

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO RESPONSÁVEL, PELO PREGÃO PRESENCIAL Nº 059/2020 DA PREFEITURA MUNICIPAL DE MURIAÉ – ESTADO DE MINAS GERAIS.

URGENTE: DATA PREVISTA PARA ABERTURA DO CERTAME: 01 de ABRIL de 2020 às 08h30.

**IMPUGNANTE: EICON CONTROLE INTELIGENTE DE NEGÓCIOS LTDA
IMPUGNADA: PREFEITURA MUNICIPAL DE MURIAÉ – MG.
PREGÃO PRESENCIAL Nº 059/2020**

EICON CONTROLE INTELIGENTE DE NEGÓCIOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ: 53.174.058/0001-18, com sede na rua Bom Pastor, 2.732 - Sala 87, Torre Norte, Ipiranga - São Paulo - SP, CEP: 04203-003, por seu advogado in fine assinado, endereço de e-mail: juridico@tecnogroup.com.br, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria apresentar a presente:

IMPUGNAÇÃO COM PEDIDO DE SUSPENSÃO DO CERTAME

ao edital do **PREGÃO PRESENCIAL Nº 059/2020**, oriundo do Processo Administrativo nº 083/2020, com fundamento no artigo 41 e parágrafos da Lei Federal nº 8.666/93, bem como item 8 do edital em epígrafe, pelos motivos fático, jurídicos e técnicos a seguir expostos:

I - PRELIMINARMENTE

Ilustre Julgador, antes de adentrarmos o cerne da presente impugnação, cumpre trazer à baila a situação de crise na saúde pública que o Brasil e, especialmente, o Estado de Minas Gerais estão vivenciando nestes últimos dias.

Como é do conhecimento geral a pandemia de Coronavírus (**COVID-19**) milhares de mortes ao redor do Globo, o que fez com que as Organizações de Saúde, notadamente a **OMS (Organização Mundial da Saúde)** declarasse que estamos vivenciando uma pandemia global.

A existência da pandemia em solo Brasileiro fez com que o Congresso Nacional declarasse estado de calamidade Pública e muitos governos Estaduais e Municipais declarassem estado de emergência, o que possibilitou que fossem adotadas medidas severas a fim de evitar a propagação do vírus e o colapso do sistema de saúde.

No entanto, apesar de ter conhecimento da pandemia causada pelo COVID-19, na contramão do que outros governos têm feito, a Prefeitura Municipal de Muriaé instaurou um Pregão Presencial, ou seja, para que os licitantes possam participar do certame terão que viajar ao Município de Muriaé, correndo o risco de contágio pelo vírus.

Obviamente que o medo de contágio poderá fazer com que uma gama bastante grande de concorrentes deixe de participar do certame, o que frustrará a ampla competitividade do certame, e por consequência, lesará ao erário por conta de uma contratação demasiadamente cara e desvantajosa para a Administração Pública.

Em uma situação emergencial como a que vivemos, é imperioso que as pessoas não circulem, seja nos aeroportos ou nas estradas, evitando o contágio e propagação da doença.

Ilustríssimo Julgador diante da situação de crise da saúde, é urgente que o presente **certame seja obstado, a fim de que a forma escolhida para o pregão seja suspenso, tendo em vista que a presença física de servidores e concorrentes colocará em risco a saúde destas pessoas, bem como poderá frustrar a ampla concorrência no presente certame.**

I-A – DA CONTRATAÇÃO PRETENDIDA PELO EXECUTIVO MUNICIPAL DE MURIAÉ.

A Prefeitura Municipal de Muriaé, com a finalidade de efetivar a **“aquisição da licença de uso da versão executável de softwares de gestão pública, por tempo indeterminado, bem como os serviços de manutenção mensal, instalação, implantação, migração e treinamento dos servidores; complementado com consultoria especializada e suporte local ou remoto, já inclusas alterações legais e manutenções corretivas , com os seguintes atributos constantes no ANEXO I – Termo de Referência”**, instaurou a licitação na modalidade Pregão Presencial, com data de abertura e recebimento dos envelopes agendada para o dia 01/04/2020, às 08:30 horas.

Ocorre que após detalhada análise dos termos editalícios, podemos asseverar que o corpo do Edital ora impugnado está totalmente contaminado de ilegalidades e irregularidades, possuindo tais disposições incongruências com os ditames legais impostos pela Lei Federal nº 8.666/93 e pela jurisprudência do E. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG), que regem as licitações e os contratos administrativos.

Nessa toada, apresentamos, a seguir, **os erros formais e os vícios editalícios que evidenciam a necessidade de Impugnação do presente Edital**, e que serão demonstrados e comprovados no decorrer desta Impugnação, pugnando, ao final, pela suspensão imediata do certame e posterior retificação do certame, por atentar contra os princípios administrativos insculpidos na Constituição Federal e na Lei de licitações e Contratos Administrativos.

II – DOS TERMOS DO EDITAL COMBATIDO E DO DIREITO

Ao se tratar de licitações e contratos administrativos, o ordenamento jurídico pátrio estabelece diversos preceitos que devem ser observados pela Administração Pública no âmbito de suas atribuições, não se podendo deixar de recorrer aos ditames impostos pelo artigo 37, inciso XXI, da Carta Magna, que diz:

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

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação



técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Por sua vez, a Lei de Licitações e contratos administrativos, em seu artigo 3º, dispõe que:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§1º - É vedado aos agentes públicos:

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

Nessa esteira, para a existência de um procedimento licitatório idôneo, não se pode cogitar o desrespeito ao sistema normativo destacado, ao qual o espírito é bem traduzido nas palavras do renomado professor *Carlos Ari Sundfeld*¹:

¹ Licitação e Contrato Administrativo. Ed. Malheiros, 2ª ed. p. 19.
Página 5 de 33



“O princípio jurídico é norma de hierarquia superior a das meras regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico.” [Grifei]

Ademais, a legalidade, princípio que orienta todo o ordenamento jurídico pátrio, deve acompanhar todos os atos que emanam da Administração Pública, o que significa dizer que o Executivo Municipal de Muriaé deve agir nos mais estritos ditames legais.

Sobre a legalidade dentro do Direito Administrativo Brasileiro, o saudoso Doutor *Hely Lopes Meirelles*² ensinou:

*“A legalidade, como princípio da Administração (CF, art. 37, “caput”), significa que **o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso**”.* [Grifei]

Dentro do contexto ora esposado, é essência o processo licitatório tomar como base a aplicação de todos os Princípios Constitucionais e Administrativos, preservando, ademais, a eleição dos contratantes de qualquer influência parcial dos agentes administrativos ou de qualquer condição subjetiva que possa direcionar o julgamento do certame.

² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 33ª ed. 2007. Malheiros – São Paulo, p. 87



Pois bem, em que pese a relevância do objeto pretendido pela Municipalidade através do certame ora impugnado, o Edital ora combatido contempla diversas **irregularidades no que diz respeito aos aspectos jurídicos e técnicos da contratação**, restringindo a participação de potenciais interessados na disputa e impedindo a formulação de propostas comerciais pelas licitantes, quais sejam:

2. I – DA IRREGULAR DA VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS REUNIDAS EM CONSÓRCIO NO PRESENTE CERTAME;

2. II – DA RESTRIÇÃO A AMPLA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAR AOS TERMOS DO EDITAL;

2. III – DA AUSÊNCIA DE QUANTITATIVOS DE TREINAMENTO IMPOSSIBILITANDO CONFEÇÃO DAS PROPOSTAS;

2. IV – DA IRREGULAR AGLUTINAÇÃO DE SERVIÇO DE LICENÇA E USO DE SOFTWARE E DATACENTER – RESTRIÇÃO A AMPLA COMPETITIVIDADE;

2.V – DAS IRREGULARIDADES TÉCNICAS QUE IMPEDEM A EXECUÇÃO DO OBJETO E A APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS.

Desta forma, vem a ora Impugnante, tempestivamente, através deste arrazoado, demonstrar, relatar e apontar a Vossa Senhoria, de forma



pormenorizada, todos os itens acima elencados que contaminam o Edital do **Pregão Presencial Nº 059/2020**, retirando sua desejada e necessária legalidade.

Oportuno registrar, ainda, que a Administração Pública de Muriaé ao prosseguir com o certame da forma como se encontra não estará observando a tríplex finalidade do procedimento licitatório, quais sejam *(i)* selecionar a proposta mais vantajosa para Administração; *(ii)* conferir isonomia aos participantes *(iii)* promover o desenvolvimento nacional, sem perder de vista o cumprimento princípio da vinculação ao edital, no âmbito do **Pregão Presencial Nº 059/2020**.

2. 1 – DA ILEGAL VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

Ilustre julgador, após análise detida e apurada do instrumento convocatório verificamos que a Administração Pública de Muriaé inclui no edital vergastado inúmeras cláusulas que restringem a mais ampla competitividade do certame, frustrando, portanto, aquelas tríplex finalidade do processo licitatório, quais sejam: *(i)* Garantir a observância do princípio constitucional da isonomia; *(ii)* Garantir seleção da proposta mais vantajosa para a administração; *(iii)* promoção do desenvolvimento nacional sustentável. **Tudo isso respeitando aos princípios da legalidade, eficiência, moralidade, impessoalidade, isonomia entre outros.**

Fazendo a análise do presente edital, deparamo-nos com as seguintes restrições no que tange a participação de empresas em recuperação judicial (ou como dizia o Decreto-Lei nº 7.661 de 21 de junho de 1945, que foi revogada pela Lei nº 11.101/2005). Vejamos:

2.1 - Poderão participar deste Pregão Presencial os interessados que atenderem a todas as exigências constantes deste edital e seus anexos, **sendo vedada a participação dos interessados que se encontrarem sob falência decretada**, regime de consórcio, **concordatárias**, empresas estrangeiras que não estejam regularmente estabelecidas no País, aqueles que estejam com o direito suspenso de licitar e contratar com a Administração Pública.

6 - DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO:

6.2.7 - **Certidão Negativa de Falência ou Concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica.**; [Grifei]

Lendo os itens acima colacionado resta claro que no presente certame a Administração Pública de Muriaé não permitirá que empresa que estejam em recuperação judicial (antiga Concordata) participem do certame.

Ora, o princípio da função social da empresa deverá sempre ser privilegiado, tendo em vista que esta produz renda e emprego. Na situação atual do país, em que muitas empresas se deparam com a crise, estas buscam no processo de recuperação judicial uma possibilidade de sair da crise.

Não seria justo com estas empresas que recorrem a um meio legal, criado para protegê-las e viabilizar sua recuperação, que em um processo licitatório estas empresas fossem tolhidas de sua participação. Se assim procedesse, o Estado estaria enganando e abusando da boa-fé daquelas empresas que decidiram pedir recuperação judicial ou extrajudicial.

Este, diga-se de passagem, não é o espírito da Constituição Cidadã de 1988, tanto isso é verdade que os Tribunais Pátrios têm repetido que é ilegal afastarem estas empresas do certame público. Vemos este entendimento no bojo da **Denúncia 1031209**, de relatoria do Conselheiro WANDERLEY ÁVILA, que entendeu ser ilegal tal restrição, *in verbis*:

DENÚNCIA N. 1031209

Apenso: Denúncia n. 1031482 Denunciante: Allbrax Consultoria e Soluções em Informática Ltda., e CMM Sistemas de Informação e Serviços Ltda. Partes: Diógenes Lopes Nogueira de Souza Vilela, Fernando Antônio Carvalho Franco, Fernando Meira de Faria, Dalton Leandro Nogueira, Alessandra Nogueira Santos Araújo, Jardel Carlos de Araújo, João Paulo Corradi Vasconcelos, Warlei Eustáquio de Souza, Peter Igor Volf, Leonardo Lopes Dornas Órgão: Prefeitura Municipal de Itaúna

RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

EMENTA

DENÚNCIA. REFERENDO. PREGÃO PRESENCIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE CESSÃO E DIREITO DE USO DE SOFTWARES INTEGRADOS DE GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL. IMPEDIMENTO DE PARTICIPAÇÃO NO CERTAME DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PROBABILIDADE DO DIREITO E DO PERIGO DE DANO. SUSPENSÃO LIMINAR DO CERTAME. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA.

É irregular o impedimento de participação no certame de empresas em recuperação judicial, devendo ser acrescentado no ato convocatório a aceitação de certidão positiva de recuperação judicial. E no caso de empresa enquadrada nesta condição vencer o certame, a Administração deverá proceder a diligências para que a licitante comprove sua capacidade econômico-financeira para assumir o contrato [Grifei]

O entendimento o Ilustre Conselheiro está plena consonância com o entendimento dos demais Tribunais de Controle Externo, que tem repetido em seus julgados, até simulando a matéria, que é ilegal a vedação de empresa em recuperação, sendo igualmente irregular requerer a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial/concordata.

Exemplo deste entendimento jurisprudencial, que reconhece a ilegalidade da vedação a participação de empresas em recuperação, é o do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que por meio da súmula nº 50, sacramentou seu entendimento. Vejamos:

SÚMULA Nº 50 - 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. [Grifei]



Ademais, na seara do entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores, restou consolidado o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de entender ilegal da restrição a participação de empresas em recuperação de certames públicos. Vejamos isto no bojo do **AREsp: 309867 ES 2013**, de relatoria do Ministro Gurgel de Faria:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2). 2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado. 3. À luz do princípio da legalidade, "é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa" (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016). **4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.** 5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de

*crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. **6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores. 7. 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. 8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.***

(STJ - AREsp: 309867 ES 2013/0064947-3, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 26/06/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/08/2018) [Grifei]

Apresentando, portanto, o plano de recuperação homologado pelo Juízo Competente, não há falar desclassificação por conta da não apresentação de certidão negativa de falência ou recuperação judicial.

Ilustre Julgador, a vista do entendimento pacífico dos Tribunais de Controle Externo e do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, requer seja o item combatido corrigido para que preveja o que aduz a súmula 50 do TCE-SP e a **Denúncia nº 1031209** de relatoria do Mui Digno Conselheiro Wanderley Ávila, respeitando o princípio de preservação empresa.



2. II – DA RESTRIÇÃO A AMPLA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAR AOS TERMOS DO EDITAL.

Ademais das irregularidades acima ventiladas, compulsando o instrumento convocatório em epígrafe identificamos que a Administração Pública de Muriaé veda de forma ilegal a ampla possibilidade de os licitantes apresentarem suas impugnações perante as irregularidades constatadas no instrumento convocatório.

Como é sabido o direito de impugnar aos termos do edital se insere dentro das garantias do cidadão constantes do art. 5º da Carta Política de 1988. Vejamos:

*Art. 5º (...)
(omissis)*

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Na mesma medida a Lei nº 8.666/93 estabelece que:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.



§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113. [Grifei]

Vemos que a Constituição Federal e a Lei de Regência não colocaram qualquer óbice ao direito de petição/impugnação, por isso não tem como prosperar a limitação criada pela Prefeitura Municipal de Muriaé quando restringiu o conhecimento da impugnação ao protocolo da impugnação na forma física.

Ilustre Julgador, o que é necessário se atentar é que a Lei de regência e a Constituição Cidadã de 1988 falam que qualquer cidadão (ou licitante no caso do específico processo de aquisição de bens e serviços) é parte legítima para peticionar aos poderes públicos contra uma ILEGALIDADE ou impugnar ao edital em face de IRREGULARIDADES e ofensas a legislação.

Portanto, a lei não estabelece limites territoriais para que qualquer cidadão ou licitante possa impugnar ao edital, pois tanto pode ser um cidadão que esteja domiciliado em São Paulo, capital, como alguém que resida em Rio Branco no Acre. Daí não haver sentido em tal vedação, pois se um cidadão que reside no Acre, por exemplo, quiser impugnar ao edital do **PREGÃO PRESENCIAL Nº. 134/2019** promovido pela Prefeitura de Muriaé terá que protocolar sua petição de forma física no protocolo da cidade. Vejamos tal previsão no edital vergastado:

8 - DA IMPUGNAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO

8.1 - Até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório, desde que devidamente justificado.

8.1.1 - Caberá ao Pregoeiro decidir sobre a petição no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

8.1.2 - Acolhida a petição contra o ato convocatório, será designada nova data para a realização do certame.
[Grifei]

Ilustre Julgador como possível verificar **o edital ainda peca pela ausência de clareza quanto ao local onde os impugnantes devem apresentar suas peças impugnatórias**. Ademais, diante de uma crise de saúde pública provocada pela pandemia do COVID-19, é absurdo fazer com que as impugnantes se dirijam fisicamente a Prefeitura para fazer o protocolo de sua petição de impugnação.

Sendo assim, o termo “qualquer cidadão” que a Lei de Regência trata “cai por terra”, pois os custos de uma diligência para protocolo podem inviabilizar que qualquer cidadão faça uso deste direito de petição/impugnação.

A vista disso é de se concluir que tal vedação tem como única intenção limitar a possibilidade da mais ampla quantidade de cidadãos impugnarem ao edital, sendo uma limitação ao direito de petição constitucionalmente garantido, e, por conseguinte, ilegal.



Na jurisprudência dos Tribunais de Controle Externo é possível encontrar entendimento que condena a vedação a mais ampla possibilidade de impugnação. Vejamos tal entendimento nos autos da **Denúncia nº 932541 e 887973**, de relatoria do Conselheiro Sebastião Helvécio do Colendo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG):

*DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. PREFEITURA MUNICIPAL. **RESTRIÇÃO QUANTO À FORMA DE APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL E OFERECIMENTO DE RECURSOS.** PREJUÍZO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NÃO VERIFICADO NO CASO CONCRETO. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS REUNIDAS EM CONSÓRCIO. EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO PARA HABILITAÇÃO. IRREGULARIDADES AFASTADAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÃO AO ATUAL GESTOR.*

1. Pautando-se no princípio do contraditório e ampla defesa, não é razoável que sejam restringidas as formas de encaminhamento de recursos e impugnações. 2. *Por via de regra, prevalece a vedação à participação dos consórcios em licitações em que o objeto for comum, simples e de pequena monta; a opção da Administração por vedar ou permitir a participação de empresas reunidas em consórcio na licitação deve ter como parâmetro a conjugação de elementos como vulto, dimensão e complexidade, devendo ser assegurada no caso concreto a ampla competitividade no certame.* 3. *É regular a exigência de apresentação de alvará de localização e funcionamento na fase de habilitação*



quando demonstrada a pertinência desta exigência, diretamente relacionada à atividade de fornecimento de alimentos, sujeita a fiscalização, licenciamento e controle por parte da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. [Grifei]

DENÚNCIA N. 887973

Jurisdicionado: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais - IOMG Denunciante: Family Restaurant,s Ltda. Exercício: 2013 Parte(s): Larissa Trindade Mendes Amaral e Roberta Corrêa Lima Ignácio da Silva, Ana Costa Rego, Cláudia Monteiro Bizarria Procurador(es): Alexandra Ferreira de Oliveira - OAB/MG 127969, André Marinho Teodoro - OAB/MG 0068765, Carlos Javet Braga Bitencourt - OAB/MG 107192, Eduardo Augusto Monteiro Silveira - OAB/MG 0097334, Larissa Trindade Mendes Amaral - OAB/MG 0108662, Mark David Martin - OAB/MG 130147, Simone Pereira Figueiredo - OAB/MG 0079750 MPTC: Cristina Andrade Melo

RELATOR: CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO

EMENTA DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. AUTARQUIA ESTADUAL. FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES E LANCHES. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AFASTADAS. **PROCEDENCIA PARCIAL DAS IRREGULARIDADES APONTADAS.** EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. Acolhe-se a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada, uma vez que o parecer jurídico emitido por

assessor ou parecerista tem natureza meramente opinativa e não vincula, por conseguinte, a decisão a ser tomada pelo agente competente. Somente é possível a responsabilização solidária do assessor jurídico quando for o caso de erro grosseiro ou omissão praticada com culpa.

2. Afasta-se, também, a preliminar de litigância de má-fé intentada, uma vez que esta não se presume, deve estar devidamente atestada nos autos.

3. A Administração ao limitar os meios de impugnação ao edital, excluindo a possibilidade do envio das impugnações por fax, e-mail ou correios, contraria o disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

4. Declara-se a extinção do processo, com resolução de mérito, com fundamento no art. 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), diante da procedência parcial dos apontamentos de irregularidades constantes da fundamentação. [Grifei]

Ilustre Julgador conforme visto acima tal vedação é ilegal porque a lei não veda que o protocolo seja feito por correio, e-mail ou qualquer outra forma. A única forma escolhida pela prefeitura tolhe a possibilidade de impugnação ao edital e encarece demais tal procedimento.

A vista de tudo isso, pugna o Impugnante que tal vedação às demais formas de protocolo da impugnação seja julgada irregular e ilegal e que seja o item 8 do edital corrigido para que preveja a ampla possibilidade de impugnação e



protocolo, respeitando e dando vigência ao direito de petição constitucionalmente garantido.

2. III – DA AUSÊNCIA DE QUANTITATIVOS DE TREINAMENTO IMPOSSIBILITANDO CONFEÇÃO DAS PROPOSTAS.

Igualmente irregular é a ausência de quantitativos de treinamento, que acabará por impossibilitar a confecção das propostas. Compulsando o **ANEXO I - TERMO DE REFERÊNCIA**, constatamos que o Administrador Público no presente certame simplesmente se esqueceu de colocar o quantitativo de treinamentos exigidos no presente edital.

Vejamos isto no edital combatido:

C - TREINAMENTO: refere-se à capacitação dos usuários a operar plenamente o sistema, utilizando todos os recursos existentes. Esta etapa deverá ser realizada nas dependências deste órgão público, em datas e horário definidos em comum acordo entre as partes. A disponibilização dos equipamentos para o treinamento será de responsabilidade deste órgão público. Caberá à LICITANTE disponibilizar o(s) servidor (es) de aplicação e/ou banco de dados, com os Sistemas instalados para treinamento. Após a conclusão satisfatória do treinamento, será emitido um “Termo de Aceite de Treinamento”. **O prazo para treinamento dos usuários é de 30 (TRINTA) dias corridos a contar da ordem de fornecimento. [Grifei]**



Conforme visto, o edital não traz **COM CLAREZA** nenhum quantitativo de treinamento, portanto se torna impossível que as licitantes consigam dimensionar o valor para tal serviço. Ora, como é sabido o treinamento oferecido para 10 pessoas não é o mesmo que o treinamento oferecido para 100 pessoas, por isso para que as licitantes possam quantificar com certeza o valor dado para o serviço de treinamento é imprescindível que a Administração traga o quantitativo exato de pessoas que serão treinados, bem como o quantitativo de horas.

Não supre a ausência de informação a afirmação de que **o prazo para treinamento dos usuários é de 30 (TRINTA) dias corridos a contar da ordem de fornecimento** tendo em vista que tal prazo não pode ser utilizado para compor a propostas que as licitantes deverá apresentar.

A jurisprudência dos Tribunais de Controle Externo é uníssona ao considerar ilegal tal previsão, pois restringe que as licitantes consigam dimensionar os custos deste serviço e o lançar de forma objetiva na sua proposta de preços.

Tal entendimento é possível verificar na jurisprudência do Colendo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo se posicionou no sentido de censurar a ausência de quantitativos que impedem de as licitantes comporem seus custos, consoante julgados excertos nos **TC-001365.989.13 e TC-001381.989.13**. *In verbis*:

*Assiste razão aos Representantes, porém, quanto à ausência de elementos indispensáveis à definição da logística dos cursos de **treinamento exigidos (quantidade de participantes, de turmas, locais,***



deslocamentos, materiais necessários, etc.), e que influenciam a composição dos custos das propostas. No caso a omissão é agravada pela falta de divulgação do orçamento estimativo.

À Administração cumpre, assim, indicar parâmetros objetivos para que as proponentes, de forma isonômica, ofereçam preços adequados à eficaz realização da atividade (treinamento), bem como divulgar o valor orçado (artigo 40, §2º, inciso II da Lei nº 8.666/93).

Recomenda-se, também, a supressão da lacuna entre a descrição do objeto – que inclui a implantação de sistema de gestão da área educacional – e o Termo de Referência apresentado como “Anexo I” do edital, onde estão mencionados apenas os requisitos funcionais mínimos relativos à informatização do setor de saúde pública.

No mesmo sentido é o entendimento deste Colendo Tribunal de Contas que por meio do voto condutor do Douto Conselheiro Sydney Stanislau Beraldo. *In verbis:*

2.5 Não obstante tais aspectos favoráveis, considero carecer o ato convocatório de informações relevantes ao dimensionamento do objeto e adequada formulação de propostas.

Dispõe o item 7.6.7 acerca dos treinamentos sobre o sistema de informações geográficas, limitando-se o subitem 7.6.7.3 a mencionar que deverão ter eles “cunho prático, de forma a retratar as necessidades dos técnicos



em suas tarefas cotidianas de atualização cartográfica e cadastral, consulta de dados no sistema, edições gráficas e alfanuméricas, manutenção do sistema, modelagem de dados espaciais e no desenvolvimento de novas interfaces e funcionalidades visando à expansão do sistema”, enquanto o subitem 7.6.7.4 determina que a carga horária “não poderá ser inferior a 60 (sessenta) horas”.

No entanto, o subitem 7.6.7.1 impõe treinamento continuado ao longo da execução do ajuste, traduzindo-se em mais um aspecto subjetivo, notadamente em virtude da amplitude da disposição:

“7.6.7.1. Tendo em vista que um dos objetivos da Secretaria da Fazenda com a contratação dos serviços objeto desta licitação é a absorção de know-how por parte de seus técnicos, a contratada deverá planejar e executar vários treinamentos de forma que haja transferência de conhecimento sobre as atividades relacionadas ao levantamento cadastral e ao sistema de informações geográficas. Os treinamentos devem ser realizados ao longo do período de realização dos serviços, de forma que o corpo técnico possa vivenciar, na prática, a realização das tarefas, inclusive os problemas enfrentados”.

De se destacar que, em reiteradas oportunidades, este Tribunal já se pronunciou pela imprescindibilidade da divulgação de todas as informações relacionadas ao treinamento dos servidores no sistema a ser implementado, a exemplo das decisões proferidas



nos processos TC18742.989.16-3, TC- 10697.989.17-6, TC-11541.989.17-4, e TC17458.989.17-5.

Assim, deve o edital ser reformulado para que nele passem a constar quantidade e periodicidade dos treinamentos, número de turmas a serem capacitadas e número de usuários por turma, bem assim os conteúdos a serem abordados. [Grifei]

Portanto, não sobram dúvidas de que o edital na verdade padece de irregularidade que o torna viciado, tendo em vista a clara ausência de quantitativos de treinamento impedido, por isso a composição das propostas de preços. A vista disso requer a correção do item combatido para que passe a prevê o quantitativo de treinamento exato para os servidores da Licitante, bem como o quantitativo de servidores que serão treinados.

2. IV – DA IRREGULAR AGLUTINAÇÃO DE SERVIÇO DE LICENÇA E USO DE SOFTWARE E DATACENTER – RESTRIÇÃO A AMPLA COMPETITIVIDADE.

Ilustre julgador além dos pontos que acima informamos que compromete a higidez do certame, bem como as propostas de preços, o edital ainda traz clara previsão de que datacenter onde o sistema será hospedado deverá ser de propriedade da futura contratante em claro descompasso com o que determina a Lei nº 8.666/93. Vejamos isto no edital combatido:

7.7. Não transferir a terceiros, por qualquer forma, nem mesmo parcialmente, as obrigações assumidas, nem subcontratar qualquer das prestações a que está obrigada, exceto nas condições autorizadas no Termo de Referência ou na minuta de contrato;



p) - Não ceder ou subcontratar, inteira ou parcialmente, os direitos e obrigações deste Contrato ou os dele resultantes, sem prévia e formal anuência da CONTRATANTE.

[...]

Disponer de armazenagem cloud em Datacenter para redundância dos dados e dos sistemas, visto que o sistema e banco de dados deverão permanecer armazenados nos servidores na Prefeitura.

g) Disponer de armazenagem cloud em Datacenter para redundância dos dados e dos sistemas, visto que o sistema e banco de dados deverão permanecer armazenados nos servidores na Prefeitura.

Como visto dos itens acima colacionados a **Prefeitura Municipal de Muriaé deixou claro que o serviço de datacenter não poderá ser objeto de subcontratação por parte do Contratado.**

A contratação de vários serviços em um único lote, por exemplo, é prejudicial para competitividade do certame, tendo em vista que muitos licitantes não possuem *expertise* suficiente nos mais diversos serviços. É bem provável que muitos licitantes sejam prejudicados de participarem do certame, tendo em vista a tamanha restritividade das presentes cláusulas editalícias. A lei nº 8.666/93 em seu art. 15 e incisos, determina que o Administrador deverá subdividir o objeto em tantos quantos forem possíveis, a vista de ampliar a competitividade do processo licitatório.

In verbis:



Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

[...]

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;

Contudo no caso concreto, a Administração resolveu se abster de acatar a determinação legal e resolveu prever que além do serviço de licença e uso de software, as licitantes igualmente forneçam o serviço de infraestrutura de data center.

Acerca desta previsão editalícia, impende recordar que na jurisprudência dos tribunais de controle externo é clara a vedação, tendo em vista que a aglutinação de serviços distintos acaba por tolher a economicidade da contratação e prejudica a competitividade do certame. Este entendimento já restou claro no voto condutor de lavra do Ilustre Conselheiro Sidney Stanislau Beraldo do Tribunal de Contas de São Paulo nos autos do **TC. 2510.989.14**, vejamos:

3. Considerando que o processo licitatório se presta à garantia da observância do princípio constitucional da isonomia e à seleção da proposta mais vantajosa, regras que eventualmente afrontem a legalidade e/ou impeçam a correta elaboração de propostas devem ser bem esclarecidas, previamente à realização do certame, evitando sobrevida de eventual elemento prejudicial à competitividade.

No caso em exame, **a aglutinação de itens que não guardam relação entre si - serviços de licença de software com hospedagem de dados -**, ao menos em tese, tem potencial para impor indevida restrição ao certame e, via de consequência, para impedir o alcance



do objetivo da licitação, qual seja, a escolha da proposta mais vantajosa à Administração.

A jurisprudência desta Corte não tem tolerado aglutinação dessa natureza, a exemplo do decidido em recente sessão plenária de 14-05-14, nos autos do **TC-479.989.14-7**, de minha relatoria:

“Todavia, não é aceitável o critério de julgamento eleito “menor preço global”, porque, conforme destacou por ATJ, ‘no mercado de tecnologia da informação, há empresas dedicadas ao segmento de desenvolvimento de aplicativos (e atividades congêneres como customização, suporte, treinamento a usuários), outras dedicadas a fornecer infraestrutura adequada à hospedagem de aplicativos e outras que atendem a ambos os segmentos’.

Tal fato, inclusive, já foi abordado no item anterior, quando restou consignado a existência de inúmeras empresas voltadas especificamente para o serviço de acesso e hospedagem de banco de dados. De se destacar que, a reunião de serviços de licenças de softwares e serviços de hospedagem de dados já foi condenada por decisões Plenárias, em sede de exame prévio de edital, que censuraram citada aglutinação pelo fato de que, não sendo usual no mercado que empresas que comercializem as licenças prestem serviços de hospedagem de dados, teria o condão de restringir a ampla participação de interessados.

Nestes termos, a decisão Plenária de 25-09-13, nos autos do TC1831.989.13-2, Relator o E. CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES.” [Grifei]

Igualmente o Tribunal de Contas da União tem entendimento vedando a possibilidade de se aglutinar serviços distintos em um único objeto. Vejamos tal entendimento:

A autorização editalícia para a formação de consórcios não afasta eventual restrição à competitividade evidenciada pelo não parcelamento do objeto licitado

*Representação oferecida ao TCU indicou possíveis irregularidades no edital da Concorrência n.º 174/2010, realizada pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), merecendo destaque a **“aglutinação, em objeto único, de serviços de diferentes naturezas, que deveriam ser objeto do parcelamento previsto no art. 23, §1º da Lei 8.666/93”**.*

*O relator assinalou que, de fato, a licitação concentra, em objeto único, grupos de serviços distintos, a saber: 1º) controle patrimonial e contábil de bens; 2º) implementação de sistema informatizado; e 3º) serviços técnicos especializados, caracterizados por assessorias, estudos e pareceres. Ainda que todos os serviços sejam pertinentes à gestão do patrimônio ferroviário do DNIT, suas naturezas distintas “impõem o parcelamento versado no §1º do art. 23 da Lei 8.666/93”. Embora o DNIT tenha contra-argumentado que o edital admite a participação de consórcios, o relator concluiu que, no caso concreto, essa solução restringe a competitividade. Primeiro, porque existem muitas empresas no mercado que, apesar de possuírem condições de executar os serviços se estes forem parcelados, não possuem suficiente grau de articulação com empresas de ramos distintos para formarem consórcios. Esse fato, por si só, **“já reduz o***



número potencial de empresas concorrentes”.

Segundo, porque, não obstante a opção pelo consórcio ser uma faculdade da Administração, tal escolha se justifica apenas sob certas circunstâncias, quando necessário aumentar a competitividade do certame, em face da complexidade dos serviços pretendidos ou das peculiaridades do mercado, premissas que, segundo o relator, não se fazem presentes no caso concreto. Em seu voto, ressaltou, ainda, não estar a reprovar a admissão de consórcios na licitação sob exame, sustentando apenas que essa solução, alegada pelo DNIT como fator de compensação às exigências editalícias e à aglutinação dos serviços em objeto único, não afasta a necessidade de parcelamento do objeto pretendido. Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu determinar ao DNIT que **“adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, no tocante à Concorrência 174/2010, de modo a sanear as irregularidades apontadas na presente Representação, informando a este Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência, sobre as providências adotadas”**. Precedentes citados: Acórdãos n.os 280/2010 e 2.295/2005, ambos do Plenário. Acórdão n.º 2395/2010-Plenário, **TC-016.449/2010-0**, rel. Min. Raimundo Carreiro, 15.09.2010. [Grifei]

Portanto é de clareza solar que a aglutinação de serviço de datacenter com a licença e uso de software é ilegal e impertinente, apenas contribuindo para que o menor número de licitantes participe do certame, prejudicando assim com a competitividade do mesmo.



Ilustre julgador o presente instrumento convocatório está prenhe de erros que poderão afastar muitas licitantes do presente certame, tolhendo por fim finalidade de todo o processo licitatório, qual seja, a escolha da proposta mais vantajosa.

A vista do exposto requer seja os itens combatidos corrigidos, para possam refletir a jurisprudência pacífica dos tribunais de controle externo, bem como possa estar em perfeito acatamento com o que aduz a Lei Federal nº 8.666/93, para que cesse a total ausência clareza que os itens possuem.

2.V – DAS IRREGULARIDADES TÉCNICAS QUE IMPEDEM A EXECUÇÃO DO OBJETO E A APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS.

Ilustre Julgador, ainda analisando as funcionalidades transcritas no item anterior há funcionalidades por nós grifadas que contradizem o Decreto Municipal nº de 2013 onde, em seu capítulo 12, abaixo transcrito:

CAPÍTULO II

Da Nota Fiscal de Serviços Eletrônica – NFS-e

Seção I

Da Definição de NFS-e

Artigo 16 - Fica instituída a Nota Fiscal de Serviços Eletrônica (NFS-e), o documento gerado e armazenado eletronicamente no sistema emissor da NFS-e disponibilizado gratuitamente no endereço eletrônico da Prefeitura do Município de Muriaé, www.muriaé.mg.gov.br, com o objetivo de registrar as operações relativas à prestação de serviços sujeitos à incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Artigo 17 - As obrigações tributárias referentes a Nota Fiscal de Serviços Eletrônica (NFS-e) no Município de Muriaé obedecerão às normas da Lei Complementar nº

3.195/2005 e às disposições regulamentares deste Decreto e demais instrumentos infralegais.

Artigo 18 - Fica instituída a Nota Fiscal Avulsa Eletrônica, a ser emitida pelo programa eletrônico de gerenciamento do ISS, destinada aos seguintes prestadores de serviços:

I - não cadastrados;

II - cadastrados no regime de ISS fixo; ou

III - cadastrados que não estejam enquadrados com código de serviços em suas atividades e que prestem serviços eventuais.

§ 1º - Quando os serviços forem habituais, não poderá ser fornecida a Nota Fiscal Avulsa

Eletrônica, devendo o contribuinte regularizar sua atividade e solicitar autorização para Nota Fiscal de Serviços Eletrônica – NFS-e.

§ 2º - A nota fiscal de que trata o caput:

I - será fornecida pela autoridade administrativa, mediante solicitação presencial do interessado;

II - obedecerá a uma numeração geral e seqüencial crescente estabelecida pela administração;

III - será automaticamente gravada na escrituração do prestador do serviço;

Seção II

Da emissão da NFS-e

Artigo 19 - Ficam obrigados a utilizarem e emitirem exclusivamente a NFS-e:

I – os contribuintes que na data de publicação deste Decreto já emitem a NFS-e.

II – os contribuintes que da data de publicação deste Decreto em diante não possuem documento fiscal impresso.

III – os contribuintes que possuem notas fiscais de prestação de serviços impressas.

§ 1º Respeitando o prazo de 60 dias após a publicação deste Decreto, os Prestadores de Serviço do Município de Muriaé somente poderão emitir Nota Fiscal de Serviços Eletrônica – NFS-e, mesmo que ainda possuam documentos impressos.

O referido artigo prevê a obrigatoriedade de Emissão de NFS-e pelos prestadores de serviços estabelecidos de forma eletrônica, através de link disponível no website da Prefeitura.



Ainda em análise ao decreto municipal em epígrafe, o mesmo prevê que o mecanismo de emissão de Nota Fiscal de Serviço Eletrônica efetue a **ESCRITURAÇÃO NO LIVRO FISCAL DE FORMA ELETRÔNICA E AUTOMÁTICA. Por isso, o que o Município de Muriaé pretende ao adquirir sistema que deva permitir a escrituração manual por parte dos prestadores e tomadores de serviço?**

O decreto acima mencionado foi ou será revogado? Os contribuintes e contadores voltarão a trabalhar da mesma forma que o faziam há quase 10 anos atrás? Solicitando documentos fiscais para serem emitidos em gráficas?

Portanto, diante as incongruências técnicas, resta claro que o edital ora vergastado está em descompasso com os princípios da Lei Geral de Licitações e contrato, por isso é urgente que o mesmo seja suspenso e posteriormente decretada a sua modificação.

III- DO PEDIDO

Pelo exposto, requer-se inicialmente a suspensão, no estado em que se encontra do **Pregão Presencial nº 059/2020.**, promovido pela Prefeitura Municipal de Muriaé, para posterior análise da presente Impugnação.

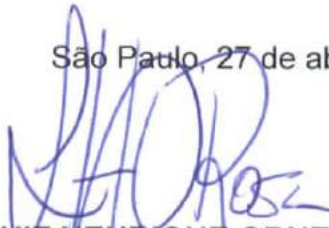
No mérito, requer sejam determinadas as pertinentes correções relatadas no corpo da presente Impugnação, por restringir o caráter competitivo da licitação (inciso I, §1º do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93), infringindo, assim, o processo licitatório e os princípios constitucionais que os norteia.



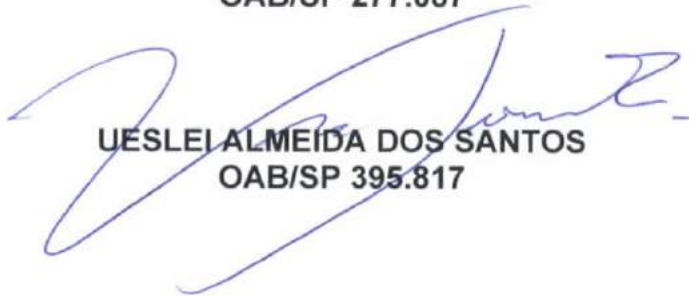
Por fim, requer que todas as intimações sejam realizadas exclusivamente em nome dos advogados abaixo indicados no e-mail juridico@tecnogroup.com.br, sob pena de nulidade.

Nestes Termos
Pede deferimento.

São Paulo, 27 de abril de 2020.



LUIZ HENRIQUE ORNELLAS DE ROSA
OAB/SP 277.087



UESLEI ALMEIDA DOS SANTOS
OAB/SP 395.817

