

À PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DA BARRA/MG

Referente Edital de Pregão Presencial nº 064/2022

ERNESTO MUNIZ DE SOUZA JR., brasileiro, solteiro, cidadão brasileiro no pleno gozo de seus direitos políticos, portador do título de eleitor nº 0384.7642.0981, RG 4.109.423, inscrito na OAB/SC sob o nº 24.757, CPF 004.770.250-19, com domicílio profissional na Rua Coronel Pedro Benedit nº 190, Sala 602, Ed. Catarina Gaidzinski Trade Center – Criciúma/SC – 88.801- 250, vem respeitosamente ofertar, nos termos do artigo da Lei Federal 8.666/1993, a presente IMPUGNAÇÃO com pedido de SUSTAÇÃO CAUTELAR, em face dos termos do Edital de Pregão Presencial nº 064/2022, o que faz consoante os fatos e fundamentos a seguir expostos:

I. INCORREÇÕES DO TEXTO EDITALÍCIO.

A licitação, como se sabe, deveria ser um procedimento administrativo em que diversos atos são praticados com o escopo final de selecionar uma proposta que, conforme critérios objetivos previamente definidos no instrumento convocatório possibilite a posterior celebração de um contrato com o proponente melhor situado no julgamento final, em decorrência de haver ofertado as melhores e mais vantajosas condições ao ente interessado.

Contudo, no caso em apreço, foram identificadas uma série de falhas que impede inclusive a formulação de propostas, dadas as várias contradições e desencontros observados na redação editalícia. Senão vejamos:

a) Ausência de critérios que assegurem isonomia técnica entre os participantes.

Uma licitação de softwares de gestão pública é significativamente complexa.

O objeto, embora objetivamente definível no termo de referência a partir de especificações usuais de mercado, é deveras complexo.

Centenas e centenas de especificações, funcionalidades, relatórios e integrações compõem um conjunto único e indivisível que permitirá, ao longo de vários meses, a condução informatizada da máquina administrativa.

Assim, não somente obrigações legais são contingenciadas e atendidas, como também questões gerenciais de alta relevância são dimensionadas e supridas pela solução. Ou seja, as responsabilidades envolvidas no licenciamento de software são extraordinárias.

Muitas obrigações legais, por exemplo, acaso descumpridas, ensejarão perda de repasses voluntários.

Outras ensejarão responsabilidade pessoal ao gestor público.

Por outro lado, existem no mercado distintas e variadas soluções mercadológicas. Umas mais completas e estabilizadas. Outras nem tanto. Todos os meses surgem novos sistemas, novas propostas tecnológicas, e nem todas encontram-se aptas a gerir

integralmente a administração pública.

Nem todas são iguais. Nem todas suprem de modo indistinto toda a variada gama randômica de necessidades técnicas selecionadas a partir da conveniência administrativa em cada uma das entidades públicas que demandam soluções tecnológicas ajustadas às suas necessidades.

Isso é normal, lícito e aceitável.

De nossa parte, por exemplo, pretendemos, caso sejamos vencedores do certame, entregar 100% das especificações técnicas indicadas no edital. Agiremos com ética e profissionalismo.

Contudo, nem todas as proponentes interessadas no certame podem agir com ética e profissionalismo.

Essa entidade, por exemplo, pode assegurar que todas as empresas venham a agir com ética e profissionalismo? Certamente que não.

Os gestores públicos jamais se vinculariam, pessoalmente, como fiadores do profissionalismo de qualquer empresa. Seria absurdo.

Ocorre, porém, que o edital pode, e deve, criar mecanismos que assegurem isonomia entre os participantes, evitando que empresas sem profissionalismo ofereçam propostas que tenham como pano de fundo uma fraude, no sentido de apresentarem soluções ineptas, que não atendam ao edital, e que venham a refletir a entrega de soluções que não contenham aderência de 100% em relação ao objeto licitado.

Difícilmente, depois da assinatura do contrato, haverá mecanismos para rescisão contratual eficiente, pois o edital prevê prazo de 180 dias para conclusão de implantações, e mesmo se lá no último dia de prazo, a aderência ainda estiver em 90%, por exemplo, o contrato não poderá ser rescindido.

A prefeitura precisará continuar utilizando o sistema, abrir um processo administrativo, apontar itens desatendidos, um a um, nomear comissão, conceder direito de defesa, para somente depois dos trâmites do processo administrativo, rescindir o contrato.

A prefeitura não poderá trocar de sistemas sem antes aferir o atendimento

integral do processo licitatório, e até lá não terá outro sistema para utilizar.

Haverá paralisação de diversas rotinas essenciais, e tenham certeza: fiscalizaremos futuramente o atendimento da isonomia.

Tudo isso pode ser evitado se a administração pública criar mecanismos para assegurar que todos os proponentes terão isonomia ao ofertar proposta, e isso é assegurado através de uma prova de conceito.

Assim, todas as propostas ofertadas são submetidas a uma prova de conceito, onde são aferidos os critérios essenciais do sistema, além de um percentual de atendimento mínimo de especificações de cada módulo.

Desta forma, os preços ofertados precisarão ser compatíveis com a qualidade do software, e nenhuma empresa que não possua sistemas tecnicamente alinhados ofertará proposta, e não tentará fraudar o certame em detrimento da administração pública.

Como exemplo recente, citamos Bom Jesus/RS, Torres/RS, Liberato Salzano/RS, que fixaram provas de conceito para suas contratações. Inclusive, é a praxe administrativa disseminada, a inclusão de prova de conceito, como critério de classificação de propostas.

Sem tal prova, não haverá isonomia na oferta de propostas, mormente porque não há nenhum outro critério de aferição de qualidade no edital. O atestado de capacidade técnica exigido é simplório.

Em face do exposto, visando assegurar isonomia na oferta de propostas, solicitamos seja incluída prova de conceito no instrumento convocatório.

Sem tal inclusão, não serão apenas as propostas a serem prejudicadas, mas a continuidade do serviço público, caso proponentes tecnicamente inidôneos vençam o certame.

b) Ausência de garantias em caso de rescisão contratual.

Em nenhum momento o edital ou seus anexos externam qualquer preocupação da Administração quanto aos direitos desta em caso de rescisão contratual.

O edital até refere que os direitos ficam assegurados em caso de rescisão, mas quais seriam efetivamente estes direitos?

Como ficarão as bases de dados caso ocorra rescisão contratual? A empresa contratada deverá fornecer as bases produzidas? Em que formato? Em que prazo? Este serviço de extração e fornecimento de bases de dados será gratuito ou oneroso? E o eventual suporte técnico após a rescisão em uma eventual fase de transição?

A empresa cujo contrato seja rescindido deverá prestar suporte? Oneroso ou gratuito? E a garantia de continuidade do serviço público?

Ora, dada a essencialidade dos softwares ora contratados, como ficaria a tramitação de todas as informações após a rescisão e enquanto nova empresa não venha a operacionalizar a nova solução.

Percebe-se, infelizmente, que o edital pecou pela omissão ao não regulamentar tais garantias e ações em caso de rescisão ou inexecução contratual, e coloca os proponentes em situação de absoluta insegurança jurídica, pois em caso de rescisão ficarão à mercê das determinações da Administração, caso desejem evitar uma briga judicial que pode vir a se demonstrar ingrata.

A minuta contratual em si é muito resumida. Remete várias questões ao edital, mas não apresenta cláusulas que assegurem direitos da administração em caso de rescisão.

Por exemplo: se a administração pública tiver dificuldades em converter dados, após a rescisão, a antiga empresa deverá continuar fornecendo sistemas por quanto tempo? Será necessária a manutenção de licenciamentos de todos os sistemas, ou somente de rotinas essenciais?

Ora, as próprias empresas proponentes ficam sem saber qual serão suas obrigações neste cenário, notadamente em relação a pagamentos e obrigações, circunstâncias estas que podem tanto restringir o caráter competitivo do certame como ampliá-lo.

Nesse sentido, o TCE **vem reconhecendo a ilegalidade de editais que contenham tais omissões**, citando-se como exemplo a decisão nº 0359/2011, cujo conteúdo foi claro em reconhecer patente ilegalidade na *“Ausência de previsão que resguarde os direitos da contratante em caso de rescisão contratual, desatendendo ao art. 55, inciso IX, da Lei (federal)*

nº 8.666/93, bem como o princípio da eficiência, contido no art. 37, caput, da Constituição Federal (item 2.19 do Relatório DLC n. 848/2010)” (TCE – ELC nº 10/00253314, Relator Conselheiro César Filomeno Fontes).

Illegal, destarte a omissão, entende-se que o edital merece ser retificado para sanar a ilegalidade daí derivada, já que o edital não traz uma linha sequer sobre as ações, garantias e obrigações recíprocas que subsistirão em caso de rescisão.

c) Da ausência de dados necessários à composição dos custos da proposta.

Não há no Edital a quantidade de dados que devem ser migrados/convertidos.

Consta no Termo de Referência a obrigação da Contratada pela Conversão, todavia, não há como a licitante mensurar o trabalho pela inexistência da quantidade de dados que devem ser migrados, impossibilitando a elaboração de proposta efetivamente mais vantajosa à Administração.

Não é citado se todos os dados contábeis serão convertidos, ou se haveria, por exemplo, justificativa para que dados públicos fossem divididos em bases distintas. Tampouco se menciona os motivos pelos quais a conversão poderia ser parcial.

Mas o que mais impacta a elaboração de propostas é a ausência do volume de dados, e o formato em que serão entregues.

O edital não cita o tamanho das bases, tampouco menciona se haverá acesso a elementos adicionais, como dicionário de dados.

Quanto à necessidade dessa informação para a elaboração da proposta já decidiu esse digno Tribunal de Contas de São Paulo:

“Igualmente procedente a crítica à ausência de informações necessárias para a adequada formulação de propostas, relacionadas à quantidade de usuários a serem treinados, número de licenças, formato e volume de dados a serem migrados, uma vez que referidas informações trazem impacto nos custos dos serviços e são

relevantes na formulação de propostas, devendo tais informações constar objetivamente no edital, nos termos do artigo 47 da Lei Federal nº 8.666/93, a exemplo do decidido nos autos dos processos TC- 000537.989.14-7 e TC-000640.989.14-1.” TC TC015644.989.18-8”

“De se destacar que, em reiteradas oportunidades, este Tribunal já se pronunciou pela imprescindibilidade da divulgação de todas as informações relacionadas ao sistema a ser implementado, a exemplo das decisões proferidas nos processos TC18742.989.16-318, TC-10697.989.17-619, TC-11541.989.17-420, e TC-17458.989.17- 521.”

Assim, deve o ato convocatório consignar todos os dados pertinentes aos atuais sistemas em uso pela Administração, indicando o histórico de informações existentes em cada um deles, bem assim o número de usuários e participantes da capacitação por módulo/subsistema. (EXAME PRÉVIO DE EDITAL, RELATOR DE CONSELHEIRO SIDNEY ESTANISLAU BERALDO TRIBUNAL PLENO TCE-SP -SESSÃO DE 29-08-2018, Processos: TC015489.989.18-6 TC-015857.989.18-0TC-016026.989.18-6).

Dessa forma, o Edital deve ser retificado a fim de constar a quantidade de dados que deverão ser migrados/convertidos eis que tal informação influencia na elaboração da proposta.

d) Ausência do número de servidores a serem treinados e de horas de treinamento.

Embora o edital refira a necessidade de realização de treinamentos, não regulamenta a quantidade de servidores a serem capacitados, tornando impossível a formatação de uma proposta de preços que refira os reais custos dos serviços a serem executados.

Além disso, o edital não indica sequer a quantidade de horas de capacitação. Assim, não se sabe nem a quantidade de horas, nem a quantidade de pessoas a serem capacitadas. Ou seja, não há nenhum parâmetro objetivo que seja capaz de propiciar o cálculo dos custos envolvidos.

É preciso que se responda: quantas horas de treinamento serão consumidas?

O treinamento dos servidores do legislativo ocorrerá junto aos do executivo?

Serão turmas separadas, dias separados?

Infelizmente tal informação não consta dos autos, e impede a precisa conclusão da proposta de preços.

Repita-se: afora a ausência do número de usuários, o edital também não fixa o número de horas de capacitação a ser outorgada no total, pois ainda que cada turma tenha um treinamento de seis horas, não há como saber o total de turmas por aplicativo, sendo notório e público que um treinamento pode ser ligeiramente superficial, ou completamente aprofundado, pode ser dado em nível de uso, ou em nível de gerenciamento, e assim por diante!

Portanto, a qualquer proponente interessada restariam duas alternativas: superestimar o número de servidores a serem capacitados, observada a divisão modular de no máximo vinte participantes de cada treinamento, e praticar preço superestimado, ou, do contrário, subestimar o número de usuários a ser capacitado, e absorver qualquer prejuízo que daí advenha.

Desta forma, a ausência da informação impede a formatação das propostas de preços de modo que favoreça a obtenção da melhor proposta possível ao erário, devendo ocorrer a complementação dos dados do Anexo I e a reabertura do prazo para apresentação das propostas.

Enfim: ou superfaturamos nossa proposta para evitar surpresas, e corremos o risco de perdermos no preço, ou subfaturamos esta, e corremos o risco de sofremos prejuízo. Ou seja, torna-se impossível, pelos termos do edital, uma esbarrada e juridicamente adequada formatação da proposta de preços, o que frustrará, objetivamente, o princípio da obtenção da proposta mais vantajosa.

e) Ausência de informações no termo de referência – ausência de descrição dos sistemas de frotas e portal de transparência.

Consta da proposta de preços campos específicos para cotação de custos para implantação, treinamento, conversão de dados e licenciamento/manutenção dos sistemas de frotas e portal da transparência:



MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DA BARRA
Estado de Minas Gerais
CNPJ: 01.616.458/0001-32

ITEM 02 – SISTEMA DE SOFTWARE PARA A PREFEITURA MUNICIPAL				
Sub-Item	Especificação	Valor Unitário de Referência referente à Implantação, Migração e Treinamento	Valor Unitário de Referência por item referente à Manutenção Mensal	Valor Total de Referência por item referente à Manutenção para o período de 12 meses
2.1	Sistema Integrado de Contabilidade Pública	R\$ 8.666,67	R\$ 3.266,67	R\$ 39.200,04
2.2	Sistema Integrado de Gestão Tributária	R\$ 5.166,67	R\$ 1.866,67	R\$ 22.400,04
2.3	Sistema Integrado de Recursos Humanos e Folha de Pagamento	R\$ 5.833,33	R\$ 2.233,33	R\$ 26.799,96
2.4	Sistema Integrado de Compras, Licitações e Contratos	R\$ 5.833,33	R\$ 2.200,00	R\$ 26.400,00
2.5	Sistema Integrado de Almoxarifado	R\$ 1.500,00	R\$ 526,67	R\$ 6.320,04
2.6	Sistema Integrado de Patrimônio	R\$ 1.500,00	R\$ 526,67	R\$ 6.320,04
2.7	Sistema Integrado de Frotas	R\$ 1.500,00	R\$ 526,67	R\$ 6.320,04
2.8	Sistema Integrado de Nota Fiscal de Serviços Eletrônica	R\$ 7.000,00	R\$ 1.833,33	R\$ 21.999,96
2.9	Sistema Integrado de ISS Bancário	R\$ 2.133,33	R\$ 733,33	R\$ 8.799,96
2.10	Sistema Integrado de Controle Interno	R\$ 2.433,33	R\$ 800,00	R\$ 9.600,00
2.11	Sistema Integrado de Portal da Transparência	R\$ 2.700,00	R\$ 1.040,00	R\$ 12.480,00
2.12	Sistema Integrado de Serviços Online	R\$ 1.600,00	R\$ 666,67	R\$ 8.000,04
2.13	Sistema Integrado de Relacionamento com o Cidadão	R\$ 2.433,33	R\$ 1.000,00	R\$ 12.000,00
2.14	Sistema Integrado de Gestão de Processos Eletrônicos	R\$ 3.666,67	R\$ 1.300,00	R\$ 15.600,00
		Valor Total referente à Implantação, Migração e Treinamento R\$ 51.966,66	Valor Total referente à Manutenção Mensal R\$ 18.520,01	Valor Total referente à Manutenção para o período de 12 meses: R\$ 222.240,12

Ocorre que o termo de referência não apresenta o detalhamento e/ou as especificações técnicas dos referidos módulos.

Com efeito, o termo de referência foi omissivo nesse sentido.

Não há uma única funcionalidade no termo de referência sobre a gestão, direta ou indireta, de frotas.

E não há nem uma única funcionalidade acerca do portal de transparência pública.

Assim, torna-se impossível cotar-se os custos destes sistemas, tornando imperiosa a correção do edital nesse aspecto, e a reabertura de prazos.

Aliás, se o termo de referência elaborado na fase interna do certame não contempla tais especificações, até mesmo as cotações para fixação dos valores estimados devem ser novamente obtidas!

Caso não tenhamos tais especificações, as proponentes sérias, e que não tenham recebido informações privilegiadas, necessitarão cotar valor zerado para todos os itens envolvendo os sistemas de frotas e portal de transparência.

f) Ilegalidade na restrição de participação de empresas em recuperação

judicial – concurso de credores.

O edital veda a participação de empresas em concurso de credores, ou seja, em recuperação judicial.

Concurso de Credores representa, na acepção jurídica do termo, uma espécie de recuperação judicial.

Ocorre que empresas em recuperação judicial podem participar de licitações. Assim decidiu, por unanimidade, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) recentemente.

Os ministros entenderam que a empresa recuperada pode participar do certame, afastando a obrigatoriedade de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial como condição para a sua habilitação.

Na decisão, o Relator, ministro Gurgel de Faria, afirmou que *“a exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica”*.

O ministro apontou ser necessário que se adotem providências para avaliar se a empresa, caso seja vencedora, tem condições de suportar os custos da execução do contrato, ou seja, se possui aptidão econômica e financeira:

“Daí se infere que a dispensa de apresentação de certidão negativa não exime a empresa em recuperação judicial de comprovar a sua viabilidade econômica para poder participar da licitação” (AREsp 309.867, de 26.06.2018).

E conclui:

“Entendo, portanto, incabível a automática inabilitação de empresas em recuperação judicial unicamente pela não apresentação de certidão negativa, principalmente considerando que a Lei nº 11.101, de 09/02/2005, em seu art. 52, I, prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação”.

Tal entendimento aliás, vem ganhando corpo no STJ< do que são exemplos os acórdãos da MC nº 23.499 e do REsp 1187404, por exemplo.

Isto porque os princípios das Leis 8.666/1993 e 11.101/2005 – antiga e atual leis de Recuperação Judicial -, devem ser interpretados de forma equilibrada, *“pois a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica atendem também ao interesse da coletividade, na medida em que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e empregos e dos interesses dos credores”*.

Diante disso, negar à pessoa jurídica em crise econômico-financeira o direito de participar de licitações públicas, única e exclusivamente pela ausência de entrega da certidão negativa de recuperação judicial, vai de encontro ao sentido atribuído pelo legislador ao instituto recuperacional.

E apesar de a Lei 11.101/2005 ter substituído a “concordata” pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o edital em comento ainda refere “concordata” pra referir a novel recuperação judicial.

Eis, exemplificadamente, a Súmula nº 50 do TCE-SP:

“Em procedimento licitatório, não pode a Administração impedir a participação de empresas que estejam em recuperação judicial, das quais poderá ser exigida a apresentação, durante a fase de habilitação, do Plano de Recuperação já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação econômico-financeira estabelecidos no edital.”

Assim, o edital encontra-se restritivo, e de nossa parte, não desejamos participar de certame com cláusulas restritivas que podem vir a ser objeto de denúncia durante a execução contratual.

Toda proponente tem o direito público e subjetivo de participar de certame pautado pela estrita legalidade, e acaso não haja correção dessa circunstância, correremos vários riscos, inclusive de termos um contrato glosado pela corte de contas estadual.

Uma eventual suspensão do contrato, durante os trabalhos de implantação, geraria graves danos para qualquer proponente que venha a se sagrar vencedora.

Deve-se, portanto, suspender o certame e corrigir-se o texto do instrumento respectivo.

g) da ilegalidade na assinatura do pregão por parte da senhora pregoeira municipal.

É ilícita a subscrição do pregão pelo Senhor Pregoeiro Municipal.

Esse é o mais recente entendimento do Tribunal de Contas da União, externado no Acórdão 2099/2022:

“A atribuição, ao pregoeiro, da responsabilidade pela elaboração do edital cumulativamente às tarefas de sua estrita competência afronta o princípio da segregação de funções e não encontra respaldo no art. 3º, inciso IV, da Lei 10.520/2002 nem no art. 17 do Decreto 10.024/2019”.

Isso porque, segundo o Ministro Benjamin Zymler, *“a elaboração do edital pelo pregoeiro aumenta os riscos oriundos da atribuição de atividades sensíveis à mesma pessoa, que, no caso em análise, seria a de propor as regras da licitação e posteriormente julgar o certame segundo essas regras por ela mesma elaboradas”.*

Com efeito, de acordo com o acórdão *“há também um risco, pela ausência de segregação de funções entre o gestor da licitação (responsável pela condução do certame) e o autor das regras que balizarão o procedimento competitivo”.*

Inclusive, a unidade técnica do TCU trouxe mais um argumento doutrinário, segundo o qual *“não se encontra entre as atribuições exclusivas do pregoeiro a responsabilidade pela confecção e assinatura do Edital de Licitação, então, não é sua competência fazer, muito menos assinar”*, e, caso ele venha a confeccionar o edital, *“assumirá a responsabilidade por uma atribuição que não é sua e nem conferida legalmente”.*

Logo, ilegal o presente edital.

Deve ser anulado.

Se a senhora pregoeira insistir no edital, o fará ciente da ilegalidade.

Responderá, portanto, com dolo específico de ferir a orientação, e usurpar responsabilidades que não lhe pertencem.

II. DOS PEDIDOS:

A presente impugnação aponta uma série de peculiaridades que impõem a imediata suspensão e retificação do certame, com a efetiva e substancial correção do texto e regras editalícias atacadas.

E é isso que sinceramente esperamos que ocorra: esperamos que essa colenda Corte promova o controle da legalidade dos atos administrativos, declarando nulo o edital publicado ou, subsidiariamente, glosando-lhe o texto, nos termos acima solicitados.

São estes os exatos termos em que pede deferimento!

Criciúma/SC, em 21 de novembro de 2022.

ERNESTO MUNIZ DE SOUZA JR.
OAB/SC 24.757