelece o art. 2º do Decreto Federal nº 7.892/2013, o sistema de registro de preços constitui-se no conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras. Já o art. 11 da Lei Federal nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), estabelece que 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 no art. 15 da Lei Federal nº 8.666/1993, poderão adotar a modalidade pregão, conforme regulamento específico. Ambos os diplomas aludem à possibilidade de utilização do sistema de registro de preços para a contratação de serviços, sem especificar sua natureza (contínua ou não contínua).

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 sistemas informatizados de gestão pública,** sob pena de resultarem comprometidos os objetivos institucionais do órgão ou entidade.

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

**Decreto Federal nº 3.555/2000**

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

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

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

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

Nessa avaliação testes e/ou verificações são aplicadas sobre a amostra/demonstração dos produtos ofertados. Dessa forma, a aceitação da amostra constitui condição para adjudicação do objeto do certame, de maneira que, caso a unidade amostrada não seja aprovada mediante as

condições pré-estabelecidas no instrumento convocatório, o licitante é desclassificado, e o próximo é convocado, na ordem de classificação, ex vi do disposto no art. 4º, inciso XVI, da 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:**

**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.

### **3.1. DA UTILIDADE DAS AMOSTRAS (DEMONSTRAÇÃO DOS SISTEMAS)**

De acordo com o previsto no art. 3º, *caput*, da Lei Federal nº 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 conseqüente 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, conseqüência 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.

### **3.2. DA RAZOABILIDADE E DA COMPETITIVIDADE**

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

No caso presente, veremos que a exigência do atendimento de 95% (noventa e cinco por cento) das funcionalidades específicas descritas no Termo de Referência, ultrapassa os limites da razoabilidade, uma vez que não são utilizados em licitações como esta por limitar a competição, conforme se vê do disposto no item 13.1.4 do edital:

**13.1.4 A demonstração do sistema deverá ser feita nas dependências da Prefeitura e na data estabelecida pela Pregoeira, a Prefeitura disponibilizará de computador com acesso a Internet para as demonstrações. Na demonstração, a Empresa deverá atender a 95% dos itens exigidos no Termo de Referência, esta demonstração será realizada nas dependências da Prefeitura Municipal de Francisco Sá/MG, em data e horário definidos pela Pregoeira, e não ultrapassando o prazo de 05 dias após o encerramento do certame.**

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. 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 95% (noventa e cinco por cento) de uma quantidade excessiva de requisitos técnicos e conseqüentemente 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 É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, 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*. 4<sup>a</sup> 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*. 1<sup>a</sup> 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.

#### **4.0. 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 30, da Lei Federal nº 8.666/93, senão vejamos:

**LEI FEDERAL Nº 8.666/93**

**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 trabalhos.**

**§ 1º 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...**

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.



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 10.4 do edital:

#### **10.4. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA:**

**10.4.1. Apresentação de atestado (s) de capacidade técnica expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado atestando que a Licitante já prestou o serviço, objeto da mesma natureza do presente instrumento convocatório/edital e os mesmos foram prestados de maneira satisfatória à qualidade e quantidade.**

**a) Em relação ao lote nº 1: O(s) atestado e/ou certidões(ões) apresentado(s) deverá(ão) atestar os serviços de disponibilização de software integrado para gestão pública.**

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, o que também não podemos admitir.

Isso porque, o Tribunal de Contas da União - TCU tem recomendado que os quantitativos máximos exigidos no edital não ultrapassem 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.

#### **5.0. DA RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Importante observar, também, que esta Equipe de Pregão, amparada pelo disposto no art. 31, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93, exigiu, por meio da alínea do item 10.3.1 do edital, que os futuros concorrentes comprovem sua qualificação econômico-financeira através da apresentação de Certidão Negativa de Falência ou Concordata, senão vejamos:

##### **LEI 8.666/93**

**Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:**

**II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;**

##### **EDITAL**

**10.3. Qualificação Econômico-Financeira:**

**10.3.1. Certidão Negativa de Falência, expedida pelo cartório distribuidor da sede da pessoa jurídica, emitida, no máximo, 90 (noventa) dias antes da data fixada para entrega das propostas.**

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

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

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

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

**Determinações/Recomendações: 1.5.1. Dar ciência à Superintendência Regional do DNIT no Estado do Espírito Santo que, em suas licitações, é possível a participação de empresa em recuperação judicial, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/93. (TCU. 2ª Câmara. Processo nº 020.996/2011-0, relator Ministro Aroldo Cedraz de Oliveira).**

Recentemente o TCU voltou a se manifestar sobre essa questão, senão vejamos:

**A certidão negativa de recuperação judicial é exigível por força do art. 31, inciso II, da Lei 8.666/1993 porém a apresentação de certidão positiva não implica a imediata inabilitação da licitante, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação diligenciar no sentido de aferir se a empresa já teve seu plano de recuperação concedido ou homologado judicialmente - Lei 11.101/2005 (Acórdão 2265/2020-Plenário). Destacamos**

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

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

Como sugestão para correção do equívoco apontado acima sugerimos adotar a redação transcrita abaixo:

### **10.3. Qualificação Econômico - Financeira:**

**10.3.1. Certidão Negativa de Falência,  
Concordata, Recuperação Judicial ou**

Extrajudicial expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica e, quando se tratar de Sociedade Simples, apresentar Certidão Negativa dos Distribuidores Cíveis, com data não superior a 60 (sessenta) dias de sua emissão, quando não for expresse sua validade.

a) Caso a licitante se encontre em processo de recuperação judicial ou extrajudicial, deverão ser cumpridos, por meio da documentação apropriada constante no envelope de habilitação, os seguintes requisitos, cumulativamente:

a.1) Cumprimento dos demais requisitos de habilitação constantes neste edital;

a.1) Sentença homologatória do plano de recuperação judicial ou certidão judicial informando que a empresa encontra-se apta para participar de licitação.

## 6.0. DA EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO

Como é sabido, a Administração Pública tem seus atos e atividades vinculadas ao princípio da legalidade. Desta forma, somente aquilo que a lei permite ou determina expressamente pode ser utilizado pelo gestor público, em todos os aspectos da administração da coisa pública, inclusive no que tange às Licitações.

No entanto, entre outras ilegalidades e irregularidades com que temos nos deparado nos inúmeros processos de licitação que acompanhamos, uma recorrente é a exigência de Alvará de Licença e Funcionamento como sendo um dos elementos que comprovariam a regularidade fiscal da empresa licitante, assim como tenta fazer

valer esta Equipe através do disposto no item 10.2.6 do edital:

## **10.2. Regularidade Fiscal:**

### **10.2.6. Alvará de Localização e Funcionamento válido, ou documento equivalente, fornecido pelo Município da sede do licitante.**

Dentro de uma interpretação teleológica (método de interpretação legal que tem por critério a finalidade da norma), podemos constatar que os Alvarás de Localização/Licença e Funcionamento não possuem como finalidade comprovar a regularidade fiscal ou técnica das empresas.

Podemos qualificar o alvará de Licença e Funcionamento como sendo um instrumento de controle de uso e da ocupação do solo urbano, do comércio, da indústria, da prestação de serviços, da higiene, da saúde, da segurança, da ordem e da tranquilidade públicas e não de controle de cadastro fazendário.

A Lei Federal nº 8.666/93 apresenta no seu artigo 29 o rol taxativo da documentação que comprova a regularidade fiscal dos interessados em participar das licitações públicas:

**Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:**

**II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;**



**III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;**

A Lei Federal nº 10.520/2002, que regulamenta a modalidade denominada pregão também limita os documentos de habilitação, conforme se vê do disposto no inciso XIII do seu art. 4º:

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

**XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;**

A doutrina, aqui representada por Marçal Justen Filho, através da obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos - 14ª Ed., Editora Dialética, 1010, pág. 401, é unânime em afirmar que o rol das exigências dos artigos 28 a 31 explicitam todos os itens que podem ser exigidos como forma de regulamentar a habilitação das empresas, não comportando ampliação do rol:

**O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá**

**exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos.**

E continua na pág. 423:

**Não se admite a ampliação das exigências contidas no artigo 29 da Lei Federal 8.666/1993 especialmente para o fim de exigir a comprovação de débitos de outra ordem, que não os previstos no referido dispositivo legal.**

Assim, o alvará de funcionamento/localização não pode ser exigido como forma de comprovação da regularidade fiscal, da mesma forma quanto à habilitação jurídica, qualificação técnica ou qualificação econômico-financeira, por ser ilegal e restringir o caráter competitivo do certame.

#### **7.0. DA FIXAÇÃO DE MULTA COM PERCENTUAL EXORBITANTE**

Outro vício que macula o procedimento licitatório diz respeito à fixação de multa administrativa de 20% (vinte por cento) sobre o valor da contratação, conforme se vê do disposto na alínea "b" do item 18.2, II, do edital:

#### **18. DAS PENALIDADES**

**18.2. Pelo descumprimento total ou parcial das condições do CONTRATO, a Administração poderá aplicar à empresa contratada as sanções previstas no artigo 87 da Lei Federal 8.666/93, sem prejuízo da responsabilização civil e penal cabíveis, garantida a ampla defesa:**

**II - Ficam estabelecidos os seguintes percentuais de multas, aplicáveis quando do descumprimento contratual:**

**B) 20% (vinte por cento) sobre o valor da PRESTAÇÃO DE SERVIÇO não realizada, no caso de atraso superior a 30 (trinta) dias, com o consequente cancelamento do CONTRATO.**

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 nº 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. 9º do Decreto 22.626/1933, revigorado pelo Decretos s/nº de 29/11/1991) - (TCU, Acórdão 2274/2020, Plenário).**

Assim, não há que se falar em multa ou penalidade no importe de 20% (vinte por cento) sobre o valor estimado para a contratação, sob pena de enriquecimento ilícito por parte desta Administração.

#### **8.0. DA EXIGÊNCIA DA PROVA DE REGULARIDADE FISCAL COMO PRESSUPOSTO AO PAGAMENTO DA DESPESA PÚBLICA.**

Trata-se da legalidade da obrigatoriedade ou não da comprovação da regularidade fiscal da empresa contratada como condição para o pagamento da despesa

por parte do órgão público contratante, conforme se vê da previsão disposta no item 12.1 do Termo de Referência (anexo I do edital), senão vejamos:

## **12. DAS CONDIÇÕES DE PAGAMENTO:**

**12.1. - Os pagamentos serão efetuados em até 30 (trinta) dias, diretamente á detentora conforme medição e comprovação da regular execução do objeto e apresentação da nota fiscal ao setor competente, devidamente acompanhada dos documentos fiscais atualizados, sem o que não será liberado o pagamento.**

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

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

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



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

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

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

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

**ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A exigência de regularidade**

fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no §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 n° 633.432 - MG - 2004/0030029-4).

Processo Civil. Antecipação de tutela. Suspensão de comprovação de regularidade perante o Sicaf e/ou apresentação de certidões negativas e balanço atualizado como condição para o pagamento dos serviços prestados. Precedentes da Corte. 1. É incabível condicionar o pagamento por um serviço já prestado à comprovação da regularidade fiscal da agravada, sob pena de enriquecimento ilícito. Agravo de Instrumento. Improvido (TRF 1ª Região - AI n° 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 n° 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 Sicafe". 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 nº 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 nº 8.666/93. O Tribunal, então, decidiu responder à consultante 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 § 3º 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 nº 8.666/93)". (Acórdão n.º 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 futuro 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 8.666/93 (Vide arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III e 87).

Verificado, no entanto, a situação de irregularidade fiscal da empresa contratada, incluindo a seguridade social, não poderá 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.

#### **9.0. DA MÉDIA DE PREÇOS APURADA PELA ADMINISTRAÇÃO E O JULGAMENTO OBJETIVO**

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

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

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

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

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

- . Aprovação da autoridade competente para início do processo licitatório, devidamente motivada e analisada sob a ótica da oportunidade, conveniência e relevância para o interesse público;
- . Estimativa do valor da contratação;
- . Indicação de recursos orçamentários para fazer face à despesa;
- . Verificação da adequação orçamentária e financeira, em conformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal;
- . Elaboração de projeto básico;
- . Definição da modalidade e do tipo de licitação a serem adotados.

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

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

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



**cumprimento de certas formalidades relacionadas com contratos de grande valor.**

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

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

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

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

Entretanto, da simples leitura do processo administrativo em comento verificamos que a média apurada pelo Departamento de Compras desta Prefeitura deve ser desconsiderada.

Isto porque deixou de dividir os serviços de instalação, implantação, treinamento, customização,

migração de dados e licenciamento da solução em itens distintos, o que não se pode admitir.

Os serviços de instalação, implantação, treinamento, customização e migração de dados serão pagos apenas uma vez. Imaginem que o futuro contrato seja prorrogado até o máximo de 48 (quarenta e oito) meses, conforme permissivo legal disposto no inciso IV do art. 57 da Lei de Licitações. Como esta Administração saberá qual o valor correto inserir no aditivo se apenas os serviços de licenciamento e manutenção poderão ser cobrados? Impossível! Certamente haverá prejuízo para esta municipalidade.

Tal confusão, causada pela falha na apuração dos valores envolvidos, possibilita que concorrentes desleais pratiquem o famoso "jogo de planilha" e dá ensejo a valorações subjetivas, em total desrespeito ao princípio do julgamento objetivo, firmado no art. 3º, da Lei Federal nº 8.666/93.

Assim, diante das informações prestadas acima e comprovado o fato de que o edital ora analisado apresenta falha na apuração dos valores envolvidos, não há que se falar em prosseguimento do certame.

#### **10.0. DO REAJUSTE E DO SEU MARCO INICIAL**

O reajuste dos preços praticados nos contratos administrativos firmados por órgãos ou entidades da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios é tratado no art. 40, inciso XI e art. 55, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93 e nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei Federal nº 10.192/01, conforme veremos adiante.

Como é sabido, o reajuste dos preços praticados no contrato administrativo é convencionado entre os

contratantes no propósito de evitar que venha a romper-se o equilíbrio financeiro do ajuste em razão da elevação dos custos decorrentes da mão-de-obra ou de insumos utilizados no contrato.

Na lição de Hely Lopes Meirelles o reajustamento contratual de preços e de tarifas é medida convencionada entre as partes contratantes para evitar que, em razão das elevações do mercado, da desvalorização da moeda ou do aumento geral de salários no período de execução do contrato administrativo, venha a romper-se o equilíbrio financeiro do ajuste (Direito Administrativo Brasileiro, 28ª edição; Editora Malheiros, p.210).

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que pela cláusula de reajuste, o contratante particular e o Poder Público adotam no próprio contrato o pressuposto *rebus sic stantibus* quanto aos valores dos preços em função de alterações subsequentes. É dizer: pretendem acautelar os riscos derivados das altas que, nos tempos atuais, assumem caráter de normalidade. Portanto, fica explícito no ajuste a propósito de garantir com previdência a equação econômico-financeira, na medida em que se renega a imutabilidade de um valor fixo e acolhe, como um dado interno a própria avença, a atualização do preço (Curso de Direito Administrativo, 12ª edição. Editora Malheiros, p. 571).

O reajuste de contratos administrativos firmados pela Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios objetiva recompor os preços praticados no contrato em razão de fatos plenamente previsíveis no momento da contratação, diante da realidade existente e é regido pelas disposições da Lei Federal nº 10.192/01 e, no que com ela não conflitarem, com as disposições da Lei Federal nº 8.666.93.

Confira-se, a propósito, o inteiro teor do art. 3º, caput, da Lei Federal nº 10.192/2001:

**Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.**

**§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.**

As espécies de reajuste e a periodicidade mínima exigida foram especificamente tratadas nos artigos 1º e 2º da Lei Federal nº 10.192/01, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real, senão vejamos:

**Art. 1º As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em Real, pelo seu valor nominal.**

**Parágrafo único. São vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de:**

**III - correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados, ressalvado o disposto no artigo seguinte.**

**Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação**

**dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.**

**§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.**

**§ 2º Em caso de revisão contratual, o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão, será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido.**

**§ 3º Ressalvado o disposto no § 7o do art. 28 da Lei no 9.069, de 29 de junho de 1995, e no parágrafo seguinte, são nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual.**

Como se observa, a lei veda a estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração inferior a um ano (art. 1º), mas admite o reajuste nos contratos de duração igual ou superior a um ano (art.2º).

Vale destacar que a lei (art. 2º, §3º) estabelece a nulidade, de pleno direito, de quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior a anual.

Quando admitido, o reajustamento de preços pode se dar sob a forma de reajuste por índices gerais, específicos ou setoriais, de acordo com o objeto da contratação, ou por repactuação, aplicável sempre que for possível

identificar a variação nominal dos custos de produção ou dos insumos utilizados no contrato para a prestação de serviço contínuo, como ocorre nos contratos com dedicação exclusiva de mão de obra.

Na Lei Federal nº 8.666/93, o reajuste dos contratos administrativos e a adoção de índice específico ou setorial tem previsão nos artigos 40, XI, e 55 de teor seguinte:

**Art. 40.** O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela.

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

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

Por força dessas disposições, o edital da licitação deve indicar o critério de reajuste e o contrato administrativo deve conter cláusula que contenha critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, que serão aqueles estabelecidos pelos artigos 1º e 2º da Lei Federal nº 10.192/2001.

Quanto à periodicidade do reajuste, vale destacar que desde o Plano Real - Lei 9.069/1995 - está vedada a correção monetária por índice de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados com periodicidade inferior a um ano.

Dessa forma, por força dos artigos 1º e 2º da Lei Federal nº 10.192/2001, o reajuste por índices oficiais é admitido, desde que não estipulado com periodicidade inferior a um ano, e deve observar o índice geral, específico ou setorial que foi definido no edital e no contrato administrativo, de acordo com as particularidades do objeto contratado.

Ultrapassada a questão da periodicidade mínima de 12 (doze) meses, passaremos a analisar qual deverá ser o marco inicial para contagem do reajuste de preços em contratos administrativos.

Tanto a Lei Federal nº 8.666/93 (Art. 40, inciso XI) quanto a Lei Federal nº 10.192/2001 (Art. 3º, §1º), estabelecem que a periodicidade anual nos contratos administrativos será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

Assim, é possível concluir que a contagem do período de um ano se dará a partir: 1 - da data limite para apresentação da proposta - Ou, 2 - do orçamento a que ela se referir.



Vejam que a Administração Pública contratante tem duas opções legais para aplicar. Logo deverá estabelecer no edital e no contrato qual desses dois critérios será utilizado.

Assim sendo, não há que se falar no prosseguimento do presente feito sem a correção do disposto no item 6.2.1 do Termo de Referência, que estipula como marco inicial para contagem do período de um ano a data de assinatura do contrato, em total desrespeito aos preceitos legais citados acima, senão vejamos

## **6.2. DO REAJUSTE**

### **6.2.1. Os preços poderão ser reajustados após a vigência contratual de 12 (doze) meses.**

## **11.0. DO PRAZO EXÍGUO PARA EXECUÇÃO DO OBJETO LICITADO**

Outro ponto que macula o procedimento licitatório ora analisado diz respeito à exigência de que todos os softwares licitados estejam implantados e em pleno funcionamento no prazo de 30 (trinta) dias após a assinatura do contrato.

Trata-se de mais um vício de natureza vinculada que vai de encontro aos preceitos legais estabelecidos no Estatuto Licitatório (Lei Federal nº 8.666/93), conforme fundamentação exposta acima.

Veja que o prazo estabelecido para pleno funcionamento dos sistemas é demasiadamente exíguo e 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:

... não se mostra razoável que a Administração Municipal, a quem compete o exercício de suas obrigações pautada em mínimo planejamento, submetta 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.**

## **12.0. DA PRORROGAÇÃO DO PRAZO**

Além dos vícios mencionados acima, observamos que o edital em questão 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 para o Lote 01, conforme se vê do disposto na Cláusula Quinta da Minuta Contratual:

### **MINUTA CONTRATUAL**

#### **5. CLÁUSULA QUINTA - DA VIGÊNCIA**

**5.1. O prazo de vigência do CONTRATO será até 12 (doze) meses, a contar da data de sua assinatura, com eficácia legal após sua publicação, podendo ser prorrogado conforme legislação em vigor.**

**5.2. O Contrato Administrativo poderá ter sua vigência prorrogada por igual período em conforme com o estabelecido no art. 57, II, da Lei 8.666/93, através termo aditivo.**

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.**

### **13.0. 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**, 8<sup>a</sup> 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 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).

#### **14.0. 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.

#### **15.0. DO PEDIDO**

**ANTE O EXPOSTO**, respeitosa e 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 lúdima JUSTIÇA!

Termos em que,  
Pede deferimento.

Domingos Martins-ES, 19 de dezembro de 2022.

E&L Produções de Software Ltda  
CNPJ n.º 39.781.752/0001-72  
Sâmella Rangel Oliosi  
Coordenadora da Divisão de Licitações  
RG n.º 3.162.513 SPTC ES  
CPF n.º 124.593.697-27  
Procuradora