

AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO INVESTIDO PARA GERIR O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO (TIPO "MENOR PREÇO GLOBAL"), DA AUTORIDADE PORTUÁRIA DE SANTOS PARA O PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 42/2023 (PROCESSO LICITATÓRIO 220/23-10).

**PREGÃO ELETRÔNICO Nº 42/2023
PROCESSO LICITATÓRIO Nº 220/23-10**

NEXTI DESENVOLVIMENTO DE SISTEMAS S.A., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 25.322.949/0001-39, estabelecida na Rua Getúlio Vargas, nº 470, Centro, São José/SC, CEP: 80.103-400, vem respeitosamente, por meio de seu representante legal, com fulcro no art. 41, §1º, Lei Federal nº 8.666/93¹ e itens 2.1² e 5.2³, ambos do instrumento convocatório, apresentar:

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

proposto pela **AUTORIDADE PORTUÁRIA DE SANTOS/SP**, expondo e requerendo o quanto segue.

1. TEMPESTIVIDADE

Cabe, em grau preliminar destacar, que a presente Impugnação cumpre os parâmetros temporais estabelecidos pelo Edital de Pregão.

Com base nos itens 2.1 e 5.2, ambos do Edital, verifica-se que o prazo fatal para apresentação da presente impugnação esgota-se, tão somente, em **03 de outubro de 2023** visto que o órgão licitante determinou prazo de **03 (três) dias úteis, antes da data fixada para início da sessão pública, que ocorrerá somente em 06 de outubro de 2023.**

2. SÍNTESE FÁTICA

¹ cuja vigência foi objeto de prorrogação, até 30 de dezembro de 2023, nos termos da Medida Provisória nº 1.167/2023.

² A abertura da presente licitação dar-se-á no endereço eletrônico, data e horário abaixo indicado: **SITE: <https://www.gov.br/compras/pt-br/> DIA: 06/10/2023 - HORÁRIO: 10 (dez) horas.**

³ Até 3 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar este Edital.

Através do instrumento convocatório pretende-se o registro de preços para “contratação de pessoa jurídica para a prestação de serviços de Sistema de Registro Eletrônico de Ponto da Autoridade Portuária de Santos, composto de equipamentos e software, incluindo serviços de instalação e garantia”.

Pois bem. Busca a Autoridade a aquisição de **novos** relógios (item 2.2, do Termo de Referência) ante o término do prazo contratual (fev/23) que assegurava garantia e suporte técnico aos equipamentos então instalados. Como referência expressa, o Estudo Técnico Preliminar que lastreia o processo licitatório em apreço concluiu pela “aquisição de novos relógios”.

Ocorre que, diferentemente do avanço tecnológico que, atualmente, define os bens em apreço, é certo que a imposição contida no **item 3.1.9., do Termo de Referência**, mostra-se completamente ultrapassada e obsoleta e, portanto, inadequada se observada à luz do Princípio da Eficiência.

Doutro turno, sempre com o devido respeito, imprescindível que o r. instrumento convocatório denote efetivo estudo do cenário posto à norma, medida que, com o devido respeito, não se fez aferida quando da leitura ao **item 14.4, do instrumento convocatório**, já que, por se estar diante de tecnologia, tampouco um serviço vultuoso, complexo e ampla extensão temporal, a alea atuarial mostra-se de tal forma reduzida que a imposição de garantia contratual somente enseja a severa limitação de concorrência e aumento de custo ao erário.

Sob tais aspectos, imprescindível a oferta da presente impugnação de modo a restabelecer a legalidade ao procedimento.

3. MÉRITO

I. Imposição de critério que denota utilização de tecnologia ultrapassada. Item 3.1.9., do Termo de Referência, convola dentre as especificações técnicas “Interfaces nativas: 1 porta ethernet 10/100Mbps e 2 portas USB 2.0.”

Antes de mais nada, cumpre esclarecer que a Impugnante é detentora de acervo técnico inquestionável, com inúmeros clientes em todo o Brasil, sendo segura da contribuição técnica e econômica que pode oferecer à Autoridade Portuária de Santos, e, exatamente primando pelo dever social, se insurge e demonstra todo seu inconformismo à forma e procedimento do pregão em apreço, nos termos em que atualmente concebido.

Como prova da incoerência entre o Edital e a legislação em vigor, há que se ter em vista o quanto determina a Constituição Federal, especialmente em seu art. 37, inc. XXI, pelo que se verifica a permissão de exigências quanto à qualificação técnica dos licitantes, somente com relação aos preceitos **indispensáveis** à garantia do cumprimento das obrigações (Ap. cível 247.960-1/6, São Paulo, j.8.6.95, RDA 204/271).

Sobre este tocante, disciplina o renomado e saudoso HELY LOPES MEIRELES o que é considerado indispensável:

Qualificação técnica é o conjunto de requisitos profissionais que o licitante apresenta para executar o objeto da licitação. Pode ser genérica, específica e operativa.

Comprova-se capacidade genérica pelo registro profissional; a específica, por atestado de desempenho anterior e pela existência de aparelhamento e pessoal adequados para a execução do objeto da licitação; e a operativa pela demonstração da disponibilidade desses recursos materiais e humanos adequados, necessários à execução.

E assim é porque **o licitante pode ser profissional habilitado e não ter pessoal e aparelhamento próprios para a realização do objeto do contrato**; pode ser habilitado e possuir o aparelhamento e pessoal adequados, mas indisponíveis para a execução do objeto do contrato, por estar exaurida sua capacidade operativa real. Isto ocorre freqüentemente, quando as empresas comprometem esses recursos acima de suas possibilidades efetivas de desempenho, já estando absorvidos por outros conjuntos de obras, serviços ou fornecimentos. (grifo nosso)

Não bastassem, os termos da Carta Magna Brasileira, os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles e a jurisprudência nacional - referências feitas anteriormente - no próprio art. 3º, da Lei nº. 8.666/93, é encontrada disposição específica, que resulta descumprida no Edital em questão. Senão vejamos:

Art. 3º. A licitação (...)

§ 1º É vedado 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 contratual (grifo nosso)

Exatamente por isso, se mantida a redação do instrumento convocatório atualmente vigente, estará configurado inegável cerceamento à ora Impugnante, conduta que infringe diretamente a regra do art. 7º, inc. I e § 5º, da Lei 8.666/93, que assim disciplina: “é vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório”.

Dessa forma, o cerceamento de direito atrelado às exigências restritivas e injustificadas que afastam a proposta mais vantajosa da contratação, ofendem de morte o princípio da isonomia, que é entendida como reflexo da igualdade preconizada pelo *caput*, do art. 5º, da Constituição Federal, conforme leciona Joel de Menezes Niebuhr:

Melhor explicando: os contratos administrativos geram benefício econômico ao contratado. Como todos os interessados em colher tais benefícios econômicos devem ser tratados com igualdade, por força do *caput* do art. 5º da Constituição Federal, impõem-se a Administração seguir certas formalidades para escolher quem contratar, quem será o beneficiário. (NIEBUHR, 2013)

As irregularidades aludidas, afrontam o princípio da eficiência, porquanto injustificadamente impossibilitam a oferta de equipamentos superiores aos limites traçados no âmbito da decisão do ilustre Pregoeiro.

O princípio da eficiência resta sabiamente conceituado pelo ilustre doutrinador Joel de Menezes Niebuhr:

A eficiência em licitação pública gira em torno de três aspectos fundamentais: preço, qualidade e celeridade. Daí que do princípio da eficiência, mais abrangente, decorrem outros princípios, ente os quais o do justo preço, o da seletividade e o da celeridade. O princípio do justo preço demanda que a Administração não assumia compromissos com preços fora de mercado, especialmente com preços elevados. O princípio da seletividade requer cuidados com a seleção do contratante e da proposta, relacionando-se diretamente com a qualidade do objeto contratado. O princípio da celeridade envolve o tempo necessário para realizar a licitação, que deve ser o mais breve possível. Logo, tais princípios, repita-se, do justo preço, da seletividade e da celeridade, remetem aos princípios mais abrangente da eficiência. Ora, a observância de todos eles, em conjunto, revela a tão almejada eficiência. (NIEBUHR, 2013, p. 55)

Como se mostra de conhecimento geral, os princípios constitucionais explícitos encontram-se expressos no art. 37, da CF, tendo como destinação específica direcionar a atuação da autoridade administrativa e do gestor público, com o fim de auxiliar na consecução dos objetivos necessários ao alcance do interesse público, na esfera de atuação de cada órgão administrativo⁴.

Intrinsecamente, o próprio estabelecimento de diretrizes constitucionais pressupõe a existência de mecanismos de gerenciamento das ações adotadas.

Especificamente para a situação posta à análise, sobressai o princípio da eficiência que disciplina ser imprescindível a atuação administrativa através do **meio mais adequado para o alcance dos objetivos públicos**.

Neste sentido, o controle de tal princípio requer conhecimento aprofundado do analista no tema em estudo e das disponibilidades técnicas e de mercado para a satisfação dos objetivos pretendidos. Trata-se de análise mais detalhada e complexa.

Semelhantemente, o princípio da economicidade denota que o valor desembolsado pela Administração, para suprir a demanda existente, deve observar a medida de maior vantagem através da análise de critérios ou comparativos adequados.

O custo de aquisição de bens ou de prestação de serviços é item importante de qualquer contratação, principalmente as de natureza pública, em face do princípio republicano (*res publica*).

Sobre o tema Gustavo Massa Ferreira Lima⁵ esclarece que: “Existe na Alemanha uma tranquila autonomia conceitual. Conforme explica Stern, há termos distintos, pois, enquanto o conceito de modicidade *sparsankeit* diz respeito apenas à minimização de custo, o termo *wirtschaftlichkeit* compreende o resultado e o custo.”

⁴ FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁵ LIMA, Gustavo Massa Ferreira. O princípio constitucional da economicidade e o controle de desempenho pelos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2010 – p. 30

Ainda segundo o mesmo autor, o conceito de economicidade não é pacífico na doutrina nacional. Segundo ele há, basicamente, duas vertentes conceituais: a) a mais conservadora, que adota uma compreensão mais restrita de economicidade, vinculando-a especificamente à modicidade de gastos; b) e uma segunda corrente, que adota o conceito mais amplo, englobando não apenas a modicidade das despesas públicas, porém considerando também o retorno social obtido com o dispêndio, a relação custo-benefício social.

Semelhantemente Evandro Martins Guerra⁶, ao dissertar sobre economicidade registra que, sob a ótica da relação custo-benefício - introduzida pelo *caput*, do art. 70, da CF -, o controle da despesa em face dos recursos disponíveis, ou seja, a execução dos gastos estritamente necessários à consecução dos objetivos propostos em lei, sem que se incorra em valores exagerados, nem que se limite gastos indispensáveis.

No mesmo sentido, acórdãos do TCU, bem como de outros Tribunais de Contas, têm abordado a necessidade dos administradores públicos darem a devida importância à análise prévia da relação custo-benefício das contratações de bens e serviços, optando sempre por aquela alternativa que se apresentar como a melhor, ou seja, **possuir a menor relação custo/benefício**.

A título meramente exemplificativo é possível identificar os precedentes abaixo identificados:

Acórdão nº 2.088/2004 – TCU – Plenário, auditoria realizada no DNIT – Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes e Prefeitura de Jaguará 15 do Sul/SC; ANOP – Auditoria de Natureza Operacional realizada na CAIXA, com o objetivo de analisar a relação custo/benefício da política de terceirização de serviços, em cumprimento ao Acórdão n.º 2.985/2003-1ª Câmara (TC-014.523/2004-7).

Acórdão TCU nº 2578/2010 (em que o custo-benefício está presente na decisão da quantidade de empresas a serem ouvidas no processo, em razão do grande número envolvido);

Acórdão do Processo 862696/2012 – Tribunal Pleno TCE/MG no Programa “Saneamento Básico: mais saúde para todos”, instituído em 2004, no âmbito do estado de Minas Gerais;

Processo TCM/BA nº 69987/12, Prefeitura Municipal de Itamaraju, punição ao gestor pelo uso inadequado de recurso público.

⁶ GUERRA, Evandro Martins. Os controles externo e interno da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2005

Como se vê, a busca pela economicidade nas contratações de bens e serviços públicos, **por ser exigência constitucional**, converte-se em ponto de controle obrigatório não apenas pelos sistemas e estruturas de controle interno, como também pelos órgãos de controle externo.

Neste sentido, a exigência de conexões físicas (item 3.1.9., do Termo de Referência, que convola dentre as especificações técnicas “interfaces nativas: 1 porta ethernet 10/100mbps e 2 portas usb 2.0.”), se demonstra incompatível com o objetivo fundamental do Edital, posto que o que se pretende é a prestação de serviços de tecnologia WEB, por meio de conexão WI-FI e/ou GPRS, **muito mais segura e moderna**, tornando desnecessária (menos onerosa) a utilização de cabos ou mesmo a manipulação de usuários diretamente nos equipamentos.

Sendo assim, imprescindível a acolhida da presente impugnação para evitar imposição desarrazoada de ônus ao erário público e, com isso, extirpar exigência de unidades obsoletas e cuja utilização se mostra mais onerosa.

II. Item 14.4, do instrumento convocatório exige garantia contratual de 5% sobre o valor global ofertado. Oneração desnecessária de propostas. Objeto contratual simples, de rápida execução e sem reflexos extensos. Garantia contratual facultativa e, no caso em tela, desnecessária.

Dora Maria de Oliveira Ramos⁷, ao dissertar sobre garantias em contratos públicos esclarece que: “A exigência de prestação de garantia objetiva assegurar que o contratado efetivamente cumpra as obrigações contratuais assumidas, tornando possível à Administração a rápida reposição de eventuais prejuízos que possa vir a sofrer em caso de inadimplemento”.

Com efeito, nos termos do art. 56, da Lei de Licitações, “**a critério da autoridade competente, em cada caso**, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida a prestação de garantia nas contratações”.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RAMOS, Dora M. de O.; SANTOS, Marcia W. B.; D’AVILA, Vera L. M.. Temas polêmicos sobre licitações e contratos. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: PC Editorial Ltda., 2001, p. 286.

Vê-se, portanto, que a exigência de garantia recai sobre a esfera de discricionária assegurada ao administrador público, que, optando imposição de garantia contratual, deve, especificamente, prever tal exigência no instrumento convocatório para respeitar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório⁸.

Trata-se, portanto, de imprescindível análise de conveniência e oportunidade, já que nem sempre a exigência de garantia contratual representará efetivo benefício à Administração.

Sobre discricionariedade, Celso Antonio Bandeira de Mello⁹, registra que:

“Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”.

Com efeito, ao mesmo tempo em que a garantia representa segurança, no que se refere à boa execução do contrato, de outro lado, resulta, como regra, no encarecimento da contratação.

Sobre o tema, Joel de Menezes Niebuhr¹⁰ afirma que:

“A exigência de garantia contratual básica produz benesses e malefícios ao interesse público, e, por isso, deve-se analisar caso a caso, de acordo com as suas especificidades. Em linha de síntese, se de um lado, por meio da garantia contratual básica, a Administração Pública assegura as obrigações assumidas por terceiros, noutra, onera as propostas apresentadas e restringe a competição”.

Assim, a imposição de ônus complementar aos licitantes, acaba por não só limitar o universo de interessados, como, sabidamente, elevar o valor das propostas a serem estudadas na medida em que, fatalmente, far-se-á o acréscimo dos valores em razão do repasse dos custos decorrentes da garantia à própria Administração.

⁸ Niebuhr, Joel de Menezes. LICITAÇÃO PÚBLICA E CONTRATO ADMINISTRATIVO. 5. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2022 – p. 421

⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 48

¹⁰ NIEBUHR, Loc. cit.

Exatamente por isso, se – assim como no caso em tela – a contratação não denotar grande complexidade ou vultuosidade, os riscos de inadimplemento das obrigações e/ou prejuízos decorrentes da má execução não se mostrem consideráveis, plenamente dispensável a exigência de garantia contratual.

No mesmo prisma, igualmente importante lembrar da onerosidade que a exigência de garantia denota. Como regra, o oferecimento de garantia representa um valor que será agregado às propostas dos licitantes, o que equivale dizer que os custos dessa exigência serão repassados à própria Administração contratante. Portanto, essa exigência vai de encontro à economicidade da contratação.

Até por isso, Joel de Menezes Niebuhr afirma “que a discricionariedade do agente administrativo em exigir a garantia contratual básica é limitada e moldada pelos princípios da economicidade e da competitividade”.

Complementando tal raciocínio, Dora Maria de Oliveira Ramos conclui que “em função dessa onerosidade veiculada pela caução [entenda-se como garantia], justifica-se a atuação discricionária do administrador, avaliando a necessidade de sua exigência”¹¹.

Em suma, “antes de estabelecer no edital exigência de garantia, deve a Administração, diante da complexidade do objeto, avaliar se realmente é necessária ou se servirá apenas para encarecer o objeto”¹².

Conclui-se, com isso, que a exigência de garantia deve ser feita com vistas a minimizar seus efeitos quanto à restrição do número de interessados na contratação. Por conta disso, a Administração deve buscar compatibilizar tal realidade com a forma que se dará a exigência das garantias.

¹¹ DI PIETRO, Op. cit., p. 288.

¹² Brasil. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 738

Importante frisar que se a Administração desconsidera a tal realidade, está causando a restrição do direito dos licitantes em optar por qualquer das formas de garantia previstos na Lei de Licitações, em evidente contrariedade ao interesse público.

Nestes termos e considerando que a interpretação atribuída à norma deve ser aquela que compatibilize a persecução do interesse público, representado no aumento do número de licitantes e, conseqüentemente, no aumento da competitividade (art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93), com o resguardo do direito dos licitantes em optar pela apresentação da garantia que melhor lhes aprouver, sem que, ao final disso, se verifique prejuízo à segurança da execução do contrato.

Ainda que assim não fosse, considerando que a tecnologia contratada não é um fornecimento/venda de produto, cuja garantia se faz necessária, tampouco um serviço dedicado, tal como a terceirização de mão-de-obra, vez que o contrato em tela representa apenas o produto de uma tecnologia que já está em uso por outros diversos contratantes, não gerando riscos solidários e/ou subsidiários à Administração, desnecessidade a garantia contratual, uma vez que a Administração Pública não está sujeito à risco de não cumprimento das obrigações trabalhistas e/ou de garantia de compra.

Diante do quanto exposto e comprovado, imprescindível a retificação do instrumento convocatório, também quanto aos preceitos que atualmente identificam o item 14.4, do Edital.

4. PEDIDOS

Evidente, portanto, que o Edital merece revisão a fim de se evitar a restrição ao caráter competitivo, com a alteração das exigências que restringem injustificadamente a competitividade do certame, através de uma clara e evidente falta de isonomia e desrespeito aos princípios da Administração Pública e da Lei de Licitações que, no caso específico, encontram-se especificamente concentrados nos itens: (i) item 3.1.9., do Termo de Referência, pela exigência de critério técnico obsoleto, e (ii) item 14.4, do instrumento convocatório, pela imposição de oferta de garantia à contratação de baixo risco, medidas que somente restringem o número e qualidade de interessados e eleva o valor a ser custeado pelo erário.

Aduzidas as razões que balizaram a presente Impugnação, sob a égide permissiva da Lei nº. 8.666/93, REQUER seja a presente Impugnação recebida, conhecida e acolhida, para que, pelas razões de fato e de direito supra registradas, seja determinada a suspensão do Pregão designado até que se promova a imprescindível retificação do instrumento convocatório de modo que se faça adequado aos preceitos constitucionais de observância cogente pela Administração Pública supra apontados.

Termos em que, pede deferimento.

De São José/SC para Santos/SP, 02 de outubro de 2023.

 Documento assinado digitalmente
MARIA EDUARDA DA SILVA RIBEIRO
Data: 02/10/2023 12:01:57-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

REPRESENTANTE LEGAL

NEXTI DESENVOLVIMENTO DE SISTEMAS LTDA.

PARECER SUJUD Nº 200/2023

OBJETO: SDD nº 00012624/2023

SOLICITANTE: GECOS – Gerência de Compras e Suprimentos

ASSUNTO: Pedido de Impugnação apresentado pela empresa NEXTI DESENVOLVIMENTO DE SISTEMAS S.A. (Pregão Eletrônico nº 42.2023)

EMENTA: ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO APRESENTADA NO ÂMBITO DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 42.2023. NEXTI DESENVOLVIMENTO DE SISTEMAS S.A.

I. DO RELATÓRIO

Aos 02 de outubro de 2023 fora recepcionado pelo Sr. Rafael Dominguez Chavez a impugnação aos termos do Pregão Eletrônico nº 42.2023 apresentada pela empresa NETXTI DESENVOLVIMENTO DE SISTEMAS S.A., na qual aponta que o Termo de Referência estaria a impor quanto ao objeto da contratação: tecnologia ultrapassada, e, no mais, enuncia que a imposição de garantia de execução contratual oneraria, demasiadamente, eventuais contratantes.

A impugnação apresentada trata, em parte, de questão técnica, motivo pelo qual o procedimento foi encaminhado à GERID – Gerência de Infraestrutura de Dados para fins de explicitações quanto ao apresentado.

Nesse sentido a área técnica apontou, às fls. 14/15, que: “a utilização da tecnologia dita como ultrapassada é fundamental para fins de comunicação dos equipamentos (relógios) e o sistema (software), pois os registros de marcação de ponto são transmitidos pela rede (porta ethernet) ou podem ser obtidos por extração de pen drive, via porta USB. A segunda porta USB é de uso exclusivo do auditor fiscal do trabalho.”

Esclarecido o quanto apresentado, a área técnica aponta o cerne principal do que está se apresentando à APS “o mercado não pode impor as necessidade tecnológicas a serem aplicadas pela Autoridade Portuária de Santos.”

Apresentada a manifestação técnica, a área GERID apresenta o feito à GEJAD para fins de análise quanto ao teor jurídico do questionamento quanto à exigência de caução de garantia contratual.

II. DA ANÁLISE JURÍDICA

Cumpra registrar, preliminarmente, que a análise aqui empreendida se circunscreve aos aspectos legais envolvidos no procedimento em exame, não cabendo a esta unidade jurídica adentrar os elementos técnicos e econômicos, nem o juízo de oportunidade e conveniência da contratação pretendida, uma vez que fogem à sua alçada de conhecimento.

Os limites traçados decorrem da aplicação do princípio da deferência técnico-administrativa e do disposto no Enunciado nº 7 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União - AGU, do seguinte teor:

"A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento."

Ainda em paridade com o preceituado pela AGU, tem-se que o objetivo da manifestação jurídica é auxiliar a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados. Ela envolve, também, justamente apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências, para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.

Cabe registrar, assim, que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada, a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua correção. O prosseguimento do feito sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

Partindo de tais premissas, esta GEJAD manifesta-se explicitando que a análise a ser procedida se limitará tão somente aos aspectos legais e de regularidade.

Isso porque o conhecimento das nuances técnicas foge ao conhecimento desta Gerência, e a invasão de tais limites, acabaria por macular o procedimento administrativo, com falta de clareza e inadequação de análise.

Nesse sentido, cabe destacar que, se numa mão, este Jurídico deve se ater à sua área de competência, por força do caráter não vinculativo das expressões manifestadas neste parecer, é livre ao gestor ou ao corpo diretivo, o acompanhamento das recomendações aqui inseridas.

Note-se, no entanto, que, por se tratar de análise especializada, em optando pela não adoção das orientações, as demais áreas devem fazê-lo de forma motivada e justificada, sob pena de, em afastando a fala jurídica, incorrer em erro grosseiro, como bem preceitua a norma vigente.

Tal é o comando jurisprudencial do Tribunal de Contas da União:

"Para fins de responsabilidade perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) a decisão do gestor que desconsidera, sem a devida motivação, parecer da consultoria jurídica do órgão ou da entidade que dirige. Tal conduta revela desempenho aquém do esperado do administrador médio, o que configura culpa grave, passível de multa." (TCU, Acórdão 2599/2021 - Plenário)

Nesses moldes, passa-se à apreciação.

II.I. DA IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO QUANTO À TECNOLOGIA UTILIZADA PELO PORTO DE SANTOS – APS,

Assiste razão a área técnica ao apontar que ao mercado não é deferido balizar o encaminhamento de direcionamentos adotados pela administração pública.

Cumprido dispor, nesse momento procedimental que, as relações entre empresas públicas com Estado e Sociedade são regulamentadas pela Lei 13.303/2016 – não havendo qualquer vinculação legal à atendimento de elucidações do mercado para fins de balizamento de suas contratações.

Sem a necessidade de maiores considerações.

II.I. DA EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO DE GARANTIA DE EXECUÇÃO CONTRATUAL

A exigência de caução de garantia de execução contratual é previsão inserta no disposto no art. 70 da Lei 13.303/2016 e decorre da análise de conveniência e oportunidade quanto ao seu cabimento – do que se faz a perquirição quanto ao risco de inexecução contratual.

No caso em epígrafe, a área técnica não apontou motivos para a dispensa da garantia, o que está dentro do seu juízo de análise, do que, não encontra guarida alegar a antijuridicidade de tal exigência, eis que prevista em instrumento legal e devidamente balizada.

Cumpre elucidar que o Regulamento Interno de Licitações e Contratos aponta quanto à possibilidade de se dispensar a apresentação de garantia de execução contratual em contratações de valor inferior à R\$ 100.00,00 (cem mil reais) e ainda quanto à contratações de baixa complexidade técnica e de que não decorram obrigações futuras (art. 287, §5º).

Colaciono o disposto:

§5º Para compras, prestação de serviços gerais e obras e serviços de Engenharia, cujo valor seja inferior a R\$ 100.000,00, ou de qualquer valor, quando de baixa complexidade técnica, serviços de execução REL.SUAFI.GCC.001 137 instantânea, serviços profissionais técnico-especializados ou ainda aquisições com previsão de entrega total e imediata sem obrigações futuras, o Diretor da área demandante, ouvido previamente o Gestor responsável, poderá autorizar a dispensa da Garantia de execução.

Com efeito, ainda que o orçamento seja sigiloso, deduz-se que a área técnica entendeu pelo não cabimento de tal dispensa, ou seja, em outras palavras atuou dentro da liberdade técnica que a lei e o Regulamento Interno de Licitações e Contratos autoriza.

Não há fundamento jurídico apto a se aduzir pela ilegalidade de tal exigência, motivo pelo qual aponto que, estando a questão dentro do âmbito técnico, reputo necessário que a área técnica explicitasse os motivos pelos quais entendeu pela não aplicação do disposto no art. 298, §5º do Regulamento Interno de Licitações e Contratos – de forma que reste dada amplitude e transparência à pretensão licitante.

III. **CONCLUSÃO**

Ante o exposto, considerando as peculiaridades enunciadas no caso concreto, é conclusão deste parecer, de caráter não vinculativo e sujeito à revisão por esta Superintendência, pela recepção da impugnação apresentada por NEXTI DESENVOLVIMENTO DE SISTEMAS S.A. e não acolhimento do quanto apresentado, pois, conforme apontado não é atribuição de terceiros, estranhos à estrutura da APS, impor tecnologias ou soluções diversas para fins de contratação pela APS.

No mais, a exigência de caução de garantia contratual encontra respaldo legal e regulamentar, de forma que, entendo pelo encaminhamento do feito à GERID para complementar as informações, apontando o motivo pelo qual, dentro do autorizativo enunciado no art. 298, §5º do RILC, entendeu pela manutenção da caução de garantia contratual – apresentando os termos do disposto à pretensa licitante – em prestígio à transparência da pretendida contratação.

Em entendendo, esta SUJUD por tal encaminhamento, sugiro a remessa de seus termos à GERID.

Santos, 05 de outubro de 2023.

Marjorie Okamura
GEJAD