TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

EDITAL DE LICITAÇÃO N. 851433

Procedência: Prefeitura Municipal de Turvolândia

Ano Ref.: 2011

Responsáveis: João Batista de Morais e Adeline Domingues da Silva

Procurador: Alencar Marques Garcia

MPTC: Marcílio Barenco Côrrea de Mello

RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

EMENTA

EDITAL DE LICITAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM CESSÃO DE DIREITO DE USO (LOCAÇÃO) DE SISTEMAS INTEGRADOS DE GESTÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO. JUSTIFICATIVAS. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE QUITAÇÃO E CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. OPÇÃO PELA LOCAÇÃO DE SOFTWARE. ORÇAMENTO ESTIMADO DOS SERVIÇOS. AUSÊNCIA DE DETALHAMENTO EM CUSTOS UNITÁRIOS. REGULARIDADE. EXTINÇÃO DO FEITO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. RECOMENDAÇÕES. ARQUIVAMENTO.

1. Está no âmbito da discricionariedade da Administração a participação ou não de empresas em consórcio, devendo ser observada a necessidade ou não de se fazer constar no processo licitatório a justificativa para a decisão administrativa, em razão do vulto e complexidade do objeto.

2. É de praxe a Administração Pública aceitar a certidão positiva de débito com efeitos de negativa, mesmo não constando expressamente do edital; todavia deve ser recomendado à Administração que em certames futuros passe a exigir em seus editais tão somente a prova de regularidade perante as Fazendas Municipal, Estadual e Federal, a Seguridade Social e, ainda, a Justiça do Trabalho, de forma a dar mais transparência ao processo e evitar qualquer questionamento a respeito.

3. A escolha efetuada pela Administração Pública pela locação de *software* trata-se de uma decisão indiscutivelmente discricionária, devendo-se ter em conta, ainda, o juízo de conveniência e oportunidade que incumbe ao gestor.

4. A exigência do orçamento detalhado em planilhas, observando os preços praticados no mercado, deve constar na fase preparatória do Pregão, não se impondo na fase externa dessa modalidade licitatória, à luz da Lei Federal n. 10.520/2002.

Segunda Câmara
11ª Sessão Ordinária – 27/04/2017

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Edital de Licitação n. 26/2011, relativo ao Pregão Presencial n. 05/2011, do tipo menor valor global, promovido pela Prefeitura Municipal de Turvolândia, tendo por objeto a contratação de empresa especializada em cessão de direito de uso (locação) de sistemas integrados de gestão pública, com acesso simultâneo, integrado, com especificações

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1302318

técnicas e características mínimas constantes do Termo de Referência, conforme documentos de fls. 01 a 112.

Referida documentação, protocolizada nesta Corte sob o n. 02437062/2011, foi enviada por iniciativa do Prefeito Municipal de Turvolândia em 11/05/2011, por meio do Ofício n. 55/2011/GAB/PREF, datado de 08/05/2011, fl. 01, "*Com o objetivo de maior transparência perante os órgãos de controle Externo e para possibilitar maior controle social*".

O Exmo. Conselheiro Presidente à época, verificando que a matéria tratada no certame era a mesma tratada nos autos da Denúncia n. 808.841, determinou, com fulcro no art. 111 c/c o art. 41, inciso XXXIII da Resolução n. 12/2008, a autuação da documentação como Edital de Licitação e sua distribuição, por dependência, à Conselheira Adriene Andrade, Relatora do referido processo.

Cumpre esclarecer que o Processo n. 808.841, que tinha por objeto denúncia relativa à Tomada de Preços n. 03/2009, foi extinto sem resolução de mérito, com fundamento no que dispõe o art. 267, IV, do CPC, aplicado subsidiariamente, por força do disposto no art. 379 do Regimento Interno, e arquivado, conforme decisão da Primeira Câmara em sessão do dia 04/09/2012, uma vez comprovada pela Prefeitura Municipal de Turvolândia a anulação do referido procedimento licitatório, o que resultou na perda do objeto da denúncia.

Foram os presentes autos encaminhados ao Órgão Técnico para exame, em caráter de urgência, conforme despacho de fl. 116.

O Órgão Técnico, às fls. 117/142, após breve relato acerca do Processo n. 808.841, analisou a documentação constante dos presentes autos – edital de Pregão Presencial n. 05/2011, à vista das irregularidades apontadas no edital antecedente – Tomada de Preços n. 03/2009, o qual fora objeto de denúncia nesta Corte, concluindo que restaram configuradas as irregularidades relacionadas às fls. 141/142.

Por essa razão, entendeu a Unidade Técnica que poderiam ser citados o Sr. João Batista de Morais, Prefeito Municipal de Turvolândia, e a Sra. Adeline Domingues da Silva, Pregoeira, para que apresentassem defesa quanto às irregularidades apontadas, bem como para que apresentassem a fase interna e externa do certame e eventual contrato.

Intimado a apresentar, no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de multa, cópia da documentação relativa à fase interna e externa do certame, bem como do contrato, caso esse já tivesse sido assinado, nos termos do despacho de fl. 144, o Sr. João Batista de Morais, Prefeito Municipal de Turvolândia, por meio do Ofício n. 90/2011/GAB/PREF, datado de 08/07/2011, fl. 147, encaminhou a cópia do Processo de Licitação n. 26/2011 – Pregão Presencial n. 05/2011, conforme documentos de fls. 148/544, e informou, ainda, que o procedimento licitatório não fora homologado, estando no aguardo de parecer do técnico de informática para aceite final das demonstrações dos sistemas de gestão municipal.

Foram os autos encaminhados ao Órgão Técnico para manifestação, em cumprimento ao despacho de fl. 144.

Analisando a documentação apresentada, fls. 546/555, a Unidade Técnica concluiu que permaneciam as irregularidades anteriormente verificadas, e salientou, ainda, que já acontecera a contratação da empresa vencedora do certame, pelo que sugeriu a citação do Sr. João Batista de Morais, Prefeito Municipal de Turvolândia, e a Sra. Adeline Domingues da Silva, Pregoeira, para que apresentassem defesa quanto às irregularidades apontadas, em observância aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Em manifestação preliminar o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas corroborou os apontamentos da Unidade Técnica, salientou que a Comissão de Licitação deveria motivar as

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1302318

exigências apontadas como irregulares, restritivas ao princípio da ampla competitividade em detrimento do erário municipal, e opinou pela citação dos responsáveis e intimação da Pregoeira, facultando-lhe a apresentação de minuta de retificação do Edital de Pregão Presencial n. 05/2011, fls. 558/573.

Nos termos do despacho de fl. 574 os responsáveis foram devidamente citados (fls. 575/576 e fls. 581/582), e encaminharam a esta Corte as justificativas de fls. 583/600, acompanhadas da documentação de fls. 601/1037.

Nos termos do documento de fl. 1053 os autos foram redistribuídos à minha relatoria.

O Órgão Técnico, após a análise da defesa e da documentação enviada, concluiu que o Processo de Licitação n. 26/2011 – Pregão Presencial n. 05/2011 não mais apresentava as irregularidades apontadas, razão pela qual opinou pelo arquivamento dos autos e, também, para que fossem feitas recomendações aos responsáveis, a serem observadas nos próximos processos licitatórios, fls. 1039/1048.

Encaminhados os autos ao *Parquet*, sua conclusão foi no sentido da extinção do feito, com julgamento de mérito, e consequente arquivamento dos autos, conforme fls. 1051/1052v.

É o relatório, em síntese.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Do relatório verifica-se que os presentes autos decorrem do envio, pelo Prefeito Municipal de Turvolândia, na data de 11/05/2011, do Edital de Licitação n. 26/2011, relativo ao Pregão Presencial n. 05/2011, tendo por objeto a contratação de empresa especializada em cessão de direito de uso (locação) de sistemas integrados de gestão pública, com acesso simultâneo, integrado, com especificações técnicas e características mínimas constantes do Termo de Referência, antecipando-se, assim, à decisão proferida em sessão da Primeira Câmara deste Tribunal, ocorrida em 04/09/2012, referente ao Processo n. 808.841, já arquivado, relativo a denúncia em face da Tomada de Preços n. 03/2009, a qual fora anulada. No Acórdão advertiu-se ao Prefeito Municipal que, caso fosse deflagrada nova licitação com objeto idêntico, ou semelhante ao anterior, anulado, que se encaminhasse a este Tribunal cópia do Edital para prévia análise.

À fl. 01 o Prefeito Municipal de Turvolândia, Sr. João Batista de Morais, aduziu que encaminhou a cópia do edital do Pregão Presencial n. 05/2011 "*Com o objetivo de maior transparência perante os órgãos de controle Externo e para possibilitar maior controle social*".

Analisando a documentação apresentada à vista das irregularidades apontadas no edital antecedente – Tomada de Preços n. 03/2009, o qual fora objeto de denúncia nesta Corte, a Unidade Técnica concluiu que restaram configuradas as seguintes irregularidades:

a) Vedação injustificada à participação de consórcios de empresas no certame;

b) Exigência de Certidão de Quitação e Certidão Negativa de Débito, em desconformidade com o art. 29, inciso III, da Lei n. 8.666/93;

c) Ausência de fundamentação da escolha pela locação de *software*, em que seja considerada ao menos:

_ a vantajosidade de se utilizar *software*s gratuitos existentes;

_ a viabilidade de filiar-se às redes de compartilhamento de soluções criadas pelo Governo Federal e Governo Estadual;

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1302318

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

_ a viabilidade de celebração de consórcio público para a redução do custo fixo de desenvolvimento do *software*;

_ vantajosidade de se adquirir a licença permanente do *software*.

d) Falta de distinção entre os serviços de trato sucessivo (locação de *software* e serviços pertinentes) e os de prestação instantânea (conversão de dados, implantação, interligação de sistemas, customização, treinamento), em relação ao prazo de duração do contrato e da possibilidade de sua renovação, desconsiderando, dessa forma, a transparência e a objetividade, ao arrepio do art. 40, inciso I, da Lei n. 8.666/93;

e) Falta de desagregação, na proposta comercial, dos custos relativos aos serviços de trato sucessivo e aos de prestação instantânea, o que implicou inobservância do art. 43, inciso IV, da Lei n. 8.666/93;

f) Ausência de detalhamento, em custos unitários, do orçamento estimado dos serviços acessórios, em descumprimento ao art. 40, § 2º, inciso II, da Lei n. 8.666/93.

Determinou a Conselheira Relatora à época, fl. 574, que os responsáveis fossem citados para apresentação de defesa e/ou alegações quanto às irregularidades apontadas pela Unidade Técnica.

Em resposta, os responsáveis, na defesa de fls. 583/600, salientaram, inicialmente, a boa fé e o seu esforço no trato do interesse público, com o envio de cópias do edital de licitação ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais, à Câmara Municipal e a esta Corte, "*demonstrando total esforço para atingir ao fim almejado pelo legislador*".

No tocante às irregularidades apontadas, apresentaram as justificativas discriminadas a seguir, as quais passo a analisar em conjunto com o estudo efetuado pelo Órgão Técnico em sede de reexame, fls. 1039/1048, e, também, com a manifestação conclusiva do Ministério Público junto a este Tribunal, fls. 1051/1052v:

a) Vedação injustificada à participação de consórcios de empresas no certame:

Aduziram os Defendentes, fls. 584/587, tratar-se o objeto do Pregão Presencial n. 05/2011 de serviço comum, razão pela qual foi adotada a modalidade pregão, que não estava presente uma amplitude de objeto ou uma diversidade de elementos que o compunham, para permitir consórcio de empresas para sua execução, e que a justificativa estava expressa na definição do objeto.

Citaram julgados do Tribunal de Contas da União em que permitir ou não a participação de empresas consorciadas é direito da Administração, concedido pela Lei n. 8.666/936, art. 33, *caput*, tratando-se de ato discricionário cuja motivação constava da justificativa da adoção da modalidade pregão apresentada pelo Secretário Geral do Município, compondo o processo licitatório.

Citaram, ainda, doutrina acerca da necessidade, ou não, de motivação dos atos discricionários, e afirmaram, também, que o Município, ao não permitir o consórcio, prestigiou a competição e procurou eliminar riscos de redução do universo da disputa, não restando nenhum prejuízo financeiro ou aos princípios contidos no art. 3º da Lei n. 8.666/93 com a pratica do ato discricionário.

O Órgão Técnico, fls. 1041/1042, considerou a natureza discricionária da decisão adotada pela Administração e as justificativas apresentadas, "*em que pese os defendentes não terem justificado, no documento convocatório ou no procedimento licitatório, a proibição da*

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1302318

participação de empresas reunidas em consórcio", e entendeu que tal proibição não teve o condão de prejudicar o bom andamento do certame.

Considerou, ainda, que o objeto não apresentava "*complexidade nem vultuosidade*", características essas que colocariam em risco a regularidade do certame caso a proibição não fosse motivada no edital de licitação ou no procedimento licitatório, contrariando os princípios da transparência e da livre concorrência.

Por essa razão, retificou seu entendimento anterior, e concluiu pela inexistência de irregularidade nesse item.

Por outro lado, levando em conta o princípio da motivação, entendeu a Unidade Técnica que poderia ser recomendado aos responsáveis que, nos próximos processos licitatórios, motivassem a eventual vedação de participação de consórcio no edital ou no procedimento licitatório.

O Ministério Público junto a este Tribunal, em manifestação conclusiva, fls. 1051/1052v, destacou inicialmente a vedação de participação de empresas reunidas em consórcio, contida no subitem 2.2 do edital.

Salientou que a justificativa de proibição de empresas em consórcio participarem do certame deveria ser devidamente fundamentada no instrumento convocatório, com a motivação da Administração Pública para a sua escolha, conforme dispõe o inciso I do art. 50 da Lei Federal n. 9.784/1999, independente da modalidade de licitação escolhida.

Observou, por outro lado, que o Conselheiro-Relator José Alves Viana adotou posicionamento diverso em seu voto, nos autos do Recurso Ordinário n. 952.058, na Sessão do Pleno do dia 04/08/2016, sustentando que:

> "Quando o edital é omisso, como a vedação é a regra, presume-se proibida a participação de empresas em consórcio. "

Diante do precedente acima, o douto Procurador, embora possuindo entendimento diverso, optou por deixar de apontar a referida irregularidade para fins de aplicação de sanção.

No que se refere às demais irregularidades anteriormente constatadas, entendeu que o Município apresentou justificativas capazes de supri-las, tendo o feito cumprido seu objetivo pleno para o qual fora constituído.

Assim, considerou como exaurido o controle da legalidade realizado por essa Corte, e opinou pela extinção do feito com julgamento de mérito, nos termos do art. 196, § 2º da Resolução TCE n. 12/2008 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais), com o consequente arquivamento dos autos, nos termos do artigo 176, inciso IV do mesmo diploma legal.

Com relação ao presente item, reitero meu posicionamento desde a decisão proferida na Denúncia n. 932.390, em sessão do dia 15/09/2016, quando passei a entender ser desnecessária a justificativa à vedação de participação de empresas em consórcio.

É pacífico o entendimento de que tal decisão constitui ato discricionário da Administração.

A reunião de empresas em consórcio é a forma pela qual as empresas potencializam mutuamente os seus atributos, adicionando esforços a fim de atingir o objetivo comum, qual seja: a contratação administrativa e a execução da obra, serviços ou mesmo a concessão de serviço público.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1302318

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

Se a Administração averiguar que diversas empresas no mercado estão aptas a ofertar tal serviço isoladamente, a participação de consórcios não será necessária, vez que a ausência dos consórcios não significa, necessariamente, a obtenção de propostas menos vantajosas.

Nesse aspecto, Marçal Justen Filho[1] ensina que

> "há hipóteses em que as circunstâncias do mercado e (ou) a complexidade do objeto tornam problemática a competição".

E acrescenta que

> "isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação". Nesse caso, "o instituto do consórcio é a via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes. "

Por oportuno, vale transcrever o disposto na Lei Federal n. 8.666/1993, que no art. 33 estabelece as normas a serem seguidas pelo gestor "**quando permitida a participação em consórcio**":

> Art. 33. **Quando permitida** na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (grifo nosso)
>
> I – comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;
>
> II – indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;
>
> III – apresentação dos documentos exigidos nos art. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;
>
> IV – impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais um consórcio ou isoladamente;
>
> V – responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

O *caput* do referido artigo 33 evidencia o livre arbítrio do Administrador, bem como o caráter excepcional da participação de consórcios: "**Quando permitida** na licitação a participação de empresas em consórcio (...)". Ou seja, a depender do juízo de oportunidade e conveniência da Administração.

Observados os limites legais, a escolha da melhor forma de contratação cabe à Administração, usando critérios de conveniência e oportunidade, resguardando-se a isonomia entre os licitantes, a vantagem para a Administração e a sustentabilidade como preservação do meio

---

[1] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 12.ª ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 463.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1302318

ambiente, nos termos do art. 225 da Constituição Republicana e do art. 3º da Lei de Licitações e Contratos.

O item V do edital em análise, fl. 07, assim estabelece:

> "V – CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO
>
> 2 – Não poderá participar da presente licitação empresa:
>
> (...)
>
> 2.2 – Em consórcio. "

Constata-se, portanto, que a Administração Municipal, no presente caso, no uso de sua discricionariedade, optou pela não permissão da participação em consórcio, conforme disposto no item acima transcrito.

Verifico, entretanto, que o cerne da questão não reside na vedação à participação de empresas consorciadas, mas na ausência de justificativas no processo administrativo aptas a fundamentar tal opção.

Impende destacar que não há na Lei de Licitações dispositivo por meio do qual se obrigue os órgãos licitantes a justificarem sua decisão de autorizar ou vedar a participação de empresas em consórcio. Todavia, esta Corte vinha decidindo pela necessidade de sua fundamentação, amparada na doutrina e jurisprudência vigente.

A esse respeito aponto decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, no sentido de que:

> "há que se demonstrar com fundamentos sólidos a escolha a ser feita pelo gestor durante o processo de licitação no que toca à vedação da participação de consórcios, ou mesmo à sua autorização" [2].

Ocorre que, por ocasião do julgamento do Recurso Ordinário n. 952.058, da Relatoria do Conselheiro José Alves Viana, levado à apreciação do Tribunal Pleno na 23ª Sessão Ordinária realizada no dia 03/08/2016, pronunciou-se o nobre Conselheiro no sentido de que:

> "(...) nego provimento ao recurso, tendo em vista que a licitação em exame não é de grande vulto e alta complexidade, e, portanto, a participação de empresas reunidas em consórcio não seria cabível, razão pela qual entendo que a motivação para a vedação está implícita na natureza do objeto".

Na mesma ocasião manifestou-se o Conselheiro em Substituição Hamilton Coelho:

> "(...) se nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns a participação de consórcio é excepcional, algum sentido faria em exigir justificativa para a sua permissão, mas jamais quanto à sua restrição".

Por sua vez, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão posicionou-se em relação à questão da seguinte forma:

> "(...) a leitura do disposto no art. 33 da Lei n. 8.666/93 deixa claro que a justificativa deve ser apresentada apenas quando da autorização da participação das empresas consorciadas (...)".

Vale ressaltar que o voto do Relator foi aprovado por unanimidade.

---

[2] Acórdão n. 1165/2012-Plenário, TC 037.773/2011-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 16.5.2012.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1302318

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

A partir de então firmou-se posicionamento nesta Câmara de que não se tratando de objeto de grande vulto e alta complexidade desnecessária se faz a justificativa para a vedação de empresas em consórcio no certame, eis que "já está implícita na natureza do objeto".

Impõe-se então analisar as duas questões destacadas pelo nobre Conselheiro José Alves Viana, quais sejam, o vulto e a complexidade do objeto licitado, no caso concreto.

Os dois elementos devem estar presentes, cumulativamente, para a subsunção do caso à tese julgada pelo Tribunal Pleno.

De acordo com a defesa apresentada, a opção da Administração fundamentou-se no entendimento de que o objeto da licitação não apresentava amplitude ou uma diversidade de elementos para permitir consórcio de empresas para sua execução, e que a justificativa estava expressa na definição do objeto.

Conforme destacou a Unidade Técnica, o objeto não apresentava "*complexidade nem vultuosidade*".

Observo à fl. 27 dos autos o Anexo I – Termo de Referência, parte integrante do edital em análise, no qual está discriminado o objeto do Pregão Presencial n. 05/2011, a saber:

> ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA
>
> I – OBJETO
>
> A contratação de empresa especializada em cessão de direito de uso (locação) dos seguintes sistemas integrados de gestão pública, com acesso simultâneo, integrado, com especificações técnicas e características mínimas constantes do termo de Referência – Anexo I – compreendendo os seguintes sistemas e serviços:
>
> 1.1 – SISTEMAS:
>
> Sistema de contabilidade pública;
>
> Sistema de planejamento Municipal;
>
> Sistema de compras;
>
> Sistema de Patrimônio;
>
> Sistema de folha de pagamento;
>
> Sistema de recursos humanos;
>
> Sistema de arrecadação municipal;
>
> Sistema de frotas;
>
> Sistema de controle de estoque;
>
> Sistema de atendimento ao cidadão via web;
>
> Sistema de controle interno;
>
> Sistema de ISS eletrônico e escrituração eletrônica;
>
> Sistema de nota fiscal eletrônica;
>
> Sistema de faturamento de água e esgoto.
>
> 1.2 – SERVIÇOS
>
> Conversão de dados, implantação e capacitação dos usuários;
>
> Manutenção legal e corretiva, necessária ao aprimoramento dos sistemas durante o período contratual;

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1302318

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

> Suporte técnico operacional nos sistemas contratados, após a implantação dos mesmos; Consultoria pós implantação para a parametrização e configurações.

Trata-se, portanto, da contratação de sistemas de gestão pública, comuns a toda e qualquer Administração Municipal.

Quanto ao vulto do procedimento licitatório, verifico que a planilha acostada à fl. 223 aponta investimentos da ordem de R$165.786,57 (cento e sessenta e cinco mil setecentos e oitenta e seis reais e cinquenta e sete centavos), razão pela qual o objeto licitado, além de não complexo, pode ser considerado de pequeno vulto, adequando-se, consequentemente, aos pressupostos para dispensa de apresentação de justificativa destacados pelo Conselheiro José Alves Viana na decisão do Recurso Ordinário n. 952.058, que obteve aprovação unânime.

Assim sendo, considerando que a situação em análise não envolveu contratação de alta complexidade, que dificilmente demandaria a associação de duas ou mais empresas, e sendo seu objeto de pequeno vulto, entendo que ela exime o gestor de apresentar as justificativas para a opção de proibir consórcio de empresas para sua execução, uma vez que a justificativa se encontra expressa na própria definição do objeto.

Dessa forma, por não haver infração a norma legal ou regulamentar, entendo regular o presente item, sendo desnecessária, no presente caso, a justificativa para vedação à participação, no certame, de empresas reunidas em consórcio.

b) Exigência de Certidão de Quitação e Certidão Negativa de Débito, em desconformidade com o art. 29, inciso III, da Lei n. 8.666/93:

Destacaram os Defendentes às fls. 587/589 que, "*não obstante a Lei Ordinária n. 8.666/93, art. 29, III, exija prova de regularidade fiscal para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal*", foi acolhido o preceito constitucional, que se sobrepõe à lei de licitações, presente no art. 195, § 3º, o qual impede expressamente de contratar com o Poder Público a pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social.

Aduziram que:

> "O aparente conflito de normas, entre a Lei Maior, que impõe que não pode ser contratada pelo Poder Público a pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade, e a norma ordinária, que impõe exigência de regularidade com a Fazenda Nacional, merece ser resolvido com a acolhida do princípio da supremacia da Constituição, para interpretar que essa regularidade (art. 29, III, da Lei 8.666/93) implica em inexistência de débito com o sistema de seguridade social, por força do art. 95 (*sic*) § 3º, da CRFB/88".

Citaram disposições da Lei n. 5.172/1966, que trata do Sistema Tributário Nacional, em especial os arts. 205 e 206, e afirmaram que a exigência de Certidão Negativa de Débito com o INSS deve ser interpretada na forma da Constituição, que proíbe a contratação entre Poder Público e Pessoa Jurídica em débito como o sistema de seguridade social, e, ainda, que essa ausência de débito pode ser comprovada por meio de Certidão Negativa, à qual se equivale a certidão que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa (Certidão positiva com efeito negativo).

O Órgão Técnico, fls. 1042/1044v, citou o art. 205 c/c art. 206 do CTN – Código Tributário Nacional, e afirmou que:

> "Pelo que se verifica dos dispositivos legais citados, é possível a expedição de certidão negativa de débito ou certidão positiva com efeitos de negativa nos seguintes casos: a) existência de créditos não vencidos; b) quando o processo de execução estiver garantido pela penhora; c) quando a exigibilidade do crédito estiver suspensa.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1302318

> A legislação tributária equiparou a certidão positiva com efeitos de negativa, quanto aos seus efeitos, à certidão negativa, sendo estes dois instrumentos aptos para a comprovação da regularidade fiscal. ”

Citou, ainda, jurisprudência e doutrina acerca da matéria, e entendeu ser razoável a exigência de certidão negativa de débito, sem indicação expressa da possibilidade de apresentação positiva de débito com efeitos de negativa, uma vez que o CTN equipara esta certidão, quanto aos seus efeitos, à certidão negativa de débito.

Assim, considerou que a exigência da Certidão Negativa de Débito – CND, para com o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, contida no item IX – Documentação de Habilitação, subitens 4.2 e 4.2.5 – Regularidade Fiscal, do edital, encontrava-se regular.

Todavia, entendeu a Unidade Técnica que poderia ser recomendado à Administração Municipal que incluísse em seus próximos editais a possibilidade dos licitantes apresentarem na habilitação a certidão positiva com efeitos de negativa, de forma a dar mais transparência aos licitantes e evitar qualquer questionamento a respeito.

No que se refere à irregularidade apontada, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas entendeu que o Município apresentou justificativas capazes de supri-la.

Cabe destacar, inicialmente, que a Lei de Licitações, para demonstração da regularidade fiscal perante as Fazendas Públicas, exige dos licitantes apenas a apresentação da “prova de regularidade, na forma da lei”, conforme previsto em seu art. 29, III, sem determinar, no entanto, que tipo de documento estaria apto a legitimar tal comprovação.

Fica, portanto, a cargo de legislação específica determinar a forma de se comprovar a necessária regularidade fiscal.

Do disposto nos arts. 205 e 206 do Código Tributário Nacional – CTN[3], tem-se que, para prova de quitação de determinado tributo, será emitida certidão negativa de débito ou certidão positiva com efeitos de negativa, quando constatada a existência de créditos não vencidos, quando o processo de execução estiver garantido pela penhora ou quando a exigibilidade do crédito estiver suspensa.

Assim, tanto a certidão negativa quanto a certidão positiva com efeitos de negativa, equiparada quanto aos seus efeitos à primeira, são instrumentos aptos para a comprovação da regularidade fiscal no tocante aos tributos federais e estaduais.

A Lei de Licitações também não explicita qual documento estaria apto a comprovar a regularidade fiscal dos licitantes perante a Seguridade Social, conforme o disposto em seu art. 29, IV.

---

[3] Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.
Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.
Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1302318

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

De acordo com a legislação específica, nos termos do Decreto Federal n. 6.106, de 30 de abril de 2007, já revogado, a prova de regularidade fiscal perante a seguridade deveria se dar por meio de "certidão específica, emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil".

Atualmente a regularidade fiscal é verificada mediante apresentação de Certidão Conjunta de Débitos Relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União, emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que engloba a prova de regularidade para com a Fazenda Federal e a Seguridade Social, nos termos da Portaria n. 358, de 5 de setembro de 2014.

Dessa forma, a regularidade perante o INSS é verificada conjuntamente com a regularidade perante a Fazenda Federal, podendo ser apresentada, para tanto, a certidão negativa de débitos ou a certidão positiva com efeitos de negativa.

Pelo exposto, não vejo óbice na exigência de certidão negativa de débito, sem indicação expressa da possibilidade de apresentação da certidão positiva de débito com efeitos de negativa, uma vez que as duas certidões se equiparam quanto aos seus efeitos, razão pela qual entendo regular este item.

Recomendo à Administração Municipal, no entanto, acatando sugestão da Unidade Técnica, que nos próximos certames passe a exigir em seus editais tão somente a prova de regularidade perante as Fazendas Municipal, Estadual e Federal, a Seguridade Social e, ainda, a Justiça do Trabalho, nos termos previstos na Lei Federal n. 8.666/93, de forma a dar mais transparência ao processo e evitar questionamentos futuros.

c) Ausência de fundamentação da escolha pela locação de *software*, em que seja considerada ao menos:

_ a vantajosidade de se utilizar *softwares* gratuitos existentes;

_ a viabilidade de filiar-se às redes de compartilhamento de soluções criadas pelo Governo Federal e Governo Estadual;

_ a viabilidade de celebração de consórcio público para a redução do custo fixo de desenvolvimento do *software*;

_ vantajosidade de se adquirir a licença permanente do *software*.

Os Defendentes salientaram, fls. 590/592, que consta do Termo de Referência justificativa no sentido que não ser possível a utilização do *software* livre "*pelo fato do Município não possuir em corpo técnico suficiente para manutenção, desenvolvimento e possível alterações futuras*", justificativa essa que não teria sido considerada pelo Órgão Técnico.

Prosseguiram, afirmando que:

> "O Município não possui técnicos para adaptar o *software* livre às suas necessidades e, ao contrário que se se imagina ou o nome '*software* livre' possa sugerir, é livre porque disponibiliza ao seu possuidor a utilização e adaptação conforme suas necessidades, usando o código fonte fornecido por seu idealizador".

Citaram jurisprudência do Tribunal de Contas da União no sentido de que a utilização de *software* livre é opção governamental e não há lei que disponha acerca da contratação obrigatória.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1302318

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

Afirmaram, ainda, ser reduzido, no Brasil, o número de prefeituras que utilizam *software* livre, não havendo na região de Turvolândia nenhuma prefeitura que tivesse a experiência de adoção de *software* livre, que fosse de conhecimento dos Defendentes.

O Órgão Técnico, fls. 1045/1046, citou julgado deste Tribunal[4] acerca da questão em análise:

> "Em sede de reexame, a Unidade Técnica e o MPTCE não acolheram os argumentos apresentados. Entretanto, a meu sentir, o cerne da questão se configura tão somente com a ausência de motivação para a escolha pelos serviços/produtos licitados e, não, com a escolha efetuada pela Administração, que tem cunho indiscutivelmente discricionário. "

Na mesma linha citou parecer do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas em outro processo desta Corte[5] no seguinte sentido:

> "(...) Cabe à Administração decidir pela utilização de *software* livre, pela locação ou até mesmo pelo desenvolvimento de *software* próprio (...)
>
> Quanto à vantagem para o Município em adquirir a licença permanente do *software*, entende-se que opinar pela sua aquisição seria contraproducente, vez que a área de tecnologia de informação é sensível a modificações e atualizações constantes.
>
> Incumbe ao Gestor, utilizando-se do juízo de conveniência e oportunidade, planejar suas políticas públicas na qualidade de administrador dos interesses coletivos, cuja prerrogativa encontra-se na esfera da sua discricionariedade, a quem compete eleger, "entre as várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público" (...). Nessa ordem de ideias, induzir a participação do Município em consórcios públicos com o fito de implementar sua estrutura organizacional e administrativa resvalaria em invasão de autonomia do Município, resguardada pela Constituição. "

A Unidade Técnica concluiu sua análise considerando sanadas as irregularidades apontadas, uma vez que a escolha efetuada pela Administração Pública era indiscutivelmente discricionária e as justificativas apresentadas pelos responsáveis, plausíveis e razoáveis.

Entendeu, entretanto, que poderia ser recomendado à Administração Municipal para que, em futuros certames, motivasse na fase interna a escolha pela opção pelo fornecimento remunerado de *software*s, bem como para todas as escolhas de mérito que forem realizadas na condução dos processos licitatórios.

No que se refere à irregularidade apontada, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas entendeu que o Município apresentou justificativas capazes de supri-la.

Acolho o parecer do Ministério Público junto a esta Corte, no sentido de que as justificativas apresentadas pelos interessados são pertinentes.

Isso porque observo às fls. 163/164 dos autos o Anexo I – Termo de Referência, parte integrante do edital em análise, no qual está destacada no item II – JUSTIFICATIVA DA CONTRATAÇÃO a seguinte ressalva:

> JUSTIFICATIVA DA NÃO UTILIZAÇÃO DE SOFTWARE LIVRE
>
> Justifica-se a não utilização de um software livre no objeto da licitação em questão ou adaptação para o mesmo, pelo fato do município não possuir corpo técnico suficiente para prover manutenção, desenvolvimento e possíveis alterações futuras.

---

[4] Processo n. 811.101 – Acórdão da Segunda Câmara, sessão de 22/11/2010
[5] Processo n. 859.061 – Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1302318

Conforme as alegações apresentadas pela defesa, o "*software* livre" disponibiliza ao seu possuidor a utilização e adaptação conforme suas necessidades, usando o código fonte fornecido por seu idealizador, não possuindo o Município técnicos capazes para efetuar tais adaptações, argumento que foi considerado também pelo Órgão Técnico plausível e razoável.

Ademais, tratando-se de uma decisão indiscutivelmente discricionária da Administração, deve-se ter em conta, ainda, o juízo de conveniência e oportunidade que incumbe ao gestor.

Nesse sentido cito decisão da Primeira Câmara desta Corte, proferida na Sessão do dia 27/09/2016, no julgamento do Processo n. 932.917, nos termos do voto da Conselheira Relatora Adriene Andrade, do qual aqui transcrevo parte:

> Em recente julgado, na sessão plenária de 09/04/2015, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a Lei n. 11.871/02, do Estado do Rio Grande do Sul, que instituía no âmbito de sua administração, a preferência pela contratação de *software*s livres ou sem restrições proprietárias, sem vedar, contudo, a contratação de *software*s proprietários, desde que tecnicamente justificável, nos termos de seu art. 3º. A ementa do acórdão foi publicada nos seguintes termos:
>
> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. LEI N. 11871/02, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, QUE INSTITUI, NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA REGIONAL, PREFERÊNCIA ABSTRATA PELA AQUISIÇÃO DE SOFTWARES LIVRES OU SEM RESTRIÇÕES PROPRIETÁRIAS. EXERCÍCIO REGULAR DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PELO ESTADO-MEMBRO. INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGIFERANTE RESERVADA À UNIÃO PARA PRODUZIR NORMAS GERAIS EM TEMA DE LICITAÇÃO. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA IMPESSOALIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA ECONOMICIDADE. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. 1. (...) 2. (...) 3. A Lei nº 11.871/2002 do Estado do Rio Grande do Sul não engessou a Administração Pública regional, revelando-se compatível com o princípio da Separação dos Poderes (CRFB, art. 2º), uma vez que a regra de precedência abstrata em favor dos *software*s livres pode ser afastada sempre que presentes razões tecnicamente justificadas. 4. A Lei nº 11.871/2002 do Estado do Rio Grande do Sul não exclui do universo de possíveis contratantes pelo Poder Público nenhum sujeito, sendo certo que todo fabricante de programas de computador poderá participar do certame, independentemente do seu produto, bastando que esteja disposto a celebrar licenciamento amplo desejado pela Administração. 5. (...) 6. (...) (ADI 3.059 RS – STF – Plenário – Ministro Ayres Britto, unanimidade, DJE 08/05/2015)
>
> Após agruparem informações de diversos órgãos e entidades representativas do setor de informática, seja pela participação como *amicus curiae*, seja por meio de pesquisas trazidas livremente aos autos nos votos proferidos, o Ministro Luiz Fux, em seu voto vista, sintetizou exemplarmente as diferenças fundamentais entre o conceito de *software* livre e de *software* proprietário:
>
> Um mesmo programa de computador pode configurar-se como *software* livre ou proprietário, a depender da extensão dos direitos conferidos ao seu usuário no contrato de licenciamento. A distinção é, portanto, exterior ao produto. Diz respeito à formação jurídica da licença, ou seja, à extensão dos poderes facultados ao licenciado pelo negócio jurídico que possibilita acesso ao programa de computador.
>
> (...)
>
> Como já ressaltado, o *software* livre é todo aquele programa de computador que garanta aos seus usuários a liberdade de executar, distribuir, estudar, modificar e aperfeiçoar seu conteúdo. Em outras palavras, ao optar por um *software* livre, a Administração Pública tem garantido sua (i) *liberdade de execução* – pode executar o programa para qualquer

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1302318

propósito -; (ii) *liberdade de conhecimento* – pode estudar o funcionamento do programa e adaptá-lo livremente às suas necessidades-; e (iii) *liberdade de compartilhamento* – uma única cópia do programa pode ser utilizada por todos os funcionários de um mesmo órgão público ou por qualquer outro ente, seja ele pessoa física ou jurídica, sem custos adicionais.

Ficou consignado, ainda, no voto do Relator, Ministro Ayres Britto, e no voto vista do Ministro Luiz Fux que *software* livre não se confunde com *software* gratuito, podendo haver tanto *software*s livres quanto *software*s proprietários cujas licenças sejam concedidas gratuitamente ou a título oneroso.

Tecnicamente, então, se extrai dos votos deste julgado emblemático que a distinção fundamental entre *software* livre e proprietário está na extensão da licença de uso. Enquanto no *software* proprietário a licença é mais restrita, e o código-fonte é fechado, no *software* livre o código-fonte é aberto, não impondo limites à licença e disponibilizando ao adquirente plena liberdade para executar, copiar, distribuir, estudar, modificar e aperfeiçoar o *software*.

Aqui se faz necessária uma primeira observação quanto ao apontamento do Ministério Público quando cobra que a Administração apresente fundamentação sobre a vantagem de se adquirir a licença sob a forma temporária ou permanente.

A licença temporária refere-se a um *software* proprietário, já a licença permanente não se refere obrigatoriamente a um *software* livre, podendo haver casos em que a licença, embora permanente, se refira a um *software* proprietário.

Voltando ao julgado paradigmático do Supremo Tribunal Federal, reconheceu-se, no voto vista do Ministro Luiz Fux, ao se avaliar a arguição de inconstitucionalidade da norma gaúcha, sob o fundamento de que teria usurpado competência legislativa da União para editar normas gerais de licitação, que "a Administração dispõe do poder de ditar as características do produto ou serviço de que necessita (aliás, como qualquer consumidor)" e, assim, seria "um contrassenso admitir que a Administração pudesse realizar licitação com o objetivo de contratar exclusivamente *software* livre, mas a lei local, que se sobrepõe hierarquicamente ao edital (enquanto mero ato administrativo), não pudesse impor obrigatoriedade nesse mesmo e exato sentido. O que é vedado por 'norma geral' impede tanto a atuação do legislador local como a do administrador local".

Entendeu o Pretório Excelso que a opção feita pelo legislador do Estado do Rio Grande do Sul representa uma medida de política pública, objetivando o "incentivo ao desenvolvimento científico e tecnológico regional", posto que, "ao permitir que os técnicos a serviço da Administração Pública tenham acesso aos códigos de programação utilizados nos *software*s adquiridos, promove-se a expansão tecnológica do setor público brasileiro, que poderá estudar, adaptar, aperfeiçoar e redistribuir o programa, justamente na linha preconizada pelo art. 219 da Constituição da República, quando entoa que 'o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar (...) a autonomia tecnológica do País'."

Mesmo como medida de política pública, o legislador gaúcho, sabedor das dificuldades próprias de sua implantação, previu que a preferência por *software*s livres se desse de forma paulatina, sempre baseada em estudos técnicos e de forma a não gerar perda de qualidade nos serviços prestados pelo Estado.

Além dessa forma paulatina de transição, sem prazo pré-fixado, também se previram hipóteses em que se admitirá a contratação de *software*s proprietários:

Art. 3º - Será permitida a contratação e utilização de programas de computador com restrições proprietárias ou cujas licenças não estejam de acordo com esta Lei, nos seguintes casos: I - quando o software analisado atender a contento o objetivo licitado ou contratado, com reconhecidas vantagens sobre os demais softwares concorrentes, caracterizando um melhor investimento para o setor público; II - quando a utilização de

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1302318

programa livre e/ou código fonte aberto causar incompatibilidade operacional com outros programas utilizados pela administração direta, indireta, autárquica e fundacional do Estado, ou órgãos autônomos e empresas sob o controle do mesmo.

Como se vê, embora a contratação de *software*s livres possa oferecer vantagens a longo prazo para a Administração Pública, o raciocínio nem sempre é verdadeiro, havendo hipóteses em que a contratação de *software*s proprietários seja mais vantajosa.

(...)

Diferentemente do que ocorre no Estado do Rio Grande do Sul, não temos, em Minas Gerais, uma política pública estabelecida por lei que priorize a escolha de *software*s livres pela Administração.

Embora a contratação de *software*s livres traga visíveis vantagens a longo prazo, não só para a Administração como também para o mercado, potencializando o desenvolvimento regional, as medidas para a implantação de políticas públicas nesse sentido devem ser adotadas de forma planejada e paulatina, havendo, mesmo assim, hipóteses em que será mais vantajosa a contratação de *software*s proprietários.

(...)

Assim, entendo que a Administração, fazendo uso de seu poder para "ditar as características do produto ou serviço de que necessita", nas palavras do Ministro Ayres Britto, e tendo justificado os motivos pelos quais, no momento da licitação, não reunia condições técnicas para optar pela contratação de *software*s livres, não incorreu em irregularidade ao fazer a escolha por *software* proprietário, contratando nos limites e com as restrições impostas pela Lei n. 8.666/93, seja quanto à escolha do objeto, seja quanto aos limites de aditamento e prorrogação do contrato.

Também não vislumbro irregularidade pela não adoção de *software*s gratuitos ou filiação às redes de soluções governamentais, porquanto, conforme alegado pela defesa, os *software*s gratuitos referem-se, usualmente, a programas de uso genérico – sistemas operacionais, planilhas, editores de texto, dentre outros – e, mesmo os *software*s governamentais, ainda que cedidos gratuitamente, requerem investimentos para a realização de ajustes e manutenção que acabam colocando-os na categoria dos *software*s livres, cuja análise anterior se aproveita.

(...)

Por fim, quanto à análise da viabilidade da celebração de consórcios públicos visando à redução de custos fixos no desenvolvimento de *software*s, requerida pelo Ministério Público, entendo que, apesar de ser uma alternativa interessante que, ao final, pode se mostrar viável, tal medida não se configura como uma exigência cuja omissão seja capaz de macular a escolha da Administração por outra modalidade de contratação de licenças de *software*s.

Isso porque os trâmites necessários à formação de um consórcio público, viabilizando o interesse e as necessidades de múltiplos atores, são, reconhecidamente, complexos e de difícil articulação, de forma que um estudo de viabilidade dessa alternativa, além de não ser garantia de que ela, efetivamente, venha a ocorrer, certamente oneraria de forma desproporcional a Administração, considerando-se a relação custo/benefício, não só pelo aspecto financeiro, mas, também, pelo tempo e esforço despendido, tornando o procedimento licitatório excessivamente complexo e oneroso. As duas hipóteses não são necessariamente excludentes, especialmente porque o tempo de implantação e os interesses envolvidos não são os mesmos.

Com esses fundamentos, considero regular a opção da Administração pela contratação de *software*s proprietários. Contudo, diante das vantagens que a contratação de *software*s livres geralmente oferece a longo prazo, recomendo ao gestor a adoção das medidas necessárias para que o Município esteja preparado para adquiri-los em futuras licitações.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1302318

Pelo exposto, considero regular este item.

d) Falta de distinção entre os serviços de trato sucessivo (locação de *software* e serviços pertinentes) e os de prestação instantânea (conversão de dados, implantação, interligação de sistemas, customização, treinamento), em relação ao prazo de duração do contrato e da possibilidade de sua renovação, desconsiderando, dessa forma, a transparência e a objetividade, ao arrepio do art. 40, inciso I, da Lei n. 8.666/93;

Os Defendentes afirmaram, fls. 594, que foram estabelecidas 05 (cinco) etapas de execução, conforme fl. 77 do processo licitatório, fixando-se o prazo máximo de 06 (seis) meses para total implantação dos sistemas, nos termos previstos à fl.108 do processo licitatório, item IX, onde se lê:

> "Os sistemas deverão estar totalmente integrados e em funcionamento no prazo máximo de 6 (seis) meses, sob pena de rescisão contratual, devendo ser convocado o segundo vencedor do certame que atenda as exigências do Município".

Consideraram que, efetuada a divisão da execução dos serviços como roteiro, com o estabelecimento de etapas, e fixado o prazo máximo para total implantação dos sistemas, não haveria que se falar em irregularidade.

O Órgão Técnico, fls. 1046/1046v, observou que o objeto da licitação estava inserido no Anexo I – Termo de Referência, no item XIV – Caracterização comum operacional dos sistemas (Projeto Básico) e, também, no item XVII – Forma e Regime de Execução do Contrato (em 05 etapas), itens que, analisados sistematicamente, levavam a uma descrição adequada dos serviços propostos, conforme item 1.2 do Anexo I – Termo de Referência, convergindo à viabilização da efetiva implantação dos 14 (quatorze) sistemas informatizados relacionados no item 1.1 do Anexo I – Termo de Referência, do Edital.

Destacou, ainda, que no item XI do Edital constava o "Cronograma Estimativo de Desembolso Financeiro Máximo Por Mês Civil", informando os serviços de migração, customização, implantação e treinamento, com valores e períodos de realização.

Considerando a justificativa apresentada pelos responsáveis, bem como a existência de etapas tanto para execução dos serviços a ser contratado como para instalação e execução do *software*, a Unidade Técnica entendeu que o ponto analisado não apresentava irregularidade, e retificou, assim, seu entendimento anterior.

No que se refere à irregularidade apontada, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas entendeu que o Município apresentou justificativas capazes de supri-la.

Acolho a manifestação da Unidade Técnica e, também, do Ministério Público junto a esta Corte de Contas, no sentido de que as justificativas apresentadas pelos Defendentes foram suficientes para esclarecer o apontamento em análise, pelo que considero regular este item.

e) Falta de desagregação, na proposta comercial, dos custos relativos aos serviços de trato sucessivo e aos de prestação instantânea, o que implicou inobservância do art. 43, inciso IV, da Lei n. 8.666/93;

Os Defendentes não se manifestaram quanto à não separação, na proposta comercial, dos custos relativos aos serviços de trato sucessivo e aos de prestação instantânea.

O Órgão Técnico, fls. 1047, apontou que no item VIII – Proposta Comercial, constava a descrição do objeto: valor mensal da licença de uso, os serviços de instalação, configuração, transferência e conversão de dados do município, parametrização e adequação dos sistemas

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1302318

para as rotinas dos setores, treinamento dos usuários dos sistemas, manutenções e consultorias pós implantação. E que no Modelo de Proposta de Preços – Anexo VIII, constavam os sistemas de gestão pública, bem como os serviços de conversão, implantação, manutenção legal e corretiva, suporte técnico, etc., sendo solicitado o valor mensal e anual de cada item.

Apontou, ainda, que a proposta de preços apresentada pela vencedora do certame especificava o valor mensal da licença de uso, apontando o valor mensal de todos os sistemas e serviços.

Considerou, portanto, que tanto o modelo como a proposta comercial apresentaram o valor mensal de todos os sistemas e serviços, e de forma pormenorizada, e entendeu que se encontrava regular esse item.

No que se refere à irregularidade apontada, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas entendeu que o Município apresentou justificativas capazes de supri-la.

Não obstante a ausência de manifestação dos Defendentes quanto ao presente apontamento, acolho a análise do Órgão Técnico pela regularidade do item, a qual foi, também, acompanhada pelo Ministério Público.

f) Ausência de detalhamento, em custos unitários, do orçamento estimado dos serviços acessórios, em descumprimento ao art. 40, § 2º, inciso II, da Lei n. 8.666/93.

Acerca do tema os Defendentes aduziram, fls. 594/598, que constam do Edital, como parte integrante do Anexo I, os orçamentos estimados em planilhas, com o preço unitário estimado de cada serviço, inclusive customização, conversão dos dados, implantação do sistema, treinamento e capacitação, hora técnica.

Salientaram que o Anexo VIII do edital demonstra no Modelo de Proposta a exigência dos preços unitários e globais da proposta, ensejando o maior controle no certame, e que também a minuta do contrato trouxe a cláusula sobre o orçamento dos preços ofertados, com o devido detalhamento.

Argumentaram que o Tribunal de Contas da União, ao dar interpretação sobre a obrigatoriedade de detalhamento de custos unitários do orçamento estimado dos serviços acessórios, entendeu que, em se tratando de pregão, a Lei n. 10.520/2002 não impõe a mesma obrigação que a Lei n. 8.666/93, que a ausência não constitui motivo de contaminação do certame e que nem a lei nem a jurisprudência daquela Corte obrigam a anexação do orçamento estimado ao edital.

O Órgão Técnico, fls. 1047/1047v, salientou que constava do subitem 5.4.2.3 do Edital o valor estimado da contratação, no montante de R$165.578,65 (cento e sessenta e cinco mil quinhentos e setenta e oito reais e sessenta e cinco centavos).

Salientou, ainda, que no item V – Avaliação de Custo, do Anexo I – Termo de Referência, constavam as médias aritméticas de preços, e no item XI – Cronograma Estimativo de Desembolso Financeiro Máximo por Mês Civil, os preços dos serviços.

Considerando a análise proferida nos itens constantes das letras “d” e “e”, a presença dos valores unitários e estimado da contratação bem como as justificativas apresentadas pelos Defendentes, a Unidade Técnica entendeu que a irregularidade fora sanada.

No que se refere à irregularidade apontada, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas entendeu que o Município apresentou justificativas capazes de supri-la.

Considero que a exigência do orçamento detalhado em planilhas, observando os preços praticados no mercado, deve constar na fase preparatória do Pregão, não se impondo na fase

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1302318

externa dessa modalidade licitatória, à luz da Lei Federal n. 10.520/2002, a cujas regras se vincula expressamente o Edital de Licitação – Pregão Presencial n. 05/2011 (fl. 231 – Preâmbulo), e que estabelece:

> "Art. 3º A **fase preparatória** do pregão observará o seguinte:
>
> I – (...)
>
> II – (...)
>
> III – dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, **bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados;** " (g. n.)

Vincula-se, ainda, o edital em análise ao Decreto Municipal n. 065/2010, de 19/07/2010, fls. 151/159, o qual "*regulamenta a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito do Município de Turvolândia*" e assim estabelece:

> "Art. 5º - À autoridade competente, designada na forma prevista no regimento ou estatuto do órgão ou da entidade, cabe:
>
> I – determinar a abertura da licitação, devendo:
>
> a) Especificar o objeto do certame e seu valor estimado com planilhas, de forma clara, concisa e objetiva, de acordo com o termo de referência elaborado pelo requisitante, em conjunto com a área de suprimentos, obedecidas as especificações praticadas no mercado;
>
> (...).
>
> Art. 6º - A **fase preparatória** do pregão observará as seguintes regras:
>
> I – (...);
>
> II – o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pelo órgão ou entidade, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;
>
> III – **constarão do processo licitatório** a motivação de cada um dos atos especificados no artigo anterior e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, **bem como o orçamento estimativo** e o cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela administração do órgão ou entidade; " (g. n.)

Ademais, consta do Preâmbulo do edital em análise, fl. 231 dos autos, a seguinte observação:

> "O Município de Turvolândia Estado de Minas Gerais (Prefeitura), (...), torna pública a abertura do Processo Licitatório n. 26/2011, na modalidade Pregão Presencial n. 05/2011, do tipo menor valor global, **com o preenchimento da planilha com os preços unitários**, regido pela Lei Federal n. 10.520, de 17/7/2002, e Decreto Municipal n. 065/2010, de 19/07/2010, subsidiariamente a Lei Federal n. 8.666/93, de 21/6/93, e alterações posteriores, e demais condições fixadas neste instrumento convocatório." (g. n.)

Nesse sentido, observo que os Defendentes juntaram aos autos, como parte integrante do processo licitatório, os orçamentos dos produtos/serviços objetos da presente licitação, efetuados junto às empresas CSM – Central de *Software* Municipal Ltda., União – Assessoria, Consultoria, Treinamento e Informática Ltda. e PRODATA Informática Ltda., fls. 208/215, por meio dos quais se obteve o valor unitário médio de cada sistema pretendido pela Administração, bem como o valor global médio, estimado em R$165.786,57 (cento e sessenta e cinco mil setecentos e oitenta e seis reais e cinquenta e sete centavos), conforme planilhas de preço médio de mercado anexadas às fls. 223/224.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1302318

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

Observo, também, que tanto os orçamentos apresentados quanto as planilhas elaboradas pela Administração Municipal destacaram os valores referentes a cada sistema pretendido pela Administração, bem como os valores referentes aos "serviços de conversão, implantação, manutenção legal e corretiva, suporte técnico, consultoria pós implantação para a parametrização e configurações" e, ainda, o valor da "hora técnica reembolsável".

Os valores médios estimados foram discriminados no Anexo I – Termo de Referência, do edital, no item V – Avaliação de Custo, fls. 255/256, sendo elaborado, também, no item XI do Termo de Referência o Cronograma Estimativo de Desembolso Financeiro Máximo por Mês Civil, conforme se verifica às fls. 257/258 dos autos.

Entendo, portanto, que foram atendidas, no presente caso, as disposições da Lei Federal n. 10.520/2002 e do Decreto Municipal n. 065/2010 retrocitadas, pelo que considero regular o item.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, em consonância com o entendimento do Órgão Técnico e do *Parquet*, concluo que o Procedimento Administrativo n. 026/2011 – Pregão Presencial n. 005/2011, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Turvolândia não apresenta as irregularidades anteriormente apontadas, e voto pela extinção do processo com resolução de mérito, nos termos do art. 196, § 2º da Resolução TCE n. 12/2008 – RITCEMG.

Recomendo à Administração Municipal, que nos próximos certames, passe a exigir em seus editais tão somente a prova de regularidade perante as Fazendas Municipal, Estadual e Federal, a Seguridade Social e, ainda, a Justiça do Trabalho, nos termos previstos na Lei Federal n. 8.666/93, de forma a dar mais transparência ao processo e evitar questionamentos futuros.

Intimem-se as partes desta decisão, nos termos do art. 166, §1º, inciso I, do Regimento Interno desta Corte

Arquivem-se os autos, nos termos do artigo 176, inciso IV do mesmo diploma legal.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** declarar a extinção do processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 196, § 2º da Resolução TCE n. 12/2008 – RITCEMG, em consonância com o entendimento do Órgão Técnico e do *Parquet*, conclui-se que o Procedimento Administrativo n. 026/2011 – Pregão Presencial n. 005/2011, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Turvolândia não apresenta as irregularidades anteriormente apontadas; **II)** recomendar aos responsáveis que nos próximos certames passem a exigir em seus editais tão somente a prova de regularidade perante as Fazendas Municipal, Estadual e Federal, a Seguridade Social e, ainda, a Justiça do Trabalho, nos termos previstos na Lei Federal n. 8.666/93, de forma a dar mais transparência ao processo e evitar questionamentos futuros; **III)** intimar as partes desta decisão, nos termos do art. 166, §1º, inciso I, do Regimento Interno desta Corte; **IV)** arquivar os autos, nos termos do artigo 176, inciso IV do mesmo diploma legal.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro José Alves Viana e o Conselheiro Gilberto Diniz.

Presente à sessão o Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1302318

TRIBUNAL DE CONTAS
fl. ___
MINAS GERAIS

Plenário Governador Milton Campos, 27 de abril de 2017.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente e Relator

(*assinado eletronicamente*)

jb/

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ___/___/_____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ___/___/_____.

_____

Coord. Sistematização, Publicação das Deliberações e Jurisprudência

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 1302318