

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO MUNICÍPIO DE LACERDÓPOLIS -
SANTA CATARINA**

**PROCESSO DE LICITAÇÃO N. 21/2023
EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL N.: 15/2023**

BETHA SISTEMAS LTDA, sociedade constituída sob a forma de responsabilidade limitada, sediada na Rua Júlio Gaidzinski, nº 320, bairro Pio Corrêa, em Criciúma/SC - CEP 88811-000, inscrita no CNPJ sob o nº 00.456.865-0001-67, regularmente representada, vem respeitosamente à presença Vossa Senhoria, nos termos em que lhe autoriza a Lei Federal n. 8.666/93, para apresentar **IMPUGNAÇÃO** face aos termos do edital supramencionado, o que faz consoante as razões de fato e de direito adiante expostas:

1. DA TEMPESTIVIDADE

O item 1.1 do Edital de licitação em epígrafe, assegura aos interessados, o direito de protocolar impugnação no prazo de até 2 (dois) dias úteis antes da data aprazada para a realização do certame, senão vejamos:

1.1 – Decairá do direito de impugnar os termos deste edital aquele que não o fizer **até 02 (dois) dias úteis antes da data designada para a realização do Pregão**, apontando de forma clara e objetiva as falhas e/ou irregularidades que entende viciarem o mesmo. [Grifo Nosso]

Assim, considerando a forma de contagem dos prazos prevista no artigo 110 da Lei n. 8.666/93 e a data fixada para abertura dos envelopes (04/06/2024), tem-se como tempestiva a impugnação protocolada nesta data.

2. DO CABIMENTO

A impugnação em licitações é um instrumento jurídico que permite que interessados contestem aspectos do edital ou do processo licitatório que, estejam em desacordo com a legislação aplicável, ou seja, trata-se o presente de um meio de assegurar o respeito aos princípios da legalidade, isonomia, competitividade e transparência que regem as licitações públicas, que será pleiteado e devidamente fundamentado no corpo do petítório.

O cabimento desta se fundamenta na necessidade de garantir que o processo de contratação pública seja conduzido de acordo com as normas e princípios estabelecidos na legislação vigente. Este petítório é o mecanismo que permite a esta licitante interessada questionar as irregularidades, ilegalidades ou inconformidades no edital e processo licitatório, visando única e exclusivamente sua regularização e uma possibilidade de participação justa e igualitária, dentro da realidade de mercado.

Os argumentos em tela estão devidamente fundamentados e demonstram a violação das normas legais ou regulamentares. Esses argumentos de forma clara e objetiva, apontam as tais irregularidades e indicam as disposições legais desrespeitadas. A fundamentação tem base e sustentação legal, cabendo tão somente sua aceitação e a reforma nos pontos indicados.

Sabe-se que a administração pública tem o dever de analisar as impugnações de forma criteriosa e fundamentada, neste caso, pleiteia-se pelas adequações necessárias no edital para corrigir as irregularidades apontadas, com respectiva suspensão e republicação, nos termos legais.

Assim, objetivando a ampla participação de interessados, inclusive o desta empresa, seguem os fatos e fundamentos abaixo no tocante aos itens narrados, reputando-se respeitoso o atendimento ao prazo estabelecido no Edital, a qual nos referimos respeitosamente.

3. DAS QUESTÕES PRELIMINARES

3.1 Da disponibilidade dos sistemas

O Termo de Referência que compõem o instrumento convocatório traz dizeres que dão a entender que o software a ser contratado deverá possuir alta disponibilidade.

Na justificativa apresentada no item 2, pág. 5, este município aponta a busca por solução de tecnologia que possua disponibilidade dos sistemas (24h, 7 dias por semana), repetindo a periodicidade perpétua no item 3.6.8.6, página 13, que trata do serviço de gerenciamento de data center, senão vejamos:

Quanto a tecnologia escolhida, tem-se que diversos são os fornecedores desse tipo de sistemas, não havendo qualquer prejuízo a competitividade. Bem como, diversas outras entidades públicas vêm se alinhado com a adoção de sistemas de última geração nesse tipo de plataforma, pautados na democratização do acesso por dispositivos móveis (tablets, celulares, notebooks), alta disponibilidade (24h, 7 dias por semana), na facilidade de manutenção e uso (remota, de qualquer lugar com acesso à internet e qualquer aparelho com Android, Linux, Windows ou Mac/Ios), na redução de custos (sem necessidade de investimentos locais com CPD) e na segurança da informação. Atendendo esses quesitos básicos, atualmente vem despontando como solução mais moderna, a tecnologia de computação em nuvem.

3.6.8 Para garantir segurança e disponibilidade o ambiente computacional oferecido deverá, no mínimo conter recursos suficientes ao processamento e ao armazenamento de informações a serem controladas com o sistema de gestão ofertado, dentre eles:

- 3.6.8.1 Links de internet redundantes;
- 3.6.8.2 Fontes de energia redundantes, no mínimo uma de concessionária de energia e outra de grupo(s) de gerador(es);
- 3.6.8.3 Hardware's redundantes (Ambiente de DR – Disaster Recovery);
- 3.6.8.4 Tecnologia de virtualização;
- 3.6.8.5 Backup de todo o ambiente do Data Center (Máquinas, Banco de Dados, Imagens e Arquivos);
- 3.6.8.6 Administração 24 X 7 (vinte e quatro horas, sete dias por semana).

A garantia física de no mínimo 24/7 (100%), levanta questões importantes sobre a viabilidade e razoabilidade dessa exigência. Embora a busca pela excelência na prestação de serviços seja louvável, é fundamental considerar as limitações da tecnologia e a prática mercantil atual ao estabelecer requisitos tão rigorosos.

Destaca-se que a garantia física de 100% é altamente restritiva e, em muitos casos, pode ser considerada irrealista. A tecnologia atual, mesmo com os avanços constantes, não consegue garantir um nível de serviço tão próximo da perfeição, uma vez que eventos imprevisíveis, como falhas de hardware, interrupções de rede e desastres naturais, podem impactar a disponibilidade dos serviços.

No entanto, o TR volta a tratar sobre a disponibilidade dos sistemas no item 3.1.18. (pág. 7), exigindo a garantia do acesso por 95% do tempo de cada mês civil brasileiro:

3.1.18. A garantia da disponibilidade mínima do sistema contratado deverá ser de 95% do tempo de cada mês civil brasileiro. Eventuais manutenções do sistema deverão ser programadas e realizadas fora do horário de expediente do ente público.

De acordo com a prática mercantil e o entendimento do mercado, é comum que empresas de data centers certificadas Tier III sejam vistas como fornecedores confiáveis, capazes de oferecer níveis de serviço sólidos e adequados para a maioria das organizações, como é o caso desta Requerente, motivo pelo qual, requer que o item IV (pág. 28) seja adequado a prática de mercado, possibilitando a participação de empresas que atendam percentual de 96% de disponibilidade em cada mês civil.

Os ditames do TR não são claros em estabelecer a periodicidade mínima de disponibilidade do sistema, uma hora tratando como 24/7, e noutro ponto da instrução, estabelecer a disponibilidade como 95% do tempo do mês civil brasileiro.

É primordial esclarecer que a disponibilidade considera períodos como finais de semana, feriados e período noturno. Assim, considerando a atuação desta Municipalidade em horário comercial, o pedido de disponibilidade de 96% é o que se espera. Por todo exposto, **QUESTIONA-SE:** empresas que atendem uma porcentagem menor, como 95% ou 96%, não estão aptas à participação do certame?

3. DOS ARGUMENTOS DE IMPUGNAÇÃO

3.1 Da vedação legal quanto à disponibilidade de acesso ao banco de dados acompanhado do dicionário de dados

O Termo de Referência que acompanha o Edital em questão limita a ampla participação desta e de outras empresas de softwares, uma vez que determina às fornecedoras a obrigação do fornecimento da base de dados em utilização, com o fornecimento do respectivo dicionário de dados, sempre que necessário:

h) **fornecer o Banco de Dados utilizado**, bem como as licenças para esta CONTRATANTE, **caso seja necessário**;

[...]

j) fornecer mecanismo para monitoramento e **download de cópia dos dados**, em formato legível a CONTRATANTE, em extensão própria (txt ou csv), **juntamente com o fornecimento do dicionário de dados**, a ser realizado por usuário do quadro da CONTRATANTE com conhecimento técnico e expressamente autorizado;

l) **fornecer o Banco de Dados utilizado**, bem como as licenças para esta CONTRATANTE, caso seja necessário, face a necessidade de manter banco de dados local em execução, com dados obtidos por meio de formato legível em extensão própria (txt ou csv), **fornecido juntamente com o dicionário de dados**;

[...]

o) **após a rescisão do contrato**, fornecer cópia dos dados em formato legível a CONTRATANTE, em extensão própria (txt ou csv), **juntamente com o fornecimento do dicionário de dados** e senhas necessárias para acesso completo aos dados e permitir por período de 24 meses acesso a plataforma WEB com permissão de consulta a todos os relatórios e cadastros dos sistemas contratados; (Grifo nosso)

A Lei nº 9.609 de 1998, assegura às empresas de software proteção à propriedade intelectual do programa de computador em todo território nacional. Determinar às empresas a obrigação de fornecer o banco de dados com o respectivo dicionário é expor a modelagem do sistema, o que possibilita livre acesso a forma com que esta estruturou e desenvolveu suas soluções, informação absolutamente sigilosa, análoga à segredo industrial.

Sobre o tema, por analogia, transcreve-se a decisão da 4ª Câmara de Direito Público:

Registre-se, ademais, que a **matéria em discussão possivelmente avança sobre proteção da propriedade intelectual de programa de computador**, haja vista que trata de "programação", "modelagem de base de dados" e "código-fonte", particularidade que deve ser examinada com precaução sob as luzes da norma de regência.

Tal premissa torna-se verdadeira, quando se verifica que o formato "Dumps de bancos de dados normalmente são publicados por software livre e projetos de conteúdo livre, para permitir reuso ou bifurcação de banco de dados". (https://pt.wikipedia.org/wiki/Dump_de_banco_de_dados). Não são, portanto, disponibilizados livremente em sistemas/programas informatizados com códigos-fonte fechados e que tenham valor comercial, como é o caso do objeto licitado.

Nessa ambiência, revela-se prudente o deferimento do efeito suspensivo pleiteado, ante a presença de plausibilidade do direito aventado, sobretudo quando **existem indícios de que o requerimento do ente público possa violar a Lei n. 9.609/1998**. [Grifo Nosso]

Destaca-se que não há qualquer necessidade ou justificativa do Poder Público em ter acesso ao Banco de Dados em utilização, ainda mais com acesso ao dicionário de dados, haja vista que **viola gravemente o disposto na Lei nº 9.609/1998**.

Considerando os argumentos acima, bem como considerando que o objetivo da Administração Pública é a contratação de empresa especializada para fornecimento de **licenças mensal de uso**, deverá ser suprimido do Termo de Referência as alíneas 'h', 'j', e 'l' do item 3.8.1 (pág. 15) do Termo de Referência, bem como retificar a alínea 'o' do item 3.8.1, removendo a obrigatoriedade de fornecimento do dicionário de dados com advento da rescisão contratual.

As exigências estabelecidas no edital devem estar de acordo com o que estipula a lei geral de licitações, buscando seu único fim, qual seja, a participação ampla das interessadas nos processos licitatórios promovidos pela Administração Pública, sem restrição de participação e indícios de direcionamentos.

3.2 Do excesso de exigência quanto ao atendimento de 100% dos requisitos técnicos

O Edital menciona que a empresa vencedora da fase de lances deverá comprovar o atendimento de, pelo menos, 90% (noventa por cento) dos requisitos dos módulos de programas e características gerais. Outorgando à Licitante Vencedora, a

entrega dos 10% (dez por cento) não atendidos na POC, dentro do período de 90 (noventa) dias, correspondente ao período de implantação.

8.9.3 - Essas funcionalidades **deverão ser atendidas em percentual mínimo de 90% (noventa por cento) de cada módulo**, durante as demonstrações. A adoção deste critério visa à ampliação da competitividade, dimensionando arestas e diferenças técnicas entre os mais variados aplicativos existentes no mercado.

8.9.4 - Os requisitos de cada módulo, não atendidos durante a demonstração, mas que estejam dentro do limite de **10%, deverá ser aperfeiçoado durante a implantação dos sistemas, que contará com até 90 (noventa) dias de prazo**.

Em linhas gerais, a Entidade pugna pelo atendimento de 100% dos requisitos técnicos no prazo máximo de 90 (noventa) dias, indo de encontro com o posicionamento dos Tribunais de Contas.

Em decisão proferida nos autos do processo 685529/22, o **Tribunal de Contas do Estado do Paraná** manifestou seu entendimento quanto à irregularidade dos editais que preveem atendimento de 100% dos requisitos técnicos, estabelecendo crível o atendimento de 70% dos requisitos.

[...] Quanto aos itens 12.6.4 e 9.4.1 do edital, acerca da exigência de atestados técnicos para quase 100% dos objetos, a DTI afirma que não é comum este tipo de imposição. De fato, esta Corte tem entendimento acerca da **irregularidade da exigência de atestado técnico para 100% dos objetos, avaliando como aceitável 70%**. Com base no citado entendimento, verifico que a exigência de atestado técnico para 100% dos objetos se mostra, de fato, deveras excessiva. (ACÓRDÃO Nº 3744/23 - Tribunal Pleno. Processo nº. 685529/22. Relator: Conselheiro Maurício Requião de Mello e Silva. Julgado em: 23 de novembro de 2023). [Grifo Nosso]

Neste mesmo sentido já decidiu o egrégio **Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**:

É lícito à Administração, como forma de comprovar a experiência anterior das empresas licitantes, exigir a demonstração da execução de um valor mínimo de quantitativos de serviços que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, entretanto, a definição dos quantitativos mínimos exigidos não escapa ao controle da razoabilidade, **não sendo adequada a exigência de quantitativo mínimo para qualificação técnica de quase 100% do estimado para contratação**. (Acórdão 3131/2011-Plenário) [Grifo Nosso]

Os Tribunais têm mantido entendimento de que as cláusulas restritivas devem ser justificadas pela Administração Pública no estudo técnico preliminar, sob pena de violação aos princípios da igualdade, competitividade e julgamento objetivo, esculpidos no art. 5º da Lei 14.133/21. No presente caso, sequer foi disponibilizado o estudo técnico preliminar.

Assim, colhe-se da jurisprudência do **Tribunal de Contas da União**:

Em caso de exigência de amostra, o edital de licitação deve estabelecer critérios objetivos, detalhadamente especificados, para apresentação e avaliação do produto que a Administração deseja adquirir. Além disso, as decisões relativas às amostras apresentadas devem ser devidamente motivadas, a fim de atender aos princípios do julgamento objetivo e da igualdade entre os licitantes. (Acórdão 529/2018-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS)

Vale ressaltar que somente seria possível o cumprimento integral das funcionalidades técnicas de um certame pelas Licitantes, se elas mesmas fabricassem o ato convocatório, assemelhado a um serviço de alfaiate.

Assim, e considerando a necessidade do atendimento ao interesse público, roga-se para que a Entidade retire do ato convocatório o pleno atendimento das funcionalidades, devendo levar em consideração o entendimento proferido pelo Tribunal de Contas do Paraná, aplicando percentual razoável para atendimento dos requisitos técnicos, bem como estabelecendo prazo razoável para que empresa vencedora possa entregar/desenvolver as funcionalidades não atendidas, garantindo a ampla participação das empresas interessadas.

3.3 Da Avaliação de Desempenho

O instrumento convocatório versa sobre a realização de avaliação de desempenho para aferição do consumo de banda dos sistemas contratados, dentro da Prova de Conceito, estabelecendo métricas em segundos para mensurar o tempo que o sistema leva para executar seus processos e rotinas.

Os itens 3.10.20.9. e seguintes instituem que para a aferição do desempenho, o tempo de realização dos processos do sistema serão medidos em segundos, além de estabelecer parâmetros para o início e fim das transações:

3.10.20.9. O tempo será medido em segundos utilizando um cronômetro para aferição.

3.10.20.10. Os tempos definidos para realização de cada transação deverão compreender todo o processo, desde o clique do usuário na função/opção até o efetivo retorno do servidor.

3.10.20.11. Considera-se processo concluído para fins de computação de tempo, quando ele efetivamente finalizou no servidor, ou seja, quando o feedback ao usuário for de ação realizada e finalizada.

Entretanto, esta licitante não identificou no Termo de Referência os parâmetros de julgamento que serão considerados para se estabelecer o que está dentro do razoável.

Mister se faz evocar o princípio do julgamento objetivo, previsto na Lei Geral de Licitação no seu artigo art. 3º, que deixa de ser recepcionado no instrumento convocatório ao não definir o tempo a ser cronometrado, sintetizando em flagrante julgamento "subjetivo", o que tornará a Prova de Conceito anulável.

A atividade licitatória é norteada por princípios que direcionam os processos para que os mesmos sejam executados de forma mais justa. Neste passo, a Lei 8.666/93 dispõe que os julgamentos das propostas devem ser pautados em critérios estritamente objetivos, assim disposto no seu artigo 44:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

Ao estabelecer a realização de Avaliação de Performance como critério eliminatório dos licitantes, o município está restringindo a participação de concorrentes, sem, contudo, estabelecer um parâmetro exigível para tanto.

Neste ponto, cabe ressaltar que a avaliação de desempenho para aferição do consumo de banda de internet se demonstra descolada da realidade evolutiva das tecnologias.

É público e notório que, com o passar dos anos, os serviços acessíveis pela internet estão exigindo cada vez mais banda de navegação, dada à evolução das tecnologias aplicadas nestes serviços. Se no passado um serviço de internet com 5mb/s já atendia todas as necessidades de consumo de serviço, hoje já não é mais suficiente.

Não é razoável pautar os serviços contratados pela capacidade do serviço de internet que a Prefeitura possui hoje, uma vez que o objeto do certame exige não apenas o *"fornecimento de softwares de gestão pública integrados nativos de plataforma web ("sistema nuvem")"*, mas também exige que os serviços devem estar em constante evolução, atendendo tanto customizações da Contratante, quanto exigências legais.

A digitalização dos serviços públicos é uma realidade. Os serviços contratados serão acessíveis por meio de internet, e pelo mesmo meio deverão integrar com os órgãos de fiscalização, como eSocial (Gov.br) ou Esfinge (TCE/SC).

Neste diapasão, a restrição de contratação de serviços de software via internet que se enquadrem nos outros serviços de internet contratado pela Administração não se demonstra razoável, e levanta indícios de direcionamento para os serviços de software que a municipalidade possui conhecimento que atende o requisito.

Conquanto, a avaliação ainda impõe responsabilidades à participante da licitação, perante serviços prestados por terceiros. Mesmo que haja a contratação de

plano de internet com 15MB não se pode garantir ou apurar a estabilidade e qualidade do serviço no momento da realização da Prova de Conceito.

De notório conhecimento, a finalidade da licitação deve ser sempre atender ao interesse público, buscando a proposta mais vantajosa, zelando pela igualdade de condições e respeito aos demais princípios resguardados pela Lei Federal n. 14.133/21 e pela Constituição, mas também deve-se haver justa competição de mercado e sua respectiva compensação pelos serviços licitados.

Partindo desse pressuposto, temos que a Administração Pública e seus agentes devem agir em harmonia com os direitos e garantias expressos na Constituição, com sua atuação pautada pelo interesse público.

Sobre o tema leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro :

*O princípio da supremacia do interesse público, também chamado de princípio da finalidade pública, está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e **vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.***

Destarte, pugna-se pela não realização de prova de desempenho, restringindo-se a avaliar se a participante atende aos módulos contratados.

3.4 Dos prazos estabelecidos para atendimento técnico

Em análise detalhada ao instrumento convocatório, constata-se que o Município estabeleceu prazos para atendimento técnico de forma desconexa da realidade, motivo pelo qual, em observância aos princípios da competitividade, igualdade e interesse público, necessária a correção do texto editalício com o intuito de ampliar a gama de participantes no presente certame.

O instrumento convocatório, *vide* páginas 11 e 12 do TR, expõe a relação com as condições para prestação de suporte técnico e manutenção aos sistemas licitados, conforme recorte:

Tratando-se de licitação que visa a prestação de serviços técnicos complexos, entende-se que o prazo de suporte técnico em 24h (vinte e quatro horas), mostra-se desarrazoado. Vale ressaltar que estamos diante de dados públicos, impondo-se cuidados especiais no manuseio dos dados e informações, consoante disciplina a Lei Geral de Proteção de Dados.

Além disso, não se pode aferir responsabilidades pelos defeitos, falhas ou irregularidades decorrentes de erros dos sistemas, ou de uso irregular dentro do prazo estabelecido neste Edital. *Data venia*, somente após criteriosa análise técnica tais responsabilidades poderão ser constatadas e suas correções viabilizadas em prazo hábil.

Ademais, não se mostra razoável que a Administração, a quem compete o exercício de suas obrigações pautadas em mínimo planejamento, **submeta empresas com quem contrata a súbitas necessidades, colocando-as em eterno estado de prontidão para atender a demandas em prazo demasiado exíguo**. A exigência retratada no presente Edital implica em eventual restrição da competitividade, sendo contrária, portanto, aos princípios insculpidos no art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Notório que o principal objetivo dos procedimentos licitatórios é a preponderância do interesse público. Assim o administrador deve buscar obter serviços de qualidade, pelo menor preço possível e **conceder prazo razoável** que permita um planejamento por parte da Administração, bem como por parte da Contratada.

Logo, o prazo de atendimento técnico em 5 (cinco) dias úteis, apresenta-se exíguo considerando a complexidade do objeto, sendo impossível para qualquer empresa do segmento do mercado. Em face disso, reputa-se mais adequado que os prazos estabelecidos neste Edital sejam para início do atendimento, averiguações e

análise das correções necessárias, nos casos cuja responsabilidade couber à Contratada.

É imperioso que se estabeleça um prazo compatível e que o mesmo reflita os padrões mínimos de execução de mercado, evitando-se a restrição de competitividade neste certame.

Considerando o exposto, a exigência de atendimento técnico 5 (cinco) dias úteis deve ser removido do Edital, caso mantidos, que se limitem ao início do atendimento das respectivas demandas, e não de sua conclusão em si.

3.5 Da distinção do instituto do Reajuste e do Reequilíbrio

O instrumento convocatório traz a vedação ao reajuste dos valores propostos, ressalvado a hipótese da alínea “d” do inciso II do artigo 65 da Lei n. 8.666, o que é replicando na minuta do contrato:

Edital 15/2023:

4.5 - O valor proposto não será reajustado, salvo na hipótese de aplicação de ocorrência que justifique a aplicação da alínea “d” do inciso II do artigo 65 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, atualizada.

Minuta de Contrato:

3.5 O valor proposto não será reajustado, salvo na hipótese de aplicação de ocorrência que justifique a aplicação da alínea “d” do inciso II do artigo 65 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, atualizada

Entretanto, ao fundamentar a vedação ao reajuste contratual, este município previa a aplicação apenas das alterações contratuais para estabelecimento do reequilíbrio econômico-financeiro.

Conquanto ambos os institutos versem sobre alteração dos valores pagos pela administração pelos serviços contratados, O Reajuste e o Reequilíbrio

econômico-financeiro possuem aplicação distinta, fazendo juz a avaliação pormenorizada de ambos.

3.5.1 Do Reequilíbrio econômico-financeiro

O ordenamento jurídico pátrio, ao instituir a exigência de licitações para a contratação de bens e serviços pela administração pública, garante a manutenção das condições iniciais das propostas:

Art. 37.

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Grifo nosso)

A Constituição Federal firma o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, de forma a garantir que a proposta vencedora não se torne inexecutável ou acarrete ao vencedor prejuízos que possam vir a impedir o cumprimento das obrigações do objeto contratado. Assim conceitua Marçal Justen Filho:

"O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo significa a relação (de fato) existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente". (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 18 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 1286).

Neste passo, a Lei Geral de Licitações previu o reequilíbrio como hipótese de alteração contratual, por acordo entre as partes, quando existentes fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da

execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Como visto, o instituto do reequilíbrio depende de fatos supervenientes que justifiquem a alteração da proposta, visando a manutenção das condições iniciais das propostas, e devem ser pautados em elementos objetivos e subjetivos levados ao crivo da administração pública pelo contratado, ponto em que se difere do reajuste.

3.5.2 Do reajuste

Para a recomposição dos efeitos negativos da inflação, frente aos custos do fornecimento do objeto contratado, é necessário a aplicação de reajuste nos preços pactuados inicialmente

No que se refere ao reajuste nos contratos em que a Administração Pública é parte, incide a regra prevista pela lei federal nº 10.192/01 que, em seu artigo 3º, estabelece o seguinte:

"Artigo 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, **serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com**

as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

§1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir." (Grifou-se)

O conceito do reajuste foi recepcionado na Lei 8.666/93, sendo previsto como elemento obrigatórios nos editais de licitação, tal como dispõe o artigo 40, inciso XI:

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:**

[...]

XI - **critério de reajuste**, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (grifo nosso)

Como elemento intrínseco às relações contratuais duradouras, a Lei Geral de Licitações também exige a previsão do Reajuste como cláusula necessária dos contratos administrativos, conforme disposto no artigo 55, inciso III, que se transcreve abaixo:

Art. 55. São cláusulas **necessárias** em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

III - o preço e as condições de pagamento, **os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços**, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; (grifo nosso)

Sobre o tema, o TCU é uníssono em garantir a previsão no instrumento convocatório das formas e condições para a aplicação da atualização das propostas por meio de reajustes, conforme posicionamento abaixo:

"O estabelecimento do critério de reajuste de preços, tanto no edital quanto no contrato, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, ainda que a vigência contratual prevista não supere doze meses. Entretanto, eventual ausência de cláusula de reajuste de preços não constitui impedimento ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sob pena de ofensa à garantia inserta no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como de enriquecimento ilícito do erário e conseqüente violação ao princípio da boa-fé objetiva." (Acórdão 7184/2018-Segunda Câmara | relator: Augusto Nardes).

Não obstante a pacífica e extensa inteligência sobre a pressuposta previsão de reajuste, o processo de licitação 21/2023, não prevê a aplicação de reajustes, tanto no edital 15/2023, quanto na minuta do contrato administrativo que o acompanha.

Em expressa ilegalidade, o instrumento convocatório determina que os contratos não serão reajustados, ressalvada hipótese de Reequilíbrio econômico-financeiro, com justa e prévia justificativa. Neste ponto, a manutenção do instrumento convocatório nestas condições, não estabelecendo critérios certos e objetivos sobre os índices e periodicidade,, exclui a possibilidade de aplicação do índice do reajuste.

Tal fragilidade imporá ao executor do objeto a necessidade de manejar instrumentos jurídicos para a rediscussão das propostas, quando a própria lei 8.666/93 prevê para tanto o simples apostilamento, nos termos do artigo 65, § 8º:

"A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido,

não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

Por oportuno, embora a contratação prevista seja tão somente pelo prazo de 12 (doze) meses, é crível que os ditames da contratação proposta não exclua a possibilidade de ser realizada a prorrogação da execução do contrato, quando se fará jus à atualização monetária as propostas.

É notório que o marco inicial para a contagem do prazo de 12 meses para a concessão do reajuste é a data da apresentação da proposta assim, considerando que o prazo de validade da proposta é de 60 dias (confirmar) e o prazo para homologação da licitações e assinatura do contrato, é perfeitamente possível o surgimento do DIREITO do contratado ao reajuste, mesmo para contratos com prazo de até 12 meses, o que impõe a necessária previsão de reajuste no contrato"

Por consequência, o edital de convocação deve ser retificado, passando a prever os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços nos moldes da lei Federal.

4. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, considerando que pairam sob este processo, ilegalidades, passíveis de sua imediata suspensão, tal como apontadas acima, confia-se que sejam sopesadas e, assim, que se declare, por decisão fundamentada, a suspensão integral do certame, e conseqüentemente sua revogação, posteriormente sua reanálise e correção dos itens acima exauridos.

Por cautela, na remota hipótese de ver ultrapassado o requerimento acima, a presente Impugnação aponta uma variedade de outras peculiaridades que impõem também a sua imediata suspensão e, se assim entendido, a retificação do certame, com

a efetiva e substancial correção das regras editalícias aqui resistidas, para extirpar qualquer nuance que limite a ampla participação de fornecedores.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Criciúma/SC, 28 de maio de 2024.

Marcos Rocha Philippi
OAB/SC 31.421
Betha Sistemas Ltda
CNPJ 00.456.865/0001-67

Carlos A S Villela
Advogado - OAB/RS 88.088
Betha Sistemas Ltda
CNPJ 00.456.865/0001-67

Assinantes

Veracidade do documento



Documento assinado digitalmente.
Verifique a veracidade utilizando o QR Code ao lado ou acesse o site **verificador-assinaturas.plataforma.betha.cloud** e insira o código abaixo:

4RZ**O8L****4YE****6LW**