

AO ILMO. PREGOEIRO DO CONSÓRCIO DE DESENVOLVIMENTO INTERMUNICIPAL DOS MUNICÍPIOS DO ALTO JACUÍ E ALTO DA SERRA DO BOTUCARÁI – COMAJA

REF.: PREGÃO PRESENCIAL Nº 005/2016

DUETO TECNOLOGIA LTDA., estabelecida na Av. Pernambuco, 1328, salas 202 e 206, Bairro Navegantes, Porto Alegre/RS, inscrita no CNPJ sob o nº 04.311.157/0001-99, por seu representante legal, vem, mui respeitosamente, à honrosa presença de V. Exa. e de modo tempestivo, interpor a presente **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** nos termos a seguir discriminados:

I - DO CABIMENTO DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Essas respeitadas autoridades devem, a bem do interesse público, analisar as considerações abaixo formuladas, especialmente pelo fato concreto da existência de diversas irregularidades constantes do edital e do procedimento ora pretendido, as quais, caso não alteradas em tempo hábil, ensejarão a declaração de sua nulidade.

A Impugnante em momento algum visa tumultuar o certame em comento, pois o único interesse é o de participar da presente licitação em igualdade de condições com as demais empresas participantes. Todavia, caso o edital em tela não seja devidamente alterado para que se corrijam as irregularidades apontadas, o procedimento licitatório a ser realizado fatalmente fracassará, uma vez que eivado de vícios insanáveis, tanto em sua fase externa quanto interna.

Sendo assim, certos da habitual atenção dessa respeitada entidade e confiantes no habitual bom senso desse conceituado órgão em sua decisão, requer sejam analisadas e posteriormente alteradas as irregularidades encontradas, a fim de que tal procedimento possa transcorrer normalmente, sem que sua legalidade possa vir a ser futuramente contestada.

II - DAS IRREGULARIDADES DO EDITAL

II.1. DO REGULAMENTO DO REGISTRO DE PREÇOS POR MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONSÓRCIO PÚBLICO - ATO ADMINISTRATIVO IRREGULAR QUE EXORBITA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL

Primeiramente, percebe-se que a licitação ora divulgada é realizada pela via do sistema de Registro de Preços o qual, por sua vez, se fundamenta em um regulamento constante de uma Resolução expedida pelo Consórcio licitante (Resolução nº 09/2016 – ato do Conselho de Prefeitos).

De acordo com tal resolução houve uma **“delegação de competência por parte da Assembleia Geral realizada em 28 de julho de 2016, para que o Conselho de Prefeitos deliberasse sobre a criação do Regulamento das Licitações da Modalidade Pregão, realizadas pelo Consórcio.”**

No entanto, é de se perceber uma série de irregularidades em tais atos administrativos. De início, é incabível se fazer, por meio de uma mera Resolução, a regulamentação de normas federais que tratam do Registro de Preços (Lei nº 8.666/93 e Lei nº 11.107/2005). Como se sabe, a regulamentação de leis é feita por decretos, em obediência à hierarquia legislativa vigente.

A Resolução, por sua vez, é notoriamente um ato legislativo de conteúdo concreto e de efeitos internos que não tem a prerrogativa de criar direitos e obrigações e, tampouco, imiscuir-se (especialmente no que tange às restrições) na esfera dos direitos e garantias individuais ou coletivas. Regulamentar é função do Decreto!

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o poder regulamentar é considerado **"uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo", definindo-se como "o que cabe ao chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel¹ execução".**

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 22ªed. São Paulo: Atlas, 2009.

Nas lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello², os atos "**que expressam regras jurídicas gerais e abstratas, de caráter impessoal, de denominam regulamentares; e os que expressam regras jurídicas especiais e concretas, de caráter pessoal, se denominam decretos simplesmente**".

O regulamento deve, necessariamente, ser veiculado por decreto. Na expressão de Geraldo Ataliba³, "decreto é a forma, o continente; regulamento, a matéria, o conteúdo". Para Victor Nunes Leal⁴, o decreto é, portanto, a denominação genérica do ato praticado pelo chefe do poder executivo. A forma tradicional é redigir o regulamento em texto separado e baixar-se um decreto que o aprova, mas nada impede que o texto seja um só, isto é, que os preceitos do regulamento estejam consubstanciados no próprio decreto.

Como se não bastasse o ora exposto, é de se registrar, ainda, que esse Consórcio licitante não possui competência para legislar sobre o assunto em questão (Registro de Preços). Ora, existem limites bem claros para a expedição de "atos regulamentares". Com efeito, é um equívoco admitir que se possa, mediante a expedição de resoluções, substituir-se uma competência privativa do Chefe do Poder Executivo

A Constituição do Brasil estabelece no artigo 84, IV, *in fine*, o poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo, podendo expedir decretos e regulamentos para o fiel cumprimento das leis, tudo sob o controle e a vigilância do Poder Legislativo em caso de excesso (art. 49, inc. V) e da jurisdição constitucional nas demais hipóteses. Dito de outro modo, a leitura do texto constitucional não dá azo a tese de que o constituinte derivado tenha "delegado" às assembleias dos consórcios o poder de romper com o princípio da reserva de lei e de reserva de jurisdição.

Nesse sentido, fica claro que *as exceções* para a edição de atos normativos com força de lei (art. 62) e da possibilidade de delegação legislativa (art. 68) **tão-somente confirmam a regra de que a criação de direitos e obrigações exige lei ou ato com força de lei**, conforme se pode verificar na própria jurisprudência do STF (AgRg n. 1470-7).⁵

² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Vol1. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

³ ATALIBA, Geraldo. Poder Regulamentar no Executivo. *Revista de Direito Público*. São Paulo. nº 57-58, vol.14, 1981, p.189.

⁴ LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p.69

⁵ Ver, para tanto, LEITE SAMPAIO, José Adercio. *A Constituição Reiventada*. Belo Horizonte, 2002, pp. 461 e segs.

O Poder regulamentar é, na verdade, espécie do poder normativo. Confere ao chefe do Poder Executivo a prerrogativa de editar atos gerais e abstratos, complementares à lei, sem inovar, de forma original, a ordem jurídica. Expressa-se por regulamentos.

No Brasil, o poder regulamentar é exercido pelo chefe do Poder Executivo, sem delegação a outra autoridade, conforme se deduz da leitura do parágrafo único do art. 84 da Constituição de 88. O regulamento, portanto, é ato de natureza infra legal, meramente ancilar e secundário, pois limitado aos comandos da lei.

Vale destacar as lições de Geraldo Ataliba:

“Regulamento é ato administrativo normativo, veiculado por decreto, expedido no exercício da função regulamentar, contendo disposições, dirigidas aos subordinados do editor, regulando (disciplinando) o modo de aplicação das leis administrativas, cuja execução lhe incumbe⁶.”

O regulamento não deve ser confundido com os demais atos normativos (resoluções, instruções, portarias), porque aquele é elaborado pelo chefe do Poder Executivo e esses, por autoridades de escalão mais abaixo, investidas de poderes menores. Para Irene Nohara:

“O poder normativo engloba o poder regulamentar, mas não se esgota nele, pois, além do decreto regulamentar, há outras formas de expressão de sua competência normativa, tais como resoluções, portarias, deliberações, instruções etc. Todavia, os efeitos destes últimos atos, diferente do regulamento, se restringem ao âmbito de atuação do órgão que os expede. Além do alcance mais limitado, estes atos normativos não são editados pelo chefe do Poder Executivo.⁷”

Segundo a jurisprudência nacional a respeito do assunto:

TRF-3 - APELAÇÃO CIVEL AC 2129 SP 91.03.002129-7 (TRF-3)

Data de publicação: 25/06/1997

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. MATÉRIA DE DIREITO. FALTA DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. IGNORÂNCIA DA LEI. ART. 3 L. I.C.C.. CONCINE. LEI 5848/72. RESOLUÇÃO N. 13/77. MULTA. ILEGALIDADE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. INVERSÃO. I. SENDO A MATÉRIA PURA E SIMPLEMENTE DE DIREITO, NÃO CONSTITUI CERCEAMENTO DE DEFESA A FALTA DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. II. NOS TERMOS DO ART.

⁶ Op. cit. p. 187.

⁷ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 33.

3 DA L.I.C.C., NINGUÉM PODE SE ESCUSAR A CUMPRIR A LEI, ALEGANDO QUE NÃO A CONHECE. III. A RESOLUÇÃO É ATO ADMINISTRATIVO NORMATIVO "INFRA LEGEM". ASSIM, NÃO PODE IMPOR AÇÕES AOS CIDADÃOS. IV. O DECRETO-LEI N. 43 /66, COM A REDAÇÃO DADA PELO ART. 2 DA LEI N. 5848/72 ESTABELECEU A SUJEIÇÃO DA PENALIDADE A FUTURO REGULAMENTO, QUE NÃO PODE SER SUBSTITUÍDO POR RESOLUÇÃO. V. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA, QUE FICA A CARGO DA EMBARGADA, FIXADO EM 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O DÉBITO CORRIGIDO. VI. APELAÇÃO PROVIDA.”

Diante do exposto, tem-se que a resolução que regulamenta o registro de preços ora formalizado por meio da licitação em referência se revela irregular, a merecer urgente correção e saneamento.

II.2. DOS REQUISITOS MÍNIMOS A UM EDITAL DE REGISTRO DE PREÇOS

De acordo com o art. 9º do Decreto nº 7.892/2013, que regula as licitações realizadas pelo sistema de registro de preço, que o edital de licitação dessa natureza exige minimamente algumas condições obrigatórias:

“Art. 9º O edital de licitação para registro de preços observará o disposto nas Leis nº 8.666, de 1993, e nº 10.520, de 2002, e contemplará, NO MÍNIMO:

[...]

III - ESTIMATIVA DE QUANTIDADES A SEREM ADQUIRIDAS POR ÓRGÃOS NÃO PARTICIPANTES, observado o disposto no § 4º do art. 22, no caso de o órgão gerenciador admitir adesões;”

Em vista disso, é de se observar que inexistente no edital qualquer quantidade estimada a ser adquirida por órgãos não participantes, o que revela a invalidade absoluta do item 21.1. do ato convocatório que assim estabelece de forma genérica e inadequada:

“10.5.1.1. O prazo de vigência do contrato não deverá ater-se ao estabelecido para a validade da Ata de Registro de Preços, pois são documentos que apresentam características diferentes:

a) na Ata de Registro de Preços, o prazo de validade tem como objetivo permitir aos órgãos gerenciadores, A CONTRATAR FORNECEDORES OU PRESTADORES DE SERVIÇOS REGISTRADOS, EM QUALQUER MOMENTO, DESDE QUE O PRAZO DA ATA ESTEJA VÁLIDO;”

Com efeito, nota-se que o edital se equivoca ao estabelecer uma possibilidade de contratação por outras entidades com base na ata de registro de preços mediante simples

consulta ao órgão gerenciador. Isso porque, de acordo com a norma legal do Registro de Preços, transcrita acima, é condição mínima constar no edital a estimativa de quantidades a serem adquiridas pelos órgãos não participantes.

II.3. DISTORÇÃO ACERCA DA UTILIZAÇÃO DO REGISTRO DE PREÇOS - OBJETO ESPECIALIZADO

Considerando o comando contido no art. 3º do Decreto nº 7.892/2013, que relaciona as hipóteses de utilização do Registro de Preços, observa-se que sistema é adequado àquelas compras e serviços mais simples e rotineiros, ou seja, que podem ser individualizados por meio de descrição simplificada e sucinta, sem complexidades, o que não se verifica na contratação dos serviços técnicos especializados que envolvem a implementação de softwares descritos em nada menos que 47 (quarenta e sete) páginas de especificações (Anexo I-A).

No Anexo I encontra-se delimitada uma justificativa que tenta demonstrar que o objeto licitado possui **“padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos, mediante as especificações usuais comuns a todos os órgãos públicos, podendo, portanto, ser licitado por meio da modalidade Pregão.**

No entanto, é de se observar que o objeto licitado não se resume apenas a uma mera locação de softwares. Isso porque, como visto, exige, além da instalação, mão-de-obra especializada, presença de profissional no local, sem limites de horas técnicas, suporte, manutenção e ASSESSORIA permanente.

Ademais, a utilização do Sistema de Registro de Preços – SRP para contratação de serviços técnicos como os descritos no Anexo I-A, inclusive contando com assessoria, não encontra amparo na legislação vigente, até porque a licitação preordenada a registro de preços deve balizar-se pelo regramento contido no art. 15, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 e no Decreto nº 7.892/2013.

Considerando o comando contido no art. 3º do citado Decreto, que relaciona as hipóteses de utilização desse sistema, chega-se à conclusão que o SRP é adequado àquelas compras e serviços mais simples e rotineiros, ou seja, que podem ser individualizados por meio de descrição simplificada e sucinta, sem complexidades, o que não se verifica na contratação em referência, até porque a mesma, diga-se, encontra claramente, ainda que sabidamente sem intenção, dirigida a uma única empresa do mercado.

Os responsáveis pelo Consórcio em comento, devem ser alertados acerca da jurisprudência do Tribunal de Contas da União que, ao mesmo tempo que admite o uso do Pregão em alguns casos, **também aponta a impossibilidade de utilização do registro de preços para serviços como os ora licitados:**

“O SRP É ADEQUADO ÀQUELAS COMPRAS E SERVIÇOS MAIS SIMPLES E ROTINEIROS, OU SEJA, QUE PODEM SER INDIVIDUALIZADOS POR MEIO DE DESCRIÇÃO SIMPLIFICADA E SUCINTA, SEM COMPLEXIDADES, O QUE NÃO SE VERIFICA NA PRETENZA CONTRATAÇÃO, CUJO ESCOPO TRATAVA DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS”. [...]

“OS SERVIÇOS INTELECTUAIS NÃO PODEM SER CONSIDERADOS COMUNS, MUITO MENOS REPETITIVOS, A EXEMPLO DOS ACÓRDÃOS Nº 1.615/2008-PLENÁRIO, Nº 2545/2008-PLENÁRIO E Nº 1815/2010-PLENÁRIO”. PRECEDENTES MENCIONADOS: ACÓRDÃO Nº. 296/2007-2ª CÂMARA, ACÓRDÃOS Nº 1.615/2008, Nº 2.545/2008 E Nº 1815/2010, ESSES ÚLTIMOS DO PLENÁRIO. ACÓRDÃO N.º 2006/2012-PLENÁRIO, TC-012.153/2012-5, REL. MIN. WEDER DE OLIVEIRA, 01/08/2012.

Com efeito, de forma a evitar a frustração do processo licitatório sob análise e adequando-se aos preceitos da Lei de Licitações, deve esse órgão sanar tais impropriedades uma vez que **objeto que envolve serviços técnicos especializados não pode ser licitado por meio de registro de preços.** Ainda que não considerados técnicos especializados, por argumentar, é de se reconhecer que os serviços possuem caráter continuado, com necessidade sucessivas prorrogações, o que também é inválido em um Registro de Preços, como será mais adiante demonstrado.

II.4. – ACRÉSCIMO DE 25% A UM REGISTRO DE PREÇO – IMPOSSIBILIDADE LEGAL

Considerando o comando contido no §1º do art. 12 do Decreto nº 7.892/2013, observa-se ser inviável o acréscimo de 25% aos quantitativos do objeto contratado:

“§1º É VEDADO EFETUAR ACRÉSCIMOS NOS QUANTITATIVOS FIXADOS PELA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS, INCLUSIVE O ACRÉSCIMO DE QUE TRATA O § 1º DO ART. 65 DA LEI Nº 8.666, DE 1993.”

Diante disso, mostra-se completamente equivocado o disposto no item 14.1. Do edital, o qual determina que **“a contratada ficará obrigada a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem necessários, de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do Contrato, em observância ao art. 65, § 1º da Lei nº 8.666/1993”.**

E nem se alegue, como afirmado no **item 25.13.1.** do edital, que a previsão para esta possibilidade, estaria expressa no § 3º do art. 12 da Resolução 09 2016 de 29 de julho de 2016, que estabelece que **“os contratos decorrentes do Sistema de Registro de Preços poderão ser alterados, desde que justificados o acréscimo da demanda administrativa, observado o que dispõe o art. 65 da Lei Federal 8.666/93 e suas alterações e atualizações posteriores”**.

Primeiramente, como já aditando, a resolução apontada é manifestamente irregular (quem regulamenta norma é decreto), bem como emanada de uma autoridade não competente para tal ato administrativo (competência para editar decreto é privativa e indelegável do Chefe do Poder Executivo).

Como se não bastasse é sabido que, juridicamente, uma norma inferior hierarquicamente (resolução, regulamento, etc.) não pode alterar ou inovar sob regra de uma LEI existente. Portanto, não há como um pretense regulamento modificar uma norma superior já estabelecida e que impede o acréscimo de 25% ao objeto contratado pela via do Registro de Preços.

De outro lado, a alegação feita no **item 25.13.2.** de que não se trataria de acréscimos nos quantitativos fixados pela ata de registro de preços, mas, sim, no contrato a ser firmado em decorrência dela, beira ao absurdo. **Qual o sentido de uma lei não permitir o acréscimo de 25% aos quantitativos de uma ata de registro de preço e ao mesmo tempo permitir o referido acréscimo no contrato decorrente da própria ata?** Não há qualquer lógica em tal interpretação! A alteração contratual possível e prevista no art. 65 da Lei nº 8.666/93 somente deve ser feita neste caso se cabível e não em confronto com a legislação que regula o Registro de Preços.

Alegar que a legislação em questão não impede o acréscimo de 25% aos contratos administrativos, uma vez que o art. 65 da Lei nº 8.666/93 não trata da ata de registro de preço é mera falácia, pois, caso assim fosse, o Parágrafo 1º do art. 12 do Decreto nº 7.892/2013, ao dispor sobre a impossibilidade de tal acréscimo aos quantitativos da ata de registro de preços, **não precisaria fazer referência e proibir expressamente tal procedimento INCLUSIVE quanto ao acréscimo de que trata o § 1º DO ART. 65 da Lei nº 8.666/93.** Se o art. 65 da Lei nº 8.666/93 se refere aos contratos por que a norma do registro de preços alerta para a não utilização de tal acréscimo aos quantitativos da ata?

Ora, é claro que a interpretação dada pelo edital em tela **se configura em manifesta distorção e burla à legislação nacional**, a qual, caso não modificada, será alvo das ações cabíveis junto aos órgãos de controle.

A Constituição Federal prevê a edição de regulamentos apenas e tão somente como garantia a fiel execução da lei. Desta forma, o regulamento destina-se apenas a esclarecer os dispositivos legalmente previstos, através de normas complementares à lei, garantindo, assim, a sua fiel execução. Isso porque a lei deve estabelecer regras gerais, não podendo prever todas as situações que por ela serão abrangidas. Destarte, a lei não prevê os pormenores nem especifica sua forma de aplicação, tarefa esta deixada a encargo do regulamento.

Dentro desse panorama, tem-se o regulamento como o ato emanado privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, **sendo indelegável a qualquer subordinado**, cuja finalidade é explicar a lei para sua correta execução. Através dele, instituem-se regras de execução - **e não de legislação** - desenvolvendo os comandos legislativos, estabelecendo as regras e as providências necessárias ao fiel cumprimento e aplicação da lei.

Percebe-se, assim, que a edição de regulamentos pressupõe a prévia existência de lei, dependente de ulteriores especificações para a sua correta aplicação pelos órgãos administrativos. Nesse sentido, infere-se que **o regulamento é ato subordinado e dependente de lei**, características estas impostas pelo princípio da legalidade.

Convém assinalar, ainda, consoante lição de Hely Lopes Meirelles, que o regulamento é ato explicativo ou supletivo da lei e inferior a ela. Importa salientar que o princípio da legalidade impõe a obrigatoriedade de lei para criar, extinguir ou modificar um direito, inexistindo, desta forma, a figura do regulamento autônomo em nosso ordenamento jurídico. Daí que, consoante assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, "[...] **em nosso sistema, de direito, a função do regulamento é muito modesta**".⁸

Embora ambos sejam normas, **apenas a lei - ato normativo originário - tem o condão de inovar originariamente no ordenamento jurídico, revelando-se, assim, como uma fonte primária do direito. JÁ O REGULAMENTO NÃO ALTERA A LEI, APENAS A DESENVOLVE E A EXPLICA**, revelando-se como uma fonte secundária do Direito.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Conforma destaca Geraldo Ataliba, "a lei tem cunho inaugural, inovador – e o **regulamento é ato menor, inferior, de aplicação**. É ato secundário e, pois, meramente administrativo".⁹

Sobre o tema, Lúcia Valle Figueiredo afirma que>

“É forte a doutrina, e mesmo a jurisprudência, no sentido de não admitir que a Administração possa sem lei impor obrigações ou restringir direitos. Nessa acepção encontram-se os constitucionalistas e administrativistas Celso Antônio Bandeira de Mello, o nosso saudoso Geraldo Ataliba, José Afonso da Silva, Michel Temer, Sérgio de Andréa Ferreira, Paulo Bonavides, dentre outros.”¹⁰

No mesmo sentido manifesta-se Oswaldo Aranha de Mello, ao afirmar que:

“[...] Não cabe aos regulamentos, por iniciativa própria e sem texto legal, prescrever penas, seja qual for a espécie; estabelecer restrições à igualdade, à liberdade e à propriedade ou alterações ao estado das pessoas, prever tributos ou encargos de qualquer natureza, que repercutam sobre o patrimônio das pessoas de direito; dar organização administrativa às repartições governamentais, através da criação de cargos e prescrição de novas competências.”¹¹

Não sendo lei em sentido formal, não pode o regulamento criar direito novo, em obediência ao inciso II do art. 5º, da Constituição Federal, que estabelece que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". **Assim, o princípio da legalidade impede que o administrador imponha qualquer restrição ou obrigação senão em virtude de lei, considerando que esta reflete a expressão da vontade geral.**

Outra distinção revela-se na posição da supremacia da lei sobre o regulamento, fazendo com que este não possa contrariar a lei, firmando, assim, seu caráter subordinado em relação a ela. Sendo inferior à lei, o regulamento não pode contrariá-la nem ir além do que ela permite, não pode impor obrigações que esta não preveja, destinando-se apenas a indicar os meios necessários para o cumprimento das obrigações impostas pela lei.

⁹ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 136

¹⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 69

¹¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 360. v. I.

Formalmente, o regulamento subordina-se à lei, pois nela se apoia como texto anterior, para a sua execução, seja quanto a sua aplicação, seja quanto à efetivação das diretrizes por ela traçadas na habilitação legislativa. Sujeita-se, então, o regulamento à lei, como regra jurídica normativa superior, colocada acima dele, que rege as suas atividades, e ser por ele inatingível, pois não pode se opor a ela.

II.5. PRAZO DE DURAÇÃO CONTRATUAL – REGISTRO DE PREÇO INCOMPATÍVEL COM SERVIÇOS CONTINUADOS

Da análise do edital, depreende-se que o objeto da licitação em epígrafe versa sobre um **Registro de Preços**. No entanto, percebe-se que o edital defende uma distorcida interpretação dos prazos contratuais acerca de tal sistema, especialmente em função das disposições inerentes ao Decreto n.º 7.892/2013, que regulamenta o sistema de Registro de Preços.

Primeiramente, constata-se que o item 10.5. do edital. possibilita uma prorrogação de prazo contratual VEDADA POR LEI:

“10.5. Os contratos terão vigência de 01 (um) ano, a contar da assinatura da ORDEM DE SERVIÇOS emitida pelo CONSÓRCIO CONTRANTE que utilizar-se do presente REGISTRO DE PREÇOS, podendo ser prorrogado pelas partes por iguais e sucessivos períodos, até o prazo máximo de vigência de 48 (quarenta e oito) meses, nos termos do inciso IV do art. 57 da Lei Federal n.º 8.666/93 e suas alterações e atualizações posteriores.

10.5.1. Aplica-se o § 2º do artigo 12 da Resolução 09 2016 de 29 de julho de 2016 que dispõe sobre o Sistema de Registro de Preços no âmbito do Consórcio, que determina que a vigência dos contratos decorrentes do Sistema de Registro de Preços será definida nos instrumentos convocatórios, observado o disposto no art. 57 da Lei n.º 8.666/1993 e suas alterações e atualizações posteriores.

10.5.1.1. O prazo de vigência do contrato não deverá ater-se ao estabelecido para a validade da Ata de Registro de Preços, pois são documentos que apresentam características diferentes:

a) na Ata de Registro de Preços, o prazo de validade tem como objetivo permitir aos órgãos gerenciadores, a contratar fornecedores ou prestadores de serviços registrados, em qualquer momento, desde que o prazo da Ata esteja válido;

b) o contrato a ser celebrado em decorrência da utilização da Ata de Registro de Preços, tem vigência próprio, previsto no edital, observado o disposto no art. 57 da Lei n.º 8.666/93 e suas alterações e atualizações posteriores.

10.5.1.2. A celebração de contrato decorrente da realização da presente licitação pelo Sistema de Registro de Preços, assim como, todos os atos a serem praticados pelo órgão gerenciador – Consórcio – devem ocorrer e ser assinados dentro da data estabelecida como vigência para a referida ata de registro de preços, de acordo com o que vem estabelecido no § 4º

do art. 12 da Resolução 09 2016 de 29 de julho de 2016 que dispõe sobre o Sistema de Registro de Preços no âmbito do Consórcio.”

Mais uma vez esse Consórcio se utiliza de uma resolução irregular e sem competência para fundamentar o edital e até mesmo a prorrogação contratual, contrariando as normas e à margem da lei.

Como já dito, a ata de registro de preços tem sua duração limitada a apenas 12 (doze) meses, sem possibilidade de prorrogação. Isso é o que dispõe o art.12 do aqui citado Decreto nº 7.892/2013:

“Art. 12. O PRAZO DE VALIDADE DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS NÃO SERÁ SUPERIOR A DOZE MESES, INCLUÍDAS EVENTUAIS PRORROGAÇÕES, conforme o inciso III do § 3º do art. 15 da Lei nº 8.666, de 1993.”

Desse modo, não existe qualquer lógica em se prorrogar prazo de um contrato decorrente de uma ata de registro de preços que esteja eventualmente vencida que não produz mais efeitos legais. Isso é uma interpretação que burla o registro de preços, ainda mais sabendo-se que **tal sistema de contratação NÃO SE DESTINA A SERVIÇOS CONTINUADOS, como é o presente caso.**

E nem se alegue que em função do art. 12 do Decreto 7.892/2013 restaria admitida a prorrogação dos contratos decorrentes de atas de registro de preços. Tal posição não é mais acatada, visto que se configura em burla ao instituto e à intenção da criação do sistema de registro de preços.

Evoluindo na apreciação de contratos de fornecimento originados de ata de registro de preços (ARP), o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo passou a considerar irregular a alteração porventura havida nos prazos dos contratos provenientes do SRP, fazendo constar em sua jurisprudência que:

“HÁ DE PREVALECER O ENTENDIMENTO DE QUE, FORMADO O REGISTRO E SUBSCRITA A ATA CORRESPONDENTE, QUALQUER FORNECIMENTO DELA DECORRENTE SOMENTE PODE OCORRER NOS EXATOS LIMITES TEMPORAIS DA VALIDADE DOS PREÇOS REGISTRADOS, NÃO CABENDO, COM ISSO, ADMITIR-SE QUALQUER HIPÓTESE DE REVISÃO DE PREÇOS OU PRORROGAÇÃO DE VIGÊNCIA, TANTO DA ATA, COMO DOS CONTRATOS DELA DECORRENTES.

QUALQUER DISPOSIÇÃO DIVERSA IMPLICA NO DESVIRTUAMENTO DO INSTITUTO QUE, POR EXCELÊNCIA, SERVE PARA CONFERIR ÀS COMPRAS DE BENS E SERVIÇOS NECESSÁRIOS À ADMINISTRAÇÃO DINÂMICA DE

FORNECIMENTO PONTUAL CONTRA O RESPECTIVO PAGAMENTO". (TC-009656/026/11; TC-010285/026/11; e TC-010286/026/11 – CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA – TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 13/04/2011.

Contrariamente à regulação contida em diversos decretos editados com o objetivo de disciplinar o Sistema de Registro de Preços de cada ente federativo, destacou-se o abalizado magistério de Marçal Justen Filho¹²:

“O PRAZO DE VALIDADE DO REGISTRO É DE UM ANO, TAL COMO PREVISTO NO ART. 15, § 3º, INC. III, DA LEI DE LICITAÇÕES.

A DETERMINAÇÃO CONSTANTE DO ART. 4º, § 2º, DO REGULAMENTO É GRITANTEMENTE ILEGAL.

É EVIDENTE A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAR AO REGISTRO DE PREÇOS A DETERMINAÇÃO ESPECÍFICA E EXCEPCIONAL CONTIDA NO ART. 57, § 4º, DA LEI DE LICITAÇÕES.

ESSA DISPOSIÇÃO REFERE-SE ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE AOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS. NÃO É EXTENSÍVEL A QUALQUER OUTRA MANIFESTAÇÃO CONTRATUAL. UMA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS NÃO RETRATA UM ‘SERVIÇO CONTINUADO’. [...] A DISPOSIÇÃO EXAMINADA CONTRARIA FRONTALMENTE O TEXTO EXPRESSO DA LEI. “

Portanto, no que concerne aos objetos passíveis de registro de preços as características de serviço continuado não se veem presentes; antes, com elas conflita a própria natureza do sistema de registro de preços. As condições legais para utilização do instituto de registro de preços são sabidas, uma vez que **deve ser adotado preferencialmente quando : I- pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes; II – formais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições; III – conveniente a aquisição de bens ou contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programa de governo; IV – pela natureza do objeto não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.”**

Centrando-se nos requisitos de números I e IV, é, desde logo, possível concluir-se no sentido da incongruência entre os chamados serviços de necessidade contínua

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 193

e as hipóteses de incidência do sistema de registro de preços. **Serviços ou bens de aquisição frequente não se confundem com aqueles de necessidade contínua.**

A natureza frequente, mas eventual, das contratações de bens com preços registrados, é contraditória com a impossibilidade de interrupção e perenidade dos serviços de prestação continuada. Do mesmo modo, a indefinição prévia acerca do quantitativo demandado (consequência direta da eventualidade de contratação), próprio dos objetos de registro de preços opõe-se, igualmente, de modo frontal, aos serviços contínuos, os quais pela perenidade de sua necessidade, são de plena delimitação quantitativa pela Administração Pública. Nestes, qualquer variação de demanda para além ou aquém das estimativas da Administração Pública resolve-se na disciplina do art. 65 da Lei de Licitações, em termos da autorização para a imposição ao particular de alterações quantitativas, nos limites ali descritos.

Sensível a isso, a jurisprudência dos Tribunais administrativos e judiciários tem afastado as tentativas de formação de registro de preços para aquisições de serviços de contínua necessidade pelo Poder Público, rechaçando aquelas alegações de imprevisibilidade de estimação de quantitativos fundadas não na natureza da demanda, mas na falta ou incapacidade de planejamento. É exatamente o caso corrente, onde se pretende a prestação de serviços contínuos de suporte técnico, licenciamento de softwares, assessoria permanente, manutenção.

Como flagrantes hipóteses de não cabimento da formação de registro de preços para futuras contratações, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tem arrolado: TC-18361/026/11: transporte escolar (Exame Prévio de Edital. Acórdão. Pleno. Sessão de 06.07.12. D.O.E. de 08.07.11); TC-12871/026/09: serviços de segurança, apoio à administração e implantação de engenharia de trânsito (Exame Prévio de Edital. Acórdão. Pleno. Sessão de 06.05.09. D.O.E. de 07.05.09); TC-302/989/12 TC-304/989/12 TC-306/989/12: serviços de limpeza, asseio e conservação predial, desinsetização e desratização (Exame Prévio de Edital. Acórdão. Pleno. Sessão de 11.04.12. D.O.E. de 14.04.12); TC-24406/026/11: serviços de manutenção e conservação de bens públicos (ruas e avenidas), serviços de tapa buracos e pavimentação asfáltica – e recapeamento asfáltico (Exame Prévio de Edital. Acórdão. Pleno. Sessão de 17.08.11. D.O.E. de 18.08.11).

É eloquente a análise encetada pelo Plenário do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, consoante o voto prolatado pelo Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, acerca da inviabilidade do sistema de registro de preços de serviços continuados:

“A IMPUGNAÇÃO RECAI SOBRE A PREVISÃO DE PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE DA ATA POR MAIS 12 MESES, COM FUNDAMENTO EM DECRETO, EM AFRONTA À LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS (LEI N. 8.666/93). QUANTO AO PONTO, RAZÃO ASSISTE À REPRESENTANTE, JÁ QUE O ARTIGO 15, § 3º, III, DA LEI N. 8.666/93, DIZ EXPRESSAMENTE QUE “O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS SERÁ REGULAMENTADO POR DECRETO, ... OBSERVADAS AS SEGUINTESS CONDIÇÕES: ... III -VALIDADE DO REGISTRO NÃO SUPERIOR A UM ANO”.

NO MAIS, O PRAZO PREVISTO NO EDITAL PARA A EXECUÇÃO CONTRATUAL, DE 12 MESES, ADMITIDA A PRORROGAÇÃO ATÉ 60 MESES, INDICA QUE A REAL NECESSIDADE DA ADMINISTRAÇÃO É A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS, INCOMPATÍVEL, A TODA EVIDÊNCIA, COM AS CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS.” (Tribunal de Contas do Estado de São Paulo - TC- 38240/026/08)

Portanto, a formação de registro de preços não se amolda à incidência sobre serviços contínuos, donde a impossibilidade de que se invoque, como supedâneo à sua vigência por período superior à anualidade a espécie descrita no art. 57, § 4º, da Lei n.º 8.666/93.

No caso do contrato em tela há expressa previsão de prorrogação por até 48 (quarenta e oito) meses deixando claro o caráter de continuidade de tal prestação, isso sem falar nas características da prestação de serviços constante do objeto, que inclui locação de licença de uso (continuada), assessoria permanente e suporte técnico mediante utilização de horas técnicas.

Além disso tudo, as citações do próprio edital confirmam o caráter continuado da contratação e a dependência dos serviços ao funcionamento dos sistemas:

“6.5.1. PARA EFEITO DE GARANTIA DE CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS DEPENDENTES DO SISTEMA, A CONTRATADA DEVERÁ DISPONIBILIZAR CÓPIA DOS PROGRAMAS-FONTE PARA O CONTRATANTE NOS CASOS DE FALÊNCIA OU EXTINÇÃO DA EMPRESA CONTRATADA.”

Os serviços licitados possuem caráter continuado. A necessidade de inclusão de uma prorrogação de vigência por até 48 meses comprova tal questão, dispensando-se maiores comentários.

Como se vê, o entendimento jurisprudencial hoje pacificado orienta-se no sentido da aplicação incontornável e direta do disposto no art. 15, § 3º, inc. III, da Lei n.º 8.666/93, ao sistema de registro de preços:

Forçosa, portanto, a conclusão de que, no ordenamento incidente, não é possível a vigência de registro de preços por período superior a um ano, de tal forma que, somente caberão prorrogações de prazo de contratos dela decorrente na hipótese de vigência inicial ser inferior à anualidade e a extensão promovida não ultrapassar o limite de 12 meses.

Com efeito, de forma a evitar a frustração do processo licitatório sob análise e adequando-se aos preceitos da Lei de Licitações, deve esse órgão sanar tais impropriedades já que sendo uma licitação sob o sistema de REGISTRO DE PREÇOS a ata de registro e, conseqüentemente, os contratos a ela vinculados não poderão ser prorrogados para além dos 12 (doze) meses, sob pena de nulidade. Ademais, **sendo o objeto de caráter continuado é incompatível a utilização do Registro de Preços, o que também deve ser retificado.**

II.6. - AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS DE JULGAMENTO - ANÁLISE DOS SOFTWARES LICITADOS

O edital em tela não prevê em momento algum os critérios acerca da análise e demonstração pelo licitante detentor da menor oferta quanto ao cumprimento das 49 páginas de funcionalidades técnicas consideradas como obrigatórias para execução do objeto licitado (Anexo I-A - Termo de Referência).

Note-se que tais descrições técnicas ocupam a maior parte do edital e possuem complexidade considerável, revelando-se inviável a um leigo emitir qualquer parecer acerca do cumprimento delas por parte dos concorrentes. Basta iniciar a leitura do citado anexo para se perceber a complexidade das funcionalidades e a impossibilidade de não se realizar a verificação de atendimento antes de se declarar a empresa como vencedora da disputa.

Cite-se um exemplo, extraído do Anexo I como exigência obrigatória:

**“Permitir contratos de duplo vínculo dentro e fora da empresa, quanto ao acúmulo de bases para INSS e IRRF;
Permitir a emissão de relatórios com textos pré-definidos utilizando parâmetros do sistema, a partir de informações administrativas no setor, para que o próprio usuário possa editar e imprimir para quem desejar;**

**Permitir com que o usuário monte seu próprio relatório a partir de informações administrativas no setor, em "layout" e ordem selecionada, contendo recursos de "gerador de relatório";
Permitir a geração de arquivos pré-definidos e conter os recursos de "gerador de arquivos "txt" para que o próprio usuário possa montar e gerar o arquivo desejado a partir de informações administrativas no setor, em "layout" e ordem selecionada;”**

Ora, até um leigo percebe ser impossível a aferição de tais itens com base apenas em uma declaração do licitante afirmando que atende ao disposto acima. Inadmissível uma entidade pública declarar uma empresa vencedora de licitação onde os requisitos técnicos não foram devidamente comprovados. Muitos alegam que, neste caso, a empresa em questão poderá ser punida caso se descubra posteriormente alguma impropriedade técnica. Contudo, esquecem que tal descumprimento levará as entidades beneficiadas a ficarem sem sistemas, enfrentando o caos em suas gestões.

Ao mesmo tempo, consta no ato convocatório impugnado que o critério de julgamento se dará pelo menor preço, sem existir qualquer previsão sobre os critérios de verificação do atendimento do licitante das funcionalidades descritas no edital. Enfim, uma série de equívocos com tal procedimento:

i) a entidade licitante contratará empresa sem avaliar se a mesma atende de fato ao que o edital exige (centenas de exigências técnicas complexas e obrigatórias, que precisam ser demonstradas antes de se declarar um vencedor);

ii) apenas quando da implantação dos sistemas é que será possível saber do atendimento aos quesitos impostos pelo edital, o que se traduz em alto risco à Administração na medida em que, quando detectada inobservância aos termos propostos não terá mais como retornar à licitação finalizada e ficará por algum tempo sem atendimento até promover nova contratação;

iii) uma análise classificatória do objeto proposto teria que se dar de forma pública e obrigatoriamente antes da abertura da fase recursal, pois do contrário, os demais licitantes não terão como arguir impropriedades da solução ofertada pelo concorrente (cerceamento à ampla defesa e ao contraditório);

iv) o edital é omissivo quanto aos critérios de avaliação do objeto ofertado e à equipe responsável pela análise, a qual deveria ser previamente nomeada via portaria.

Diante disso, percebe-se com clareza a existência de erros gravíssimos no item impugnado. A ausência dos critérios de julgamento objetivos sobre o procedimento que

regerá a análise de atendimento a dezenas de quesitos técnicos dispostos no Termo de Referência impõe o fracasso ao presente certame.

Registre-se que, contraditoriamente, o edital prevê no Anexo I-A a possibilidade de desclassificação de licitante por não atendimento a requisito técnico obrigatório, sem disciplinar quem fará tal análise, quando e de que forma, configurando claramente critério subjetivo e irregular:

“1.A. REQUISITOS GERAIS DOS SISTEMAS

DESCLASSIFICAÇÃO ou RESCISÃO CONTRATUAL:

O NÃO ATENDIMENTO DOS ITENS OBRIGATÓRIOS, POR PARTE DAS LICITANTES ENSEJARÁ A DESCLASSIFICAÇÃO DE SUA PROPOSTA (caso verificada durante a sessão de julgamento da licitação), ou alternativamente, ensejará na rescisão de contrato.”

Dessa forma, deve-se, a bem da legalidade e da transparência: i) divulgar previamente no edital a comissão técnica, nomeada por meio de publicação na imprensa oficial, que irá atuar no certame licitatório em tal análise; ii) o tempo que o licitante terá para demonstrar o objeto, já que existe uma previsão de desclassificação por não atendimento a item obrigatório; iii) a ordem de avaliação dos quesitos técnicos obrigatórios e como será feita sua análise; iv) os equipamentos a serem utilizados em tal procedimento; e v) o prazo máximo para que o licitante classificado em primeiro lugar realize a apresentação de sua amostra dos requisitos obrigatórios em sessão pública e antes do início da fase recursal. Enfim, tais critérios de julgamento não podem ser escolhidos subjetivamente pelo município apenas após a abertura do certame.

Acerca desta matéria, inicialmente, cabe destacar o voto do Conselheiro Relator do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Robson Marinho, que aborda o aspecto mais amplo do estabelecimento de critérios de julgamento das propostas:

“(…) OUTRO FATOR QUE TAMBÉM SE MOSTRA CONTROVERTIDO ENVOLVENDO SOBREDITOS EXAMES E, PORTANTO, MERECEDOR DE REVISÃO RELACIONA-SE AOS CRITÉRIOS QUE CONDUZIRÃO AOS RESULTADOS, E NÃO ESTÃO EXPRESSAMENTE DEFINIDOS NO EDITAL (SUBITEM 5.4.2). OBVIAMENTE QUE ESTA ANÁLISE, CUJOS PARÂMETROS TÉCNICOS QUE A NORTEARÃO SÃO DESCONHECIDOS DOS INTERESSADOS, LEVA INEVITAVELMENTE A UM JULGAMENTO SUBJETIVO, FERINDO O QUE PRECONIZA O ARTIGO 3º, CAPUT, DA LEI N. 8.666/93, SOBRETUDO PORQUE PODERÁ ENSEJAR A REPROVAÇÃO DO PRODUTO E CONSEQUENTE DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPONENTE. (TC-

020002/026/2009, TC-020011/026/2009 e TC-020012/026/2009 -
Exame prévio de edital - <http://www.tce.sp.gov.br/>)

Seguindo a jurisprudência do TCE-SP, veja-se também o já transcrito voto do Conselheiro Relator Eduardo Bittencourt Carvalho, acolhido por unanimidade conforme acórdão correspondente, na Representação contra Edital de Pregão Presencial (exame prévio de edital), em nota deste parecer, em resumo, nos seguintes termos:

"(...) DE OUTRA PARTE, TAMBÉM SE MOSTRA PROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO DIRIGIDA CONTRA A AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÕES E PARÂMETROS OBJETIVOS PARA A AFERIÇÃO DA ACEITABILIDADE DAS AMOSTRAS, À VISTA DA COMPLETA OMISSÃO A RESPEITO NAS CLÁUSULAS DO ITEM "08", DO ANEXO I, O QUE SE MOSTRA INCOMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO, CONSAGRADO NA LEI GERAL DAS LICITAÇÕES." (GRIFAMOS). (TC 022245/026/10 e TC 000656/008/10, de 28 de julho de 2010).

Vale observar que o item 7.9. do ato convocatório prevê que, após a fase de lances e constatado o atendimento dos requisitos de habilitação, a licitante será declarada vencedora do certame, abrindo-se o prazo recursal. Enfim, **inexiste no procedimento explicitado pelo próprio edital o momento de realização de uma demonstração dos requisitos discriminados em 49 páginas.**

Diante disso, devem tais critérios de julgamento e escolha dos requisitos técnicos avaliados serem definidos no edital, de modo igualitário e transparente a todos os licitantes, sob pena do estabelecimento de critério sigiloso, sem falar no risco desse Consórcio adquirir a licença de sistemas de informática que não atendem ao disposto como mínimo pelo ato convocatório.

II.6. - DO ENCERRAMENTO DA FASE RECURSAL ANTES DA DEMONSTRAÇÃO DO OBJETO - CERCEAMENTO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA

Assim dispõem o item 7.10. do edital ora impugnado:

"7.10. Constatando-se o atendimento das exigências fixadas no edital, a licitante classificada e habilitada, será declarada vencedora do certame, abrindo-se, neste momento, a oportunidade para manifestação da intenção de interpor recurso às licitantes, nos termos da cláusula 8 (DA FASE RECURSAL) deste instrumento."

Com efeito, de acordo com o ato convocatório, o licitante precisará manifestar sua intenção recursal imediatamente após seu concorrente ser declarado vencedor da disputa, sob pena de decadência do direito de recurso. No entanto, não haverá, como já dito, a mínima demonstração dos softwares ofertados e respectiva comprovação das extensas exigências do Anexo I, o que significa dizer que a manifestação da intenção recursal precisará ser realizada sem que uma análise da amostra tenha sido devidamente feita, configurando-se assim grave cerceamento à ampla defesa e ao contraditório.

Para se iniciar a fase recursal no âmbito do Pregão seria preciso que a análise do produto fosse previamente realizada e finalizada. Caso contrário, como poderão os demais licitantes recorrer contra falhas observadas nos sistemas de sua concorrente?

Diante disso, questiona-se a viabilidade de tal fase recursal, ou seja, como o licitante poderá manifestar sua intenção recursal E MOTIVÁ-LA IMEDIATAMENTE quando declarada uma empresa vencedora se a análise dos sistemas (objeto licitado) de tal empresa sequer será realizada ou se realizada será feita apenas após o encerramento do certame?

Realizar essa demonstração, após o encerramento da fase recursal, se trata de cerceamento de defesa, em manifesta afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório, ambos preconizados pela Constituição da República. A avaliação dos sistemas ofertados não pode ser sigilosa ou realizada sem procedimento público e aberto aos interessados. Há total interesse dos demais concorrentes em acompanhar tal sessão de demonstração até mesmo para apontar eventuais equívocos e apresentar recursos.

De acordo com Súmula do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

“SÚMULA Nº 19 - EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, O PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DAS AMOSTRAS DEVE COINCIDIR COM A DATA DA ENTREGA DAS PROPOSTAS.”

Não há como declarar licitante vencedor (classificado e habilitado) e abrir prazo recursal sem a prévia análise dos softwares do licitante vencedor. Ora, se há julgamento pendente para admissão do licitante como vencedor ele não se pode dar após a fase de lances e encerramento do direito recursal, sob pena de cerceamento à ampla defesa e ao contraditório.

E note-se que, de acordo com o Anexo I-A edital, há previsão de uma pretensa análise de itens obrigatórios que ensejará inclusive a desclassificação do licitante, no entanto, sem se especificar como a mesma se dará, ratificando a ilegalidade ora exposta:

“1.A. REQUISITOS GERAIS DOS SISTEMAS

DESCLASSIFICAÇÃO ou RESCISÃO CONTRATUAL:
O NÃO ATENDIMENTO DOS ITENS OBRIGATÓRIOS, POR PARTE DAS LICITANTES ENSEJARÁ A DESCLASSIFICAÇÃO DE SUA PROPOSTA (caso verificada durante a sessão de julgamento da licitação), ou alternativamente, ensejará na rescisão de contrato.”

Por isso, de acordo com o edital, a fase recursal será meramente decorativa, já que, sabendo-se que o objeto ofertado pela vencedora não será julgado, não haverá como fazer a intenção recursal imediata, em clara inviabilização ao direito recursal. Por óbvio que, antes da abertura do prazo para manifestação da intenção de recorrer, esse órgão licitante deve realizar a análise dos sistemas do licitante vencedor, com a participação aberta a todos os licitantes, oportunidade em que eventual participante inconformado poderá assim fundamentar ou não sua vontade recursal.

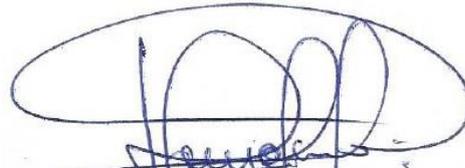
Como demandar do licitante inconformado o registro imediato da sua intenção recursal já contendo os motivos que ensejam a inabilitação e/ou desclassificação de concorrentes, se inexistente qualquer possibilidade do mesmo ter acesso à demonstração que sequer será realizada?

A fase recursal não pode ser tratada como um pseudodireito nos Pregões e, muito menos, como um empecilho à celeridade do procedimento. Inadmissível inviabilizar o exercício do direito recursal para se economizar tempo ao procedimento licitatório. A busca da celeridade não pode transpor aos limites da legalidade e, muito menos, sufocar o direito recursal a ponto de tornar seu exercício algo impossível. Trata-se de um direito assegurado aos licitantes e que deve ser respeitado, até porque em muitos casos os erros e falhas são identificados e apontados pelos demais participantes, auxiliando os trabalhos do Pregoeiro e de sua equipe de apoio, bem como conferindo ao julgamento do certame um conteúdo imparcial e discricionário.

III- DO PEDIDO

Pelo exposto, espera a **IMPUGNANTE** o acolhimento e provimento da presente impugnação, a fim de que se corrijam os vícios detectados no Edital, fazendo-se valer então os princípios acima expostos e, na forma da lei.

Nestes Termos,
Requer Deferimento.
Porto Alegre, 14 de outubro de 2016.



DUETO TECNOLOGIA LTDA
CNPJ: 04.311.157/0001-99
FLÁVIO LUIS GOULART
Representante Legal

04 311 157/0001-99

DUETO TECNOLOGIA LTDA

Av Pernambuco, 1328 Salas 202 e 206
Navegantes - CEP 90240-001
PORTO ALEGRE RS