



AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE ARARICÁ/RS

Referente Edital de Pregão Eletrônico nº 032/2025

ERNESTO MUNIZ DE SOUZA JR., brasileiro, solteiro, advogado regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil sob o nº 24.757/SC, inscrito no CPF sob o nº 004.770.259-19, e-mail ernestocopbrazil@gmail.com, com endereço profissional na Rua Dário Garbelotti 100, Criciúma/SC, vem respeitosamente ofertar **IMPUGNAÇÃO** aos termos do referido edital, o que faz consoante as razões de fato e de direito adiante expostas:



I. FUNDAMENTO JURÍDICO DA IMPUGNAÇÃO.

A presente impugnação tem por base o princípio constitucional da legalidade, insculpido no artigo 37, *caput*, da Magna Carta, que não chancela omissão da administração pública diante de ilegalidades patentes, e tem guarida objetiva no artigo 41, § 2º, da Lei nº 8.666/1993.

Ademais, vide Súmula nº 473 do STF:

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos”.

Ademais, o egrégio Tribunal de Contas da União definiu recentemente que *“É dever do responsável por conduzir licitação no âmbito da Administração, a partir de impugnação ao edital apontando a existência de cláusulas restritivas à competitividade do certame, realizar a revisão criteriosa dessas cláusulas, ainda que a impugnação não seja conhecida. O agente público **tem o dever de adotar providências** de ofício com vistas à correção de eventuais ilegalidades que cheguem ao seu conhecimento”*(TCU, 2022 – Primeira Câmara – Acórdão 7289).

De nossa parte, cremos na boa-fé da administração e na ponderada análise da presente impugnação, e somente procuramos meios de tornar mais competitivo o certame, acima de tudo.

II. DA TEMPESTIVIDADE.

A tempestividade da presente impugnação é atestada pelo entendimento irrepreensível e óbvio dos tribunais, adiante citado, e não pode ser tolhido por pareceres jurídicos desarrazoados que dariam ensejo à propositura de mandados de segurança, como aliás se fez recentemente com êxito em situação idêntica.

Isso porque o Direito constitucional de petição contra abuso de poder ou em defesa de direitos é uma garantia contra gestores público ímprobos ou incompetentes.

Ao fixá-lo como cláusula pétrea, o constituinte originário sabia que precisava proteger o cidadão face ao gestor público.



Ocorre que, mermo hoje, decorridos mais de trinta anos da promulgação da Carta Magna, muitos operadores do direito relativizam direitos fundamentais, interpretando-os como mera “recomendação”, mero valor abstrato de eficácia indireta.

E não se trata de hipérbole argumentativa, pois direitos constitucionais são sistematicamente desrespeitados, mitigados e, ao fim e ao cabo, sepultados em cova rasa.

Por exemplo, vejamos o que diz a Lei nº 14.133/2021 sobre impugnações em processos licitatórios:

*“Art. 164. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo **protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame.**”*

Em alinhamento à norma legal, o Edital de Pregão Eletrônico sob impugnação previu:

*“19.1. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar este Edital por irregularidade na aplicação da Lei nº 14.133, de 2021, devendo protocolar o pedido **até 03 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame.**”*

Ambas as regras adotaram o advérbio ou expressão denotativa ‘ATÉ’ para fixar prazos de impugnação. Assim, **até** o terceiro dia útil anterior ao recebimento de propostas, é possível a oferta de impugnações.

O assunto já foi pacificado em julgamento unânime no TJRS, conforme Mandado de Segurança nº 70079592614, in verbis:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. LICITAÇÃO. PRAZO PARA IMPUGNAÇÃO DO EDITAL. MUNICÍPIO DE BENTO GONÇALVES. 1. O Município de Bento Gonçalves, representado pelo Coordenador de Compras, Licitações e Patrimônio, tornou pública a realização do Pregão Presencial n. 110/2018, do tipo menor preço, tendo como objeto a contratação de empresa para prestação de serviços terceirizados de horas médicas, conforme solicitação da Secretaria Municipal de Saúde, designando a sessão pública para o dia 18/10/2018, às 08h30min. 2. O



*art. 41, § 2º, da Lei de Licitações, prevê prazo decadencial para a impugnação dos termos do edital. Na disposição está contido que qualquer licitante poderá impugnar o edital, no prazo de até 2 (dois) úteis antes da data fixada para o recebimento das propostas, extraindo-se que a expressão “até” significa que o segundo o dia útil anterior ao certame também deverá ser incluído no prazo, isto é, a impugnação poderá ser apresentada inclusive no segundo dia útil que antecede a disputa. Na contagem do prazo para a impugnação editalícia, deve-se excluir, e não incluir, o dia marcado para o recebimento das propostas. **Nesse particular, considerando que a licitação ocorreria dia 18/10/2018 (quinta-feira), o primeiro dia útil anterior ao certame seria 17/10/2018 (quarta-feira) e o segundo seria o dia 16/10/2018 (terça-feira), no decorrer do qual ainda poderiam ser recebidas impugnações ao edital.** Precedente do Plenário do Tribunal de Contas da União" (TJRS – Agravo de instrumento em MS nº [70079592614](#), Relatora Desembargadora Laura Louzada Jacottet, julgado em 30/01/2019).*

Assim, no caso em apreço, adotando-se o entendimento pacificado no âmbito do TJRS, considerando que a licitação ocorrerá em 28/04/2025 (segunda-feira), o primeiro dia útil anterior ao certame seria 25/04/2025 (sexta-feira), o segundo seria 24/04/2025 (quinta-feira) e o terceiro seria 23/02/2025 (hoje, quarta-feira), **no decorrer do qual ainda poderiam ser recebidas impugnações ao edital.**

A título de reforço, citamos o artigo 3º da Lei Federal nº 11.419/2006:

"Art. 3º Consideram-se realizados os atos processuais por meio eletrônico no dia e hora do seu envio ao sistema do Poder Judiciário, do que deverá ser fornecido protocolo eletrônico.

*Parágrafo único. Quando a petição eletrônica for enviada para atender prazo processual, serão consideradas tempestivas as transmitidas **até as 24 (vinte e quatro) horas do seu último dia.**"*

Ou seja, com isso, o prazo de impugnações vai até as 23h59min de hoje, dia 21/11/2024.



III. RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO.

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

Não raro, porém, a complexidade e prolixidade do edital fazem com que a administração pública peque em seu mister constitucional de garantir a contratação mais vantajosa possível, sendo esta justamente a hipótese em apreço!

Em face disso, pedimos vênias para expor os pontos que excepcionalmente resistiram ao crivo da análise dessa administração, e que caso não corrigidos implicarão nulidades irreparáveis, ferimento ao princípio da competição e à isonomia.

Assim, para um melhor entendimento de nossos argumentos, perpassaremos pontualmente os itens que, sob a ótica da impugnante Delta, eivam o edital de ilegalidades.

a) Ausência de informações essenciais no termo de referência.

As pessoas físicas e as empresas privadas, antes de efetuarem uma compra ou contratarem um serviço, pesquisam o melhor preço, as melhores condições, a qualidade do produto ou serviço, a garantia, entre outros aspectos.

Para a Administração Pública essa postura não poderia ser diferente por gerenciar recursos públicos e ainda possuir o dever de prestar contas perante a sociedade. Se para as pessoas físicas e empresas privadas tal postura é facultativa, para a Administração Pública é uma obrigação, considerando que esta possui o dever de observar determinados Princípios e Leis que regem as condições para realizar compras e contratar serviços, pois é previsto na legislação a dispensa de licitação, a inexigibilidade e até a mesmo a sua proibição.

As leis que regem as licitações públicas determinam a maneira pela qual a Administração deve anunciar o que ela necessita comprar/contratar, ou seja, o objeto do processo licitatório. Este deve ser elaborado através do projeto básico ou do termo de referência, que constará



como anexo ao edital do certame e estará disponível para acesso ao público com a finalidade de garantir transparência e credibilidade à Administração.

A Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 22, inciso XXVII, determina a competência privativa à União de legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas, fundacionais da União, Estado, Distrito Federal e Municípios, empresas públicas e sociedade de economia mista.

Pela licitação, a Administração abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de apresentação de proposta

No mesmo sentido o processo licitatório é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. A busca da Administração pela proposta mais vantajosa através do processo licitatório enseja em uma conduta de competição por parte dos licitantes.

Já o “termo de referência” é o instrumento elaborado pela Administração Pública para explicitar o conjunto de informações necessárias à aquisição/contratação que almeja realizar.

Marcelo Palavéri o conceitua como “[...] o documento de natureza essencial, o que se pode verificar da sua própria definição, ***cabendo enfatizar que deverá estabelecer os elementos indispensáveis à formulação das propostas pelos interessados em participar da disputa [...]***” (Pregão nas licitações municipais. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pág. 37).

O termo de referência deve ser elaborado pelo setor requisitante do objeto da licitação em conjunto com a área de compras do Órgão, contudo, no caso em comento, o termo de referência encontra-se incompleto.

De fato, não há no Edital a quantidade de dados que devem ser migrados/convertidos, **embora pelas informações do edital haja bases de dados contábeis específicas dessas entidades.**

Consta no Termo de Referência a obrigação da Contratada pela Conversão e poucos detalhamentos, todavia, não há como a licitante mensurar o trabalho completo pela inexistência dos dados indicados no parágrafo anterior.



A uma, que não são indicados quais os exercícios contábeis que devem ser convertidos, registrando-se que somente na base de dados da prefeitura constam dados de 2013 até o presente, segundo informações do portal de transparência.

A duas, que não consta o volume virtual de dados a ser convertido, se contado em megabytes ou gigabytes. Isso impede a composição de custos.

A três, que não consta o formato em que os dados serão entregues, se serão entregues em formato estruturado ou não, em TXT, XLS, CSV etc.

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

*“Igualmente procedente a crítica à ausência de informações necessárias para a adequada formulação de propostas, relacionadas à quantidade de usuários a serem treinados, número de licenças, **formato e volume de dados a serem migrados**, uma vez que referidas informações trazem impacto nos custos dos serviços e são relevantes na formulação de propostas, devendo tais informações constar objetivamente no edital, nos termos do artigo 47 da Lei Federal nº 8.666/93, a exemplo do decidido nos autos dos processos TC-000537.989.14-7 e TC-000 640.989.14-1.” TC TC015 644.989.18-8”*

“De se destacar que, em reiteradas oportunidades, este Tribunal já se pronunciou pela imprescindibilidade da divulgação de todas as informações relacionadas ao sistema a ser implementado, a exemplo das decisões proferidas nos processos TC18 742.989.16-318, TC-10 697.989.17-619, TC-11 541.989.17-420, e TC-17 458.989.17- 521.”

“Assim, deve o ato convocatório consignar todos os dados pertinentes aos atuais sistemas em uso pela Administração, indicando o histórico de informações existentes em cada um deles, bem assim o número de usuários e participantes da capacitação por módulo/subsistema.” (EXAME PRÉVIO DE EDITAL, RELATOR DE CONSELHEIRO



SIDNEY ESTANISLAU BERALDO TRIBUNAL PLENO TCE-SP -SESSÃO DE 29-08-2018,
Processos: TC015 489.989.18-6 TC-015 857.989.18-0TC-016 026.989.18-6).

Tal informação é a mais importante do ponto de vista de composição de custos das propostas.

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

Repita-se: tal circunstância impede a elaboração de proposta adequada, pois não há parâmetros para mensurarmos o limite das atribuições e responsabilidades afetas à implantação.

E isso tudo é ainda mais agravado pelo fato de que inexistente projeto executivo, de modo que não há como se definir objetivamente valores a serem cotados.

Portanto, o edital precisa ser corrigido para inclusão do volume de dados a serem convertidos.

B) Ausência de informações acerca dos serviços de treinamento.

Embora o edital refira a necessidade de realização de treinamentos, não regulamenta a quantidade de horas de treinamento a serem entregues, muito menos o conteúdo programático de cada treinamento, tornando impossível a formatação de uma proposta de preços que refira os reais custos dos serviços a serem executados.

Ora, como uma empresa apresentaria preço para elaborar serviços de treinamento cujo quantitativo de horas é subjetivo?

É possível outorgar-se treinamentos de uma hora, duas horas, até treinamentos de vinte horas.

Daí vem o questionamento

E quantas horas de treinamento serão consumidas?

Cinco horas por módulo? Uma hora por módulo? E no total?



Essa é a principal informação para definição de custos dos serviços!

Infelizmente tal informação não consta do instrumento convocatório, e isso impede a precisa conclusão da proposta de preços.

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

Portanto, a qualquer proponente interessada restariam duas alternativas: superestimar a quantidade de horas de treinamentos, e praticar preço superestimado, ou, do contrário, subestimar o número de horas, e absorver qualquer prejuízo que daí advinha.

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

Enfim: ou superfaturamos nossa proposta para evitar surpresas, e corremos o risco de perdermos no preço, ou subfaturamos esta, e corremos o risco de sofremos prejuízo.

Ou seja, torna-se impossível, pelos termos do edital, uma escoreita e juridicamente adequada formatação da proposta de preços, o que frustrará, objetivamente, o princípio da obtenção da proposta mais vantajosa.

C) Possível direcionamento.

Em três momentos distintos do edital, é mencionado o Município de Joinville/SC.

Ocorre que no portal de transparência de Joinville não localizamos edital com os mesmos termos deste ora publicado, e se não há comunicação oficial de Araricá para Joinville, solicitando cópia editável do presente edital, anteriormente à sua publicação, então restaria



evidenciado que pessoa estranha à administração pública fez a entrega de modelo de edital e termo de referência no município.

Neste caso, o edital não está alinhado ao interesse público local, sendo mero artifício adotado para direcionar licitação, independentemente das reais necessidades do município.

E não se pode ferir a legalidade para daí ferir-se a competitividade, para criar-se restrição a partir da obtenção de edital a partir da mão de empresário, pois isso fere a legítima busca pelo interesse público, de modo que a motivação do ato é viciada, pecando por nulidade em face da teoria dos motivos determinantes.

José dos Santos Carvalho Filho, a propósito dela, leciona:

“Desenvolvida no Direito francês, a teoria dos motivos determinantes baseia-se no princípio de que o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação de vontade. E não se afigura estranho que se chegue a essa conclusão: se o motivo se conceitua como a própria situação de fato que impele a vontade do administrador, a inexistência dessa situação provoca a invalidação do ato.” (Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 18 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007, p. 107).

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, comenta:

“De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de “motivos de fato” falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciarlos, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.” (Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 376).

Antônio Augusto Júnior assevera que:



“O motivo representa um elemento essencial ao ato administrativo, vinculando a Administração no que tange à sua existência e veracidade. (...) Essa teoria constitui um reforço às formas de controle dos atos administrativos, enfatizando a necessidade de uma Administração proba e coerente.” (Augusto Júnior, Antônio. Direito Administrativo. Coleção provas discursivas respondidas e comentadas. Salvador: JusPodivm. 2014, p. 87).

Daí que, em sendo um ato administrativo restritivo da competitividade, a descrição técnica não pode ser elaborada por particular, e o foi, é nulo de pleno direito.

D) Da doação, pelo município, de investimento em propriedade intelectual.

Previu o contrato:

“CLÁUSULA QUARTA – DIREITOS AUTORAIS 4.1 - A CONTRATADA é a titular exclusiva dos direitos autorais e patrimoniais sobre a ferramenta objeto do presente contrato, informações, orientações e materiais fornecidos com base neste contrato, bem como das eventuais customizações do software, sejam elas anteriores ou posteriores a este contrato.”

O edital prevê pagamento por customizações, e contradiz essa regra:

“b) Serviços de desenvolvimento de implementações em subsistemas contratados serão classificados como serviço de demanda variável e devido de acordo com o valor da hora técnica cotada neste Edital, sempre executados mediante aprovação prévia de orçamento pelo Gestor do Contrato. Sendo que implementações solicitadas pelo município de Ararica e que forem propagados a outros clientes da contratada não poderão sofrer custos de desenvolvimento, uma vez que a propriedade intelectual do mesmo pertence a Prefeitura de Ararica, que o cederá a empresa contratada.”

Portanto, a se considerar válida a regra do termo de referência, o contrato, que certamente é cópia de outros assinados por empresa específica, CRIA REGRA QUE FAVORECE



O INTERESSE PARTICULAR, em detrimento e contrariando interesse público conforme indicado no termo de referência.

Assim, é necessária correção, sob pena de o município se tornar patrocinador de empresa privada.

E) Critérios restritivos da prova de conceito – índices sem nenhuma relevância.

O subsistema “portal de atendimento e aplicativo mobile” possui apenas 15 especificações, de modo que a empresa que não atender a duas destas especificações, estará desclassificada.

Assim, criou-se um filtro restritivo, para evitar a vitória de outra empresa, senão a previamente selecionada.

Senão vejamos!

O que significa esta característica aqui(?):

“Compatibilidade de utilização com Totem de Atendimento, seguindo as seguintes especificações: - Acesso a Play store (Google); - Android 10 ou superior; - Igual ou superior a 30 GB de HD; - Igual ou superior a 2 GB de RAM; - Impressora de 80mm de largura (Impressão da Senha);”

Ora, teremos que levar um totem de atendimento com essas configurações, para a demonstração?

Piada.

E essa funcionalidade aqui:

“Possibilitar o cadastro de Configurações de Atendimentos, como senhas de configurações de totens e identidade visual do sistema e dos totens de atendimento”

Ora, para comprovarmos a identidade visual de totem de atendimento, precisamos



levar um totem para a demonstração.

Mas então precisaríamos montar um totem... com impressora.

Mas o município nem possui, em seu patrimônio, nenhum totem adquirido.

Vais usar onde esse software????????????????

Percebe-se claramente que são funcionalidades criadas para favorecer empresa determinada.

Esse tipo de restrição é absurdamente alta, e impede a obtenção da melhor proposta possível, frustrando assim os fins da licitação. Resta inválido, portanto o ato administrativo, porquanto frustra os fins a que se destina. A propósito, colhe-se da doutrina de Fredie Didier Jr.:

"A invalidade processual é sanção que somente pode ser aplicada se houver a conjugação do defeito do ato processual (pouco importa a gravidade do defeito) com a existência de prejuízo. Não há nulidade processual sem prejuízo (pas de nullité sans grief). A invalidade processual é sanção que decorre da incidência de regra jurídica sobre um suporte fático composto: defeito + prejuízo. Há prejuízo sempre que o defeito impedir que o ato atinja a sua finalidade." (Curso de Direito Processual Civil: volume 1. 13. ed. Salvador: JusPodvim, 2011. p. 281).

O prejuízo, no caso em apreço, à finalidade do ato, fica evidente.

E aqui, repita-se: entendemos que o objetivo é a geração de segurança jurídica, mas não se pode exigir especificações esdrúxulas, para serem demonstradas em equipamentos que NEM SERÃO OS MESMOS EQUIPAMENTOS DO MUNICÍPIO, que sequer possui equipamentos em seu patrimônio, para utilizar o software a ser licitado.

O fato é que é ilegal exigir, na prova de conceito, elementos esdrúxulos:

"EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. SOFTWARE. PROVA DE CONCEITO. DEMONSTRAÇÃO. DEFINIÇÃO DE FUNCIONALIDADES BÁSICAS OU ESSENCIAIS. CRITÉRIOS OBJETIVOS. PRAZO RAZOÁVEL. PRECEDENTES. DATACENTER. AGLUTINAÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. Quando exigida da



licitante mais bem classificada na fase de lances, a Prova de Conceito deve se ater à demonstração de funcionalidades básicas ou essenciais do software, aferíveis por critério objetivo e mediante prazo razoável de atendimento.” (TCE/SP – Representação PROCESSO: TC-017 891.989.22-0 - 22/08/2022).

F) Ausência de indicação das parcelas de maior relevância.

O termo de referência pede comprovação de qualificação técnica, contudo, não indica as parcelas de maior relevância da contratação, o que torna ilegal a exigência.

Vide nesse sentido o Acórdão 7.599/2021 (Ata n.º 14/2021) do TCU, que apontou ilegalidade da *“exigência de comprovação da qualificação por meio de atestados de capacidade técnica sem a necessária correspondência com os itens em maior relevância e em valor significativo no objeto da futura contratação”*.

Quanto ao assunto, a Lei 14.133 assim prevê:

“Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

(...)

IX - a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto (...).

Art. 67. (...)

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



No caso em apreço, reitere-se, não foram definidas as parcelas de maior relevância e valor significativo da licitação, de modo que é nula e restritiva a exigência de atestado de capacidade técnica subjetivamente aderente ao objeto licitado, pois o edital não refere estes elementos sequer superficialmente.

Esse tipo de exigência só serve para que, em esforços mentais individuais, o pregoeiro avalie subjetivamente o que aceita ou não, e isso é ilegal, por mais que as intenções sejam boas.

O edital só pode exigir comprovação de aptidão a partir de parcelas de maior relevância identificadas, e representativas de no mínimo quatro por cento do objeto licitado.

É necessário, pois, que as exigências relativas à qualificação técnica sejam interpretadas em consonância com o disposto no art. 37, XXI da Carta Magna, juntamente aos demais dispositivos infraconstitucionais, a fim de que sejam exigidos somente os requisitos indispensáveis ao cumprimento da obrigação, de modo a possibilitar a ampla participação de competidores interessados em contratar com a Administração, assegurar a economicidade da contratação e garantir, sempre que possível, o tratamento isonômico.

E como dito acima de fato o edital não indica as parcelas de maior relevância técnica e financeira, que devem ser comprovadas para fins de qualificação técnica, e é entendimento sedimentado no âmbito dos Tribunais de Contas que as exigências de qualificação técnica devem indicar as parcelas de maior relevância.

Vide Acórdão 7.599/2021 (Ata n.º 14/2021) do TCU, que apontou ilegalidade da *“exigência de comprovação da qualificação por meio de atestados de capacidade técnica sem a necessária correspondência com os itens em maior relevância e em valor significativo no objeto da futura contratação”*.

Mutatis mutandis:

“Compete à Administração bem definir o objeto a ser licitado e indicar no instrumento convocatório (art. 30, § 2º, da Lei n.º 8.666/93) qual é a parcela de maior relevância e valor significativo, pois é com base nela que o licitante irá demonstrar sua capacidade técnica.”
(TCE/MS – Parecer C-PAC00 – 1/2021).



Dessarte, encontra-se subjetiva a análise, sem a indicação da parcela de maior relevância.

G) Ilegal Exigência de bancos de dados de código aberto.

Nem o estudo técnico preliminar, nem o termo de referência, apresentam justificativas para que somente sejam aceitos bancos de dados de código aberto, tais como postgre ou Firebird.

Aliás, a empresa que presta serviços em Joinville/SC adota justamente o banco Firebird, sendo estranho que, após trinta anos licitando softwares sem tal especificação, tal exigência venha “importada” sem justificativas.

Ora, a licitação é um procedimento administrativo em que diversos atos são praticados com o escopo final de selecionar uma proposta que, conforme critérios objetivos previamente definidos no instrumento convocatório, possibilite a posterior celebração de um contrato com o proponente melhor situado no julgamento final em decorrência de haver ofertado as melhores e mais vantajosas condições de contratação.

Nesse sentido, a criação de condições técnicas que eliminam de imediato e por completo CINQUENTA POR CENTO de todos os proponentes em potencial, sem justificativa, é restritiva.

Com efeito, de acordo com o instrumento convocatório, exige-se que os softwares a serem licitados possuam base de dados a ser administrada por sistema gerenciador de banco de dados – SGBD de código aberto, de modo que o desatendimento da exigência implicaria a exclusão sumária de qualquer proponente que não adote esta tecnologia.

Ora, o TCE/RS adota banco de dados que não se compatibiliza a esta exigência, por exemplo (Oracle), e a equipe técnica do TCE tem muito mais autonomia técnica do que o edital ora impugnado entrega ao município, já que, como denunciado acima, quem fará alterações no sistema e no banco de dados será a empresa contratada, que DETERÁ OS DIREITOS AUTORAIS sobre qualquer alteração.



Desta forma, não há qualquer justificativa juridicamente válida para a exigência, muito menos técnica.

Estamos equivocados? Então se diga: porque se exigiu banco de dados De código aberto, se ninguém no município detém capacidade técnica para alterar código-fonte de sistema gerenciador de banco de dados, e nem poderia fazê-lo sem consentimento da empresa contratada (edital silencia sobre isso)?

Por quê?

Salvo melhor juízo, não há justificativa que, da ótica do interesse público, justifique tamanha restrição do caráter competitivo do certame.

Com efeito, haveria alguma vantagem do ponto de vista técnico? Entende-se que não.

Existem no mercado vários gerenciadores de bancos de dados que proporcionam altíssima confiabilidade e executam todas as tarefas executadas pelo Postgre.SQL, sendo plenamente aptos a suportar sem problemas as exigências técnicas formuladas no edital, sendo oportuno frisarmos que não há no edital qualquer exigência diretamente relacionada ao código-fonte do banco.

Aliás, há um grande risco técnico em vincular-se a prestação de serviços a bancos de dados de domínio público sem garantia de continuidade no mercado e sem garantia de assistência técnica no país, não se podendo sequer responsabilizar a empresa que o fornecesse em caso de danos ao erário, pois obviamente o município não poderia penalizar nenhuma proponente por cumprir exigência editalícia.

E nem se diga que a exigência terá o condão de proporcionar mais transparência e segurança em relação aos dados nele armazenados, porque se esta for a justificativa, todos os softwares de gestão pública exigidos no edital também deveriam ser de domínio público, sob pena de cair por terra a pseudo-justificativa elencada!

Em outras palavras, pode-se afirmar que:



A) Um sistema gerenciador de banco de dados pode ser comparado a um depósito. Enquanto o banco de dados armazena informações em linguagem digital, um depósito armazena mercadorias e bens.

B) Um banco de dados de domínio público confiável corresponderia a um depósito que possua todas as portas conhecidas e vigiadas, e cuja disposição de mercadorias em seu interior seja conhecida.

C) A única diferença deste para um banco de dados de base proprietária é a de que neste o conhecimento da disposição dos dados dentro dele é mais restrita.

Essa seria a única diferença técnica apta a justificar a exigência.

Contudo, no caso em comento, tal justificativa não se sustenta.

Isto porque, ainda de acordo com base na analogia acima descrita, podemos afirmar que os softwares de gestão pública licitados correspondem aos funcionários deste depósito, pois são eles quem organizam as informações dentro do banco de dados.

Analogicamente falando, são eles que colocam e retiram mercadorias (dados), e mudam sua localização dentro do depósito (banco de dados).

Em verdade, transformando-se a linguagem técnica, podemos dizer que o depósito (banco de dados) é totalmente formatado e controlado pelas ações de seus funcionários.

Desta forma, de nada adiantaria ao Poder Público possuir um banco de dados de domínio público se não se terá qualquer controle a respeito do modo pelo qual o software ERP fará o gerenciamento das informações nele constantes!

E O CONTRATO É CLARO: OS DIREITOS AUTORAIS DO SOFTWARE PERTENCEM À EMPRESA QUE SERÁ CONTRATADA, DE MODO QUE NENHUMA ALTERAÇÃO NO FONTE DO BANCO PODERÁ SER FEITA, POIS ISSO IMPLICARIA EVIDENTE PREJUÍZO À COMPATIBILIDADE DOS SISTEMAS DE GESTÃO!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!1

ÓBVIO!



Aliás, não tem ninguém nas equipes técnicas do município que seja capaz de alterar o código-fonte do sistema gerenciador de banco de dados, e ASSEGURAR, SOB SUA RESPONSABILIDADE PESSOAL, a assunção dos danos causados.

Isso seria até crime, em diversas circunstâncias, nos termos do artigo 313-B, do Código Penal:

“Art. 313-B. Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

Em suma, como dito acima, se os softwares de gestão também não forem de domínio público, não se terá qualquer controle acerca dos modos pelos quais ele pode armazenar dados, apagá-los, modificá-los e alterar sua localização!

Assim, por que se exigir banco de dados de domínio público ao argumento de buscar-se maior controle da informação, e ao mesmo tempo obstar essa maior transparência, admitindo-se softwares de base proprietária, cujos mecanismos de execução e processamento de dados pertençam exclusivamente ao detentor de seus direitos autorais?

Não há justificativa juridicamente sustentável para a exigência!

Simplesmente não há!

Se houvesse, o Município certamente a teria declinado quando ofertou sua resposta à impugnação ofertada por essa empresa.

Convenhamos: se a pretensão da administração é conhecer os mecanismos de processamento e armazenamento de dados, tarefa esta que na verdade não poderia ser realizada senão por técnico amplamente conhecedor das linguagens de programação envolvidas, e ainda assim somente após meses e meses de análises que seriam fulminadas a cada nova atualização do software disponibilizado pela proponente, deve, obrigatoriamente, exigir todos os softwares em domínio público, e não somente o SGBD!



Se não o fizer, a exigência editalícia, acaso mantida conforme disposta, somente restringirá a participação de empresas no certame, e ferirá o princípio da ampla concorrência, tornando nula qualquer contratação dele derivada.

E, por outro lado, nem se diga que a administração promoverá *upgrades* no SGBD, pois tal tarefa, por sua absoluta complexidade, certamente não se coaduna com qualquer interesse público legítimo, pois se a prefeitura detivesse tais conhecimentos, certamente que poderia desenvolver seus próprios softwares sem precisar contratar empresas para tanto.

Conclui-se, portanto, que inexistente justificativa técnica para a exigência.

De outra banda, porém, indaga-se: haveria alguma vantagem financeira objetivamente decorrente da exigência? Também não haveria, s.m.j., porque bastaria exigir que os custos da licença fossem embutidos na proposta.

E por fim, se a Administração estivesse realmente interessada no idealismo que perpassa o software livre, e se efetivamente pudesse obrigar empresas a reescrever seus softwares de maneira a compatibilizá-los com sistemas gerenciadores de bancos de dados de domínio público, obrigação esta imprevista em lei e, portanto, inoponível (art. 5º, II, Constituição Federal), por que não exigir todos os softwares do objeto contratual em código aberto, em domínio público?

Por que exigiu somente o banco de dados como sendo de domínio público?

Certamente porque pretendia excluir do certame empresas que, de maneira absolutamente legal, desenvolveram seus softwares para atuar em conjunto com bancos de dados de base proprietária.

Justificar-se-á que o idealismo vale para o banco de dados, mas não vale para o software?

Não há como se justificar o injustificável...

Vê-se, portanto, inequívoco ferimento ao princípio da ampla concorrência, notadamente porque as empresas de software em atuação no mercado nacional, respaldadas pelo artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, não podem ser discriminadas por conveniências



injustificáveis ou por oportuno idealismo, notadamente quando tais idealismos ferem garantias constitucionais.

A licitação visa, dentre outros objetivos, assegurar a livre concorrência. Logo, deve propiciar ampla participação dos interessados. E como se afirmar invulnerável a livre concorrência quando há exigência restritiva impedindo um sem-número de empresas de participarem do certame?

E que fique bem claro: a justificativa absolutamente “subjética”, “filosófica” e “principlológica” que leva alguns municípios a conceder pontuação para softwares “*opensource*” ou “*freeware*” não pode ensejar que empresas que possuam bancos de dados de base proprietária sejam alijadas do processo!

Acaso mantida a exigência, dentro de um ano efetuaremos pedido de informação ao município, solicitando informações sobre as linhas de código-fonte do SGBD que foram alteradas para uso específico do município, e provaremos, ante a ausência de qualquer alteração, que de fato a exigência era meramente restritiva.

IV. DOS PEDIDOS:

Roga-se para que o presente processo licitatório seja corrigido, nos termos acima propostos.

Eis os precisos termos em que pede deferimento!

Criciúma/SC, em 23 de abril de 2025.

ERNESTO MUNIZ DE SOUZA JR.
OAB/SC 24.757