

DENÚNCIA N. 944538

Denunciante: Ibtech Tecnologia da Informação Ltda.
Denunciada: Prefeitura Municipal de Araguari
Apenso: Denúncia, n. 944595
Partes: Daniel Jose Peixoto Santana, Mirian de Lima, Raul José de Belém
Procuradores: Amanda Correa Fernandes, OAB/MG 167.317; Patrick Mariano Fonseca Cardoso, OAB/MG 143.314, Raula Moura Melo Silva, OAB/MG 180.663, Rodrigo Ribeiro Pereira, OAB/MG 83.032
MPTC: Marcílio Barenco Corrêa de Mello
RELATOR: CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA

EMENTA

DENÚNCIAS. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. FORNECIMENTO DE SISTEMAS INTEGRADOS DE GESTÃO PÚBLICA E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA. I. RETIFICAÇÃO DO OBJETO DA LICITAÇÃO SEM A CONCESSÃO DO PRAZO INICIALMENTE CONCEDIDO ENTRE A PUBLICAÇÃO E A ABERTURA. IRREGULARIDADE. II. EXIGÊNCIA DE PRAZO EXÍGUO PARA CONCLUSÃO DOS SERVIÇOS. FLEXIBILIDADE. AFASTAMENTO. III. EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FATO IMPEDITIVO PARA HABILITAÇÃO. FALTA DE AMPARO LEGAL. IV. PRAZO DE 02 (DOIS) DIAS ÚTEIS PARA AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE REGULARIZAREM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LEGISLAÇÃO ALTERADA. IRREGULARIDADE. V. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA O NÃO PARCELAMENTO DO OBJETO. RAZOABILIDADE EM RAZÃO DO OBJETO. IRREGULARIDADE AFASTADA. VI. EDITAL SUBSCRITO PELO PREGOEIRO. ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE. VII. NÃO ESTABELECIMENTO DE PREÇOS MÁXIMOS UNITÁRIOS. NÃO OBRIGATORIEDADE. VIII. NÃO PREVISÃO DE GARANTIAS POR RESCISÃO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IV. AUSÊNCIA DO NÚMERO DE SERVIDORES A SEREM TREINADOS. PREVISÃO DE NÚMERO LIMITE. DESNECESSIDADE DE PREVISÃO EXATA. X. ESPECIFICAÇÕES RESTRITIVAS. PERTINÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE. AFASTAMENTO. COMPETITIVIDADE NO CERTAME. TEMPO DECORRIDO. NÃO RESPONSABILIZAÇÃO. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. A retificação do objeto da licitação exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas, consoante estabelece o §4º do artigo 21 da Lei de Licitações.

2. Os serviços estipulados no edital, que deveriam ser prestados em até 24 (vinte e quatro) horas, não se mostram restritivos, pois ou **(i)** referem-se a demandas de correção de sistema ou início do uso, as quais podem ser prestadas remotamente, devendo ser realizadas nesse prazo, “desde que possíveis”, ou **(ii)** referem-se à concessão da permissão do uso da licença após assinatura do contrato, entendendo-se que esta refere-se somente ao módulo “Requisitos Obrigatórios dos Sistemas”.

3. A exigência de “declaração de inexistência de fato impeditivo para habilitação” não encontra amparo legal na Lei do Pregão, bem como na Lei de Licitações.
4. A Lei Complementar Federal nº 147/2014 altera o artigo 43, §1º, da Lei Complementar Federal nº 123/2006, passando o prazo para regularização da documentação fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte, anteriormente de 02 (dois) úteis, para 05 (cinco) dias úteis, podendo ser prorrogado por igual e sucessivo período.
5. Em que pese não constar dos autos a justificativa técnica para o não parcelamento do objeto, a operacionalização integrada em benefício da gestão coordenada e da visão articulada, tal qual ocorre com o objeto da licitação em tela, no entendimento deste Tribunal, são atributos que validam a indivisibilidade do objeto.
6. Conquanto a legislação que rege a matéria não atribua ao pregoeiro a competência de confecção do edital, consoante entendimento desta Corte e do Tribunal de Contas da União não há vício de competência, neste caso, e o subscritor do edital se responsabiliza pelo seu conteúdo.
7. O artigo 40, inciso X, da Lei de Licitações permite a fixação de preços máximos e critérios de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, nos editais de licitação.
8. Não há obrigatoriedade legal de haver previsão de garantias por rescisão contratual no instrumento convocatório.
9. A não fixação do número exato de servidores a serem treinados pela contratada, no instrumento convocatório, torna-se desnecessária com a previsão do número limite deles.
10. As especificações do objeto estabelecidas no ato convocatório, desde que não acarretem indevida restritividade ao certame, constituem atos discricionários da Administração Pública e visam ao atendimento do interesse público.

Primeira Câmara
26ª Sessão Ordinária – 20/08/2019

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Denúncia oferecida por Ibtech Tecnologia da Informação Ltda., em face do Pregão Presencial nº. 135/2014, promovido pelo município de Araguari, que tem como objeto a contratação de empresa especializada na área de informática para fornecimento de sistemas integrados de gestão pública e serviços de informática, para prestação de serviços de fornecimento de software – licença de uso dos sistemas de todos os módulos; treinamento e certificação de usuários; conversão e migração de dados pré-existentes de outros sistemas; instalações dos sistemas em todas as máquinas; manutenção de todos os módulos do sistema.

A presente Denúncia foi recebida e autuada neste Tribunal em 15/12/2014, fl. 218.

Com fulcro no disposto nos artigos 140, §2º e 306, II, da Resolução nº 12/2008, determinei a intimação da Secretária Municipal de Administração de Araguari, Sra. Mirian de Lima, e do Pregoeiro, Sr. Daniel José Peixoto Santana, ambos subscritores do edital, na forma prevista no art. 166, §1º, VI e VII do diploma regimental, para que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, apresentassem as justificativas e os esclarecimentos que entendessem pertinentes acerca das questões abordadas na denúncia, bem como encaminhassem cópia integral do procedimento licitatório (fases interna e externa), inclusive o contrato, caso já tivesse sido celebrado.

E, ainda, qualquer alteração, eventual revogação/anulação do procedimento, ou na hipótese de licitação deserta ou frustrada, o fato deveria ser comunicado imediatamente a este Tribunal, fazendo menção aos presentes autos.

Em 15/01/2015, tendo em vista que tramitava nesta Corte a Denúncia nº 944.595, oferecida em face do mesmo certame e distribuída à minha relatoria, determinei, preliminarmente, o seu apensamento aos presentes autos para tramitação conjunta, nos termos regimentais.

Ato contínuo, à vista da juntada da documentação de fls. 229/1.822, encaminhada em atendimento à intimação de fls. 220/221, os autos foram remetidos à Coordenadoria de Análise de Editais de Licitação – CAEL para análise das questões denunciadas, considerando as justificativas e documentos apresentados, tendo sido elaborado relatório de fls. 1828/1843v.

Em 26/01/2018, os autos foram remetidos ao Ministério Público junto a este Tribunal para manifestação preliminar, juntada às fls. 1846/1852.

Em obediência aos princípios da ampla defesa e do contraditório estabelecidos no art. 5º, LV, da Constituição da República, determinei a citação dos responsáveis abaixo arrolados para que, no prazo improrrogável de 15 (quinze) dias, apresentassem defesa e documentos que julgassem pertinentes acerca dos fatos apontados no estudo técnico de fls. 1.828/1.843-v, e pelo Ministério Público junto ao Tribunal, às fls. 1.846/1.852:

1. **Raul José Belém** – Prefeito à época;
2. **Mirian de Lima** – Secretária Municipal de Administração e subscritora do edital; e
3. **Daniel José Peixoto Santana** – Pregoeiro e subscritor do edital.

Devidamente citados, os responsáveis encaminharam a documentação juntada às fls. 1876/1889, analisada pela Unidade Técnica, às fls. 1897/1909v.

Ato contínuo, o *Parquet* de Contas emitiu parecer conclusivo, às fls. 1917/1920v, retornando os autos conclusos.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Insurge-se a empresa Ibetech Tecnologia da Informação Ltda., em síntese, contra:

- a) retificação do objeto da licitação sem a concessão de novo prazo para julgamento da licitação;
- b) exigência de prazo exíguo para conclusão dos serviços;
- c) falta de clareza do item 9.3.5 e da exigência restritiva do item 9.6.2 (para fins de habilitação);
- d) ilegalidade do item 10.8 do edital, que prevê o prazo de 02 (dois) dias úteis para as microempresas e empresas de pequeno porte regularizassem alguma restrição no que tange a sua documentação fiscal;
- e) cumulação de objetos passíveis de divisão (restritividade à competitividade);
- f) especificações restritivas à competitividade;
- g) prazo para ações e formulação das propostas.

Na denúncia apensa (autos de nº 944595), a empresa Betha Sistemas Ltda., por sua vez, aduz o seguinte:

- h) nulidade do edital, subscrito por agente incompetente;
- i) necessidade de fracionamento do objeto;
- j) ferimento ao princípio da eficiência administrativo;
- k) ausência de limitação dos preços máximos unitários dos itens licitados;
- l) ausência de cláusula que especifique as garantias do órgão licitante em caso de rescisão contratual;
- m) ausência do número de servidores a serem treinados.

O órgão técnico, em seu exame inicial de fls. 1828/1844, entendeu pela permanência de algumas das irregularidades apontadas nas denúncias, quais sejam:

1. **diminuição do prazo de interstício na reabertura do edital;**
2. **exigência restritiva de declaração de inexistência de fato impeditivo;**
3. **previsão de 2 (dois) dias para regularização de documentação de microempresa;**
4. **falta de justificativa para o não parcelamento do objeto;**
5. **ausência de fundamentação quanto à opção da compra em prejuízo da locação.**

Segue o inteiro teor do relatório inicial da Unidade Técnica:

3. DA ANÁLISE DOS APONTAMENTOS DENUNCIADOS

3.1 DA DENÚNCIA DOS AUTOS Nº 944.538 – PRINCIPAL.

3.1.1 Da ausência de concessão de novo prazo diante da retificação do Edital.

Alega a denunciante que houve retificação do Edital, alterando cláusulas que afetariam a formulação de propostas, mantendo a data de julgamento, sem concessão de prazo entre a publicação do Edital e a data da sessão de julgamento das propostas, conforme leciona o art. 21, § 4º, da Lei de Licitações, fls. 03/04.

Os responsáveis, fls. 229/234, não se manifestaram sobre o ponto denunciado.

ANÁLISE

Constata-se que o Edital de Licitação referente ao Pregão Presencial nº 135/2014 fora inicialmente publicado na data de 24/10/14, fl. 706, com julgamento das propostas previsto para 11/11/14, ou seja, 13 (treze) dias úteis de interstício. Em seguida, após a suspensão publicada na data de 31/10/14, fl. 708, o Edital fora reaberto em 27/11/14, conforme publicação de fl. 1077, com a data prevista para julgamento das propostas em 10/12/14, logo com íterim de 10 (dez) dias úteis.

Desse modo, verifica-se que houve alteração da data de julgamento das propostas e a redução do prazo. Assim, as alegações da denúncia não procedem, no sentido de que a data de julgamento não foi modificada, havendo a alegação de descumprimento do art. 21, § 4º, da Lei de Licitações. Oportuno colacionar o § 4º do art. 21, da Lei de Licitações:

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, **reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido**, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas. (Grifo nosso)

O referido artigo aplica-se subsidiariamente à modalidade do Pregão, tendo em vista a expressa disposição contida no artigo 9º, da Lei nº 10.520/02, que instituiu a aludida modalidade licitatória. Todavia, ante a inexistência de fixação do prazo a ser respeitado

entre a publicação e a sessão de julgamento das propostas no escopo da Lei de Licitações, recorre-se à Lei que regula a matéria no âmbito do Estado de Minas Gerais, Lei nº 14.167/02, a qual prevê no art. 9º:

Art. 9º Na fase externa do pregão, que se iniciará com a convocação dos interessados, será observado o seguinte:

[...]

IV - o prazo fixado para a apresentação das propostas, a ser contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a oito dias úteis; (Grifo nosso)

Desse modo, embora a Lei específica preveja prazo mínimo de 8 dias úteis, entende-se que, acaso o município adote prazo superior e, posteriormente, promova alteração no Edital, este deverá ser reaberto pelo prazo anteriormente previsto, conforme elucida o artigo a seguir exposto:

É preciso lembrar que a dilação do prazo mínimo para publicidade do ato convocatório é ato cabível quando a Administração entende que o prazo mínimo legalmente estabelecido é insuficiente para que os interessados providenciem seus documentos e/ou propostas, em virtude das exigências realizadas ou da complexidade do objeto. E, se tais dificuldades estão presentes no caso concreto, então a Administração deverá considerá-las tanto para fixar o prazo de publicidade original do ato convocatório, quanto para eventual prazo de republicação daquele documento.

Não por outra razão, o art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93 (aplicável subsidiariamente à modalidade pregão, por força do art. 9º, da Lei nº 10.520/2002), e o art. 20, do Decreto nº 5.450/2005, afirmam que a modificação do edital importará na sua republicação, e na reabertura do “... **prazo inicialmente estabelecido**” (destacou-se).

Renato Geraldo Mendes, ao comentar o assunto, segue mesma linha, ensinando que “A Lei determina que seja reaberto o prazo inicialmente estabelecido, e não o prazo mínimo legalmente previsto. Se o prazo mínimo (legal) era, por exemplo, quinze dias e a Administração, ao fixá-lo, concedeu 23 dias, este será o prazo a ser observado na reabertura, e não o prazo de quinze dias fixado na Lei” (MENDES, Renato Geraldo. **LeiAnotada.com**. Lei nº 8.666/93, nota ao art. 21, § 4º, categoria Doutrina. Disponível em <<http://www.leianotada.com>>. Acesso em 13 nov.2012).

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União já determinou a reabertura do “... **prazo inicialmente estabelecido** quando houver alteração do edital que afete a formulação de propostas, nos termos do art. 20 do Decreto nº 5.450/2005” (TCU, Acórdão nº 930/2008 – Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j. em 21.05.2008. Item nº 9.3.2 do Acórdão. Destaque nosso).

Assim sendo, podemos afirmar que o prazo a ser observado na republicação dos editais de pregão que sejam eventualmente modificados é aquele originalmente estabelecido no próprio ato convocatório, e não o mínimo legal fixado no art. 4º, inc. V, da Lei nº 10.520/2002. (Grifo do autor)¹

No caso concreto, verifica-se que a alteração das cláusulas do edital, fls. 33/36, influenciaram na formulação das propostas, e, mesmo que o edital tenha sido reaberto e tenha sido publicada nova data para abertura das propostas, o prazo de interstício inicialmente estabelecido, 13 dias úteis, não foi respeitado.

¹ Disponível em: <http://www.zenite.blog.br/o-novo-prazo-de-publicidade-em-caso-de-modificacao-do-ato-convocatorio-no-pregao/>

Assim, embora tenha sido alterada a data do julgamento das propostas, ante a diminuição do prazo anteriormente estabelecido, restou demonstrada a irregularidade pelo descumprimento do art. 21 § 4º, da Lei 8.666/93.

3.1.2 Da exigência de prazo exíguo para conclusão dos serviços.

Insurge a denunciante contra as cláusulas editalícias que previram prazo de 24 (vinte e quatro) horas para conclusão de serviços, conforme os seguintes itens da minuta do contrato, “Cláusula Sexta - Obrigações da Contratada”, itens 6.5 e 6.8, fl. 1001, “Cláusula Décima Primeira – Do prazo para execução do serviço”, item 01, fl. 1003 e do Termo de Referência, “2 – Suporte Técnico, Manutenção e Atualização de versões do sistema”, item 2.2, “a”, fls. 1006/1007, a saber:

6.5 – Tomar, imediatamente, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, as medidas corretivas cabíveis, desde que possíveis, tão logo seja notificada por escrito, de alguém problema contatado no Software.

[...]

6.8 – Autorizar em até 24 (vinte e quatro) horas após a assinatura do Contrato, o uso das licenças.

[...]

Item 01 – os serviços deverão ser concluídos em até 24 (vinte e quatro) horas após a emissão da ordem de serviço que der início ao Contrato.

2.2 [...]

a) MANUTENÇÃO CORRETIVA – A primeira atividade de manutenção decorre porque não é razoável presumir que a atividade de testes descobrirá todos os erros latentes na implantação de um grande sistema de software. Durante o uso de qualquer sistema de grande porte, erros ocorrerão e deverão ser relatados ao desenvolvedor para que este realize o processo de um ou mais diagnósticos e a correção de um ou mais erros. Tais serviços deverão ser executados em até 24 (vinte e quatro) horas úteis a contar da notificação escrita por parte da Prefeitura Municipal.

Os responsáveis, fls. 229/234, não se manifestaram sobre o ponto denunciado.

ANÁLISE

Alega a denúncia que a jurisprudência desta Casa converge para a vedação às cláusulas que estipulem prazos exíguos. Todavia, deve-se ressaltar que é utilizado o critério do deslocamento para compreensão de que há vedação à competitividade quando da fixação de prazos exíguos. Deste modo, a entrega de bens como pneus, por exemplo, dependendo da localidade do licitante, dificilmente seria cumprida em prazos de 24 (vinte e quatro) horas.

No item 1 do Termo de Referência, “Serviços Necessários à implantação dos sistemas”, fl. 1006, constam as tarefas referentes à implantação dos sistemas. Dentre elas:

1.1.3. Acompanhamento do uso inicial dos sistemas aplicativos se dará por período de 120 (cento e vinte) dias, “Implantação Assistida” (mínimo de 06 (seis) funcionários da Licitante Vencedora do certame para acompanhamento das ações iniciais nos vários módulos), necessária ao perfeito domínio pelos usuários da operacionalização dos sistemas contratados. (Grifo nosso)

Observa-se que os serviços estipulados para serem prestados em até 24 (vinte e quatro) horas pelo Edital denunciado, referem-se a demandas de correção de sistema ou início do uso, as quais podem ser prestadas remotamente, ou, até mesmo, pelos seis funcionários da empresa vencedora que estarão na Prefeitura acompanhando o uso inicial dos sistemas, na “Implantação Assistida”. Ademais, consta na cláusula 6.5, que as medidas corretivas cabíveis deverão ser realizadas no prazo de 24 (horas), desde que possíveis.

Quanto ao prazo de 24 (vinte e quatro) horas para concessão da permissão do uso da licença após assinatura do contrato, entende-se que esta refere-se somente ao módulo “Requisitos Obrigatórios dos Sistemas”, pois os demais módulos serão apresentados em até 30 (trinta) dias, conforme relatado em ata, fl. 1821.

Dessa forma, tem-se que não houve vedação à competitividade com a previsão de fornecimento de alguns serviços no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

3.1.3 Da falta de clareza do Item 9.3.5 e da exigência restritiva do Item 9.6.2

Aponta a denunciante que haviam cláusulas editalícias restritivas em relação às exigências para fins de habilitação, tendo em vista a requisição de documentos diversos daqueles expressos nos artigos 27 a 31, da Lei nº 8.666/93. A denunciante assim se manifestou acerca das cláusulas 9.3.5 e 9.6.2, do Edital, *in verbis*:

Não há menção ao item 9.3.5 do edital, deixando dúvidas se é necessário a empresa apresentar a certidão negativa de débitos municipais, mesmo porque a frase que contém este documento está faltando seu início, não sabendo as empresas interessadas se o documento será realmente exigido para fins de habilitação, o que restringe a competição das empresas em razão da dúvida que traz este item.

Quanto ao item 9.6.2, temos que esta declaração não pode ser exigida para fins de habilitação por restringir a competitividade do certame. É este o entendimento dos Tribunais de Contas (...)

Colacionam-se os itens 9.3.4, fl. 980, e 9.6.2, fl. 982, denunciados nesse apontamento:

9.3.4 – Certificado de regularidade de situação perante o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, expedida pela Caixa Econômica Federal. da apresentação de Certidão de Regularidade de Tributos Municipais relativa ao domicílio ou sede do licitante, ou Certidão Positiva com efeito de Negativa, na forma da lei.

9.6.2 – Declaração da empresa, afirmando que até a presente data, inexistem fatos impeditivos para sua habilitação, no presente processo licitatório, ciente da obrigatoriedade de declarar ocorrências posteriores, na forma do Anexo VI.

Os responsáveis, fls. 229/234, não se manifestaram sobre o ponto denunciado.

ANÁLISE

Percebe-se claramente que ocorreu erro material, quando da digitação da cláusula 9.3.4, por falta de numeração do item “9.3.5”, bem como por ausência dos termos que iniciariam a frase.

Desse modo, tem-se que houve a ocorrência do erro material², e, portanto, **recomenda-se a correção**, pois sua inscrição macula o Edital, podendo levar potenciais licitantes a erro.

2 Erro material: É o chamado erro de fácil constatação, perceptível à primeira vista, a olhos nu. Não carece de maior exame para detectar que há um flagrante desacordo entre a vontade e o que de fato foi expressado no documento. Não há necessidade de recorrer a interpretação de conceito, estudo ou exame mais acurado para detectar esse erro; ele é percebido por qualquer pessoa.

É o erro “grosseiro”, manifesto, que não deve viciar o documento. Nesse caso repara-se o erro material.

Exemplos de erro material que exigem correção e saneamento: erro aritmético (de cálculo) do valor da proposta (os preços unitários estão corretos, mas a soma ou a multiplicação está incorreta); a decisão do pregoeiro evidentemente incorreta (o licitante foi habilitado, mas na decisão constou “inabilitado”); na decisão constou uma data errada (02/10/2010, quando o correto seria 02/10/11) e por esse fato uma determinada empresa foi

Passa-se à análise do item 9.6.2, que trata da exigência de declaração afirmando a inexistência de fatos impeditivos para a habilitação.

A exigência em tela é excessiva, uma vez que não se encontra disposta no rol dos documentos previstos no art. 4º, inciso XIII, da Lei nº 10.520/02, que assim estabelece:

Art. 4º. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira.

Para a modalidade do pregão, aplica-se subsidiariamente a Lei nº 8.666/93 que em seus artigos 27 a 31 dispõe os documentos que podem ser exigidos quanto à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeiro, regularidade fiscal e prova de cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

A regularidade jurídica tem o objetivo de permitir que a Administração Pública certifique a própria existência do licitante, bem como a sua capacidade para contratar e para exercer as suas faculdades jurídicas, e o art. 28 da Lei nº 8.666/93 explicita quais são os documentos que podem ser exigidos.

Na qualificação técnica o licitante comprovará que possui requisitos profissionais e operacionais para executar o objeto da licitação.

A qualificação econômico-financeira tem o objetivo de garantir ao órgão licitante que a empresa terá saúde financeira para cumprir com o contrato, fornecendo os produtos ou serviços.

Não obstante a previsão do art. 3º da Lei nº 8.666/93, de que a licitação deverá ser processada e julgada em estrita conformidade com o princípio básico da vinculação ao instrumento convocatório, entende este Órgão Técnico que a exigência constante no subitem 9.6.2 do edital em comento, fl. 982, qual seja, a exigência de declaração de inexistência de fato impeditivo para habilitação, também confronta os princípios da legalidade e da competitividade, devendo ser excluído do instrumento convocatório, por falta de amparo legal, uma vez que esta exigência se mostra desarrazoada.

Ademais, salutar a explanação de Marçal Justen Filho acerca do tema, a saber:

O descabimento da exigência referida no item acima acabou gerando práticas impróprias por parte da Administração. Trata-se da exigência de o licitante declarar a inexistência de fato superveniente impeditivo de sua habilitação. Essa determinação, encontrável com frequência nos editais, não tem respaldo na Lei. Impõe-se o dever de a parte declarar a superveniência de fato impeditivo - não se autoriza dever de declarar a ausência de fato impeditivo. Se o sujeito apresenta todos os documentos e tem seu cadastramento em

prejudicada; a numeração incorreta das folhas dos documentos de habilitação, corrigida pelo pregoeiro na própria sessão; decisão com data ou indicação de fato inexistente; etc.

Em suma, o erro material exige a correção uma vez que retrata a inexistência material, ou seja, reflete uma situação ou algo que obviamente não ocorreu.

<http://www.portaldelicitacao.com.br/site/artigos/o-erro-formal-e-o-erro-material-no-procedimento-licitatorio/>

perfeita ordem, não há sentido em reafirmar, por declaração, que tem as condições para a habilitação.

(Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª edição, página 561, Ed. Dialética, São Paulo, 2012)

Pelo exposto, considera-se irregular a cláusula editalícia prevista no item 9.6.2, que exigiu declaração de inexistência de fato impeditivo.

3.1.4 Da previsão de 2 (dois) dias para regularização de documentação de microempresa.

Argui a denunciante que o item 10.8, do Edital, prevê prazo de 02 (dois) dias para regularização de documentação fiscal de microempresa, ao passo que a Lei Complementar Federal nº 147, de 2014, modificou o prazo para referida regularização, o qual passou de 02 (dois) para 05 (cinco) dias úteis. Colaciona-se, a seguir, o item editalício denunciado, constante da fl. 984:

10.8 – No prazo diferenciado para apresentação dos documentos de regularidade fiscal exigidos neste instrumento convocatório, a licitante enquadrada como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte que apresentar esses documentos com algum tipo de restrição terá prazo de 02 (dois) dias úteis, contados da data de declaração do vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para regularização da documentação e apresentação já sem qualquer restrição.

Os responsáveis, fls. 229/234, não se manifestaram sobre o ponto denunciado.

ANÁLISE

O artigo 43, § 1º, da Lei Complementar nº 123/06, trata do prazo para comprovação da regularização fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte. Inicialmente sua redação previa 02 (dois) dias úteis, todavia, a Lei Complementar nº 147 de 07 de agosto de 2014, alterou o referido dispositivo passando a prever 05 (cinco) dias úteis para a aludida demonstração de regularidade fiscal, a saber:

Art. 43. [...]

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. (Grifo nosso)

A Licitação em comento ocorreu em data posterior à entrada em vigor da Lei que modificou o prazo previsto no art. 43, § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006, assim a cláusula editalícia denunciada agravou a situação das ME's e EPP's, afrontando a intenção da legislação de dar tratamento diferenciado e favorecido às ME e EPP.

Desse modo, a denúncia é procedente quanto a esse apontamento.

3.1.5 Da cumulação indevida de objetos.

A denunciante aponta que houve cumulação indevida de objetos, tendo em vista que o procedimento licitatório visava a aquisição de módulos para “saúde”, “educação”, “cemitérios”, “atendimento”, “obras” entre outros. Alegou, ainda, a existência de jurisprudência a favor do parcelamento do objeto em tantas frações quanto tecnicamente viáveis, a fim de se obter a maior competitividade e redução de custos.

Insurge a denunciante em face do indeferimento do recurso interposto contra o referido apontamento, ao argumento de que o inciso III, do art. 48, da Lei de Responsabilidade Fiscal, alterado pela Lei Complementar nº 131/2009, passou a prever a “adoção de

sistema integrado de administração financeira e controle”. Sustenta a denunciante que o intuito da aludida norma é a utilização de um sistema integrado de administração financeira, nada se referindo à integração de todos os módulos, tais como “saúde”, “educação”, “cemitérios” entre outros.

Os responsáveis, fls. 229/234, não se manifestaram sobre o ponto denunciado.

ANÁLISE

O edital dispõe, fl. 970:

- DO OBJETO

2.1 A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA ÁREA DE INFORMÁTICA PARA FORNECIMENTO DE SISTEMAS INTEGRADOS DE GESTÃO PÚBLICA E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA, PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE SOFTWARE – LICENÇA DE USO DOS SISTEMAS DE TODOS OS MÓDULOS; TREINAMENTO E CERTIFICAÇÃO DE USUÁRIOS; CONVERSÃO E MIGRAÇÃO DE DADOS PRÉ-EXISTENTES DE OUTROS SISTEMAS; INSTALAÇÕES DOS SISTEMAS EM TODAS AS MÁQUINAS; MANUTENÇÃO DE TODOS OS MÓDULOS DO SISTEMA, conforme abaixo:

- 1. Sistema de Orçamento Público;**
 - 2. Sistema de Contabilidade Pública e Tesouraria;**
 - 3. Sistema de Compras de Materiais e Serviços;**
 - 4. Sistema de Controle de Licitações;**
 - 5. Sistema de Gerenciamento de Estoques;**
 - 6. Sistema de Patrimônio Público;**
 - 7. Sistema de Controle de Veículos;**
 - 8. Sistema de Gerenciamento de Obras;**
 - 9. Sistema de Protocolo e Despacho;**
 - 10. Sistema de Pessoal;**
 - 11. Sistema de Arrecadação de Tributos;**
 - 12. Sistema de Legislação;**
 - 13. Sistema de Documentos;**
 - 14. Sistema de Cadastro de Pessoas;**
 - 15. Sistema de Controle de Saúde;**
 - 16. Sistema de Escolas Municipais;**
 - 17. Sistema de Convênio e Contratos;**
 - 18. Sistema de Biblioteca;**
 - 19. Sistema de Cemitérios;**
 - 20. Sistema de Atendimento**
 - 21. Sistema de Nota Fiscal Eletrônica;**
 - 22. Sistema de Portal de Transparência.**
- [...]

Estarei o artigo 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93 que as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.

A regra nas licitações é o parcelamento. Nesse sentido as súmulas nº 247 do Tribunal de Contas da União – TCU e nº 114 desta Corte de Contas que preveem:

Súmula 247 do TCU

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o

conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

Súmula 114 do TCEMG

É obrigatória a realização de licitação por itens ou por lotes, com exigências de habilitação proporcionais à dimensão de cada parcela, quando o objeto da contratação for divisível e a medida propiciar melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampla participação de licitantes, sem perda da economia de escala, adotando-se, em cada certame, a modalidade licitatória compatível com o valor global das contratações.

Quanto à falta do parcelamento, a jurisprudência pátria é unânime: a indivisibilidade do objeto somente se sustenta se houver motivação para tanto. Vejamos:

Após avaliação técnica e decisão de que o objeto pode ser dividido e individualizado em partes menores, devem ser realizadas licitações distintas para cada de compra, obra ou serviço, ou conjunto desses (ou para conjunto de itens, etapas ou parcelas). A critério da Administração, essas licitações podem ser feitas em procedimentos distintos ou em um só processo licitatório.³

No mesmo sentido as decisões do Tribunal de Contas da União - TCU adiante transcritas:

Análise e faça constar do processo licitatório documento ou arrazoado que demonstre a inviabilidade técnica do parcelamento dos itens do certame, identificando as diferentes soluções e alternativas de mercado [...].⁴ (Grifou-se) [...]. Em particular inclua a justificativa para o parcelamento ou não do objeto, levando em consideração a viabilidade técnica e econômica para tal, a necessidade de aproveitar melhor as potencialidades do mercado e a possível ampliação da competitividade do certame, sem perda de economia de escala, conforme a Súmula TCU n.º 247 e a Lei n.º 8.666/1993, art. 8º c/c art. 23, §§ 1º e 2º.⁵ (Grifou-se)

Em consonância com o disposto nos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993, incumbe ao gestor promover o parcelamento do objeto a ser licitado com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação da competitividade, ou, na impossibilidade técnica e econômica de fazê-lo, apresentar justificativas fundamentadas nos autos do procedimento licitatório.⁶ (Grifou-se)

Faça constar dos autos do processo licitatório, quando não aplicável a divisão de determinados serviços para fins de licitação, a devida justificativa quanto a inviabilidade técnico-econômica do parcelamento. Observe o disposto no art. 23, § 1º da Lei no 8.666/1993, realizando o parcelamento do objeto, quando configurada a viabilidade técnica e econômica, com base em estudos técnicos que indiquem a alternativa de divisão que melhor atenda aos princípios da

³ Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência do TCU/Tribunal de Contas da União. – 4ª. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 226.

⁴ Acórdão 280/2010 – Plenário.

⁵ Acórdão 2272/2009 – Plenário.

⁶ Acórdão 839/2009 – Plenário (Sumário).

competitividade, da isonomia e da obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.⁷ (Grifou-se)

A jurisprudência desta Corte de Contas, balizada nas autorizadas doutrinas de Jessé Torres Pereira Júnior e Marçal Justen Filho, não discrepa da do órgão de controle externo federal:

Obrigatoriedade do parcelamento quando atende ao interesse público. [...]. Assevera-se que, a princípio, o parcelamento, traduzido na contratação de mais de uma empresa, indica, à luz do artigo retro exposto, o atendimento a dois fatores que devem ser cumulativos: o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação da competitividade. Pois, ocorrendo ambos, desponta-se a conveniência para o interesse público em parcelar a execução do objeto, resultando em vantagem, para o Município, as contratações. O autor Jessé Torres Pereira Júnior, ao discorrer sobre o tema, também ensina: “Por conseguinte, parcelar a execução, nessas circunstâncias, é dever a que não se furtará a Administração, sob pena de descumprir princípios específicos da licitação, tal como o da competitividade. Daí a redação trazida pela Lei n.º 8.883/94 haver suprimido do texto anterior a ressalva “a critério e por conveniência da Administração”, fortemente indicando que não pode haver discricão (parcelar ou não) quando o interesse público decorrer superiormente atendido do parcelamento. Este é de rigor, com evidente apoio no princípio da legalidade”. (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 6ª edição, Renovar, 2003, p 250) (...) O mestre Marçal Justen Filho, a respeito do assunto, entende: “O art. 23, §1º, impõe o fracionamento como obrigatório. (...) O fracionamento conduz à licitação e contratação de objetos de menor dimensão quantitativa, qualitativa, e econômica. Isso aumenta o número de pessoas em condições de disputar a contratação, inclusive pela redução dos requisitos de habilitação (...). Trata-se não apenas de realizar o princípio da isonomia, mas da própria eficiência. A competição produz redução de preços e se supõe que a Administração desembolsará menos, em montantes globais, através da realização de uma multiplicidade de contratos de valor inferior do que pela pactuação de contratação única”. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª edição, Dialética, 2000) (...) Impende, assim, colacionar à discussão o entendimento do Tribunal de Contas da União, conforme se extrai da Decisão n.º 393/94, DOU de 29/06/1994, reiterado nas Decisões n.º 381/96, DOU de 18/07/1996 e n.º 397/96, DOU de 23/07/1996: “É obrigatória à Administração, nas licitações para a contratação de obras, serviços compras e alienações, quando o objeto for de natureza divisível, sem prejuízo do conjunto ou do complexo, a adjudicação por itens e não pelo preço global, com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes que, embora não dispondo de capacidade para execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam, contudo, fazê-lo com referência a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a esta divisibilidade”. (...) O Acórdão n.º 1.748/2004 do TCU reproduz, essencialmente, a decisão acima transcrita, citando-a, e ainda acrescenta: “... caso contrário, deve sempre estar devidamente justificado, no processo licitatório, os motivos que levaram a Administração a proceder de outra forma” (...).⁸ (Grifou-se)

⁷ Acórdão 2864/2008 – Plenário.

⁸ Representação n.º 732112. Rel. Conselheiro Antônio Carlos Andrada. Sessão do dia 05/06/2007.

Embora a lei não disponha sobre a obrigação de o responsável pela licitação formalizar uma justificativa para a reunião de várias obras em um só procedimento licitatório, Marçal Justen entende que tal motivação é devida e a defende nos seguintes termos: "A decisão sobre o parcelamento ou a execução global deverá ser orientada ao melhor aproveitamento dos recursos 'disponíveis no mercado' e à ampliação da competitividade. Seria o caso em que o vulto da contratação impossibilitasse os economicamente mais fracos de participar do certame. Em obras e serviços de grande vulto, o licitante deverá dispor de capital de giro elevado, recursos pessoais próprios de monta, etc. (...) Não se admitirá o parcelamento quando não trouxer benefícios para a Administração. (...) Em qualquer caso, a opção pelo fracionamento ou pela execução global deverá ser motivada satisfatoriamente." (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 1998, p. 206/207).⁹ (Grifou-se)

Licitação. Excessiva diversidade de itens como objeto de uma única licitação. Prestação de serviços básicos de infra-estrutura, compreendendo a manutenção de vias urbanas com o fornecimento de mão-de-obra, materiais e equipamentos para a realização da coleta de lixo e serviços correlatos no Município. "(...) o objeto licitado é amplo e diversificado, composto de itens distintos, o que requer para sua execução empresas de especialidades diversas. (...) A Administração, ao concentrar em um único procedimento licitatório objetos diversos, que demandam licitações autônomas, violou o princípio da competitividade, pois certamente, ao englobar itens distintos num mesmo certame, reduziu o universo de possíveis interessados que não dispõem de capacidade para executar tão amplos e diversificados serviços, podendo, inclusive, comprometer a qualidade dos serviços a serem prestados. (...) a diversidade de itens num mesmo certame inviabiliza sua execução por uma mesma empresa".¹⁰

Esta Corte decidiu que a operacionalização integrada em benefício da gestão coordenada e da visão articulada, tal qual ocorre com o objeto da Concorrência Pública nº 02/PMM/2013, são atributos que validam a indivisibilidade do objeto. Vejamos:

[...] a solução tecnológica pretendida pelo Município, embora seja para utilização ampla, em diversas áreas da Administração, não prescinde da operacionalização integrada, ou seja, devem facilitar a gestão coordenada das diversas áreas, o que significa dizer que os *softwares* devem necessariamente "conversar entre si", possibilitando ao gestor uma visão articulada.

Essa necessidade, à primeira vista, sem aprofundamento fático e técnico, indica a dificuldade de se franquear a contratação dos diversos módulos a diversas empresas distintas, vez que a operacionalização dessa gestão integrada se revelaria bastante complexa.

Desse modo, entendo que não está efetivamente configurada a irregularidade, porém, cabe a recomendação ao gestor para que avalie e registre, neste certame e nos futuros, nos autos dos procedimentos licitatórios, os estudos próprios, para que se adote, ou não, a solução de subdivisão em parcelas do objeto a ser licitado.¹¹ (Grifo nosso)

Verifica-se que não consta no processo a justificativa técnica que viabiliza o não parcelamento do objeto e demonstra a vantajosidade para a Administração na contratação

⁹ Representação n.º 706390. Rel. Conselheira Adriene Andrade. Sessão do dia 17/04/2007.

¹⁰ Licitação n.º 627765. Rel. Conselheiro Moura e Castro. Sessão do dia 03/10/2006.

¹¹ Denúncia n.º 812054. Rel. Conselheiro Sebastião Helvécio. Sessão do dia 27/09/2011.

da solução integrada de todos os 22 (vinte e dois) módulos objeto do presente Pregão Presencial nº 35/2014, assim como, os responsáveis, fls. 229/234, não apresentaram justificativa quanto ao item denunciado.

Diante do exposto, esta Unidade Técnica entende que o item está irregular.

3.1.6 Das diversas especificações restritivas da competitividade.

Quando da apresentação do apontamento “diversas especificações restritivas da competitividade” a denunciante apresentou 13 (treze) cláusulas editalícias, supostamente maculadas pela restrição à competitividade. Diante da existência de certo grau de relação entre umas cláusulas e outras, passa-se à análise dessas de maneira agrupada, a fim de propiciar melhor deslinde da presente análise.

Os responsáveis, fls. 229/234, não se manifestaram sobre os pontos denunciados.

3.1.6.1 Dos apontamentos 01, 02, 03, 05, 06 e 07.

Aduz a denunciante o seguinte:

01 – Possuir ferramenta para a definição de calendário do órgão a ser definido pelos usuários do sistema de forma que possam ser incluídos diversos eventos para cada dia;

02 – Permitir a emissão de relatórios com o calendário da Prefeitura Municipal em que constem todos os eventos lançados para as respectivas datas – pág. 47.

Estes itens são características específicas de um determinado sistema/fabricante, estão separados como dois itens, mas na verdade significam a mesma coisa, um seria o cadastro de evento o outro a possibilidade de ser imprimir este. Mas para que um cadastro de eventos/calendário em todos os sistemas objeto desta licitação? (...)

03 – Possuir ferramenta que permita a abertura de chamados a partir de cada módulo/sistema licitado, por parte dos usuários, de modo que os mesmos possam descrever os problemas existentes e os responsáveis possam acompanhar, em cada caso, as soluções para cada problema. Deverá ser possível monitorar todas as etapas de resolução do problema desde a abertura do chamado, cada resposta apresentada até o “de acordo” final por parte da pessoa que realizou a abertura do chamado – pág. 48.

Altamente restritivo e com intuito de se cercear o direito de vários licitantes por ser característica de pouquíssimos produtos e que não afetam em nada o uso do software pela Prefeitura. Hoje existem diversas ferramentas de suporte online no mercado pagas e gratuitas que não necessitam estar inseridas internamente no software para se obter um bom suporte e controle dos atendimentos (...)

05 – Possuir tela específica de consolidação, doravante denominada TC, na qual seja possível demonstrar todas as despesas (orçamentárias, extraorçamentárias e restos a pagar) relativas a um determinado fornecedor exibindo valores, empenhados, liquidados, pagos e saldos restantes em relação ao mesmo;

06 – Permitir a emissão de relatórios relativos a tela TC de modo a imprimir os resultados detalhados acerca da movimentação de despesas e pagamentos com um determinado fornecedor.

Os itens acima referem-se a consolidação de dados, o qual possui tela específica para isso e ainda com a denominação citada, não induzem a um produto em específico? Para que a Prefeitura teria interesse de saber a movimentação financeira de pagamentos de fornecedores de outros órgãos em sua base de dados?

07 – Permitir a emissão de um mínimo de 40 (quarenta) gráficos, com a possibilidade de impressão de imagem e de dados, e que representem uma visão geral e estatística dos registros nos diversos módulos – pág. 53.

A exigência de quantitativo mesmo que na especificação técnica não seria uma ilegalidade a restrição a participação de outros? Porquê um mínimo de 40 gráficos sem ao menos especificar quais seriam as necessidades? Qual a justificativa para este numeral? (Grifo do autor)

ANÁLISE.

Na exordial, a empresa denunciante arguiu a restritividade das cláusulas supracitadas, no entanto, se eximiu de demonstrá-la especificamente. Entende esta Unidade Técnica pela possibilidade do administrador, no âmbito de sua discricionariedade, alocar mais de um evento em uma mesma data do calendário municipal, pretender que os relatórios possam ser emitidos com todos os lançamentos realizados para aquele dia, bem como analisar a movimentação financeira de pagamento de fornecedores e emitir gráficos dos registros nos diversos módulos.

Desta forma, não estando devidamente demonstrado o prejuízo à competitividade do certame decorrente das exigências ora rebatidas, e sendo estas de cunho discricionário da Administração, entende-se como improcedente a denúncia quanto a estes apontamentos.

3.1.6.2 Do apontamento 04.

Insurge a seguinte exigência, *in verbis*:

04 – O Módulo de Contabilidade Pública e Tesouraria deverá estar integrado com Módulo de Gerenciamento de Estoques de modo que seja possível identificar se um determinado Empenho teve origem a partir de uma solicitação de mercadorias neste último – pág. 50.

O que se pretende com esta especificação? Vejamos que o empenho é prévio a Autorização de Fornecimento, emitida a Autorização de Fornecimento, temos que liquidar o recebimento da mercadoria. Então o correto não seria verificar se a AF teve origem de uma requisição/solicitação de mercadorias? O vínculo correto não seria: Almoxarifado=> Compras => Contabilidade?

ANÁLISE.

O apontamento, quanto a esse quesito, encontra-se insubsistente, tendo em vista que a denunciante realizou indagações contendo o mínimo de afirmação relativa à necessidade de o empenho prévio antes da Autorização de Fornecimento e posterior realização da liquidação. Entretanto, passa-se a considerar que a denunciante tenha alegado subversão da ordem “Almoxarifado => Compras => Contabilidade”.

Da análise do item 04, percebe-se que a referida especificação diz respeito à integração dos módulos de Gerenciamento de Estoques, Contabilidade Pública e Tesouraria, não havendo nenhum indício de que a almejada sistemática alteraria a ordem escorreita da realização das despesas, qual seja, empenho, liquidação e pagamento.

Diante do exposto, entende-se pela regularidade do item.

3.1.6.3 Dos apontamentos 08, 09, 10, 11 e 12.

Constam, ainda, os seguintes apontamentos, a saber:

No módulo Portal da Transparência a uma série de exigências/requisitos a se atender ao passo que o simples cumprimento aos requisitos delineados pelo Plano de Atuação do Ministério Público de Minas Gerais – PGA 2012/2013 já ensejam a suficiência para que uma aplicação que atenda aos municípios de Minas Gerais sem qualquer prejuízo a Administração Pública, pois trata-se de

um documento estudado e completo ao atendimento das legislações que regem a Transparência Pública, Lei de Acesso a Informação e outras complementares.

Causa-nos estranheza que o edital em cena, liste uma série de requisitos, mas não se atenha ao documento normativo do MPMG que foi elaborado para o período 2012/2013 e, ainda que misture nestas ferramentas funcionalidades que são inerentes ao atendimento ao cidadão e não à transparência Pública [...]

ANÁLISE

A despeito da menção ao Plano Geral de Atuação – PGA 2012/2013, do Ministério Público de Minas Gerais como referência, concernente ao estudo acerca dos critérios mínimos a serem cumpridos pelos municípios mineiros acerca da Lei de Acesso à Informação e da Transparência, colaciona-se o trecho extraído da fonte bibliográfica relacionada ao tema em questão:

PATRIMÔNIO PÚBLICO

Portal transparência

Objetivo

Fiscalizar a implementação dos portais/páginas de transparência pública pelo Estado e pelos Municípios, conforme determinado pela Lei Complementar nº 131/2009, estimulando-se sua efetivação de acordo com o cronograma previsto nessa lei.

Estratégias e ações

- a. Verificar, com Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE), Controladoria-Geral do Estado de Minas Gerais (CGE), Controladoria-Geral da União (CGU) e outros órgãos de controle, atividades ou informações que possam subsidiar e/ ou auxiliar o projeto, bem como possibilidade de implementar parcerias.
- b. Fazer o levantamento de itens e parâmetros mínimos para os portais, bem como da periodicidade de sua atualização;
- c. Identificar, junto com a Superintendência de Tecnologia da Informação (STI), parâmetros técnicos mínimos para os portais.
- d. Criar formulários eletrônicos para coleta de informações junto ao estado e municípios.
- e. Expedir ofícios às promotorias de Justiça visando: 1) levantar quais órgãos/entes públicos mineiros já têm o portal/página; 2) se os portais existentes estão adequados aos parâmetros/itens mínimos definidos pelo MPMG.
- f. Consolidar as informações.
- g. Elaborar relatório 1: a) órgãos/entes públicos que possuem portais/páginas adequados aos itens e parâmetros técnicos mínimos definidos pelo MPMG; b) órgãos/entes públicos que possuem portais inadequados aos itens e parâmetros técnicos mínimos definidos pelo MPMG; c) órgãos/entes públicos que não possuem portais.
- h. Produzir material de apoio para distribuição aos promotores de Justiça (roteiros de atuação, recomendação, Termos de Ajustamento de Conduta, iniciais, Ações Cíveis Públicas/improbidade etc.).
- i. Expedir ofícios às promotorias de Justiça visando à instauração de Inquérito Civil por órgão/ ente no caso daqueles que possuem portais/páginas inadequados aos itens e parâmetros técnicos mínimos definidos pelo MPMG e/ou que não possuem portais/páginas.
- j. Acompanhar as estratégias e ações por sistemas de informática (ex. SRU).
- k. Elaborar relatório 2: a) arquivamento por resolução do problema; b) TAC em execução; c) ajuizamento de ACP.

I. Divulgar resultados.

Justificativa

A Lei Complementar n.º 131/2009 tornou cogente a liberação ao pleno conhecimento e ao acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público. Para adimplemento da obrigação, foram estabelecidos prazos de 1 ano (estados, bem como municípios com mais de 100 mil habitantes), 2 anos (municípios que tenham entre 50 mil e 100 mil habitantes) e 4 anos (municípios que tenham até 50 mil habitantes).

Por conseguinte, espera-se que, observados os mandamentos legais, em prestígio aos cânones da transparência e da eficiência, conte a sociedade brasileira com instrumento fomentador da participação popular no controle dos gastos públicos, a repercutir positivamente no cerco à corrupção e no próprio julgamento político dos gestores.

Por seu turno, lançando o olhar ao Mapa Estratégico institucional, verifica-se como atividade de capital importância o combate à corrupção, a qual pode ser amplamente fomentada em todos os níveis de governança, com incentivo e fiscalização do cumprimento da LC n.º 131/2009, postura salutar, que igualmente associa o Ministério Público ao aprimoramento da democracia participativa.

Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público– CAO-PP

**Coordenador: Promotor de Justiça Leonardo Duque Barbabela
caopp@mp.mg.gov.br**

Da leitura do fragmento obtido junto ao PGA 2012/2013 do Ministério Público de Minas Gerais, constata-se que o aludido estudo não tem o condão de ditar requisitos mínimos a serem obedecidos pelos Municípios mineiros quando da aplicação da Lei de Acesso à Informação e Transparência, uma vez que se destina a estabelecer objetivos e estratégias a serem perseguidos pelo Órgão do Ministério Público.

Assim, embora notável a brilhante elucidação de temas inerentes à gestão administrativa alinhavados no Plano Geral de Atuação do Ministério Público, é perceptível o caráter institucional do artigo, não tendo sido consignados parâmetros mínimos a serem exigidos dos gestores municipais quando da observância à Lei de Acesso à Informação e Transparência.

Ademais, ainda que houvessem parâmetros mínimos inseridos no documento ministerial, tais requisitos não afastariam a possibilidade de o gestor municipal ampliar o rol de instrumentos aptos a assegurar o amplo acesso às informações da Administração, uma vez que o Princípio da Transparência é inerente à gestão da *res* pública. A esse respeito colhe-se ensinamento extraído da decisão da Primeira Câmara desta Corte de Contas, na sessão do dia 14/03/2017, no bojo dos autos da Representação n.º 932.623, sendo o voto condutor do Exmo. Conselheiro Sebastião Helvécio:

Diante do exposto, considerando, ainda, que a transparência administrativa é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito e assegura maior controle social e participação da sociedade na gestão da coisa pública, reforçando a vigilância sobre a juridicidade e a economicidade da atuação da Administração, considero necessária a divulgação, no edital, das planilhas de custo unitário e do valor estimado da contratação, tanto na fase externa do certame, quanto na interna, que no caso não correram. (Grifo nosso)

Os itens denunciados constam do Termo de Referência, fl. 1022:

. Permitir a emissão de quaisquer guias de tributos municipais para sua respectiva impressão;

- . Permitir que os contribuintes tenha acesso aos extratos de pagamento do IPTU de seus respectivos imóveis;
- . Permitir a emissão de CND – Certidões Negativas de Débitos junto à Fazenda Municipal com códigos de segurança para validação de veracidade das mesmas;
- . Permitir a validação de CND impressas por quaisquer interessados a partir da digitação vis web dos códigos de segurança impressos nestas mesmas certidões;
- . Permitir que na emissão de CND seja possível determinar modelos conforme interesse do município, de forma que estas certidões possam ter textos configuráveis pelos gestores. (sic)

Verifica-se que os itens solicitados são ferramentas para alcançar os objetivos e estratégias do município para atender o cidadão e é ato discricionário da Administração.

Diante do exposto, entende essa Unidade Técnica que a denúncia não procede quanto aos referidos apontamentos.

3.1.6.4 Do apontamento 13.

Alega a denunciante o que se segue:

Por fim, citamos ainda que estranhamos e questionamos o fato de que a Prefeitura Municipal de Araguari exija em seu edital as seguintes condições de demonstração do objeto para validação do objeto licitado:

DA EXPOSIÇÃO SOBRE OS SISTEMAS:

A licitante classificada em primeiro lugar será convocada pelo Pregoeiro para no prazo de até 3 (três) dias úteis a contar da convocação, fazer a demonstração do Sistema, de modo a simular, em tempo de execução, cada funcionalidade exigida pelo presente Termo de Referência, e que o Proponente tenha declarado atender. Para tanto, a Proponente declarada vencedora do certame na fase de lances, deverá preparar uma amostra do ambiente real de uma Prefeitura em 2 (dois) modelos:

3.1.1. 1 (um) servidor de dados, 1 (um) servidor de domínio e 2 (duas) estações de trabalho executando os sistemas e banco de dados com Sistema Operacional de código livre (Linux).

3.1.1. 1 (um) servidor de dados, 1 (um) servidor de domínio e 2 (duas) estações de trabalho executando os sistemas e banco de dados com Sistema Operacional de código fechado (Windows).

(pág. 41 – Anexo III – Termo de Referência)

Vejam os requisitos obrigatórios as exigências para 2 (dois) sistemas operacionais diferentes:

Os sistemas devem ser integralmente compatíveis com as plataformas Windows de 32 e 64 bits;

Os sistemas deverão permitir sua execução em Sistema Operacional Linux tendo como plataforma o ambiente visual X, tanto para estações de trabalho quanto para servidores de aplicação e de Banco de Dados;

Novamente apontamos a estranheza do fato de uma vez que todas as duas estações de trabalho e postos de atendimentos utiliza-se da solução de sistemas operacionais Windows, não tendo atualmente seu corpo de servidores públicos capacitados na operação de sistemas operacionais Linux e, inclusive que há contratação por esta Prefeitura de um servidor dedicado com Windows Server junto a um conceituado grupo de telecomunicações e DataCenter da Região, conforme exposto pelo próprio Departamento de TI da Prefeitura.

E por fim, sinalizamos que o critério desta demonstração – assim exigida – possui o caráter exclusivamente restritivo e cerceador da competitividade já que o cumprimento dos requisitos funcionais dos sistemas é suficiente em uma

única plataforma e, ao atual cenário tecnológico e operacional da Prefeitura são exclusivamente da plataforma gráfica Microsoft Windows. (Grifo do autor)

ANÁLISE

A exigência de amostras ou protótipos, objetiva averiguar as características do produto ofertado com as especificações estabelecidas no ato convocatório da licitação. Logo, uma vez imposta a exigência de amostra, as condições para análise devem estar previstas no ato convocatório e não podem ter critérios subjetivos e nem ficar ao livre arbítrio do Pregoeiro.

Noutra perspectiva, sabe-se que na modalidade Pregão há uma inversão das etapas, sendo o julgamento das propostas antes da análise dos documentos referentes à habilitação, sendo vedada a exigência de apresentação de amostras nesta fase, a dos lances. Assim, esta exigência se faz regular somente para aquele licitante classificado, provisoriamente, em primeiro lugar, quando caberá ao Pregoeiro decidir motivadamente a respeito da aceitabilidade do objeto ofertado, em conformidade com o disposto no inciso XI do artigo 4º da Lei n.º 10.520/02.

No caso que se apresenta, conforme verificado do texto colacionado acima, a exigência de amostras dos produtos restringem-se ao licitante vencedor, de modo que guarda consonância com o disposto no inciso XI do artigo 4º da Lei n.º 10.520/02, a conferir:

“XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;” (grifo)

Neste mesmo entendimento, o jurista Marçal Justen Filho, em sua obra “Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico – 5ª ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Federal 10.520/2002 e os Decretos Federais n.º 3.555/00 e 5.450/05. – São Paulo: Dialética, 2009, pg. 136”, explica que:

“Tornou-se pacífico o entendimento de ser vedada a apresentação de amostras por todos os licitantes. Essa solução infringe o princípio da proporcionalidade-necessidade, eis que somente se produz a análise da mostra apresentada pelo licitante que tenha formulado o lance de menos valor. Submeter todos os demais licitantes a apresentar amostras equivale a generalizar um encargo econômico inútil – o qual traduz num desincentivo à participação na licitação.”

O Tribunal de Contas da União já deliberou sobre o assunto, a conferir:

“Adote em editais de pregão critérios objetivos, detalhadamente especificados, para avaliação de amostras que entender necessárias a apresentação. Somente as exija do licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar no certame.” (Acórdão 1168/2009 – Plenário)

Portanto, entende esta Unidade Técnica que a exigência de amostras, no caso em concreto, encontra-se razoável e acorde com o entendimento jurisprudencial acerca do tema, além de ser uma decisão discricionária da Administração Pública, que busca adotar um modelo mais econômico em respeito ao princípio da economicidade, que se harmoniza com o princípio da eficiência, princípios estes intrínsecos à administração pública, por serem vetores essenciais da boa e regular gestão de recursos e bens públicos.

3.2. DA DENÚNCIA DOS AUTOS Nº 944595 – APENSO

3.2.1. Do edital subscrito por autoridade incompetente

Aponta a denunciante que o edital do Pregão Presencial nº 135/2014 encontra-se subscrito pelo pregoeiro, o que configuraria nulidade de “pleno direito” ao presente Edital.

Arguiu ainda, que a “autoridade competente” mencionada no artigo 3º, inciso I e IV em consonância com o artigo 4º, da Lei Federal nº 10.520/2002, refere-se ao Prefeito Municipal, o qual sequer poderia delegar a competência de elaboração de Editais, uma vez que este possui caráter normativo e, desse modo, não poderia ser objeto de delegação segundo o artigo 13, I, da Lei Federal nº 9.784/199.

Os responsáveis, fls. 114/120, não se manifestaram sobre o ponto denunciado.

ANÁLISE

Inicialmente é oportuno destacar as atribuições conferidas por lei ao pregoeiro. A Lei nº 10.520/02 instituiu a modalidade de licitação denominada pregão e, em seu art. 3º, inc. IV, determinou que, na fase preparatória do pregão, a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

Em rasas linhas, o pregoeiro é o agente responsável pelo processamento das licitações realizadas pela modalidade pregão. A ele incumbe a prática de todos os atos relacionados à coordenação do procedimento licitatório. Os decretos federais que regulamentam o pregão em suas versões presencial (Decreto nº 3.555/00) e eletrônica (Decreto nº 5.450/05) também apontam as competências do pregoeiro, sempre as relacionando à condução do procedimento de licitação.

Assim, de acordo com o panorama normativo que rege a matéria, a rigor, cabe ao pregoeiro atuar na fase externa do procedimento licitatório, ou seja, conduzir a licitação propriamente dita, entendida como a fase na qual ocorre a disputa entre os licitantes. Com isso, a atuação do pregoeiro se inicia apenas com a abertura da sessão de licitação.

Conquanto a lei não atribua ao pregoeiro a competência de confecção do edital, certo é que o subscritor do edital se responsabiliza pelo seu conteúdo. Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

A alegação de que não é responsável em virtude de só ter assinado a Ordem Bancária não se sustenta. A lei exige a assinatura nos documentos exatamente para delimitar responsabilidades. A participação de vários agentes é um método de controle amplamente utilizado, tanto no setor público quanto no privado. Conforme a importância de um ato ou decisão, maior o número de responsáveis chamados a participar da operação. Quem, de fato, autoriza os atos administrativos é quem os assina: sem assinatura do ordenador de despesas, não há gestão de recursos financeiros do órgão. Quem assina um documento é responsável pelos seus efeitos; se vários agentes colaboraram para a irregularidade, são solidariamente responsáveis. A assinatura do administrador público em contratos, convênios, empenhos, ordens bancárias, cheques e demais instrumentos de administração não é meramente decorativa; tem por função garantir a responsabilidade do assinante. Acórdão 343/2007 – Plenário, relator: Valmir Campelo. (grifo nosso)

Neste sentido também é o entendimento desta Corte de Contas, conforme extrai-se da Consulta nº 862.137, enviada por parlamentar estadual, respondida na sessão plenária deste Tribunal em 28/08/13, o voto do Conselheiro José Alves Viana:

As leis federal e estadual vigentes, assim como o decreto estadual que regulamenta o pregão estabeleceram as atribuições do pregoeiro, sem, entretanto, esgotá-las, na medida em que dispõem que “são atribuições do pregoeiro ‘dentre outras’ ou ‘entre outras’ ou “as atribuições do pregoeiro incluem”.

[...]

Quanto a expedição do edital, verifiquei que a lei federal e a lei estadual não dispõem sobre quem é o responsável pela assinatura do edital, atribuindo à autoridade competente a definição de alguns itens que devem constar do termo de referência, *in verbis*:

[...]

Assim, considerando que o Decreto Estadual estabeleceu que é atribuição da autoridade competente, ou a quem essa delegar, assinar o edital, e que a legislação vigente não estabeleceu de forma exaustiva as atribuições do pregoeiro, imprescindível verificar se a citada atribuição pode ser delegada ao pregoeiro.

[...]

Os doutrinadores Marçal Justen Filho, Benedito Tolosa Filho e Edgar Guimarães comentando a competência para elaboração do edital, sob a ótica da Lei Federal do Pregão n. 10.520/02 e o Decreto Federal do Pregão n. 3.555/00, que assim como o decreto estadual atribuem competência ao pregoeiro para julgar as impugnações, admitem a possibilidade de concentração das funções de assinar o edital e julgar as impugnações no pregoeiro.

[...]

A análise e julgamento das impugnações mune o pregoeiro de conhecimentos que permitem o aprimoramento dos editais subsequentes, o que gera eficiência e não necessariamente viola a imparcialidade do julgamento.

[...]

Apesar de não ser jurídico, outro argumento importante a favor da concentração das funções de assinar o edital e julgar as impugnações é que os órgãos e entidades, em razão de múltiplas e distintas realidades fáticas, muitas vezes, por fatores orçamentários e financeiros; de estrutura ou de recursos humanos não possuem pessoal disponível e apto para exercer as duas tarefas.

[...]

Do exposto, considerando que a legislação federal e estadual em vigor permitem ao pregoeiro ter atribuições outras que não somente aquelas que elencam; que as leis federal e estadual não estabelecem quem tem competência para expedir o edital; que o decreto estadual permite que a autoridade competente delegue a atribuição de expedir editais, entendo, com a devida vênia, que cada unidade administrativa deve gerir as suas contratações, determinando, no âmbito de sua autonomia organizacional, a titularidade e competência para elaborar editais de pregão, não havendo vedação legal para que os pregoeiros assinem os editais de pregão.

É como voto.

Desse modo, em que pese as alegações da denúncia, não se vislumbra irregularidade no Edital decorrente do fato de o Pregoeiro ser o subscritor do certame, configurando-se, apenas, hipótese de responsabilização daquele quanto ao seu conteúdo.

3.2.2 Da cumulação de objetos.

Resigna-se a denunciante em face da cumulação de sistemas, tais como “documentos”, “biblioteca”, “legislação” e “escolas municipais”, alegando que tais aplicativos sequer se comunicariam, de acordo com o Termo de Referência, dentre as argumentações trazidas pela denunciante destacam-se as seguintes:

Sabe-se que, em tese, é válida a exigência de softwares em lotes únicos, desde que haja justificativas para tanto.

Sem tais justificativas, ou caso tais justificativas reflitam mera falácia tendente a ocultar fins proibidos em lei ou regulamento, as exigências se tornam ilegais, e implicam em perda do caráter competitivo do certame.

E, como dito, chamou-nos a atenção o fato de que, dentre os sistemas de gestão requisitados, constavam os módulos acima citados, sem integrações com os demais.

Diante disto, objetivamente falando, tem-se que não haveria óbice à realização de fracionamento do objeto licitado, pois ao que tudo indica os referidos módulos não terão nenhuma troca de informações ou cadastros com o restante do conjunto, pois nenhuma das funções dos demais aplicativos prevê a busca automática de dados gerados por este aplicativo, ou vice-versa.

Os responsáveis, fls. 114/120, não se manifestaram sobre o ponto denunciado.

ANÁLISE.

Referido apontamento encontra-se analisado no item 3.1.5, deste estudo técnico.

3.2.3 Da opção pela compra em prejuízo da locação.

Insurge a denunciante em face da opção da Administração em adquirir um software, bem como custear sua manutenção, supõe que “se os códigos-fonte pudessem ser manipulados pela prefeitura, ou seja, se a prefeitura tivesse mínimas condições técnicas de manipular os códigos-fonte dos aplicativos, não precária pagar uma “mensalidade” de cinquenta mil reais mensais para manutenções”. Acrescenta que ao Administrador não é dado desperdiçar dinheiro público e sem justificativa matemática.

Os responsáveis, fls. 114/120, não se manifestaram sobre o ponto denunciado.

ANÁLISE

Registra-se, inicialmente, que, ainda que existam *softwares* gratuitos, bem como a possibilidade de filiação às redes de compartilhamento governamentais e a viabilidade de formação de consórcios públicos, e, também, a viabilidade da aquisição de licença permanente do *software*, a opção pelas soluções existentes no mercado é justificável, sendo um ato discricionário da Administração.

Considerando que a escolha pela aquisição permanente de software em detrimento de outras soluções existentes tem cunho indiscutivelmente discricionário o cerne da questão gira em torno da ausência de fundamentação.

Quanto à necessidade de motivação pelo gestor público, segue o entendimento da Segunda Câmara desta Corte de Contas nos autos da Denúncia 811.101, da relatoria do então Conselheiro Eduardo Carone Costa, Sessão do dia 21/11/12, a conferir:

Neste particular, considero sanadas as irregularidades, frise-se, por crer que a ausência de motivação, que consiste no tema ora questionado, foi sanada com as justificativas apresentadas. Não obstante, determino aos Denunciados que, em futuros certames, motivem a opção pelo fornecimento remunerado de softwares, a inviabilidade de realização de consórcios, a escolha pela locação de softwares e o fornecimento por uma mesma empresa, bem como para todas as escolhas de mérito que forem realizadas na condução dos processos licitatórios. (Grifo nosso)

Cabe informar, esta Corte já se manifestou sobre a questão posta em tela, conforme decisão proferida nos autos do processo de Denúncia n. 812.054, na Sessão da Segunda Câmara, de 27/09/2011, nos seguintes termos:

4) Ausência de justificativa e de fundamento para a necessidade da aquisição, em razão da existência de ofertas públicas de softwares livres e pela possibilidade de formação de consórcio público.

[...]

De fato, as soluções inicialmente aventadas pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público, embora pertinentes, são notoriamente de difícil articulação e carentes, ainda, da indispensável segurança que se pretende numa contratação na área da tecnologia da informação, especialmente quanto ao armazenamento e ao tratamento dos dados informatizados.

Entendo, assim, por razoável a solução pretendida, bem como justificado o modelo proposto para a contratação, considerando sanadas as irregularidades.

[...]

11) Ausência de fundamentação da escolha pela locação de *softwares*.

[...]

A questão já foi objeto de análise nesta fundamentação, item 4, que acatou as argumentações da defesa, considerando-se discricionárias as opções inicialmente apresentadas pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público. Como visto, embora pertinentes, são notoriamente de difícil articulação e carentes da indispensável segurança que se pretende numa contratação na área da tecnologia da informação, notadamente quanto ao armazenamento e ao tratamento dos dados informatizados.

Entendo, assim, mantendo-se essa linha, por razoável a solução pretendida, bem como justificado o modelo proposto para a contratação, considerando sanadas as irregularidades.

Diante do exposto, esta Unidade Técnica entende pela obrigatoriedade de fundamentação no processo quanto à vantagem da opção adotada pela Administração.

3.2.4 Da ausência de estabelecimento de preço máximo.

A denunciante alega que houve ferimento ao artigo 40, X, da Lei de Licitações, por ausência de fixação do preço máximo. Sustenta ainda, que não há no edital critério de aceitabilidade dos preços unitários, o que pode levar a distorções de preço, superfaturamento e ofensa à busca pela proposta mais vantajosa.

Os responsáveis, fls. 114/120, não se manifestaram sobre o ponto denunciado.

ANÁLISE

Inicialmente cumpre aqui consignar que esta Unidade Técnica vem entendendo pela não obrigatoriedade da fixação do valor máximo nos editais de licitação na modalidade pregão, com fulcro no artigo 40, X, da Lei 8.666/93, que dispõe:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;

O que se alcança do dispositivo supra é pela faculdade que o Órgão Licitante possui na elaboração do instrumento convocatório para fixação do valor máximo da contratação, devido à expressão “*permitida a fixação de preços máximos*” presente no inciso X, do artigo 40, da Lei de Licitações.

Ressalta-se que o TCU oscilou entendimento sobre a obrigatoriedade ou não de constar o preço máximo dos editais sendo que se fixou entendimento na súmula n.º 259/2010, mencionando que: “**nas contratações de obras e serviços de engenharia**, a definição do

critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos é obrigação e não faculdade do gestor. ” (Grifo nosso)

Assim, esta Unidade Técnica, com vênia aos entendimentos discordantes, que são respeitados, vem entendendo ser recomendável a fixação do preço máximo no edital, não constituindo a omissão nesse sentido, a rigor, uma irregularidade em face da legislação reguladora da matéria.

No caso em tela, compulsando os autos, verifica-se que o edital trouxe no seu bojo, no título que trata do orçamento básico (fl. 38), o valor estimado para a licitação, sendo este da ordem de R\$ 1.768.202,50 (um milhão setecentos e sessenta e oito mil e duzentos e dois reais e cinquenta centavos), o que se conclui, com clareza, ser este o valor máximo a ser pago pela Administração. Verifica-se na sessão de julgamento acostada aos autos, fl. 1819 do processo principal, que o valor considerado vencedor foi de R\$1.330.000,00 (um milhão e trezentos e trinta mil reais), portanto, aproxima-se do valor estimado para a contratação.

Diante do exposto, esta Unidade Técnica entende pela improcedência da denúncia.

3.2.5 Da ausência de cláusulas prevendo garantia em caso de rescisão contratual.

Menciona a denunciante que o Edital se encontrava omissos quanto às cláusulas de especificação das garantias para a Administração em caso de rescisão contratual, o que poderia acarretar insegurança jurídica ao órgão licitante. Aduz a denunciante que a necessidade de tal previsão decorreria do art. 55, IX, da Lei de Licitações, bem como citou a decisão nº 0359/2011, do Tribunal de Contas de Santa Catarina, exigindo a presença de tais garantias no instrumento convocatório.

Os responsáveis, fls. 114/120, não se manifestaram sobre o ponto denunciado.

ANÁLISE

Inicialmente, cabível transcrever o teor do artigo 55, inciso IX, da Lei 8.666/93, o qual fundamenta o apontamento ora examinado, a saber:

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

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

A respeito da obrigatoriedade da inscrição das cláusulas de reconhecimento de direitos da Administração nos contratos administrativos, importa mencionar o ensinamento de Marçal Justen Filho¹²:

Obrigatoriedade da inserção das cláusulas

O texto do caput do art. 55 induz à necessidade de que todo contrato administrativo contenha as cláusulas enumeradas nos diversos incisos. Porém, nem todas as hipóteses dos diversos incisos são realmente obrigatórias. Ou seja, a ausência de algumas delas descaracteriza um contrato administrativo e acarreta a nulidade da avença. Quanto a outras cláusulas, sua presença é desejável, mas não obrigatória. São obrigatórias as cláusulas correspondentes aos incs. I, II, III, IV e VII. As demais ou são dispensáveis (porque sua ausência não impede a incidência de princípios e regra legais) ou são facultativas, devendo ser previstas de acordo com a natureza e as peculiaridades de cada contrato.

¹² Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos. Dialética. São Paulo. 15ª Edição, pág. 823.

Mais ainda, determinadas cláusulas são inerentes ao contrato administrativo em sentido estrito. Assim, a ausência de sua previsão não importa impossibilidade de aplicação das competências correspondentes. Essa conclusão extrai-se dos termos do art. 58, a cujos comentários se remete. (Grifo nosso)

Da explanação do ilustre doutrinador é possível depreender que é recomendável a inserção de cláusulas que assegurem os direitos da Administração quando da rescisão contratual, todavia, conforme bem elucidado não há obrigatoriedade na sua inscrição, uma vez que a ausência delas não veda a incidência de princípios e regras gerais atinentes à matéria.

Ademais, consta na minuta do contrato referência à possibilidade de ocorrência da rescisão contratual decorrente dos motivos elencados no art. 77, da Lei nº 8.666/93, fl. 45.

Pelo exposto, não havendo obrigatoriedade na inserção de cláusula prevendo as garantias da Administração em face da rescisão, afasta-se o apontamento da denúncia a esse respeito, embora seja recomendável que nos próximos editais a Prefeitura de Araguari atente para as cláusulas editalícias que resguardem os direitos daquela em benefício da continuidade do serviço público.

3.2.6 Da ausência do número de servidores a serem treinados.

Por fim, a empresa denunciante aponta a irregularidade do edital referente à ausência de cláusula que preveja o número de servidores a serem treinados para fins de cumprimento do objeto do certame, bem como pela ausência de informação do número de horas de treinamento, omissões que prejudicariam a formulação de propostas.

Os responsáveis, fls. 114/120, não se manifestaram sobre o ponto denunciado.

ANÁLISE

Oportuno colacionar trecho extraído do Termo de Referência, o qual aduz:

1.2 - Capacitação de funcionários Municipais no uso dos sistemas aplicativos, inclusive do pessoal de TI da Prefeitura, considerando a quantidade de até 300 (trezentos) profissionais a serem treinados.

Desse modo, restou comprovado que o Edital em exame mencionou o número máximo de servidores a serem treinados, sendo possível, portanto obter número de referência para elaboração da proposta.

Ademais, entende esta Área Técnica que não se mostra razoável exigir da Administração, quando da elaboração do edital, a especificação de todos os servidores que participarão do treinamento, uma vez que este acontecerá em momento posterior à contratação, podendo este quantitativo, portanto, ser alterado, o que não compromete a realização do treinamento pela contratada.

Diante do exposto, esta Unidade Técnica opina pela inexistência de irregularidade.

4. DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, após análise do edital em face das denúncias, referente ao Pregão Presencial nº 135/2014, esta Unidade Técnica entende que o certame contém as seguintes irregularidades:

- 1. diminuição do prazo de interstício na reabertura do edital;**
- 2. exigência restritiva de declaração de inexistência de fato impeditivo;**
- 3. previsão de 2 (dois) dias para regularização de documentação de microempresa;**
- 4. falta de justificativa para o não parcelamento do objeto;**

5. ausência de fundamentação quanto à opção da compra em prejuízo da locação.

Após a análise da defesa apresentada pelos responsáveis, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação concluiu pelo afastamento da irregularidade constante do **item 4** e manutenção das irregularidades elencadas nos **itens 1, 2, 3 e 5** de seu exame inicial, anteriormente transcrito.

Entendeu, contudo, pela não aplicação de sanção aos responsáveis, devendo ser recomendado que evitem a reincidência das impropriedades ocorridas.

Tendo em vista a escorreita análise realizada pelo Órgão Técnico, em observância ao princípio da eficiência e da economicidade, adoto as razões por esse apresentadas, acostadas às fls. 1897/1909v. dos presentes autos, como o fundamento deste voto, fazendo uso, *in casu*, da intitulada motivação *per relationem*¹³, *verbis*:

2. ANÁLISE DA DEFESA FRENTE ÀS IRREGULARIDADES APONTADAS PELA UNIDADE TÉCNICA E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS.

2.1 DA DIMINUIÇÃO DO PRAZO DE INTERSTÍCIO ENTRE A PUBLICAÇÃO DO EDITAL E A SESSÃO DE JULGAMENTO QUANDO DA PUBLICAÇÃO DO EDITAL RETIFICADO DA LICITAÇÃO REFERENTE AO PREGÃO PRESENCIAL Nº 135/2014

Esta Unidade Técnica, por meio de sua análise inicial, concluiu à fl. 1831 que restou demonstrada a irregularidade pelo descumprimento do art. 21, §4º, da Lei 8.666/93, nos seguintes termos:

“Constata-se que o Edital de Licitação referente ao Pregão Presencial nº 135/2014 fora inicialmente publicado na data de 24/10/14, fl. 706, com julgamento das propostas previsto para 11/11/14, ou seja, 13 (treze) dias úteis de interstício. Em seguida, após a suspensão publicada na data de 31/10/14, fl. 708, o Edital fora reaberto em 27/11/14, conforme publicação de fl. 1077, com a data prevista para julgamento das propostas em 10/12/14, logo com interm de 10 (dez) dias úteis.

Desse modo, verifica-se que houve alteração da data de julgamento das propostas e a redução do prazo. Assim, as alegações da denúncia não procedem, no sentido de que a data de julgamento não foi modificada, havendo a alegação de descumprimento do art. 21, § 4º, da Lei de Licitações. Oportuno colacionar o § 4º do art. 21, da Lei de Licitações:

[...]

[...]. Todavia, ante a inexistência de fixação do prazo a ser respeitado entre a publicação e a sessão de julgamento das propostas no escopo da Lei de Licitações, recorre-se à Lei que regula a matéria no âmbito do Estado de Minas Gerais, Lei nº 14.167/02, a qual prevê no art. 9º:

[...]

No caso concreto, verifica-se que a alteração das cláusulas do edital, fls. 33/36, influenciaram na formulação das propostas, e, mesmo que o edital tenha sido

¹³ Motivação *per relationem* se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos, mesmo as produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou por autoridades públicas, cujo teor indique os fundamentos de fato e ou de direito que justifiquem a decisão emanada do Poder Judiciário. Precedente: MS 25.936-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-6-2007, Plenário, DJE de 18-9-2009. (<http://junior-dpj.blogspot.com.br/2011/11/tecnica-da-motivacao-per-relationem.html>)

reaberto e tenha sido publicada nova data para abertura das propostas, o prazo de interstício inicialmente estabelecido, 13 dias úteis, não foi respeitado. [...]”

O Ministério Público de Contas assim analisou o item:

Como se depreende dos autos, a Prefeitura de Araguari procedeu à alteração do edital com reabertura de prazo distinto do inicialmente estabelecido.

[...]

Assim, foi assegurado um lapso temporal de 10 (dez) dias úteis entre a republicação do edital e a apresentação das propostas.

Todavia, o edital inicialmente publicado assegurava um prazo de 13 (treze) dias úteis, fl. 706.

[...]

Como se verifica, qualquer modificação no edital que afete a formulação das propostas requer a reabertura do mesmo prazo inicialmente estabelecido. No caso concreto, o prazo de interstício inicialmente definido de 13 (treze) dias úteis não foi respeitado, ainda que tenha sido observado o mínimo legal de 08 (oito) dias úteis disposto no art. 4º, inciso V, da Lei do Pregão.

[...]

Assim, restou caracterizada a irregularidade arguida na exordial.

Os defendentes alegaram, em síntese, que

“[...] inicialmente, o Edital assegurava um prazo de 13 (treze) dias úteis para a apresentação das propostas, no entanto, em virtude da suspensão do certame em 31/10/2014 por solicitação das próprias Secretarias da Administração Municipal para que fossem verificadas algumas incorreções no corpo do edital, houve posterior republicação em 27/11/2014, oportunidade em que o referido lapso temporal foi assegurado em 10 (dez) dias úteis. ”

(...)

“[...] seja com fundamento no artigo 9º, inciso IV da Lei Estadual nº 14.167/2002, seja com base no artigo 4º, inciso V da Lei do Pregão, ambos os diplomas legais determinam que o prazo mínimo legal é de 08 (oito) dias úteis. ”

(...)

“Portanto, tendo em vista que não existem dúvidas de que o prazo legalmente previsto de 08 (oito) dias restou observado, nos termos dos dispositivos acima transcritos, não há que se falar em ilegalidade ou irregularidade com relação à republicação em análise. No mesmo sentido, sequer há de se considerar mero artigo retirado de blog na internet¹⁴, no sentido de afastar a inequívoca previsão legal, cujo prazo mínimo foi observado. ”

ANÁLISE

Inicialmente, colacionamos os dispositivos pertinentes da Lei 10.520/2002 e da Lei nº 8.666/93, que, por força do art. Art. 9º da Lei 10.520/2002, são aplicadas subsidiariamente ao pregão:

Lei 10.520/2002

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

¹⁴ <https://www.zenite.blog.br/o-novo-prazo-de-publicidade-em-caso-de-modificação-do-ato-convocatório-no-pregão>

(...)

V - o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis;

Lei 8.666/93

“Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências e das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizadas no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

[...]

§4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.” GN

Sobre o tema em comento a Consultoria Zênite¹⁵ assim se posicionou:

O novo prazo de publicidade em caso de modificação do ato convocatório no pregão

Pregão 18/12/2012 Por Pedro Henrique Braz De Vita

O 4º, inc. V, da Lei nº 10.520/2002, estabelece que “o prazo fixado para a apresentação das propostas [no pregão], contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis” (destacou-se), facultando implicitamente à Administração a possibilidade de fixar prazo superior.

Desse modo, nada impede que a Administração, ao analisar as peculiaridades do objeto pretendido, fixe, por exemplo, o prazo de 15 (quinze) dias úteis, a contar da data da publicação do ato convocatório, para que os licitantes elaborem e apresentem suas propostas.

Entretanto, acaso o ato convocatório publicado contenha equívoco que demande a sua retificação e republicação, qual deve ser o novo prazo de publicidade? O mínimo legal estabelecido na Lei nº 10.520/2002 (8 dias úteis), ou aquele originalmente fixado (15 dias úteis, conforme exemplo acima)?

É preciso lembrar que a dilação do prazo mínimo para publicidade do ato convocatório é ato cabível quando a Administração entende que o prazo mínimo legalmente estabelecido é insuficiente para que os interessados providenciem seus documentos e/ou propostas, em virtude das exigências realizadas ou da complexidade do objeto. E, se tais dificuldades estão presentes no caso concreto, então a Administração deverá considerá-las tanto para fixar o prazo de publicidade original do ato convocatório, quanto para eventual prazo de republicação daquele documento.

Não por outra razão, o art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93 (aplicável subsidiariamente à modalidade pregão, por força do art. 9º, da Lei nº 10.520/2002), e o art. 20, do Decreto nº 5.450/2005, afirmam que a modificação do edital importará na sua republicação, e na reabertura do “... prazo inicialmente estabelecido” (destacou-se).

Renato Geraldo Mendes, ao comentar o assunto, segue mesma linha, ensinando que “A Lei determina que seja reaberto o prazo inicialmente estabelecido, e não o prazo mínimo legalmente previsto. Se o prazo mínimo (legal) era, por exemplo, quinze dias e a Administração, ao fixá-lo, concedeu 23 dias, este será o prazo a ser observado na reabertura, e não o prazo de

¹⁵ <https://www.zenite.blog.br/o-novo-prazo-de-publicidade-em-caso-de-modificacao-do-ato-convocatorio-no-pregao/> em 27/07/2018

quinze dias fixado na Lei” (MENDES, Renato Geraldo. LeiAnotada.com. Lei nº 8.666/93, nota ao art. 21, § 4º, categoria Doutrina. Disponível em <<http://www.leianotada.com>>. Acesso em 13 nov.2012).

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União já determinou a reabertura do “... prazo inicialmente estabelecido quando houver alteração do edital que afete a formulação de propostas, nos termos do art. 20 do Decreto nº 5.450/2005” (TCU, Acórdão nº 930/2008 – Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j. em 21.05.2008. Item nº 9.3.2 do Acórdão. Destaque nosso).

Assim sendo, podemos afirmar que o prazo a ser observado na republicação dos editais de pregão que sejam eventualmente modificados é aquele originalmente estabelecido no próprio ato convocatório, e não o mínimo legal fixado no art. 4º, inc. V, da Lei nº 10.520/2002.

Colacionamos, ainda, artigo retirado do endereço eletrônico <http://jus.uol.com.br>¹⁶, por ser bastante esclarecedor:

“Por fim, a Lei de Licitações dispôs que qualquer modificação no edital exige publicação semelhante à inicial, reabrindo-se o prazo de intervalo mínimo, exceto no caso em que as mudanças realizadas, inquestionavelmente, não alteram o conteúdo das propostas. Nos encontramos com nova disciplina generalista ao se tratar da expressão "alteração que não afeta a formulação das propostas". Para sanar as dúvidas na interpretação da Lei, mais uma vez recorremos à doutrina, trazendo à baila as palavras do festejado Marçal Justen Filho (2005, p.192), que, sobre as alterações irrelevantes no edital, leciona:

O que se entende por "não afetar a formulação das propostas"? O dispositivo tem de ser interpretado de acordo com o princípio da razoabilidade. Em princípio, toda e qualquer alteração do edital afeta a formulação das propostas. Excluídas questões totalmente irrelevantes, que nem precisam ser objeto de disciplina no edital, a quase totalidade das regras ali previstas devem ser respeitadas pelos licitantes na elaboração das propostas.

O problema fundamental reside na viabilidade de elaboração das propostas segundo o prazo original. Ou seja, é obrigatório reabrir o prazo quando a inovação trazida não puder ser atendida no prazo remanescente. Assim, por exemplo, modificar data ou local de entrega de propostas não envolve maior problema para os licitantes. O mesmo se diga quanto a modificações acerca das condições de participação ou de elaboração de propostas que não importem ampliação de encargos ou substituição de dados.”

Essa Corte de Contas, no julgamento do processo n. 862.317 ocorrido na sessão do dia 27/08/2013 da Primeira Câmara, consignou que *“4) A alteração no objeto da licitação, após a sua publicidade causa prejuízo à elaboração da proposta comercial, sendo indispensável a renovação do prazo aos demais interessados na licitação, (art. 21 § 4º da Lei de Licitação).”*

No procedimento licitatório em tela, constatou-se o seguinte:

- No dia 24/10/2014, conforme fls. 706/707, o edital nº 135/2014 foi publicado no “Correio Oficial” do Município de Araguari e na Gazeta do Triângulo, e a proposta e a documentação deveriam ser entregues no dia 11/11/2014 às 13:00 h, sendo a abertura dos

¹⁶ <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18351/a-publicacao-do-edital-resumido-da-licitacao-e-o-principio-da-publicidade>

envelopes na mesma data, perfazendo um total de **12 (doze) dias úteis** entre a data de publicação do aviso de licitação e a abertura das propostas com a sessão de julgamento.

- No dia 31/10/2014, conforme fls. 708/709, foi publicado no “Correio Oficial” do Município de Araguari e na Gazeta do Triângulo, um aviso de suspensão do edital n. 135/2014, em face à necessidade de verificação por parte das Secretarias requisitantes de algumas incorreções no corpo do edital e suas especificações em seus anexos.

- No dia 05/11/2014, conforme fl. 710, também foi publicado no “Minas Gerais”, o referido aviso de suspensão do edital n. 135/2014.

- No dia 26/11/2014, conforme fls. 1078/1079, foi publicado no “Correio Oficial” do Município de Araguari e na Gazeta do Triângulo, o aviso de realização do pregão relativo ao edital n. 135/2014, e no dia 27/11/2014, conforme fl. 1077, foi publicado o mesmo aviso no “Minas Gerais”, informando que a proposta e a documentação deveriam ser entregues no dia 10/12/2014 às 13:00 h, sendo a abertura dos envelopes na mesma data, perfazendo um total de **09 (nove) dias úteis** entre a data de publicação do aviso de licitação e a abertura das propostas com a sessão de julgamento.

Diante desse levantamento, verifica-se que o prazo contido entre a data da última publicação do aviso do edital de licitação em comento (27/11/2014) e a data do recebimento, abertura e julgamento das propostas (10/12/2014) foi de apenas **09 (nove) dias úteis**, que é inferior ao prazo concedido quando da primeira publicação (24/10/2014 - 11/11/2014), que fez um total de **12 (doze) dias úteis**.

De acordo com os entendimentos doutrinários e jurisprudências trazidos a esta análise, verifica-se que é unânime o entendimento de que, apesar de constar da Lei 10.520/2002 que deve ser respeitado o prazo mínimo de 8 (oito) dias entre a data da publicação dos avisos de licitação e a abertura da sessão de julgamento do certame, deve-se observar o mesmo prazo inicialmente estabelecido. Exemplificando, caso o prazo inicialmente concedido entre a data da publicação dos avisos de licitação e a abertura da sessão de julgamento do certame seja de 15 (quinze) dias, em havendo retificação do edital que altere a elaboração das propostas, há que se devolver o mesmo prazo de 15 (quinze) dias inicialmente concedido.

Observa-se que a Administração Pública ao estabelecer um prazo superior ao da lei quando da primeira publicação do aviso do edital de licitação, assim o fizera por ter entendido que ele era necessário à elaboração das propostas em virtude de suas características próprias, induzindo, desta forma, o comportamento dos licitantes. Ora, não pode ela, Administração Pública, após ter criado uma expectativa de prazo aos licitantes, revê-lo para menor. Poderia aumentá-lo favorecendo os certamistas, nunca diminuí-lo, para prejudicá-los.

Em sendo assim, concluímos pela procedência da irregularidade de ordem procedimental que, em razão da sua gravidade, ensejaria a aplicação de multa à Sra. Mirian de Lima, Secretária Municipal de Administração de Araguari, e ao Sr. Daniel José Peixoto Santana, Pregoeiro, ambos subscritores do Edital. Entretanto, em razão da longevidade em que ocorrera a licitação (2014) e de ter havido competitividade, o que se comprova pela verificação de que 4 (quatro) empresas devidamente credenciadas e com a apresentação de propostas participaram do certame, conforme demonstrado na ata de realização do pregão presencial de fls. 1817/1822, entendemos que a aplicação de multa perdeu a sua efetividade, principalmente sobre o seu aspecto didático, devendo apenas ser feita uma recomendação aos responsáveis e a atual Administração para que nos próximos certames sejam respeitados os prazos legais.

2.2 DA EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FATO IMPEDITIVO

Esta Unidade Técnica, por meio de sua análise inicial, concluiu à fl. 1833 que restou demonstrada a irregularidade na cláusula editalícia prevista no item 9.6.2, que exigiu declaração de inexistência de fato impeditivo, nos seguintes termos:

[...]

A exigência em tela é excessiva, uma vez que não se encontra disposta no rol dos documentos previstos no art. 4º, inciso XIII, da Lei nº 10.520/02, que assim estabelece:

[...]

Não obstante a previsão do art. 3º da Lei nº 8.666/93, de que a licitação deverá ser processada e julgada em estrita conformidade com o princípio básico da vinculação ao instrumento convocatório, entende este Órgão Técnico que a exigência constante no subitem 9.6.2 do edital em comento, fl. 982, qual seja, a exigência de declaração de inexistência de fato impeditivo para habilitação, também confronta os princípios da legalidade e da competitividade, devendo ser excluído do instrumento convocatório, por falta de amparo legal, uma vez que esta exigência se mostra desarrazoada.

[...]

Pelo exposto, considera-se irregular a cláusula editalícia prevista no item 9.6.2, que exigiu declaração de inexistência de fato impeditivo.

O Ministério Público de Contas analisou o item, opinando pelo acolhimento do apontamento da irregularidade, a saber:

2.2. Da declaração de inexistência de fatos impeditivos para a habilitação

Prosseguindo, foi constatado o vício existente no item 9.6.2 do edital, que tratou da apresentação de declaração do licitante afirmando a inexistência de fatos impeditivos para a habilitação.

[...]

Como se verifica, o edital exigiu da empresa a apresentação de declaração de inexistência de fatos impeditivos para sua habilitação. De acordo com o entendimento do *Parquet*, essa imposição denotou excessivo rigor e exacerbado formalismo, não se encontrando disposta no rol dos documentos de habilitação arrolados no artigo 4º, inciso XIII, da Lei federal nº 10.520/2002.

[...]

Idêntico raciocínio há de fazer-se com o conteúdo das disposições dos artigos 27 a 31 da Lei federal nº 8.666/93, que tratam da documentação necessária à qualificação técnica para habilitação dos licitantes, aplicável subsidiariamente à licitação na modalidade pregão.

Portanto, a exigência do item 9.6.2 não encontra amparo legal, mostrando-se desarrazoada e desnecessária.

[...]

Assim, deve ser acolhido o apontamento de irregularidade.

Os defendentes alegaram, em síntese, que:

“[...] de fato, não se trata de um documento que pressuponha especificidades inerentes à determinado tipo de empresa, ou que necessite de alguma qualificação particular, ou sequer, da singular aprovação de um órgão próprio. Em outras palavras, a dita “exigência excessiva” é, em verdade, a literalidade do que prevê o item supratranscrito: uma declaração da própria empresa, que tem interesse em participar do certame, atestando pela inexistência de fato impeditivo.”

(...)

Frisou que “[...] uma vez apresentada toda a documentação legal prevista no edital, a referida declaração – formulada pela própria empresa – apenas corrobora esta regularidade documental. Não havendo que se falar, pois, em

frustração ao caráter competitivo do certame em virtude da redação do item 9.6.2, notadamente considerando que a totalidade das empresas, que tenham interesse em participar do procedimento licitatório ou não, é dotada de capacidade para emitir declaração que verse sobre suas próprias condições de trabalho.”

(...)

“Tal exigência, ao contrário do que tenta fazer parecer o Denunciante, em nada representa restrição à competição, mas sim, em última análise caracteriza proteção à Administração Pública quando da Contratação da empresa vencedora do certame, configurando em verdade corolário do princípio da supremacia do interesse público, visto que não pode o Poder executivo assumir o risco de efetuar pagamento por um serviço cujo prestador é inexperiente ou não se encontra regularizado em suas atividades, sob pena de tal contratação resultar em dano ao erário municipal.”

Conclui que “[...] tal exigência guarda fidelidade com o objeto licitado e se mostra essencial, na medida em que visa assegurar uma contratação segura, evitando-se imprevistos indesejados à Administração contratante, resguardando que venham acudi-lo apenas empresas efetivamente aptas a satisfazer seu escopo.”

ANÁLISE

Inicialmente, colacionamos os dispositivos pertinentes da Lei 10.520/2002 e da Lei nº 8.666/93, que, por força do art. Art. 9º da Lei 10.520/2002, são aplicadas subsidiariamente ao pregão:

Lei 10.520/2002

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira; [...] (grifo nosso).

Lei 8.666/93

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, **exclusivamente**, documentação relativa a: (GN)

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal.

IV – regularidade fiscal e trabalhista;

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: (

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943.

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

(...)

Ao analisarmos os dispositivos, chamou-nos a atenção a expressão “exclusivamente” contida no *caput* do art. 27 da Lei 89.666/93. A citada expressão é entendida como uma garantia processual tanto da Administração Pública quanto dos licitantes. Ela nos informa que não se pode exigir dos certamistas algo que vá além do que fora positivado. E o que está positivado denomina-se rol taxativo ou *numerus clausus*, indicando que não pode haver uma interpretação extensiva da lei, ou seja, que se considerem outras hipóteses além daquelas já estabelecidas. São as denominadas normas exclusivas que apenas acolhem os preceitos que nelas se encontram especificados.

Portanto, partindo desse método de hermenêutica, concluímos que, realmente, a exigência contida no item 9.6.2 do edital de pregão presencial n. 135/2014 (*Declaração da empresa, afirmando que até a presente data, inexistem fatos impeditivos para sua habilitação, no presente processo licitatório, ciente da obrigatoriedade de declarar ocorrências posteriores, na forma do Anexo VI.*) não encontra respaldo legal, devendo ser considerado restritivo à participação no certame, indo de encontro ao art. 3º, §1º, inciso I, da Lei 8.666/93, que veda aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos

de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, (...), e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Por fim, entendemos que esta irregularidade, de ordem procedimental, ensejaria a aplicação de multa à Sra. Mirian de Lima, Secretária Municipal de Administração de Araguari, e ao Sr. Daniel José Peixoto Santana, Pregoeiro, ambos subscritores do Edital. Entretanto, em razão da longevidade em que ocorrera a licitação (2014) e de ter havido competitividade, o que se comprova pela verificação de que 4 (quatro) empresas devidamente credenciadas e com a apresentação de propostas participaram do certame, conforme demonstrado na ata de realização do pregão presencial de fls. 1817/1822, entendemos que a aplicação de multa perdeu a sua efetividade, principalmente sobre o seu aspecto didático, devendo apenas ser feita uma recomendação aos responsáveis e a atual Administração para que nos próximos certames sejam respeitados os prazos legais.

2.3 DA PREVISÃO DE 2 (DOIS) DIAS PARA REGULARIZAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO DAS MICROEMPRESAS

Esta Unidade Técnica, por meio de sua análise inicial, concluiu, às fls. 1833/1833-v, que a denúncia é procedente quanto a esse apontamento, em razão de que a “[...] Licitação em comento ocorreu em data posterior à entrada em vigor da Lei que modificou o prazo previsto no art. 43, § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006¹⁷, assim a cláusula editalícia denunciada agravou a situação das ME’s e EPP’s, afrontando cabalmente a intenção da legislação de dar tratamento diferenciado e favorecido às ME e EPP. ”

O Ministério Público de Contas analisou o item, opinando pelo acolhimento do apontamento da irregularidade, a saber:

“Na sequência, verifica-se que o item 10.8 do edital trouxe a previsão do prazo de 02 (dois) dias úteis para a regularização de certidões por microempresas e empresas de pequeno porte.

[...]

A referida disposição editalícia encontra-se em desacordo com o comando contido no artigo 43, § 1º, da Lei Complementar federal nº 123/2006, alterado pela Lei Complementar federal nº 147/2014, o qual prevê o prazo de 05 (cinco) dias úteis para regularização da documentação fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte, podendo esse prazo ser prorrogado por igual e sucessivo período.

[...]

Assim, ficou caracterizada a irregularidade, pois o edital deveria ter assegurado à empresa beneficiária da LC 123/2006, o prazo de 5 (dois) dias úteis, prorrogáveis por igual período a critério da Administração, para regularização das certidões apresentadas.”

Os defendentes alegaram, em síntese, que:

“[...], ante o pouquíssimo espaço de tempo entre a publicação da LC n. 147/2014, em agosto de 2014, e a publicação do Edital que se deu em outubro

¹⁷ Art. 43. [...] § 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. (Grifo nosso)

do mesmo ano, sendo que todos os procedimentos que envolvem a realização de uma Licitação já se encontravam em trâmite pelo menos desde junho de 2014, não há que se falar em ilegalidade cuja causa tenha sido por desídia dos ora Requeridos, no intuito de ludibriar, beneficiar ou prejudicar os licitantes, trata-se, em verdade, de eventual inabilidade no que diz respeito à ausência de adequação imediata à alteração legislativa, sendo que tal circunstância, nem em hipótese, representou qualquer prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito por parte dos Denunciados, motivo pelo qual, no máximo, dá ensejo à recomendações aos responsáveis.”

ANÁLISE

Efetivamente, quando se deu o início da fase externa do pregão n. 135/2014, em novembro daquele ano, o §1º do art. 43 da Lei Complementar 123/2006, com a redação dada pela Lei Complementar 147, de 7 de agosto de 2014, já estava em vigor, tendo em vista a definição contida na nova Lei Complementar de que ela entraria em vigor na data de sua publicação, o que ocorrera em 8/8/2014, com algumas exceções, das quais não constava o dispositivo em tela.

Conforme demonstrado pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público de Contas, a nova redação previa um prazo de 5 (cinco) dias úteis, prorrogáveis por igual período a critério da Administração, para regularização das certidões apresentadas.

Ora, é no momento da publicação do edital que se inicia a fase externa da licitação, tornando lei entre as partes, o que vincula todos aos seus termos.

Em havendo nesse momento uma regra editalícia ilegal ou com fundamento em legislação revogada, como no caso em tela, tem-se que ela é nula de pleno direito, não gerando efeito entre as partes, porém, mesmo sendo nula e não tendo sido retificado o edital, tal norma pode ter afastado algum possível licitante que se interessaria em participar do certame, caso houvesse mais tempo para a regularização das certidões.

O defendente não tem razão ao se justificar que a fase interna já havia iniciado quando da edição da nova lei que alterara o prazo de regularização da documentação de 2 (dois) dias úteis para 5 (cinco) dias úteis, tendo em vista que antes da edição final do edital, publicado em novembro de 2014, houve várias oportunidades em que ele fora retificado pela própria Administração, sem que tenha havido revisão desse item.

Por isso, reitera-se a manifestação desta Unidade Técnica pela procedência da denúncia, que também fora acolhida pelo Ministério Público de Contas.

Entretanto, em razão da longevidade em que ocorrera a licitação (2014) e de ter havido competitividade, o que se comprova pela verificação de que 4 (quatro) empresas devidamente credenciadas e com a apresentação de propostas participaram do certame, conforme demonstrado na ata de realização do pregão presencial de fls. 1817/1822, entendemos que a aplicação de multa perdeu a sua efetividade, principalmente sobre o seu aspecto didático, devendo apenas ser feita uma recomendação aos responsáveis, Sra. Mirian de Lima, Secretária Municipal de Administração de Araguari, e ao Sr. Daniel José Peixoto Santana, Pregoeiro, ambos subscritores do Edital, e a atual Administração para que nos próximos certames sejam respeitados os prazos legais.

2.4 DA FALTA DE JUSTIFICATIVA PARA O NÃO PARCELAMENTO DO OBJETO

Esta unidade técnica, em sua análise de fls. 1833-V/1836, verificou que não constava no processo a justificativa técnica que viabilizasse o não parcelamento do objeto e demonstrasse a vantajosidade para a Administração na contratação da solução integrada de todos os 22 (vinte e dois) módulos objeto do presente Pregão Presencial nº 35/2014, assim como os responsáveis, fls. 229/234, não apresentaram justificativa quanto ao item denunciado.

O Ministério Público de Contas analisou o item, opinando pelo acolhimento do apontamento da irregularidade, nos seguintes termos:

De fato, o Pregão Presencial nº 135/2014 aglutinou diversos módulos de sistemas informatizados que, pelas suas características distintas, poderiam ser licitados separadamente ou em lotes, não tendo constado dos autos do procedimento licitatório qualquer justificativa para a sua acumulação.

Compõe o objeto da licitação (item 2.1 do edital), a) sistema de orçamento público; b) sistema de contabilidade pública e tesouraria; c) sistema de compras de materiais e serviços; d) sistema de controle de licitações; e) sistema de gerenciamento de estoques; f) sistema de patrimônio público; g) sistema de controle de veículos; h) sistema de gerenciamento de obras; i) sistema de protocolo e despacho; j) sistema de pessoal; k) sistema de arrecadação de tributos; l) sistema de legislação; m) sistema de documentos; n) sistema de cadastro de pessoas; o) sistema de controle de saúde; p) sistema de escolas municipais; q) sistema de convênios e contratos; r) sistema de biblioteca; s) sistema de cemitérios; t) sistema de atendimento; u) sistema de nota fiscal eletrônica; v) sistema de portal de transparência.

[...]

A Administração, ao definir o objeto da licitação, deverá verificar se é possível dividi-lo em parcelas que visam aproveitar as peculiaridades e os recursos disponíveis no mercado. O parcelamento é importante porque possibilita a participação de empresas de menor porte nas licitações, amplia a competitividade e contribui para a obtenção de menor preço para a Administração Pública, que passa a poder contratar uma proposta mais vantajosa.

Em regra, a divisão é indicada quando existir no objeto da licitação parcelas de natureza específica que possam ser executadas por empresas com especialidades próprias e diversas, ou quando for viável técnica e economicamente, sem perda da economia de escala.

Ademais, ainda que o não parcelamento seja a melhor opção, a exemplo dos casos de aumento de economia de escala ou objetos indivisíveis, ainda assim é necessário que a Administração demonstre a presença de elementos que justifiquem a opção adotada, tanto pelo parcelamento como pelo não parcelamento, sob pena de infringir os princípios norteadores da licitação, como o da eficiência, da economicidade, da isonomia e da competitividade.

***In casu*, não constou a justificativa técnica para o não parcelamento do objeto, tampouco foi demonstrada a vantajosidade para a Administração na contratação da solução integrada de todos os 22 (vinte e dois) módulos.**

[...]

Desse modo, o edital do pregão restringiu a competitividade, ao não parcelar o objeto da licitação.

Os defendentes alegaram, em síntese, que:

“Assim, se na caso tido como referência pela própria d. Unidade Técnica, o não parcelamento do objeto se justificou ante a evidente complexidade de fazê-lo, inclusive com repercussão negativa quando do efetivo manuseio dos sistemas, ensejando, portanto, apenas recomendações “para que avalie e registre, neste certame e nos futuros, nos autos dos procedimentos licitatórios, os estudos próprios, para que se adote, ou não, a solução de subdivisão em parcelas do objeto a ser licitado”, em atenção à segurança jurídica, não há que se falar em destino diverso aos ora Denunciados.”

ANÁLISE

O edital do pregão presencial n. 135/2014, processo n. 0025562/14, dispõe no item 2 – DO OBJETO -, fl. 970, os seguintes sistemas:

2 – DO OBJETO

2.1 A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA ÁREA DE INFORMÁTICA PARA FORNECIMENTO DE SISTEMAS INTEGRADOS DE GESTÃO PÚBLICA E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA, PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE SOFTWARE – LICENÇA DE USO DOS SISTEMAS DE TODOS OS MÓDULOS; TREINAMENTO E CERTIFICAÇÃO DE USUÁRIOS; CONVERSÃO E MIGRAÇÃO DE DADOS PRÉ-EXISTENTES DE OUTROS SISTEMAS; INSTALAÇÕES DOS SISTEMAS EM TODAS AS MÁQUINAS; MANUTENÇÃO DE TODOS OS MÓDULOS DO SISTEMA, conforme abaixo:

- 1. Sistema de Orçamento Público;**
- 2. Sistema de Contabilidade Pública e Tesouraria;**
- 3. Sistema de Compras de Materiais e Serviços;**
- 4. Sistema de Controle de Licitações;**
- 5. Sistema de Gerenciamento de Estoques;**
- 6. Sistema de Patrimônio Público;**
- 7. Sistema de Controle de Veículos;**
- 8. Sistema de Gerenciamento de Obras;**
- 9. Sistema de Protocolo e Despacho;**
- 10. Sistema de Pessoal;**
- 11. Sistema de Arrecadação de Tributos;**
- 12. Sistema de Legislação;**
- 13. Sistema de Documentos;**
- 14. Sistema de Cadastro de Pessoas;**
- 15. Sistema de Controle de Saúde;**
- 16. Sistema de Escolas Municipais;**
- 17. Sistema de Convênio e Contratos;**
- 18. Sistema de Biblioteca;**
- 19. Sistema de Cemitérios;**
- 20. Sistema de Atendimento**
- 21. Sistema de Nota Fiscal Eletrônica;**
- 22. Sistema de Portal de Transparência.**

Essa Unidade Técnica, em sua análise de fls. 1834, verificou que não constava no processo a justificativa técnica que viabilizasse o não parcelamento do objeto e demonstrasse a vantajosidade para a Administração na contratação da solução integrada de todos os 22 (vinte e dois) módulos objeto do presente Pregão Presencial nº 35/2014, pautando-se na Súmula 114 do TCEMG, a saber:

É obrigatória a realização de licitação por itens ou por lotes, com exigências de habilitação proporcionais à dimensão de cada parcela, quando o objeto da contratação for divisível e a medida propiciar melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampla participação de licitantes, sem perda da economia de escala, adotando-se, em cada certame, a modalidade licitatória compatível com o valor global das contratações.

Ocorre que esta Corte¹⁸ decidiu que a operacionalização integrada em benefício da gestão coordenada e da visão articulada, tal qual ocorre com o

¹⁸ Denúncia n.º 812054. Rel. Conselheiro Sebastião Helvecio. Sessão do dia 27/09/2011.

objeto da licitação em tela, são atributos que validam a indivisibilidade do objeto. Vejamos:

De fato, este Tribunal vem entendendo pela obrigatoriedade da subdivisão técnica em parcelas de objetos licitados quando viável, por exemplo, na Representação n. 732112 Conselheiro Relator Antônio Carlos Andrada, Sessão do dia 05/06/2007, para ampliação da competitividade e para melhor aproveitamento dos recursos do mercado, desde que não se percam de vista os ganhos de escala.

Entendo, entretanto, que devem ser aferidas as condições para esse parcelamento caso a caso, cuja opção deve estar sujeita à devida explicitação de suas razões, como ensina o saudoso Professor Calos Pinto Coelho Motta¹⁹.

No caso dos autos, com a devida vênia ao entendimento da Unidade Técnica, entendo que a solução tecnológica pretendida pelo Município, embora seja para utilização ampla, em diversas áreas da Administração, não prescinde da operacionalização integrada, ou seja, devem facilitar a gestão coordenada das diversas áreas, o que significa dizer que os softwares devem necessariamente “conversar entre si”, possibilitando ao gestor uma visão articulada.

Essa necessidade, à primeira vista, sem aprofundamento fático e técnico, indica a dificuldade de se franquiar a contratação dos diversos módulos a diversas empresas distintas, vez que a operacionalização dessa gestão integrada se revelaria bastante complexa.

Desse modo, entendo que não está efetivamente configurada a irregularidade, porém, cabe a recomendação ao gestor para que avalie e registre, neste certame e nos futuros, nos autos dos procedimentos licitatórios, os estudos próprios, para que se adote, ou não, a solução de subdivisão em parcelas do objeto a ser licitado.

[...]

VOTO

Determino, ainda, que, por ocasião da repetição do procedimento licitatório ou da modificação do Edital, sejam cuidadosamente adequadas as cláusulas e as exigências consideradas indevidamente restritivas, e, mais, sejam fundamentadas tecnicamente, de forma clara e consistente, nos autos respectivos, na fase interna, todas as decisões que estabeleçam requisitos restritivos, que devem ser somente os indispensáveis à comprovação da capacidade de execução do objeto contratual, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal.

Em que pese a falta de justificativa para a contratação do objeto como um todo ou para o não parcelamento do objeto, considerando que as áreas dos sistemas pretendidos no item II do edital, em maior ou menor grau, guardam interconexão entre si, conexão essa que poderá até ser ampliada futuramente dependendo das necessidades do contratante, esta Unidade Técnica entende, neste reexame, pela razoabilidade do não parcelamento do objeto no caso em tela, vez que, com o desenvolvimento do sistema por um único fornecedor de todos os *softwares*, haveria melhores condições técnicas de interconectividade entre os *softwares*, bem como melhores condições de manutenção, treinamento, atualizações e customizações, além da possibilidade de ganhos de economia de escala.

¹⁹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho Motta. Eficácia nas licitações e contratos. Del Rey. 11ª Ed. rev. atualiz. Belo Horizonte. 2008. P. 260.

Diante do exposto, esta Unidade Técnica, melhor revendo a questão posta em tela em face das decisões desta Corte, entende que a irregularidade apontada no estudo técnico de fls. 1828/1843 pode ser afastada.

2.5 DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À OPÇÃO DA COMPRA EM PREJUÍZO DA LOCAÇÃO.

A Unidade Técnica, em sua manifestação de fls. 1841/1842, entendeu pela obrigatoriedade de fundamentação no processo quanto à vantajosidade da opção adotada pela administração, nos seguintes termos:

Registra-se, inicialmente, que, ainda que existam *softwares* gratuitos, bem como a possibilidade de filiação às redes de compartilhamento governamentais e a viabilidade de formação de consórcios públicos, e, também, a viabilidade da aquisição de licença permanente do *software*, a opção pelas soluções existentes no mercado é justificável, sendo um ato discricionário da Administração.

Considerando que a escolha pela aquisição permanente de software em detrimento de outras soluções existentes tem cunho indiscutivelmente discricionário o cerne da questão gira em torno da ausência de fundamentação.

Quanto à necessidade de motivação pelo gestor público, segue o entendimento da Segunda Câmara desta Corte de Contas nos autos da Denúncia 811.101, da relatoria do então Conselheiro Eduardo Carone Costa, Sessão do dia 21/11/12, a conferir:

[...]

Cabe informar, esta Corte já se manifestou sobre a questão posta em tela, conforme decisão proferida nos autos do processo de Denúncia n. 812.054, na Sessão da Segunda Câmara, de 27/09/2011, nos seguintes termos:

[...]

O Ministério Público de Contas acompanhou o entendimento da Unidade Técnica, fl. 1.841, quanto à ausência de fundamentação no processo a respeito da vantajosidade da opção pela “compra” adotada pela Administração, nos seguintes termos:

É certo que a escolha pela aquisição de *software* em detrimento de outras soluções existentes tinha cunho discricionário. Todavia, essa opção pela aquisição de *softwares* deveria ser precedida de estudos de viabilidade, devidamente fundamentados, que comprovassem inequivocamente a vantagem da aquisição quando comparada com a locação, em respeito ao princípio da motivação dos atos administrativos, ao planejamento prévio da licitação, e à necessária economicidade que deve estar presente em toda contratação. Ou seja, o gestor poderia locar ou comprar o *software*, ou até mesmo utilizar *software* gratuito, desde que motivasse sua opção sob os prismas da vantajosidade e da viabilidade.

A título de ilustração, transcreve-se o entendimento desse Tribunal na cartilha intitulada “Manual de Boas Práticas em Licitação para Contratação de Sistemas de Gestão Pública” (www.tce.mg.gov.br), nos seguintes termos:

Antes de deflagrar procedimento licitatório tendente a obter o sistema de gestão pública, o gestor deve se indagar qual é a opção, dentre as possíveis, que melhor atenda o interesse público.

Seja qual for a alternativa escolhida, cabe ao gestor expor em estudo técnico e/ou econômico os motivos da escolha feita, especialmente se a opção, a princípio, revelar-se menos vantajosa ao erário.

A elaboração desse estudo decorre do princípio da motivação dos atos administrativos, fundamental para o controle do regular exercício do poder discricionário, especialmente num Estado Democrático de Direito. Sem

motivação inexistente transparência e sem transparência não há controle. Por conseguinte, a falta de elementos para se aferir a relação de pertinência entre as razões de fato e de direito com a decisão do administrador público compromete a fiscalização confiada às Cortes de Contas, bem como o exercício do controle social.

[...]

Vê-se, então, que a decisão do gestor pela compra, locação do sistema de gestão pública ou utilização de softwares gratuitos, no exercício da discricionariedade, não significa ampla e irrestrita margem de atuação.

Cabe ao gestor, nos autos do procedimento licitatório, fundamentar a escolha considerando, ao menos: (i) a vantajosidade de se utilizar *softwares* gratuitos existentes; (ii) a viabilidade de filiar-se às redes de compartilhamento de soluções criadas pelo Governo Federal e Governo Estadual; (iii) a viabilidade da celebração de consórcio público para a redução do custo fixo de desenvolvimento do *software*; (iv) vantajosidade de se adquirir a licença permanente do *software*.

[...]

Na mesma linha, decisão deste Tribunal nos autos de n. 804.626:

[...]

Com efeito, deve-se ponderar que a discricionariedade do ato administrativo não ampara decisões antieconômicas, isto é, o gestor municipal não pode, a pretexto de atuar no exercício de seu poder discricionário, adotar estratégias que sejam prejudiciais ao interesse público. A motivação é requisito indispensável ao controle do regular exercício do poder – inclusive do poder discricionário – resguardando o cidadão e o patrimônio público contra a transformação dessa discricionariedade em arbítrio.

No mesmo sentido, decisão havida nos autos de n. 811.101:

[...] 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.

[...]

Os defendentes alegaram, em síntese, que:

“[...], nos dois precedentes colacionados no Relatório Técnico – Denúncias n. 811.101 e 812.054 – conclui-se que as irregularidades foram sanadas através da discricionariedade administrativa em detrimento da complexidade prática e da falta de segurança, características das demais opções possíveis, não obstante a ausência de justificativa para a escolha realizada, sendo, pois, determinada apenas recomendações aos Denunciados para que “*em futuros certames, motivem a opção pelo fornecimento remunerado de softwares*”. E, ante a identidade dos casos com o presente feito, a mesma determinação é medida que se impõe.

Colacionou entendimento do Tribunal de Contas da União no sentido de que as falhas formais não maculam significativamente a gestão e tampouco resultam em dano ao erário (TCU – Prestação de Contas n. 008.458/2004-1 - Segunda Câmara – Rel. Min. Benjamin Zymler – DOU em 06/03/2009).

Também trouxe aos autos decisão desta Corte de Contas no mesmo sentido que fora tomada no bojo do Processo n. 876.320, através do acórdão de autoria do Conselheiro Sebastião Helvécio, em que ficou consignado que “*Deixa-se de aplicar multa, embora seja grave a omissão dos gestores, em razão da presunção de boa-fé e ausência de indícios de prejuízo ao erário. (...)*”

ANÁLISE

Toda ação administrativa requer planejamento. Em se tratando de administração pública a necessidade de planejamento é redobrada. O administrador público pode agir com discricionariedade na escolha do objeto a ser contratado assim como a forma utilizada, compra ou locação, porém, em qualquer caso, tem a obrigação de prevê-la em todos os detalhes. Há que se desenvolver estudos, realizar pesquisas e levantamentos, detalhar o que, o quanto e o quando serão feitas as contratações. Todos esses estudos devem ser feitos na fase interna da licitação.

Joel de Menezes Niebuhr²⁰ ensina-nos que

“A licitação pública inicia-se numa fase preparatória ou interna, em que a Administração Pública empreende planejamento e estudos prévios para definir o objeto da licitação pública e todas as condições para participar dela, elaborando o instrumento convocatório. Ou seja, a fase interna da licitação é destinada à elaboração desse instrumento. Nela a Administração empreende estudos e segue procedimento que, no final das contas, redundando no instrumento convocatório.”

Em outra passagem, Joel de Menezes Niebuhr²¹ ensina-nos que

“A descrição do objeto do futuro contrato deve ser realizada com toda a preocupação, valendo-se a Administração de estudos técnicos sólidos, para definir, de maneira precisa, o que realmente contempla o interesse público. Ora, é necessário que a Administração saiba o que quer e, para tanto, não há outro caminho afora o de procurar conhecer as possibilidades ofertadas no mercado, consultando especialistas a respeito do objeto que se pretenda contratar.” GN

Ainda sobre o tema relativo ao planejamento e a definição entre aquisição de software ou locação, em decisão da Primeira Câmara ocorrida na sessão de 12/12/2017, no julgamento da denúncia n. 886286, de relatoria do Conselheiro Sebastião Helvecio, ficou consignado que

“7. A escolha efetuada pela Administração Pública pela aquisição da licença de uso de software trata-se de uma decisão discricionária do gestor, contudo deve ser tecnicamente justificável.” GN

Isso posto, reiterando o entendimento da Unidade Técnica, compartilhado pelo Ministério Público, entende-se pela obrigatoriedade de fundamentação no processo quanto à vantajosidade da opção adotada pela administração fato este que, por se tratar de irregularidade procedimental, ensejaria a aplicação de multa à Sra. Mirian de Lima, Secretária Municipal de Administração de Araguari, e ao Sr. Daniel José Peixoto Santana, Pregoeiro, ambos subscritores do Edital. Entretanto, em razão da longevidade em que ocorrera a licitação (2014) e de ter havido competitividade, o que se comprova pela verificação de que 4 (quatro) empresas devidamente credenciadas e com a apresentação de propostas participaram do certame, conforme demonstrado na ata de realização do pregão presencial de fls. 1817/1822, entendemos que a aplicação de multa perdeu a sua efetividade, principalmente sobre o seu aspecto didático, devendo apenas ser feita uma recomendação aos responsáveis, Sra. Mirian de Lima, Secretária Municipal de Administração de Araguari, e ao Sr. Daniel José Peixoto Santana, Pregoeiro, ambos

²⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte. Fórum, 2011. P. 257.

²¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte. Fórum, 2011. P. 261.

subscritores do Edital, e a atual Administração para que nos próximos certames sejam respeitados os prazos legais.

3. CONCLUSÃO

Após análise das defesas em face do estudo técnico e do parecer ministerial, esta Unidade Técnica entende que permanecem as seguintes irregularidades:

- 2.1. **Alteração do edital sem reabertura do prazo inicialmente estabelecido;**
- 2.2. **Exigência restritiva de declaração de inexistência de fato impeditivo;**
- 2.3. **Previsão de 2 (dois) dias para regularização de documentação de microempresa;**
- 2.4. **Ausência de fundamentação quanto à opção da compra em prejuízo da locação.**

Entretanto, em razão da longevidade em que ocorrera a licitação (2014) e de ter havido competitividade, o que se comprova pela verificação de que 4 (quatro) empresas devidamente credenciadas e com a apresentação de propostas participaram do certame, conforme demonstrado na ata de realização do pregão presencial de fls. 1817/1822, entendemos que a aplicação de multa perdeu a sua efetividade, principalmente sobre o seu aspecto didático, devendo apenas ser feita uma recomendação aos responsáveis, Sra. Mirian de Lima, Secretária Municipal de Administração de Araguari, e ao Sr. Daniel José Peixoto Santana, Pregoeiro, ambos subscritores do Edital, e a atual Administração para que nos próximos certames sejam respeitados os prazos legais.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, considero irregulares as seguintes ocorrências no Pregão Presencial nº 135/2014: **(i)** alteração do edital sem reabertura do mesmo prazo inicialmente estabelecido; em inobservância ao disposto no §4º do artigo 21 da Lei Federal nº 8666/93, **(ii)** exigência de declaração de inexistência de fato impeditivo, por falta de amparo legal; **(iii)** previsão de 02 (dois) dias para regularização de documentação de microempresa, haja vista o §1º do artigo 43 da Lei Complementar nº 123/2006 ter sido alterado pela Lei Complementar 147, de 7 de agosto de 2014, passando o prazo para 05 (cinco) dias; e **(iv)** ausência de fundamentação quanto à opção da compra em prejuízo da locação.

Contudo, deixo de aplicar multa aos responsáveis, em consonância com a manifestação do Órgão Técnico, em razão do tempo decorrido, de ter havido competitividade no certame, já que quatro empresas apresentaram proposta, bem como considerando que as impropriedades ocorridas, no caso concreto, não acarretaram prejuízo ao procedimento.

Recomenda-se à atual Administração Municipal que, nos próximos certames, seja evitada a reincidência das falhas remanescentes, em especial sejam observados os devidos prazos legais.

Cumpridas as disposições legais pertinentes, arquivem-se os autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** julgar irregulares as seguintes ocorrências no Pregão Presencial nº 135/2014: **a)** alteração do edital sem reabertura do mesmo prazo inicialmente estabelecido; em inobservância ao disposto no §4º do artigo 21 da Lei Federal nº

8666/93, **b)** exigência de declaração de inexistência de fato impeditivo, por falta de amparo legal, **c)** previsão de 02 (dois) dias para regularização de documentação de microempresa, haja vista o §1º do artigo 43 da Lei Complementar nº 123/2006 ter sido alterado pela Lei Complementar 147, de 7 de agosto de 2014, passando o prazo para 05 (cinco) dias, **d)** ausência de fundamentação quanto à opção da compra em prejuízo da locação; **II)** deixar de aplicar multa aos responsáveis, em consonância com a manifestação do Órgão Técnico, em razão do tempo decorrido, de ter havido competitividade no certame, já que quatro empresas apresentaram proposta, bem como considerando que as impropriedades ocorridas, no caso concreto, não acarretaram prejuízo ao procedimento; **III)** recomendar à atual Administração Municipal que, nos próximos certames, seja evitada a reincidência das falhas remanescentes, em especial sejam observados os devidos prazos legais; **IV)** determinar, cumpridas as disposições legais pertinentes, o arquivamento dos autos.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Sebastião Helvecio e o Conselheiro Durval Ângelo.

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 20 de agosto de 2019.

JOSÉ ALVES VIANA
Presidente e Relator

(assinado digitalmente)

jc/jb

CERTIDÃO

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

Tribunal de Contas, ___/___/____.

**Coordenadoria de Sistematização de
Deliberações e Jurisprudência**