

PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO – PE 87/2022

Empresa interessada em participar da licitação encaminhou, tempestivamente, o seguinte pedido de impugnação:

IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL

com fulcro no que prevê o artigo 41, §2º da Lei N° 8.666-93 cumulado com o item 7.1.2 do instrumento convocatório, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos;

- I. DO BREVE RELATO DOS FATOS Aos 26 (vinte e seis) dias do mês de outubro do ano corrente está previsto a abertura do certame licitatório, via Pregão Eletrônico N° 87/2022, visando o Registro de Preços para futuras aquisições de Certificados Digitais tipo A3 e-CPF, certificado digital A1 e-CNPJ e certificados digitais A3 e-CNPJ. Desta maneira, como em qualquer procedimento que visa a compra de produtos e/ou serviços pela via administrativa, busca-se o atendimento e a contemplação à proposta mais vantajosa a Administração Pública, da qual engloba a possibilidade de ampla participação de diversas empresas, além do preço e acolhimento a contento pela licitante dos objetos licitados. Em outras palavras, ao disponibilizar insumos à contratação deverá o Poder Público perquirir fornecedores que possuam aptidão, no intuito de afastar quaisquer direcionamentos ou preferência à determinada empresa em detrimento a outras e assim afastando potenciais licitantes da possibilidade de oferecimento de proposta. Logo ao volver-se para o caso concreto a que se baseia todo o norte jurídico da questão, temos no instrumento convocatório a exigência de condições habilitatórias em desconformidade ao legalmente disposto, o que além de poder gerar cerceamento de competição,² 7.1. Até três dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o presente instrumento convocatório, preferencialmente, pelo e-mail: licitar@tre-mg.jus.br. vai de encontro com os princípios basilares necessárias à sua realização, quais sejam, o da competitividade e da legalidade, motivo pelo qual recorre-se.

- II. DO FUNDAMENTO JURÍDICO

- II.1- DAS PRELIMINARES

- A. CABIMENTO E TEMPESTIVIDADE

Dispõe o artigo 41, do diploma licitatório legal, que a Administração Pública, não poderá descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculado, contudo poderá o licitante impugnar seus termos quando eivados de irregularidade que poderão viciar este instrumento, vejamos: Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. § 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. Outrossim, o próprio instrumento convocatório em seu item 7.1 temos a seguinte definição: "7.1. Até três dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer

pessoa poderá impugnar o presente instrumento convocatório, preferencialmente, pelo e-mail: licitar@tre-mg.jus.br. " Portanto, àquele que tiver por tolhido seu direito à ampla competitividade, e/ou que deparar-se com desencontro à legislação quando da realização de aquisições dadas em via pública, temos por assegurada a premissa de impugnar os termos e condições aduzidas na carta convocatória. Destarte, voltando-se para o caso concreto, têm-se que a fixação de imperiosidade inerente ao produto e suas funcionalidades, pelas quais não são abarcadas pela norma, figura-se em desacordo ao normativamente disposto sobre o tema, o que gera anomalias no instrumento, além de ferir drasticamente os princípios administrativos, conforme será demonstrado nos tópicos específicos a temática. De igual modo consta-se em obscuro o objeto a ser licitado, e, por consequência as obrigações atinentes aos licitantes dos quais vinculam. Sendo assim, cabível é a presente impugnação, haja vista encontrar-se amparada a norma regulamentadora, além de amparar-se dentro do prazo pré-determinado à sua propositura.

II.1. DAS NORMAS DE PRECEITO ESPECÍFICO

A. DA ILEGALIDADE NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

A.1. DO PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE

Prevê o artigo 3º da Lei de Licitações e Contratos com a Administração Pública, que as licitações destinam-se "a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos (...)".

Logo, sendo o fim das aquisições públicas a escolha da proposta mais vantajosa, deve o administrador estar incumbido em busca-la nos certames dos quais coloca à disputa no mercado, com o objetivo de aplicar a economicidade em todos os seus atos, é exatamente o que defende o r. MARÇAL (Justen Filho, 1998, p.66), ao destacar que "não basta honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos".

Por conseguinte, voltando para o caso contrato, renovação online e emissão via videoconferência, têm-se atualmente a premissa de dispensar o serviço de visita para validação presencial, que engloba a soma de insumos à contratação, bem como evitar o deslocamento do servidor até um Posto de Atendimento da empresa, que também acarretara em diminuição de gastos por parte do Poder Pública na aplicação de suas verbas. Ou seja, mais econômico se tornará a realização deste serviço.

Corroborando o acima versado, Bugarin (2004, p. 129), leciona que os procedimentos licitatórios, como "a busca permanente pelos agentes públicos da melhor alocação possível dos escassos recursos públicos para solucionar ou mitigar os problemas sociais existentes.", por consequência aplicado estaria este preceito à utilização das possibilidades acima versadas. Neste mesmo sentido, o C. Superior

Tribunal de Justiça no PROC. 338.061, assevera que “devemos avivar que um dos princípios mais importantes da Administração Pública é o da eficiência, e um dos meios para perfazer o mesmo é buscar proposta mais vantajosa por meio das contratações norteadas pela Lei Geral de Licitações, em regra, com economicidade, onde por vezes o uso da discricionariedade se faz necessário.”

Melhor dizendo, na busca a melhor propositura à Administração, poderá o servidor ao uso de sua discricionariedade adequar os processos que encontram sob o seu escopo as situações fáticas que atendam economicamente sua finalidade, motivo o qual impugna-se.

A respeito da economicidade e da discricionariedade por parte da Administração, Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (pgs. 48/49). 10ª ed. São Paulo: Dialética 2004 ensina que:

“Economicidade significa o dever de eficiência. A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos. Toda atividade administrativa envolve uma relação sujeitável a enfoque de custo-benefício. O desenvolvimento da atividade implica produção de custos em diversos níveis. Assim, há custos relacionados com o tempo, com a mão-de-obra etc.” “Como regra, a seleção da alternativa far-se-á em face dos benefícios potenciais de natureza econômica e dos riscos envolvidos. Quanto maiores os benefícios econômicos que poderão advir de uma certa solução, tanto mais intenso será o dever de adotá-la.” “O legislador não se encontra em condições de definir, de antemão, a solução mais adequada em face da economicidade. Há escolhas que somente poderão ser adotadas no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias específicas, variáveis em face das peculiaridades. Por isso, a lei remete a escolha ao administrador, atribuindo-lhe margem de liberdade que permita a satisfação do princípio da economicidade. Concede-se liberdade ao agente administrativo precisamente para assegurar que opte pela melhor solução possível, em face do caso concreto”.

Portanto, ao voltarmos para a celeuma em apreço, há que se convir a imperiosa necessidade do reconhecimento/ inclusão desta possibilidade ao instrumento convocatório, tendo em vista que atualmente a sua inobservância, vai em desconformidade aos princípios corolários inerentes, e, conseqüentemente à legalidade do ato praticado.

A.1.1. DA RENOVAÇÃO ONLINE E DA EMISSÃO POR VIDEOCONFERÊNCIA

Sobre o tema, o primeiro ponto que merece destaque recai-se ao fato de que os certificados digitais, assim como quaisquer produtos colocados à venda para a utilização do público, seja pela via administrativa ou particular, possuem normativas à serem respeitadas, das quais também encontram-se fadadas a atualizações de acordo com a realidade fática vivenciada pela população ao seu uso no decorrer do tempo, por isso, hoje conta-se com saídas melhores à sua efetivação do que as até então conhecidas, e, da necessidade da sua inclusão de igual modo nas aquisições à

serem realizadas pelo poder público. Noutra giro, em acurado cuidado a boa realização do feito há que se apontar que tais possibilidades embora existentes, contam com requisitos mínimos normativamente previstos à serem respeitados quando da sua utilização, por este motivo apontamos.

A.1.2. DA EMISSÃO POR VIDEOCONFERÊNCIA Alude a instrução normativa N° 02-2020, que os certificados digitais, em quaisquer de suas modalidades, destinados à pessoa física, jurídicas ou SSL, tipo A1 ou A3, poderão ser emitidos via videoconferência desde que o titular/responsável possua seus dados anteriormente cadastrados na base de informações contidas no PSBio, isto é, junto ao ICP-Brasil.

A.1.3. RENOVAÇÃO ONLINE Do mesmo modo, constou-se a possibilidade de renovação de forma online dos certificados digitais, quando:

A. Se emitidos pela mesma Autoridade Certificadora - AC da empresa vencedora do certame:

I- ser o certificado à renovar destinado a pessoa física do tipo A3;

B. Se emitido por Autoridade Certificadora – AC diversa a empresa vencedora do certame:

I- ser o certificado à renovar destinado a pessoa física, do tipo A3;

II- encontrar-se válido, isto é, não estar vencido.

Ressalta-se que o instrumento editalício prevê a possibilidade de emissão por videoconferência para o item certificado digital e-CPF, reconhecendo, desta maneira, a real facilidade, praticidade, legalidade e economia que esta forma de validação tem quando comparada com a presencial. No entanto, quanto aos demais itens o órgão pleiteia emissão presencial in loco, forma esta que possui de forma intrínseca um caráter de maior peso no que se refere aos custos implicando oneração desnecessária para a Administração Pública.

Não obstante aos argumentos já trazidos, reforçamos que, o instrumento editalício de fato não trouxe nenhuma vedação a emissão online, mas condiciona o atendimento presencial em posto de atendimento da Contratada, na cidade de Nova União, razão pela qual pugnamos pela previsão de emissão de forma remota, visto que sabidamente a forma presencial, acarretaria uma oneração considerável do contrato e, por conseguinte, nos preços que seriam ofertados. A par de apresentar alternativa a questão, suscitamos como caminho viável a adoção da forma de emissão e validação online, visto que a mesma traz celeridade e economia, e de modo subsidiário, o serviço seria garantido com a possibilidade de visita técnica em não sendo possível a emissão online.

II.2.2. DAS NORMAS DE PRECEITO GERAL

DOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

In casu, o primeiro ponto que merece assento incide-se ao fato de que a licitação na modalidade pregão caracteriza-se pelo objetivo de imprimir competitividade às contratações públicas, por meio da simplificação das regras procedimentais, condicionada aos princípios básicos estabelecidos no art. 4º do decreto nº

3.555/2000: “Art. 4º A licitação na modalidade de Pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objeto das propostas. Parágrafo único.

As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometa o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação”. Seguindo o mesmo pensamento esclarece o autor Marçal Justen Filho, que a Lei nº 8.666/93 buscou “evitar que as exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica constituam se em instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em licitação. (...) A regra geral é sempre a mesma: não poderão ser impostas exigências excessivas ou inadequadas.”

Ou seja, nos procedimentos licitatórios por buscar a proposta mais vantajosa a Administração deverão ser permitidos o maior número de competidores ao feito, sendo quaisquer tipos de exigências cerceadoras, inadequadas a sua finalidade. É exatamente o que defende Diogenes Gasparino (no informativo realizado para o TCM-SP), vejamos:

Em suma, o princípio da competitividade de um lado exige sempre em que se verifique a possibilidade de se ter mais de um interessado que nos possa atender, que nos possa fornecer o que desejamos. Essa constatação determina ou não a promoção da licitação. Portanto, a competição é exatamente a razão determinante do procedimento da licitação, mas ele tem uma outra faceta que muitas vezes é despercebida pelo operador do Direito. Se a competição é a alma da licitação, é evidente que quanto mais licitantes participarem do evento licitatório, mais fácil será à Administração Pública encontrar o melhor contratado. Sendo assim, deve-se evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de interesse público, que restrinja a competição. Procedimento dessa natureza viola o princípio da competitividade. (grifo nosso) Também segue tal assertiva o Tribunal de Contas da União, ao reconhecer que as restrições licitatórias poderão diminuir o fluxo de competidores e por consequência de seleção a proposta mais vantajosa à Administração, confirmamos: Acórdão:

Acórdão 1104/2007-Plenário

Data da sessão: 06/06/2007

Relator: AROLDO CEDRAZ

Área: Licitação

Tema: Consórcio

Subtema: Poder discricionário

Outros indexadores: Justificativa, Obras, serviços ou compras de grande vulto, Licitação de alta complexidade técnica, Participação

Tipo do processo: REPRESENTAÇÃO

“Deve ser autorizada a participação de consórcios nas licitações cujo objeto seja de grande vulto, pois isso permite um afluxo maior de competidores e aumenta a probabilidade de seleção de uma proposta mais vantajosa para a Administração.”

Desta forma, a licitação não deve perder o seu objetivo principal que é de obter a proposta mais vantajosa a Administração, mediante ampla competitividade, onde quaisquer exigências que e fujam a essa regra poderão estar à margem do legalmente previsto ensejando motivos para impugnar e/ou pedir esclarecimentos aos termos do certame pelo desatendimento das finalidades licitatórias, é o que se busca, frente ao disposto no edital.

Sancionando o disposto alhures, o próprio Tribunal de Contas da União é firme em apregoar que os órgãos deverão abster-se de “incluir cláusulas em edital que venham a impor ônus desnecessários aos licitantes, (...) por implicar restrição ao caráter competitivo do certame, em violação ao art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993”, vide Acórdão 1227/2009.

Isto posto, uma vez encontrando-se sob situações de obscuridade/ ilegalidade no feito, plausível é o pedido de esclarecimento da demanda por refletir-se diretamente na possibilidade de participação ou não no mesmo.

DA COMPETITIVIDADE

Tamanha é a importância da realização de procedimentos licitatórios para as aquisições que envolvam a coisa pública, que a mesma possui escopo constitucional, conforme defende o artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil, vejamos:

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.

Corroborando o acima citado o r. jurista Alle (Stefanoni Saulo), fora assente em asseverar que mesmo os particulares aos firmarem convênios com a Administração Pública, assumem todos os deveres e obrigações de qualquer gestor público, ficando estes sujeitos, portanto, aos princípios constitucionais inerentes, bem como as premissas de gestão da coisa pública, dentre as quais se destaca a licitação e as bases principiológicas que a norteia.

Por conseguinte, cediço é o fato de que o processo de licitações possui como função precípua a seleção da proposta mais vantajosa a Administração, a partir da possibilidade dada ao maior número de fornecedores dela propor e/ou participar, em conformidade ao defendido pelo C. Tribunal de Contas da União, via Acórdão 1904/2007 Plenário (Relatório do Ministro Relator), certifiquemos:

É cediço que a função do processo de licitação é selecionar, dentre os interessados, a melhor proposta oferecida com vistas a atender os fins motivadores de sua realização. Aliás, outro não é o entendimento de Hely Lopes Meirelles, quando define que licitação “é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. - Acórdão 1904/2007 Plenário (Relatório do Ministro Relator).

Logo, ao volver-se para o caso em apreço temos que a proposta mais vantajosa a Administração não encontra-se ligada tão somente ao preço, e, sim ao melhor atendimento dos interesses do poder público a que representa, uma vez que, ao uso das palavras de Meirelles (Hely Lopes, 87) no trato jurídico, a palavra Administração traz em si conceito oposto ao de propriedade, estando intimamente ligado a ideia de zelo, conservação de bens a ela confiados a partir de uma permissão legal, é o exatamente o que aqui se busca, tendo em vista que a usabilidade de condições ilegais ferem a competitividade do feito e, por consequência a vantajosidade da sua proposta, motivo pelo qual impugna-se.

DOS PEDIDOS

Pelos ditames normativo e principiológicos supracitados, requer-se:

O acolhimento da presente Impugnação,

Que sejam esclarecidos todos os pontos obscuros constantes no instrumento disponibilizado.

Assim, por ser justo e totalmente razoável, espera-se por um parecer favorável quanto à pretensão requerida.

Atenciosamente,

RESPOSTA

Submetido o pedido de impugnação ao setor responsável, este assim se manifestou:

Com relação à solicitação de impugnação, informamos:

Esta licitação contém três itens, a saber, conforme item 3.1 da especificação técnica. São eles:

- a. Item 1 - Certificados Digitais tipo A3 e-CPF com validade de 3 anos;
- b. Item 2 - Certificados Digitais tipo A1 e-CNPJ com validade de 1 ano com validação documental no endereço da CONTRATANTE;
- c. Item 3 - Certificados Digitais tipo A3 e-CNPJ com validade de 3 anos com validação documental no endereço da CONTRATANTE.

Primeiramente, ressaltamos que o documento de impugnação encaminhado pela empresa AR RP CERTIFICAÇÃO DIGITAL EIRELI menciona que a contratante condiciona o atendimento presencial em posto de atendimento na cidade de Nova União (item A.1.3), o que não guarda relação com o solicitado no edital de aquisição dos certificados digitais.

Não obstante, devido à obscuridade do pedido de impugnação encaminhado e no âmbito de auxiliar a continuidade dos trabalhos afetos ao processo licitatório, salientamos que os itens a serem licitados são independentes e somente os itens 2 e 3 que foram requeridos expressamente a validação documental no endereço da CONTRATANTE. Assim sendo, empresas diferentes poderão dar lances para um ou mais itens nesta licitação. Dessa forma, entendemos que se uma empresa não consegue validar a documentação no endereço da CONTRATANTE (itens 2 e 3), mesmo assim, terá oportunidade de ofertar lance para o item 1, com algumas ressalvas citadas abaixo, não sendo a validação documental no endereço da CONTRATANTE um motivo excludente.

Para o item 1, conforme item 3.3 do edital - da fixação das rotinas de execução do contrato - observa-se que a validação documental poderá ocorrer na modalidade presencial **OU** videoconferência. Grifo meu da conjunção alternativa. Isso indica que, a modalidade da validação documental poderá ocorrer via videoconferência ou **alternativamente** na presencial. Contudo, há de se observar que, certificados digitais expirados não podem ser renovados por videoconferência. Ademais, a renovação de certificados digitais na modalidade online somente poderá ocorrer se o usuário do certificado digital tiver conhecimento de sua senha PIN. Portanto, considerando que ocorrem casos de renovação de certificados digitais cujos respectivos usuários não se lembram de sua senha PIN e que também não se manifestaram antes do prazo para renovação online de seus certificados, é imperativo a modalidade de atendimento presencial para a renovação desses certificados digitais. Além do mais, os certificados digitais do tipo A3 são entregues em mídias do tipo token ou cartão. Caso não haja representante da contratada no distrito de Belo Horizonte para a entrega dessas mídias pessoalmente para novos usuários de certificados, não seria prudente o envio dessas mídias pelo correio por questões de segurança. Assim sendo, este Tribunal não excluiu a possibilidade de validação documental por videoconferência, porém existe a necessidade, para os casos elencados, de uma ou mais visitas técnicas para a validação documental e entrega de mídias.

Ademais, conforme assevera ITIL, que é um framework de gestão de serviços de TIC, existem usuários que são reconhecidos como VIP para atendimento de requisição de serviços por este Tribunal. Esses usuários são gestores da respectiva instituição que demandam maior criticidade aos negócios do Tribunal (secretários, juízes, diretor geral e desembargadores). Dessa forma, não convém ao Tribunal deslocar fisicamente o respectivo usuário VIP à unidade da contratada, uma vez que a validação documental necessita da presença física do usuário detentor do certificado digital, pois dessa forma, esses usuários deixariam de desempenhar suas funções profissionais que são consideradas essenciais para o órgão. Assim, entendeu-se que é mais vantajoso, administrativo e economicamente, o deslocamento do serviço de validação documental até o Tribunal que o traslado desses recursos VIPs até o local do posto de atendimento da contratada. E ainda, essa validação documental no Tribunal poderá abranger mais de um usuário com certificados expirados, motivo pelo qual é necessário o agendamento prévio para o atendimento da contratada em nossas dependências. Por fim, os custos de homem x hora desses usuários VIP são certamente maiores que de uma visita técnica para validação documental na localidade onde os mesmos se encontram.

Por fim, cabe considerar que, os itens 2 e 3 são certificados digitais utilizados por aplicativos administrativos (e-Social, Receita Federal, etc) que estão vinculados à pessoa do Diretor Geral. Dessa forma, sempre que houver a mudança de gestão deste posto de trabalho no Tribunal, dever-se-á gerar novos certificados do tipo e-CNPJ, lembrando-se de que o cargo de Diretor Geral é um usuário VIP para a instituição.

Portanto, ante as considerações apresentadas pela equipe técnica, após análise das razões da impugnante, propomos a negação do provimento e inalteração do edital.