DD. Comissão de licitação do CONSÓRCIO DE INFORMÁTICA NA GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL- CIGA

ILUSTRÍSSMO PREGOEIRO

Ref.: Pregão 01/2018

Assunto: Impugnação (faz)

TOPOMAPA – TOPOGRAFIA E MAPEAMENTO EIRELI EPP, inscrita no CNPJ n° 11.429.228/0001-18, com escritório estabelecido na Av. Pres. Getúlio Vargas, 430, Jardim Matilde, Ourinhos/SP, CEP 19.901-100, fone/fax (014) 3326-3839 vem, oferecer, com fundamento no artigo 41, §1º da Lei n.º 8.666/93 a presente IMPUGNAÇÃO na conformidade das razões que seguem.

1. PRELIMINARMENTE

1.1 DA TEMPESTIVIDADE

É de se assinalar que a presente insurreição encontra-se TEMPESTIVA, uma vez que apresentada na forma do edital, em até dois úteis anteriores à data para a abertura dos envelopes, tal como consta no instrumento convocatório. Item 3 do Cronograma.

O festejado jurista Carlos Ari Sundfeld, invocando o artigo 5º, inciso XXXIV, alínea 'a' da Magna Carta, defende a possibilidade de qualquer pessoa, física ou jurídica, impugnar o edital, pois citado dispositivo garante o direito de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

> Art. 5º (...)
>
> XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:
>
> a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

A participação em certames públicos encontra guarida no princípio Republicano, que garante a todos a igualdade de oportunidades para atuar, de forma plena e efetiva, dos atos da vida pública, razão pela qual a impugnante apresenta à tempo e modo esta peça processual de impugnação ao edital.

2. DAS RAZÕES QUE MOTIVARAM A PRESENTE IMPUGNAÇÃO

Trata-se de licitação que se realizará sob a forma de pregão presencial, cujo objeto é O objeto da licitação é: Contratação de empresa para fornecimento de sistema integrado de tecnologia, contemplando a implantação, manutenção e personalização para a identificação das políticas, mecanismos e procedimentos que permitam a geração, a gestão, o acesso, o compartilhamento, a disseminação e o uso de dados geoespaciais, na forma de um Sistema de Informações Georreferenciadas (SIG) voltado à gestão do cadastro imobiliário e integrado aos demais sistemas dos Municípios e aos sistemas do CIGA, por meio de plataforma web compatível com os principais navegadores do mercado.

Ocorre que, o impugnante ao tomar conhecimento do Pregão Presencial, e analisar detalhadamente os seus termos, observou a existência de questões que se continuadas poderão afrontar sobremaneira os pressupostos legais insertos na Lei n.º 8.666/93.

É que já na habilitação encontra-se questões intransponíveis, que mitigam a ampla participação. Embora seja um pregão, onde as fases são invertidas, o classificado provisoriamente em primeiro lugar deve apresentar suas condições de habilitação. Entretanto, o edital criou obstáculos para que o universo de licitantes comprovem suas condições de habilitação a saber:

a) Item 11.1.1.1.2 Quando se tratar de SOCIEDADE SIMPLES deverá ser apresentado Contrato **acompanhado das modificações averbadas**, tudo devidamente registrado no REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS do local de sua sede;

b) 11.1.2.5.1 Para os Municípios que mantêm Cadastro Mobiliário e Imobiliário separados, as proponentes **deverão apresentar as duas certidões, isto é, Certidão sobre Tributos Imobiliários** e Certidão sobre Tributos Mobiliários;

c) Da exigência de fornecimento apenas com base em softwares livre.

2.1 Das irregularidades do edital

O fim primordial de qualquer licitação pública consiste na seleção da melhor proposta, para a própria Administração, com observância a todos os princípios constitucionais e administrativos sobre o tema. O §1º,I, do artigo 3º da Lei 8.666/93 estabelece que é vedados aos agentes públicos:

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

A habilitação ou qualificação é a etapa do processo licitatório em que é analisada a idoneidade do licitante e sua capacidade de cumprimento do objeto a ser contratado.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho[1]:

> "Habilitação é a fase do procedimento em que a Administração verifica a aptidão do candidato para a futura contratação. A inabilitação acarreta a exclusão do licitante da fase do julgamento das propostas, e, embora seja uma preliminar deste, vale como um elemento de aferição para o próprio contrato futuro, que é, de regra, aliás, o alvo final da licitação". (Manual de Direito Administrativo. 20. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 266).

Desse modo, còmo requisito à participação das licitações públicas, o

interessado deve demonstrar a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira, a regularidade fiscal e trabalhista, bem como o cumprimento do artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal, sendo que referidos requisitos devem ser essenciais e exigidos de forma proporcional ao cumprimento da obrigação a ser pactuada.

2.1.1 Da Exigência das modificações averbadas no Contrato Social da Sociedades Simples ou Civis (item 11.1.1.1.2).

As Sociedade Simples ou Civil é uma sociedade entre duas ou mais pessoas, que tem como objetivo a prestação de serviços por meio de seus sócios. Neste tipo de parceria, os sócios exercem a suas profissões ou prestam serviços de natureza pessoal. Diferentemente da Sociedade Empresária, o registro da Sociedade Civil é feito no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local de sua sede, como determina o Código Civil/02, art. 998.

Até então nada de novidade.

Porém, o comando editalício cria uma regra própria que causa uma antinomia como art. 28, IV da Lei de Licitações, que assevera:

> Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:
>
> ...
>
> IV - **inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício**; (grifamos)

Pelo que se vê a lei de licitações determina, para comprovar a habilitação, a licitante deve apresentar o ato constitutivo da sociedade, acompanhado da prova da diretoria em exercício. Nada mais.

Entrementes, o edital cria uma "nova regra" determinando que se apresente todas as alterações averbadas! Isto cria um custo desnecessário e imposto ao licitante, olvidando-se do principal.

Se a licitante se apegar à lei de licitações, quando apresentar um contrato consolidado, acompanhado da prova da diretoria em exercício (que se faz por certidão tirada no Registro Civil), deverá ser habilitada.

Contudo, se apegar à letra do edital, certamente será inabilitada, porquanto não apresentou todas as averbações contidas no Registro. E mais, será ainda habilitada, mesmo não apresentando a prova da diretoria em exercício.

Pelo critério de resolução das antinomias, o critério hierárquico, a Lei de Licitações é superior ao edital publicado, pelo que deve prevalecer a Lei.

A prova da diretoria em exercício serve justamente para demonstrar ao órgão licitante que aqueles profissionais, que se reuniram em sociedade simples, estão aptos a praticar os atos societários e contratar com a Administração. Isto se faz por certidão "simplificada" ou de "objeto e pé", que deve ser extraída dos assentos da empresa, registrada no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

O edital não prevê tal possibilidade e ainda vai além: solicita todas as averbações.

Mas, mesmo que se todas as averbações fossem apresentadas, onde está a determinação da prova da diretoria em exercício, conforme a lei?

Diferente das Sociedades Empresárias, registradas nas Juntas Comerciais, que estão todas informatizadas e de simples tirada de certidões "on line", as sociedades simples, em sua maioria, não contam com "sistemas cartorários" informatizados. Daí, para segurança da Administração Pública, a necessária apresentação da prova da diretoria em exercício, sob a forma de certidão.

Assim, o edital merece alteração, para fazer constar como na Lei de Licitações, isto é, "**inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício", em detrimento de "todas as alterações averbadas".**

2.2 Da exigência de certidão de tributos imobiliários (item 11.1.2.5.1)

Em todo cotejo do Edital vemos que o objeto licitado subsome-se à uma prestação de serviços técnicos. Não raro encontrar em simples pesquisa do instrumento convocatório e termo de referência, que se trata de uma prestação de serviços. A própria minuta do contrato demonstra que é um "CONTRATO QUE ENTRE SI CELEBRAM O CONSÓRCIO DE INFORMÁTICA NA GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL (CIGA) E A PESSOA JURÍDICA _____, **VISANDO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS** DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO"

Ocorre que o edital, contrariamente ao ordenamento jurídico estabeleceu a exigência de apresentação de certidão de tributos imobiliários, nos casos em

que o Município da sede da licitante mantêm Cadastro Mobiliário e Imobiliário separados, já que para o objeto e serviços a serem realizados, a regularidade perante os tributos imobiliários é absolutamente irrelevante.

Em se tratando de prestação de serviços, o órgão licitante deve ater-se apenas à regularidade fiscal dos tributos relacionados ao objeto licitado e às atividades pertinentes ao ramo desempenhado pela empresa participante da licitação. Assim, não há razão de se exigir os tributos imobiliário neste certame.

Segundo o artigo 27, IV, da Lei 8.666/93, para habilitação nas licitações é necessário comprovar a regularidade fiscal do interessado. Buscando materializar a aplicabilidade do referido dispositivo, o art. 29, da citada lei, tratou, assim a documentação relativa à regularidade fiscal.

No caso, vale destacar o inciso III, do art. 29:

> Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:
>
> (...)
>
> III – prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

A Lei 10.520/02, também assim determinou:

> Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
>
> [...].
>
> XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, **quando for o caso**, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira; (grifamos).

O ordenamento jurídico dá guarida para aqueles que, na condição de

qualificados, tenha o direito de participação nas compras governamentais. Nesta senda, a qualificação é uma imposição legal para que se possa concorrer. Por outro norte, a inserção de exigências ou limitações não podem ser ampliadas, já que não insertas no ordenamento, sob pena de ferir o direito à ampla participação e limitação da concorrência.

Com base nessa premissa, deflui-se que na fase de habilitação em licitação destinada à contratação de prestador de serviço, é ilegal a determinação de comprovação de regularidade fiscal de tributos que não se relacionam com as atividades de prestação de serviços, como foi feito no edital, com relação aos tributos imobiliários.

Aliás, falando-se em tributos, aproveitando a determinação do ordenamento jurídico vigente, pegamos emprestado as determinações do Código Tributário Nacional, que aduz:

> Art. 193. **Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública** da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente **faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada**, **relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre**.

Como se vê, tanto na Lei 8.666/93, quanto na Lei 10.520/02 e no CTN, a comprovação deve ser atinente apenas ao tributos relativos à atividade a ser contratada, que no caso será prestação de serviços.

O Magistério de Marçal Justen Filho expressa exatamente este entendimento, quando em sua obra exara:

> Mais precisamente, a existência de débitos para com o Fisco apresenta pertinência apenas no tocante ao exercício de atividade relacionada com o objeto do contrato a ser firmado. Não se trata de comprovar que o sujeito não tem dívidas em face da "Fazenda" (em qualquer nível) ou quanto a qualquer débito possível e imaginável. **O que se demanda é que o particular, no ramo de atividade pertinente ao objeto licitado, encontra-se em situação fiscal regular**. Trata-se de evitar contratação de sujeito que descumpre obrigações fiscais relacionadas com o âmbito da atividade a ser executada.
>
> Assim é porque não cabe ao Estado recorrer a particular que não desempenhe regularmente a atividade ou profissão relacionada com o objeto do contrato.

> **Justamente por isso, o próprio inc. II do mesmo art. 29 exige que o sujeito comprove sua inscrição no cadastro municipal ou estadual pertinente ao ramo da atividade e compatível com o objeto licitado. Ou seja, não teria sentido dispor nesses termos no inc. II e exigir, no inc. III, que o sujeito comprovasse regularidade fiscal em outros ramos, desvinculados do objeto licitado.** Se o sujeito não necessita comprovar inscrição cadastral fiscal em todos os ramos possíveis de sua atividade, não há sentido em submetê-lo a demonstrar regularidade fiscal inclusive quanto a esses outros ramos. A interpretação adotada usualmente para o inc. III infringe o espírito do art. 29, claramente evidenciado na regra inquestionável do inc. II.
>
> **Portanto, não há cabimento em exigir que o sujeito – em licitação de obras, serviços ou compras – comprove regularidade fiscal atinente a impostos municipais sobre propriedade imobiliária** ou impostos estaduais sobre propriedade de veículos. Nem há fundamento jurídico-constitucional para investigar se o sujeito pagou taxa de polícia para a CVM e assim por diante. Todos esses tributos não se relacionam com o exercício regular, para fins tributários, da atividade objeto do contrato licitado.
>
> [...].
>
> **As excessivas exigências a propósito de ausência de dívidas de qualquer natureza perante a Fazenda Pública têm produzido a redução do número de licitantes e propostas nas licitações.** Suponha-se licitação na órbita federal. Imagine-se empresa em perfeitas condições de executar satisfatoriamente o objeto e que formulará a melhor proposta. Ocorre que essa empresa deixa de obter certidão de regularidade quanto a tributos imobiliários do Município em que está estabelecida. Será inabilitada e a União perderá a possibilidade de realizar o contrato mais vantajoso. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 418 . (grifo nosso).

O Próprio Pleno Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, acompanhando o voto lavrado pela Conselheiro Julio Costa, em caso análogo, assim decidiu:

> O TRIBUNAL PLENO, diante das razões apresentadas pelo Relator e com fulcro nos arts. 59 da Constituição Estadual e 1º da Lei Complementar n. 202, de 15 de dezembro de 2000, decide:
>
> 6.1. **Declarar ilegal o Edital de Pregão Presencial** n. 038/2012, promovido pela Secretaria de Estado da Educação, cujo objeto se destina à contratação de empresa especializada na prestação de serviços de preparo e distribuição da alimentação escolar, compreendendo o fornecimento de todos os gêneros alimentícios e demais

insumos (material de limpeza, descartáveis, gás, etc.), armazenamento, preparo e distribuição nos locais de consumo, logística, supervisão, prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva, provisão e reposição pela depreciação dos equipamentos, utensílios e móveis utilizados, limpeza e conservação das áreas abrangidas, bem como ações de educação alimentar e nutricional, para atender ao programa de Alimentação Escolar nas Unidades de Ensino da Rede Pública Estadual de Santa Catarina, em razão da ocorrência das seguintes irregularidades:

6.1.1. **Exigência de documento de regularidade fiscal que não guarda relação com o ramo da atividade pertinente ao objeto licitado**, contrariando os arts. 29, II e III, da Lei (federal) n. 8.666/93 e 4º, XIII, da Lei (federal) n. 10.520/02; (Processo nº: ELC-12/00466362. Tribunal de Contas de Santa Catarina - Diário Oficial Eletrônico nº 1448- Segunda-Feira, 14 de abril de 2014, p.2).

Isto também está sedimentado em outras cortes de Contas Externas, a exemplo dos Julgados do TCE/SP e TCE/DF, respectivamente:

"Esta Corte tem se posicionado no sentido de que existem limites derivados da Constituição que impõem que as exigências relacionadas à prova de regularidade fiscal devem guardar relação de estrita pertinência e proporcionalidade com o objeto licitado e, via de consequência, com o ramo de atividade da licitante.

Na verdade, não se pode exigir de uma empresa prova de regularidade referente a um tributo do qual não é necessariamente contribuinte ou, ainda, que não incida sobre suas atividades, de forma que restaram excedidas, na hipótese em discussão, as disposições contidas no artigo 29 da Lei Federal nº 8.666/93". (TC-000258/010/09 – TCE/SP PRIMEIRA CÂMARA - SESSÃO: 25/03/14).

Voto, assim, acompanhando o douto Ministério Público, por que este Egrégio Plenário determine a expedição de ofício circular às unidades jurisdicionadas, orientando-as no sentido de que, ao discriminar a documentação comprobatória da regularidade fiscal nos procedimentos licitatórios, atente para a necessidade de coordenar o estatuto das

> licitações com as normas de direito tributário, em especial o disposto no art. 193 do Código Tributário Nacional, que determina que a prova de quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública seja relativa à atividade em cujo exercício o proponente contrata ou concorre. (Distrito Federal Tribunal de Contas, Processo 2.479/1997).

Como visto, está claro que a exigência da regularidade fiscal de tributos imobiliários para o objeto a aqui a ser contratado é vedado pela Lei, Doutrina e Jurisprudência.

Com todo respeito, o edital, outrossim, merece a devida correção, para que não se limite de forma inadvertida o universo de licitantes. A inobservância das normas acima torna a licitação irremediavelmente viciosa, pois frustra o intuito do legislador que, ao criá-la, assegurou a isonomia do acesso e a competitividade do certame, impondo à Administração o dever de buscar a proposta mais vantajosa, com critérios claros e objetivos, sem inserção de novas regras.

2.3 Da exigência softwares livres.

Sabe-se que o consórcio CIGA está preocupado com a eficiência, princípio elevado à categoria de Constitucional com a emenda 19/98.

Mas, pelo termos do edital publicado, optou puramente por aplicações baseadas em Softwares livres, o que denotam um restrição à competitividade.

É que não consta no teor do termo de referência as justificativas pela opção, tampouco a vantajosidade desta escolha. Neste caso, em razão da eficiência, a discrionariedade do administrador é limitada, ao ponto que deve justificar a eleição de determinada espécie ou categoria de *software*.

A exigência de utilização de software livre restringe a livre concorrência e submete o órgão a um risco desnecessário, eliminando a participação de concorrentes que possam oferecer aplicações baseadas em plataformas confiáveis e universalmente testadas, tais como o "ARCGIS" e o "Google".

Não fica claro a vantagem de uso de software livre uma vez que o concorrente vencedor deverá apresentar o melhor preço para o certame, com a necessárias adaptações e correções solicitadas.

3. Dos requerimentos.

De todo expostos, requer-se o recebimento de processamento da presente impugnação ao edital, para que ao final julgue-a procedente, de forma a alterar os vícios apontados nesta peça impugnatória, prevalecendo o princípio da legalidade e ampla competição, a saber:

1- Alteração do item 11.1.1.1.2 – comprovação das sociedades civis ou simples;
2- Alteração do item 11.1.2.5.1- regularidade fiscal municipal;
3- Possibilidade de fornecimento de softwares proprietários.

Pede deferimento.

Ourinhos, 19 de junho de 2018.

TOPOMAPA – TOPOGRAFIA E MAPEAMENTO EIRELI EPP
CNPJ n° 11.429228/0001-18

Av. Pres. Getúlio Vargas, 430 - CEP: 19901-100.
Jardim Matilde, Ourinhos / SP - (14) 3326 3839.
contato@topomapa.com.br
www.topomapa.com.br