

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA SECRETÁRIA DE DIREITOS
HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – BRASÍLIA-DF**

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 1/2013 – SGPDH/SDH/PR

Processo nº 00005-007535/2012-11

UASG nº 200016

SIGMA DATASERV INFORMÁTICA S/A, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 77.166.098/0001-86, sediada em Curitiba-PR, na Travessa Pinheiro, 230 (antigo 43) – Bairro Rebouças, CEP 80230-160, comparece respeitosamente perante Vossa Excelência, para, na forma do art. 18 do Decreto 5.450/2005, apresentar

IMPUGNAÇÃO

ao Edital do Pregão Eletrônico nº 1/2013, realizado pela Secretaria de Direitos Humanos/PR, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

I. RESSALVA PRÉVIA

A Signatária manifesta, preliminarmente, seu respeito pelo trabalho do Pregoeiro, da equipe de apoio, e de todo o corpo de funcionários da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

As divergências objeto da presente impugnação referem-se unicamente à aplicação da Constituição Federal, da Lei de Licitações, da Lei do Pregão e do Decreto 5.450/2005 em relação ao procedimento licitatório em exame. Não afetam, em nada, o respeito da Signatária pela instituição e pelos ilustres profissionais que a integram.

No mais, a peticionária afirma seu total interesse e disposição em vir a prestar serviços a esta sociedade. No entanto, não pode deixar de questionar algumas inconsistências presentes no Pregão Eletrônico nº 1/2013 ora promovido.

II. SÍNTESE FÁTICA

A Secretária de Direitos Humanos, vinculada à Presidência da República, através da Secretaria de Gestão Política de Direitos Humanos, iniciou processo licitatório na modalidade Pregão Eletrônico sob nº 1/2013 que tem por objeto o “Registro de Preços para a contratação de serviços técnicos na área de tecnologia da informação, compreendendo elicitação de requisitos, análise, projeto, codificação, teste e implantação de sistemas de informação, manutenção corretiva, evolutiva e adaptativa, no modelo de fábrica de software, na forma de serviços continuados presenciais e não presenciais, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e em todos os seus anexos, independentemente de transcrição, para atendimento às necessidades da Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República – SDH/PR”.

Contudo o ato convocatório está eivado de vícios contaminado por inteiro o processo licitatório, seja porque faz exigências **vedadas** expressamente e tacitamente pela legislação em vigor, pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União e pelas Instruções Normativas do MPOG de nº 2 e 4.

Vejamos a seguir.

III. CABIMENTO E TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer a tempestividade da presente impugnação.

Em consonância com a legislação em vigor, o disposto no item 30.1 estabelece que o ato convocatório poderá ser impugnado até 2 (dois) dias uteis antes da data fixada para a abertura da sessão pública.

Assim, tendo em vista que a realização do certame será no dia 31/01/2013, o prazo para impugnar o Edital deve expirar em 28/01/2013.

Portanto, na forma da Lei (art. 18, Decreto 5.450/2005), esta licitante encaminha a presente Impugnação ao Ato Convocatório, inequivocamente, cabível e tempestiva.

IV. DA ILEGALIDADE NAS EXIGÊNCIAS PARA FINS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

No que se refere a qualificação técnica, prevê o instrumento o ato convocatório a necessidade de apresentação de atestados de capacidade técnica (o que é plenamente legal), mas acompanhados de firma reconhecida (item xxxxxx), dos contratos dos quais foram originados (Item xxx) e das

respectivas notas fiscais/faturas da prestação do serviço (item xxx). No entanto, tais exigências são flagrantemente ilegais e, também por isso, restringem ilegalmente a participação no certame e devem ser extirpadas do instrumento convocatório como será claramente demonstrado adiante.

a. **DA ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CONTRATOS E NOTA FISCAL PARA VALIDAÇÃO DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA**

O item 9.5.7 do Edital determina:

“12.2.4.3. Atestado (s) de capacidade técnica, fornecido (s) por pessoa (s) jurídica (s) de direito público ou privado, comprovando que a licitante executou atividades compatíveis em características com o objeto desta licitação e nota fiscal/fatura ou documento equivalente referente ao atestado apresentado que comprove a devida prestação dos serviços descritos, subitens 22.3.1 do Termo de Referência;”

Além disso, a Tabela 16 (Dados mínimos do Atestado de Capacidade), em seu item 14 (ID 14) prevê a apresentação de contratos como forma de identificação do atestado.

É este o item impugnado.

A ilegalidade constante no Edital consiste, mais especificamente, em exigir que os licitantes apresentem, para comprovar sua qualificação técnica, não só Atestados de Capacidade Técnica, emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado às quais já tenha prestado serviço, como também os seus respectivos contratos e notas fiscais/faturas.

Tais exigências infringem, como demonstraremos, dispositivos da Lei nº 8.666/93 e os princípios que devem nortear a relação da Administração com o particular, no âmbito do procedimento licitatório.

Dispõe o artigo 30 da Lei 8.666/93:

“Art. 30 A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
(...)”

II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequado e disponível para realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos. (...)”

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do caput deste artigo, no caso de licitações pertinentes a obras e serviços, **será feita por atestados** fornecidos por pessoas ou jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (...)”

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação”.

Uma leitura atenta do **artigo 30 da Lei de Licitações** e seus respectivos incisos e parágrafos nos leva inequivocamente a concluir pela ilegalidade da exigência da apresentação do contrato junto aos Atestados de Capacidade Técnica pelas licitantes.

O *caput* do referido artigo é bastante claro ao anunciar que ele elenca **apenas aquilo o que é permitido** à Administração exigir para fins de comprovação da aptidão técnica da empresa. Delimita, assim, o limite máximo de exigências que pode ser feito ao particular.

Ora, para se avaliar a experiência anterior dos licitantes – seja na habilitação, seja no âmbito do julgamento da proposta técnica – basta o exame dos atestados apresentados (que já reproduzem os dados necessários à avaliação dos serviços prestados). Não é exigível que sejam também apresentados pelos licitantes os contratos que deram origem a esses atestados, nem mesmo as notas fiscais/faturas.

É inegável que, assim como o artigo 27 da Lei de Licitações limita as exigências que a Administração Pública pode fazer na fase de Habilitação da empresa ao procedimento licitatório, o artigo 30 destina-se a especificar o que

pode ser exigido como quesito de qualificação técnica na licitação, em termos não só de “aptidões” que a licitante deve possuir, como também de documentação exigida para comprová-la.

Para além dessas exigências, a Lei faculta à Comissão apenas a possibilidade de “promover diligências destinadas a esclarecer ou complementar a instrução do processo” (art. 43, § 3º da Lei 8.666/93).

Na ausência de qualquer previsão legal expressa de que devem os Atestados de Capacidade Técnica apresentados pelas licitantes vir acompanhados de seus respectivos contratos, entende-se abusiva e ilegal a exigência de apresentação de contratos constante no edital acima referido.

Ressalte-se que este entendimento não é fruto de uma leitura excessivamente formalista e restritiva da Lei 8.666/93, mas encontra amparo na própria Constituição Federal e na interpretação doutrinária dominante acerca do disposto no artigo 30 da Lei de Licitações.

Conforme prevê o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal:

“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 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 (grifo nosso)”.

A respeito do dispositivo constitucional acima citado e do disposto no artigo 30 da Lei 8.666/9, ensina Marçal Justen Filho que:

“a legislação vigente não proíbe as exigências de qualificação técnica, mas reprime exigências desnecessárias ou meramente formais (...) Especialmente em virtude da regra constitucional (artigo 37, XXI), somente poderão ser impostas exigências compatíveis com o mínimo de segurança da Administração Pública. A regra é sempre a mesma: não poderão ser impostas exigências excessivas ou inadequadas” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p. 305-306).

E continua, mais adiante:

“na linha de proibir cláusulas desarrazoadas, estabeleceu-se que somente podem ser previstas no ato convocatório exigências autorizadas na Lei (art. 30, § 5º). Portanto, estão excluídas tanto as cláusulas expressamente reprovadas pela Lei 8.666 como aquelas não expressamente por ela permitidas (idem, p. 310)”

Sobre o assunto pronuncia-se também Carlos Pinto Coelho Motta, aludindo ao papel de “guardião” do princípio da igualdade desempenhado pelas limitações impostas pelo artigo 30 da Lei de Licitações:

“Os chamados ‘requisitos limítrofes’ da habilitação, circunscritos por lei (arts. 27 ao 31 da lei 8.666/93) e autorizados pela própria Carta Magna (art. 37, XXI), situam-se em favor do princípio da igualdade, estabelecendo critérios para a delimitação do que, em última análise, representará a ‘idoneidade’ do proponente em dada licitação” (MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos, p. 227).

Para além da inequívoca ilegalidade da exigência de que a licitante apresente não só atestados, mas também seus respectivos contratos - com a finalidade de comprovar sua qualificação técnica para fins de avaliação de sua proposta técnica – **está também E PRINCIPALMENTE a discrepância de tal exigência em relação tanto às normas que regem os contratos na esfera privada**, quanto ao próprio sentido das exigências relativas à qualificação técnica da empresa no procedimento licitatório.

A relação entre o particular e a Administração Pública, bem como o contrato entre ambos celebrado é, como se sabe, regida por regras e princípios específicos, com vistas a garantir o melhor atendimento do interesse público. O requisito de forma escrita do contrato administrativo está previsto no § único do art. 4º da Lei 8.666/93.

Essas mesmas regras, no entanto, não se aplicam à relação entre entes privados, cuja dinâmica emerge de base totalmente distinta, ancorada na autonomia da vontade, cuja validade não depende, necessariamente, de forma

especial, conforme preceituam os **artigos 104, III¹ e 107², ambos do Código Civil Brasileiro**, quando tratam dos negócios jurídicos.

Assim sendo, os contratos, entendidos em sentido amplo como livre expressão da vontade das partes, não necessariamente precisam ser formalizados, e tampouco seguem a forma escrita, para existir. Isto quer dizer que, especialmente na esfera privada, não há a obrigatoriedade de existir um “*Contrato*” para dar início à prestação de serviços e a todas as obrigações e direitos dela decorrentes.

Há clientes desta Signatária (e possivelmente também de outras licitantes), **no âmbito da iniciativa privada**, que adotam procedimento diverso, como, por exemplo, a expedição de pedido de compra e/ou de ordem de serviço em resposta a uma proposta comercial, sem que para isso seja propriamente lavrado um “contrato”.

Em face dessa realidade, a exigência constante no Edital da CGU é problemática porque, além de notadamente ilegal, pode ser materialmente impossível de ser atendida por alguns dos licitantes.

Isso prejudicaria a avaliação da qualificação técnica de licitantes plenamente capacitados e cujos serviços prestados a outros particulares não estejam assentados em “*contratos*” (aqui no seu sentido formal, ou seja, de um instrumento contratual), sendo assim não-passíveis de comprovação formal (embora sejam comprovados de forma inequívoca pelos próprios atestados, na forma da lei ou, o que se coloca apenas para argumentar, por outros documentos com a mesma força probatória – como uma ordem de serviço, um pedido de compra ou uma nota fiscal).

Ora, a ‘qualificação técnica’, como bem define Marçal Justen Filho, “*consiste [em termos sumários] na aptidão teórica e prática para execução do objeto a ser contratado*” (Comentários. Cit., p. 300).

¹ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:(...)

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

² Art. 107 - A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir

Tal aptidão, por sua vez, deriva da experiência anterior da empresa na execução de serviços similares, que comprovem a aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível ao objeto licitado (art. 30, II e § 3º da Lei 8.666/93).

Nesse sentido, a exigência constante no instrumento convocatório configura-se, além de formalista, descabida: se o que importa é que o licitante comprove a sua qualificação técnica, através de Atestados de Capacidade Técnica, não faz sentido desconsiderar o serviço prestado e, conseqüentemente, a real experiência que a licitante possui, em função da ausência de um documento formal, qual seja, de um contrato escrito celebrado entre a licitante e a empresa à qual o serviço foi prestado.

Veja-se que o Tribunal de Contas da União corrobora a tese da Signatária:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente Representação, uma vez satisfeitos os requisitos de admissibilidade, previstos no inc. VII do art. 237 do Regimento Interno c/c o § 1º do art. 113 da Lei 8.666/93, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. fixar, com fulcro no inc. IX do art. 71 da Constituição Federal c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992 e com o art. 251 do Regimento Interno desta Corte, o prazo de sessenta dias para que o Departamento de Logística do Exército Brasileiro/Ministério da Defesa:

(...)

9.2.2.6. EVITAR EXIGÊNCIA DE OS ATESTADOS TÉCNICOS SEREM ACOMPANHADOS DE CÓPIAS DAS PÁGINAS DOS CONTRATOS CORRESPONDENTES (A EXEMPLO DO ITEM 1.1 DO ANEXO D);

(Acórdão 2024/2007 – Plenário – TCU – Relator Min. AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI, DOU 28/09/2007)

Indo adiante, a exigência padece de absoluta falta de razoabilidade. Não é razoável exigir dos licitantes que, no âmbito da proposta técnica, apresentem, além dos atestados comprovando a execução anterior de serviços similares aos do Edital, os respectivos contratos. Ora, a exigência não encontra amparo racional: se o serviço é comprovado por atestados, não é necessária a apresentação dos respectivos contratos (exceto, é claro, em caso de fundada dúvida a respeito do teor do atestado, caso que a Lei confere a prerrogativa da diligência ao administrador).

Em outras palavras, a exigência formulada no Edital não se presta a qualquer finalidade – senão restringir (sem qualquer motivação) a forma de comprovação dos requisitos exigidos em sede de habilitação, **restringindo indevidamente a participação idônea de empresas que tenham clientes na iniciativa privada, onde os contratos não possuem requisito de forma.** Nem mesmo visa ao atendimento do interesse público que, como demonstrado acima, pode ser resguardado pela realização de diligências (art. 43, §3º, da Lei 8.666/93), em caso de qualquer dúvida a respeito dos atestados apresentados juntamente com a proposta.

b. DA NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DE FIRMA DOS ATESTADOS – POSSIBILIDADE DE COMPROVAR A AUTENTICIDADE POR OUTRAS VIAS – DESVIO DE FINALIDADE

No ***item 12 da Tabela 16*** que trata da qualificação técnica das licitantes, exige o Edital a apresentação de atestados de capacidade técnica com firma reconhecida, se emitidos por pessoa jurídica de direito privado:

Entretanto, não há necessidade e até mesmo fundamento legal para a mencionada exigência. Vejamos: nos termos da Lei 8.666/93, “Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados **em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial**”.

Ou seja, são diversas as formas de comprovar a autenticidade dos documentos de habilitação, podendo inclusive a licitante preferir levar a via original e uma cópia para que a Administração a autentique no ato.

Logo, a manutenção da exigência de firma reconhecida desvia a finalidade da qualificação técnica, porque é perfeitamente dispensável ante as outras formas de comprovação (a exemplo da cópia autenticada e da apresentação dos originais).

Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, considerando, inclusive, que a falta de reconhecimento de firma é mera irregularidade, passível de ser saneada sem prejuízo ao interesse público:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE RECONHECIMENTO DE FIRMA EM CERTAME LICITATÓRIO.

1. A ausência de reconhecimento de firma é mera irregularidade formal, passível de ser suprida em certame licitatório, em face dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

2. Recurso especial improvido”.

(STJ, REsp 542333 / RS Rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, j. 20/10/2005).

“(…) PREVALÊNCIA DA SUBSTÂNCIA DO ATO EM DETRIMENTO DA FORMA. NÃO OCORRÊNCIA DE LESÃO AOS PRINCÍPIOS DE LEGALIDADE, MORALIDADE, PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIAS DOS ATOS PÚBLICOS. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

(…) 2. Mera particularidade formal na composição de documento, sequer classificada como irregularidade, não possui o condão de prejudicar

os pressupostos de legalidade do ato administrativo praticado, dentre os quais cite-se a impessoalidade, moralidade, publicidade e transparência”.

(STJ, RMS 18254 / RS, Rel. Ministro José Delgado, 1ª Turma, j. 19/05/2005).

Mesmo porque, “o princípio da finalidade (...) representa o atendimento ao interesse público descrito e almejado na norma jurídica, seja essa norma,

*regra ou princípio, visando ao eficaz atendimento das necessidades sociais e à realização de justiça*³.

Ademais, e considerando que a licitação sempre deve visar ampliar o universo de competidores, as normas do edital devem ser interpretadas em favor da ampliação da disputa.

A Lei 8.666/93, quando dispõe sobre a documentação que poderá ser exigida para fins de aferição da qualificação técnica das licitantes, prevê:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica **LIMITAR-SE-Á A:**

- I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
- II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
- III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
- IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

- I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;
- II - [\(Vetado\)](#).
- a) [\(Vetado\)](#).
- b) [\(Vetado\)](#).

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

³ SIQUEIRA, Mateus Eduardo; BERTONCINI, Nunes. Princípios de Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 169-170.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, **ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.**

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

§ 7º [\(Vetado\)](#).

I - [\(Vetado\)](#).

II - [\(Vetado\)](#).

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração. [\(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

Ora, da leitura do artigo supra, verifica-se que **em nenhum momento** a lei menciona a possibilidade de exigir das licitantes o reconhecimento da assinatura do emitente do atestado de capacidade técnica.

Pela leitura do já citado art. 104, III do Código Civil, “A validade do negócio jurídico requer: III - **forma prescrita ou não defesa em lei**”.

E a Lei de Licitações, assim como o Código Civil, não condicionam a validade do atestado de capacidade técnica a esse requisito.

Suponha-se que determinado licitante (o que pode ser o caso desta Impugnante), possua em seu poder atestado de capacidade técnica anteriormente emitido por pessoa que não mais esteja vinculada à pessoa jurídica que o emitiu (ou que resida em outra cidade, ou até mesmo que já tenha falecido). **Como obter reconhecimento da firma no escasso prazo do pregão?**

Aqui, novamente, a Administração pode lançar mão de seu poder de polícia para efetuar diligências e comprovar a veracidade das informações, sem para tanto restringir indevidamente a competição.

Por isso, referida exigência causa afronta direta ao princípio da legalidade (art. 37, *caput* da CF), segundo o qual à Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

Consoante as lições de Carlos Ari Sundfeld, “a ligação da Administração Pública com a lei é, portanto, extensa e inafastável, podendo ser resumida como segue: a) seus atos não podem contrariar, implícita ou explicitamente, a letra, o espírito ou a finalidade da lei; b) a Administração não pode agir quando a lei não autorize expressamente, pelo que **nada pode exigir ou vedar aos particulares que não esteja previamente imposto nela**”.⁴ (g.n.)

Além de a referida exigência ser ilegal, caso a Administração suspeite da veracidade da assinatura ou das informações prestadas no atestado de capacidade técnica, deve valer-se da possibilidade de realização de diligência, prevista no §3º do art. 43 da Lei 8.666/93:

Art. 43 § 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta. (g.n.)

Diante disso, poderá ocorrer a situação da experiência da licitante existir, mas não poder ser comprovada devido à exigência completamente ilegal em comento, causando, por conseguinte, uma violação ao princípio da competitividade, na medida em que nem todas as licitantes que detêm experiência nos itens licitados poderão concorrer, simplesmente por não possuírem o reconhecimento da firma do emitente do atestado.

⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 30.

Diante do exposto, e da ilegalidade da exigência supra, requer seja a mesma suprimida do edital, e o mesmo republicado, tendo em vista alterar a formulação das propostas (art. 21, §4º Lei 8.666/93).

V. DA ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO DE PATAMARES MÍNIMOS DE SALÁRIOS

O Edital em epígrafe traz em seu item 14, Tabela 18 (Salários de Mercado dos Perfis Profissionais), que as propostas das licitantes terão os valores da cotação dos perfis profissionais comparados com a referida tabela para fins de análise de viabilidade da proposta. Para isso, apresenta quatro “*pesquisas salariais*” extraídas de meios eletrônicos (internet).

Inicialmente, cabe desqualificar as pesquisas apresentadas.

Não há qualquer base técnica, legal ou científica que autorize a adoção de tais pesquisas salariais como critérios de julgamento de propostas em licitação: não se conhece a base amostral empregada para avaliar tais salários, as empresas que delas participaram, o seu espaço geográfico preciso de execução, muito menos quais “cargos” constantes da pesquisa seriam exatamente adequados à execução do contrato ora em licitação e em qual proporção. Mal comparando, poderíamos dizer que a referida pesquisa possui “margem de erro” muito maior do que a de determinadas pesquisas eleitorais que não se mostraram merecedoras de credibilidade.

Por sinal, uma das “pesquisas” apresentadas ressalva, corretamente, que “***o objetivo da pesquisa não é estabelecer uma tabela de preços para profissionais de informática e sim fornecer uma referência***” (<http://www.apinfo.com/p12sal-df.htm>. Acesso em 28/01/2013).

Outra delas diz que “***A pesquisa abaixo toma como média o valor pago pelas empresas a especialistas em TI na região metropolitana de São Paulo. Os valores podem ser, em média, até 30% menores para vagas no interior do Brasil ou capitais com economias menos dinâmicas***” (<http://info.abril.com.br/carreira/salarios/>. Acesso em 28/01/2013).

Portanto, a referida pesquisa não pode balizar qualquer julgamento, em respeito ao preceito legal do julgamento objetivo.

Além disso, em um segundo momento, mesmo que estas pesquisas fossem providas de um critério metodológico rigoroso, ocorre que, esta prática, se não for meramente referencial, configura estipulação de valores mínimos a serem propostos pelos licitantes, prática vedada pelo artigo 40, inciso X da Lei n 8.666/93:

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

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos **e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência**, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;” (g.n.).”

Ainda, referida determinação é reprovada pelo Tribunal de Contas da União, conforme se verifica em decisão do Acórdão nº. 1.699/2007 do Plenário (Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça):

“6.8 Ademais, convém lembrar que o entendimento predominante nesta Corte é pela **inadequação da prefixação de valor mínimo de salário em processo de licitação** (Acórdãos nºs 657/2004, 1.094/2004, 264/2006 e 1.264/2006 - Plenário), ressalvados, no entanto, os pisos remuneratórios estabelecidos em convenções ou acordos coletivos de trabalho.

6.9 Dessa maneira, a fixação editalícia do valor mínimo de remuneração é desarrazoada e não se harmoniza com o estabelecido no art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos da Agência, [sendo] desconforme também com o entendimento predominante nesta Corte de Contas.”

Confirmando o entendimento, cumpre também citar trecho do Acórdão nº. 657/2007 do Plenário do TCU (Relator: Ministro Marcos Bemquerer):

“e) embora compreensível, a preocupação da administração do Iphan com a exequibilidade da proposta vencedora não deve ser garantida pela definição dos salários que pretende pagar; **o levantamento dos salários praticados pelo mercado poderia funcionar como estimativa de preços, tendo um papel indicativo e não como uma prefixação a ser observada pelos licitantes**; se fosse o caso, caberia ao edital conter a exigência de que se observassem os valores vigentes no mercado para aquela categoria profissional, podendo-se desclassificar propostas que apresentassem valor simbólico, irrisório ou totalmente desconforme.”

Também neste sentido, subscreve-se trecho do Acórdão nº. 1094/2004 do Plenário do TCU (Relator: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti):

“13.Com relação à fixação da remuneração mínima e dos benefícios a serem pagos aos empregados da contratada, os responsáveis argumentam, como nova alegação, que tal exigência objetivou assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias pela contratada, tendo em vista a responsabilidade solidária da Administração.

14.Já foi explicitado neste processo que **a fixação de valores mínimos de remuneração nada mais é do que a fixação de preços mínimos para a licitação, uma vez que o salário se constitui no principal componente do preço no contrato de prestação de serviços. Portanto, a exigência viola o disposto no art. 40, inciso X, da Lei 8.666/93.**”

Como bem entende o Tribunal de Contas, a estipulação de patamar mínimo de salários vai além dos limites da Administração para regulamentar um Edital, além de constituir um meio impróprio de garantia sobre a qualidade dos serviços. O máximo que o administrador pode fazer, portanto, é determinar um mínimo necessário de exigências, nas quais não se inclui a usurpação da competência privada, que neste caso é reservada EXCLUSIVAMENTE às Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho, inclusive com força de Lei, por força do disposto no Art. 7º, XXVI da Constituição da República.

Logo, aos licitantes basta, única e exclusivamente, cumprir o piso salarial mínimo estabelecido nas Convenções Coletivas aplicáveis, sendo qualquer fixação salarial “extra” considerada ilegal.

Neste sentido compre citar, ainda, os seguintes acórdãos, todos do Plenário do Tribunal de Contas da União:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator em:(...)”

9.4. determinar ao Departamento de Administração do Ministério das Relações Exteriores que, quando da abertura de novo(s) procedimento(s) licitatório(s) em substituição à Concorrência 02/2004, observe o disposto no art. 3º da Lei 8.666/93 e os seguintes preceitos na elaboração do(s) edital(ais):

9.4.1. ABSTENHA-SE DE:(...)

9.4.1.7. ESTABELEÇER PREÇOS MÍNIMOS OU PATAMARES DE REMUNERAÇÃO MÍNIMA A SER PAGA AOS PROFISSIONAIS A SEREM CONTRATADOS PELA EVENTUAL VENCEDORA DA LICITAÇÃO, TENDO EM VISTA A PROIBIÇÃO CONTIDA NO INCISO X DO ART. 40 DA LEI 8.666/93;” (G.N.)

(TCU, Acórdão 264/2006 – Plenário, rel. Ministro Valmir Campelo, DOU 15/03/2006).

“Determinações: ao Instituto Nacional de Tecnologia da Informação - ITI/PR

1.1 que quando do lançamento de futuros procedimentos licitatórios, em especial ao que se referir à substituição da Concorrência n.º 01/2006, observe os seguintes preceitos:

1.1.1 ABSTENHA-SE DE INCLUIR NOS EDITAIS DE LICITAÇÃO EXIGÊNCIAS QUE VIOLEM O PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE, DA SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA E REPRESENTEM INVASÃO À ESFERA DE VONTADE DO PARTICULAR, A EXEMPLO DA FIXAÇÃO DE SALÁRIOS DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS (RESSALVADOS OS PISOS REMUNERATÓRIOS ESTABELECIDOS POR ACORDOS COLETIVOS DE TRABALHO), determinação do valor do vale-transporte e cotação de tíquete alimentação e de plano de saúde para prestadores de serviços e da obrigação de o licitante cotar a destinação de recursos para custear a seleção, capacitação e treinamento de pessoal;”(g.n.)

(TCU Acórdão 190/2007 - Plenário)

E não obstante as reiteradas decisões a respeito do tema, a Instrução Normativa de número 4 (IN nº 4) - editada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MPOG) igualmente condena a prática de fixação salarial mínima em Editais de Licitação:

“Art. 1º “As contratações de serviços de Tecnologia da Informação pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Informação e Informática - SISP serão disciplinadas por esta Instrução Normativa”.(...)

Art. 6º **É vedado:**

II - **prever em edital a remuneração dos funcionários dos fornecedores;**” (original sem grifos)

Assim, a Administração Pública deve obediência estrita aos comandos da lei e da referida Instrução Normativa. Logo, a questão ora impugnada, sequer poderia ter sido inserida no edital, em razão do princípio da legalidade e em respeito à legalidade e moralidade Administrativa, dada a expressa vedação por parte da legislação e da jurisprudência.

Deste modo, fica clara a impossibilidade de se fazer constar no Edital de licitação valores mínimos a serem pagos aos funcionários da futura contratada para a realização dos serviços objeto do certame, por configurar fixação de valores legalmente vedados.

No mais, a referida estipulação ainda contraria a própria finalidade da licitação, que é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, ou seja, a contratação da proposta que atenda em grau máximo o critério de vantajosidade eleito, neste caso, o **MENOR PREÇO**, que é o único tipo admitido para licitações na modalidade Pregão Eletrônico.

Portanto, realizar a contratação para a prestação de serviços através de licitação do tipo menor preço, estipulando os valores **MÍNIMOS** a serem pagos aos prestadores do serviço contraria os princípios básicos da licitação, como legalidade e moralidade, além de afrontar a própria finalidade do certame, que é a seleção da proposta de **menor preço**.

Por fim, requer-se seja declarado de forma evidente que todos os valores inseridos na Tabela 18 do Termo de Referência são meramente estimativos, não vinculando em nenhum momento a formulação da proposta de preços das licitantes.

VI. DA NECESSIDADE DE REPUBLICAÇÃO DO EDITAL E REABERTURA DOS PRAZOS (ART. 21, § 4º, DA LEI 8666/93)

A Signatária aponta que as alterações ora pleiteadas modificam a substância do ato convocatório e, inclusive, as condições de formulação das propostas. Não haverá outra solução, *data venia*, senão a republicação do edital e a reabertura do prazo para a elaboração de propostas.

JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, a este respeito, bem ensina:

“As regras do edital não são imutáveis; sobrevindo motivo de interesse público, deve e pode a Administração modificá-las, na medida em que bastar para atender ao interesse público, desde, é curial, que o faça antes de iniciada a competição. Nessas circunstâncias, a lei exige a reabertura do prazo por inteiro, a contar da divulgação da mudança introduzida, pelo mesmo modo em que se deu a de versão original do ato convocatório alterado”⁵. (grifei)

Então, trata-se da única forma de se preservar o caráter competitivo do presente pregão, possibilitando a outros licitantes a formulação de suas respectivas propostas para participar do certame.

Assim, pede-se que este Órgão republique o edital em questão, nos termos do disposto no artigo 21, § 4º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

VII. DO PEDIDO

Face ao exposto a Signatária requer, respeitosamente, que seja a presente impugnação recebida e conhecida pela Administração, sendo atribuído o efeito suspensivo, conforme o §2º do Art. 109 da Lei de Licitações,

⁵ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 257-258.

para que as ilegalidades sejam afastadas antes do prosseguimento do certame.

Diante da fundamentação aqui apresentada e dos elementos legais, doutrinários e jurisprudenciais colecionados no presente instrumento, cumpre à Impugnante concluir afirmando que o presente Edital de Pregão Eletrônico nº 1/2013 contraria as normas instituídas, pois exige que os atestados de capacidade técnica para fins de qualificação técnica sejam apresentados com firma reconhecida, juntamente com cópias dos respectivos contratos e notas fiscais/faturas, **sem nenhum amparo legal**, o que restringe injustificadamente a participação no certame.

Além disso, conclui-se que as pesquisas salariais apresentadas na Tabela 18, serão consideradas apenas como referências de modo a melhor embasar as propostas das proponentes, sem que esta vincule a patamares salariais mínimos as propostas apresentadas, seja por expressa vedação legal (conforme art. 40, X, da Lei 8.666/93), seja porque as pesquisas apresentadas são desprovidas de uma metodologia criteriosa e que leve em conta as peculiaridades (região, tamanho de empresa, qualificação, etc) na composição da média dos valores salariais de cada perfil profissional.

Portanto, requer, seja retirada do rol de exigências para a validação dos atestados de capacidade técnica a necessidade de apresentação deste com firma reconhecida, juntamente com cópias dos contratos e notas fiscais/faturas que lhes deram origem, pois tal exigência mostra-se ilegal e incompatível com o ordenamento jurídico conforme demonstrado na fundamentação acima.

Posteriormente, pugna-se pela republicação do Edital, com a reabertura dos respectivos prazos, em obediência ao art. 21, § 4º da Lei 8.666/93 (*Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas*).

Por fim, em caso de indeferimento ou de ausência de resposta à presente impugnação no prazo previsto no art. 18, § 1º do Decreto 5.450/2005, a Signatária requererá as providências cabíveis ao Tribunal de Contas da União, conforme lhe autoriza o §1º do art. 113 da Lei nº. 8.666/1993.

Nestes Termos,

Pede deferimento.

Curitiba, 28 de janeiro de 2012.

SIGMA DATASERV INFORMÁTICA S/A



Dante Barleta Neto

OAB/PR nº. 60.500