

**Processo:** 1058650  
**Natureza:** DENÚNCIA  
**Denunciante:** E&L Produções de Software Ltda.  
**Denunciada:** Prefeitura Municipal de Monte Sião  
**Responsáveis:** José Pocai Júnior, Gustavo Henrique Santos  
**Procuradora:** Suzany Medeiros Leite  
**MPTC:** Sara Meinberg  
**RELATOR:** CONSELHEIRO SUBSTITUTO TELMO PASSARELI

**PRIMEIRA CÂMARA – 12/12/2023**

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE *SOFTWARE* DE GESTÃO ADMINISTRATIVA. HABILITAÇÃO. EXAME DE FUNCIONALIDADES. CRITÉRIOS OBJETIVOS. AUSÊNCIA DE PARECER CONCLUSIVO. RETIRADA DOS EQUIPAMENTOS. INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. REGULARIDADE FISCAL. PENALIDADES APLICÁVEL EM CASO DE INADIMPLEMENTO. RESTRIÇÃO À APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÕES E RECURSOS. INDICAÇÃO DE LOCAIS, HORÁRIOS E CÓDIGO DE ACESSO. MEIOS DE COMUNICAÇÃO À DISTÂNCIA. PUBLICAÇÃO RESUMIDA DO EXTRATO DO CONTRATO. PRAZO DE VIGÊNCIA. PRAZO DE EXECUÇÃO. MOTIVAÇÃO PARA ESCOLHA DO MODELO DA CONTRATAÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÕES.

1. A prova de conceito não se presta a demonstrar a qualificação técnica do proponente, nem tem relação com a fase de habilitação, apenas conclui a fase classificatória, na medida em que torna definitivo o resultado provisório do certame ou desclassifica o proponente que não atenda às especificações do objeto.
2. A ausência de documento previsto no edital, seja por omissão dos responsáveis em carregá-los aos autos ou pela sua simples inexistência, aliada à falta de previsão de critérios objetivos para o teste de conformidade, tornam obscuros tanto o instrumento convocatório quanto a condução do procedimento licitatório.
3. Não há nenhum comando na lei que indique a necessidade de a Administração estabelecer um número sequencial para o edital, outro para o pregão – ou qualquer que seja a modalidade licitatória praticada – e um número para o processo administrativo.
4. A apresentação de certidão de quitação de tributos é estranha às exigências de habilitação nos procedimentos licitatórios e constitui potencial comprometimento ao caráter competitivo do certame.
5. A restrição à forma de apresentação de impugnações e recursos não estabelece propriamente impedimento ou óbice à ampla participação no certame, mas dificulta o exercício do contraditório por ser anacrônica e não condizente com os meios e recursos que são disponíveis há muito tempo, o suficiente para que a Administração a eles se adapte.
6. É indispensável a indicação de locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância para que o licitante obtenha esclarecimentos e informações sobre o certame, uma vez que os editais e anexos são, via de regra, insuficientes para abranger todas

as possibilidades e dirimir todas as dúvidas sobre o objeto do contrato ou sobre condições de execução que podem eventualmente surgir.

7. A minuta contratual, elaborada na fase interna da contratação e anexada ao instrumento convocatório, constitui parte dele integrante, razão pela qual, em consonância com os dispositivos constantes da Lei 8.666/1993 e o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, não poderá ser alterada quando da efetiva assinatura do instrumento contratual.
8. Os prazos de vigência e de execução devem ser expressos no instrumento contratual.
9. Havendo justificativa da necessidade e molde da contratação, observados os princípios que regem os procedimentos licitatórios, a decisão de aquisição ou cessão da licença de uso de *software* se encontra no campo discricionário da Administração Pública.

### 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 na proposta de voto do Relator, em:

- I) julgar parcialmente procedente a denúncia apresentada em face do Pregão Presencial 85/2018, Processo Licitatório 505/2018, deflagrado pelo Município de Monte Sião, tendo em vista a ocorrência das irregularidades nos seguintes itens:
  - 1.1) inabilitação indevida da denunciante;
  - 1.3) não exigência de demonstração integral de todas as funcionalidades descritas e não atendimento às exigências do edital pela empresa União Assessoria, Consultoria, Treinamento e Informática Ltda.; ausência dos procedimentos que atestem a avaliação e homologação ou rejeição do objeto licitado durante o exame de funcionalidades do software; ausência de parecer conclusivo expedido pela comissão técnica, de acordo com o item 11.7 do edital;
  - 2.4) restritividade da documentação relativa à regularidade fiscal, item 8.2.2.3 do edital;
  - 2.5) ausência de penalidades aplicáveis à Administração Pública em caso de inadimplemento;
  - 2.7) limitação à possibilidade de apresentação de impugnações e recursos ao meio presencial;
  - 2.8) ausência de especificação de locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que seriam fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos ao certame;
  - 2.9) inobservância do prazo legal para publicação resumida do extrato do contrato;
  - 2.11) confusão entre o prazo de execução e o prazo de vigência do contrato; divergência entre datas constantes da minuta contratual e do efetivo contrato administrativo firmado; e ausência da comprovação da execução dos serviços contratados;
- II) aplicar multa, nos termos do art. 85, II, da Lei Orgânica, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) ao Sr. Gustavo Henrique Santos, Pregoeiro e responsável pelas irregularidades constantes do item 1.3 da fundamentação; e ao Sr. José Pocai Júnior, Prefeito, também

no montante individual de R\$ 1.000,00 (mil reais), pelas irregularidades constantes do item 2.11 da fundamentação desta decisão;

- III)** recomendar ao Município de Monte Sião, nas pessoas dos atuais Prefeito e Pregoeiro, que, nas próximas licitações:
- i)** observem com maior rigor os limites das fases do procedimento licitatório, em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, utilizando da prova de conceito ou teste de conformidade, quando necessário, apenas como etapa complementar da fase classificatória, e não como critério de habilitação (item 1.1);
  - ii)** abstenham-se de exigir prova de regularidade fiscal por meio exclusivo da apresentação de certidão de quitação de tributos emitida pelas Fazendas Federal, Estadual e Municipal (item 2.4);
  - iii)** incluam, nas minutas contratuais, cláusula com previsão de critério de atualização em caso de atraso ou inadimplemento das obrigações pela Administração (item 2.5);
  - iv)** abstenham-se de restringir a utilização de e-mail e correio para a apresentação de impugnações ao edital e recursos administrativos (item 2.7);
  - v)** prevejam, nos editais, os locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto (item 2.8);
  - vi)** observem o prazo legal e os meios corretos para publicação dos extratos contratuais (item 2.9); e
  - vii)** instruem os procedimentos licitatórios análogos com as justificativas para a escolha discricionária do modelo de contratação, em atenção ao princípio da motivação dos atos administrativos e, em especial, ao princípio da transparência (item 3.1);

**IV)** determinar, após a promoção das medidas legais cabíveis, o arquivamento dos autos.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro Agostinho Patrus e o Conselheiro Presidente Durval Ângelo.

Presente à sessão a Procuradora Cristina Andrade Melo.

Plenário Governador Milton Campos, 12 de dezembro de 2023.

DURVAL ÂNGELO  
Presidente

TELMO PASSARELI  
Relator

*(assinado digitalmente)*

**PRIMEIRA CÂMARA – 12/12/2023**

CONSELHEIRO SUBSTITUTO TELMO PASSARELI:

**I – RELATÓRIO**

Trata-se de denúncia formulada pela empresa E&L Produções de Software Ltda. (p. 2-56 da peça 5), com pedido de suspensão liminar do certame, em face de alegadas irregularidades na condução do Pregão Presencial 85/2018, Processo Licitatório 505/2018, deflagrado pelo Município de Monte Sião com vistas à locação de *software* de gestão pública, licença de uso e prestação de serviços de implantação, conversão de dados, capacitação de pessoal, assessoria técnica a distância e *in loco*, suporte, teste e manutenção.

A denunciante alegou, em síntese, que teria sido indevidamente inabilitada “face à suposta não apresentação de atestado de capacidade técnica para os módulos de Planejamento de Governo, Cotação Eletrônica, Controle de Água Esgoto e Contracheque web”.

Ainda, questionou a habilitação da empresa União Assessoria, Consultoria, Treinamento e Informática Ltda., que afirmou não ter demonstrado qualificação técnica para sistemas de gestão e contabilidade pública, já que os atestados apresentados teriam sido emitidos por empresa privada, também “da área de desenvolvimento de *softwares* de gestão pública”.

Afirmou, por fim, que o exame de funcionalidades dos *softwares* oferecidos pela referida empresa não teria demonstrado atendimento a todos os itens exigidos no edital.

A documentação foi recebida e autuada como denúncia em 07/01/2019, conforme expediente de p. 142 da peça 6, sendo distribuída à relatoria do Conselheiro Substituto Victor Meyer em 09/01/2019 (p. 143 da mesma peça), oportunidade em que o então relator indeferiu o pleito liminar, por constatar que o contrato referente ao certame em exame já havia sido assinado em 09/10/2018 (p. 145 da peça 6).

Instada a se manifestar, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios – 1ª CFM diligenciou junto ao Município de Monte Sião, especificamente intimando o Sr. José Pocai Júnior, então de Chefe do Executivo, para que encaminhasse a este Tribunal cópia integral do processo do certame, do contrato firmado com a empresa vencedora e dos respectivos comprovantes de pagamentos (p. 148-151 da peça 6).

Em observância à determinação, o interessado encaminhou a documentação constante da p. 155 da peça 6 até a p. 4 da peça 12, conforme termo de juntada de documentos e certidão de manifestação de p. 5 da peça 12.

À peça 14, a 1ª CFM realizou estudo técnico inicial, concluindo pela ocorrência das seguintes irregularidades: (i) inabilitação da empresa denunciante por não apresentar atestado de capacidade técnica para alguns módulos do *software*; (ii) necessidade de atender a todos os requisitos contidos nas especificações técnicas, da forma exata como estão descritas, ausente a comprovação de que essas especificações decorreram de necessidades baseadas em estudos prévios; (iii) atestado de capacidade técnica apresentado pela empresa vencedora emitido pela fabricante; (iv) ausência do mapa de apuração da sessão pública, conforme disposto no item 7.1 do edital; (v) ausência de diligência a fim de verificar a legalidade do atestado de capacidade técnica emitido pela vencedora; (vi) ausência dos procedimentos que atestem a avaliação e homologação ou rejeição do objeto licitado durante o exame de funcionalidades do *software*; (vii) ausência do parecer conclusivo expedido pela comissão técnica, de acordo com o item 11.7 do edital; (viii) retirada dos equipamentos antes da conclusão do exame de funcionalidades; (ix) ausência de retificação do edital; (x) ausência do número de identificação do edital; (xi) documentação relativa a regularidade fiscal para fins de habilitação exigida no item 8.2.2.3 do edital; (xii) ausência de penalidades aplicáveis à Administração em caso de inadimplemento; (xiii) ausência de previsão de que o índice de reajuste seja aplicado a partir da data de apresentação da proposta ou do orçamento a que se refere; (xiv) limitação ao meio presencial da possibilidade de apresentação de impugnações e recursos; (xv) ausência dos locais, horários

e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação; (xvi) publicação resumida do extrato do contrato não respeitou o prazo estabelecido na legislação; (xvii) ausência de designação formal do representante da Administração responsável pelo acompanhamento e fiscalização da execução contratual; (xviii) confusão entre o prazo de execução e o prazo de vigência do contrato; divergência entre datas constantes da minuta contratual e do efetivo contrato administrativo firmado; e ausência da comprovação da execução dos serviços contratados.

O Ministério Público de Contas, a seu turno, apresentou aditamento relativo à ausência de motivação pela escolha da locação de *software* e pugnou pela citação dos responsáveis (peça 15).

Em 04/03/2022, redistribuído o processo à minha relatoria, determinei a citação dos Srs. José Pocai Júnior, Prefeito Municipal, e Gustavo Henrique Santos, Pregoeiro (peça 17).

O Sr. José Pocai Júnior apresentou a defesa constante da peça 24, manifestando-se, em suma, acerca do apontamento complementar suscitado pelo Ministério Público de Contas. Já o Sr. Gustavo Henrique Santos não se manifestou, conforme certificado à peça 25.

A unidade técnica realizou o reexame à peça 26, ratificando suas conclusões anteriores.

O *Parquet* de Contas, à peça 28, opinou pela procedência parcial da denúncia, aplicação de multa aos responsáveis e expedição de recomendação ao Chefe do Executivo.

É o relatório.

## II – FUNDAMENTAÇÃO

### Mérito

Conforme mencionado, a denúncia oferecida pela empresa E&L Produções de Software Ltda. foi posteriormente aditada pela 1ª CFM à peça 14 e pelo Ministério Público de Contas à peça 15, motivo pelo qual passo à análise compartimentalizada dos apontamentos elencados, empregando a mesma nomenclatura e títulos por eles utilizados.

#### 1. Dos apontamentos da denúncia

##### 1.1 Inabilitação indevida da denunciante

A denunciante, provisoriamente vencedora da licitação, alegou ter sido equivocadamente inabilitada no certame “por não apresentar todos os módulos (faltando os seguintes: PLANEJAMENTO DE GOVERNO, COTAÇÃO ELETRÔNICA, CONTROLE DE ÁGUA ESGOTO e CONTRA CHEQUE WEB) solicitados no atestado de capacidade técnica [...]” (p. 212 da peça 5), salientando que

[...] todos os módulos mencionados estavam relacionados nos atestados apresentados, contudo, com outra nomenclatura, vez que seguiam o nome utilizado pelo cliente responsável pela emissão do atestado e não denominação proposta pelo Município de Monte Sião.

Após interpor recurso administrativo se insurgindo contra a sua inabilitação (p. 215 da peça 5 a p. 15 da peça 6), a empresa denunciante foi convocada pela Administração para a apresentação dos sistemas questionados perante a comissão técnica designada (p. 19-22 da peça 6), ficando a sua habilitação condicionada ao resultado do exame de funcionalidade (prova de conceito) dos *softwares*.

Conforme ata datada de 17/07/2018 (p. 24-25 da peça 6), findado o exame pela comissão técnica especial, a denunciante foi desclassificada do certame por não atender a algumas das funcionalidades descritas no edital.

Ocorre que, segundo alega a denunciante, ela não poderia ter sido convocada para realizar o exame de funcionalidade ou prova de conceito, uma vez que não se encontrava, naquele momento, na condição de melhor classificada, mas de recorrente quanto à sua inabilitação.

Diante disso, a denunciante interpôs um novo recurso administrativo (p. 27-40 da peça 6), dessa vez rejeitado pela Administração Municipal (p. 41-46 da mesma peça).

Sobre essa questão, a unidade técnica, no estudo de peça 14, considerou irregular a inabilitação da empresa E&L Produções de Software Ltda. baseada na reprovação dos seus sistemas durante a prova de conceito realizada em 17/07/2018.

Sustentou que, no caso concreto, a prova de conceito foi exigida no edital, nos termos do item 11, “como forma de verificar se a solução proposta tem conformidade com todos os requisitos de funcionalidades e especificações técnicas listadas no Termo de Referência pelo licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar”.

Afirmou ser admitida a prova de conceito como um meio para a avaliação de conformidade do objeto ofertado pela licitante classificada em primeiro lugar do certame com as pretensões da entidade licitante deduzidas no instrumento convocatório, mas não como condição para a sua habilitação.

A defesa do Sr. José Pocai Júnior, Prefeito Municipal, não se manifestou especificamente sobre este ponto, limitando-se a rebater o apontamento de irregularidade suscitado pelo Ministério Público de Contas.

Nos termos da documentação de p. 212 da peça 5, verifiquei que, em sessão realizada no dia 19/06/2018, 3 (três) empresas foram credenciadas no presente certame: (i) Diretriz Consultoria Sistemas; (ii) E&L Produções de Software Ltda.; e (iii) União Assessoria, Consultoria, Treinamento e Informática Ltda.

Ainda de acordo com a referida documentação, a empresa Diretriz Consultoria Sistemas foi desclassificada do pregão por não apresentar atestado de visita técnica obrigatória, tendo sido declarada provisoriamente vencedora da licitação a empresa E&L Produções de Software Ltda. (ora denunciante).

Contudo, aberto o envelope contendo a documentação requerida no edital, a empresa denunciante restou inabilitada, por não apresentar, segundo o Pregoeiro, Sr. Gustavo Henrique Santos, todos os módulos solicitados pela Administração a título de qualificação técnica.

Dessa decisão a empresa E&L Produções de Software Ltda. apresentou o recurso administrativo de p. 215-219 da peça 5 a p. 3-15 da peça 6, alegando, em suma, possuir capacidade técnica para prestar os serviços licitados pelo Município de Monte Sião, uma vez que os atestados por ela apresentados conteriam, em sua descrição, todos os módulos exigidos no edital, ainda que com nomenclaturas comerciais diferentes.

Em 10/07/2018, o Pregoeiro, em despacho subscrito em conjunto com a Chefe da Divisão de Licitação (Sra. Danieli Antônia Domingues de Faria), com o Chefe de Governo, Planejamento e Gestão (Sr. Benedito Simões) e com a Engenheira Civil da Prefeitura (Sra. Maria Antonieta Dias Firmino), solicitou à empresa E&L Produções de Software Ltda. a apresentação dos módulos que haviam ensejado a sua inabilitação, para que, após a manifestação da comissão técnica da Prefeitura, pudesse decidir acerca da habilitação da licitante (p. 19-21 da peça 6). Ainda de acordo com a decisão, uma vez habilitada, a empresa denunciante deveria apresentar os demais módulos do sistema para a comissão técnica avaliadora.

O referido despacho foi ratificado pelo Prefeito Municipal, Sr. José Pocai Júnior, que deu à empresa E&L Produções de Software Ltda. o prazo de 3 (três) dias úteis para apresentação dos módulos “questionados” (p. 22 da peça 6).

Em 11/07/2018, a empresa denunciante apresentou pedido de dilação do prazo inicialmente concedido para que a demonstração do objeto licitado pudesse ocorrer no dia 17/07/2018, justificando, em síntese (p. 117-125 da peça 10):

[...] registra-se que o prazo pré-estabelecido para apresentação das amostras deve observar o princípio da razoabilidade para não restringir o caráter competitivo do certame, não se admitindo exigência de demonstração imediatamente após a declaração do concorrente provisoriamente classificado em primeiro lugar, como tenta levar a efeito esta honrada Equipe de Pregão.

A Administração Pública, por intermédio do despacho de p. 126 da peça 10, em atendimento ao pedido efetuado pela empresa denunciante, alterou a data de início da apresentação dos sistemas do dia 13/07/2018 para o dia 17/07/2018.

Assim, no dia 17/07/2018, foi iniciada “a sessão para apresentação dos sistemas questionados, Planejamento de Governo, Cotação Eletrônica, Contracheque Web e Controle de Água e Esgoto” pela empresa E&L Produções de Software Ltda., restando preceituado o não atendimento aos itens do edital, vide ata de p. 131-132 da peça 10.

Após, a denunciante protocolou mais um recurso administrativo (p. 133-146 da peça 10), o qual foi rejeitado, conforme decisão de p. 185-186 da mesma peça, sob o argumento de que os sistemas por ela oferecidos não possuíam algumas funcionalidades essenciais para o serviço público exigidas no edital.

Tal decisão foi fundamentada no despacho de p. 181-184 (peça 10), em que o Pregoeiro, assistido pela equipe de apoio, aduziu, em síntese:

No dia da demonstração foi comprovada pela Recorrente que a mesma possui os sistemas questionados, quais sejam Sistemas de Planejamento de Governo, Cotação Eletrônica, Controle de Água e Esgoto e Contra Cheque Web conforme Ata emitida pela Comissão Técnica.

Sendo assim, resta ao Pregoeiro e Equipe de apoio em habilitar a empresa E & L Produções de Software Ltda. e declará-la vencedora do Pregão Presencial nº 085/2018.

Dando continuidade ao processo, passou-se a análise das funcionalidades dos sistemas solicitados. Dado o resultado pela comissão técnica que a empresa E & L Produções de Software Ltda. não apresentou todas as funcionalidades exigida no edital, o representante da empresa E & L Produções de Software Ltda. manifestou interesse em interpor recurso contra o resultado da fase de análise de funcionalidades dos sistemas apresentados.

[...]

O Pregoeiro, analisando o recurso interpretado pela empresa E & L Produções de Software Ltda. chegou à seguinte conclusão:

[...]

- quanto ao exame de funcionalidades, convocada a recorrente a apresentação dos sistemas de Planejamento de Governo, Cotação Eletrônica, Controle de Água e Esgoto e Contra Cheque Web já foi verificada a funcionalidade e conforme ata do dia 17/07 foi constatado que o sistema da empresa E&L Produções de Software Ltda. não possui todas as funcionalidades exigidas no instrumento convocatório.

Ao analisar a documentação para habilitação constante do item 8 do edital, verifiquei que essa se subdividia em jurídica (8.2.1), prova de regularidade fiscal e trabalhista (8.2.2), declaração expressa de que a licitante não empregava trabalhador em situações previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal (8.2.3), qualificação técnica (8.2.4) e qualificação econômico-financeira (8.2.5), não havendo nenhuma disposição acerca da apresentação dos módulos requeridos.

Nesse sentido, entendo que a inabilitação da empresa E&L Produções de Software Ltda. pela não apresentação de todos os módulos do sistema se mostrou, de fato, indevida, por não ser a prova de conceito ou exame de funcionalidades compatível com a fase de habilitação.

Sobreleva notar que, em despacho firmado pelo Sr. Gustavo Henrique Santos, Pregoeiro, e sua equipe (p. 112-114 da peça 10), foram expostas as razões que os levaram a exigir a apresentação dos sistemas questionados, cujo teor, pela clareza, colaciono a seguir (sem grifos no original):

Nos causa estranheza, pois **há quatro anos trabalhamos com esse sistema e ainda não nos foi apresentado as ferramentas do sistema? É sabido por todos que no contrato vigente, todo o serviço realmente não foi prestado**, tendo em vista que até a presente dada a parte de implantação e migração dos dados não foi concluída, e que temos várias demandas junto ao sistema conforme documentos arquivados em cada departamento. **Por isso solicitamos a apresentação dos sistemas questionados no mesmo prazo de recurso à comissão técnica que julgará se o sistema possui ou não os requisitos e ferramentas solicitadas no edital.**

A despeito dos fundamentos elencados como justificativas para a requisição dos sistemas, reputo que a fase de habilitação não tinha o fulcro de verificar o desempenho dos módulos constantes do *software*, o que apenas ocorreria em momento posterior, quando do exame das funcionalidades.

Por certo, a fase de habilitação visa selecionar apenas os proponentes que se qualificaram a prestar os serviços licitados. Devido à inversão das fases praticada na modalidade pregão, a habilitação é exigida apenas do proponente vencedor. Caso este não atenda às exigências de habilitação, convoca-se o proponente com a classificação seguinte e assim por diante. Na hipótese de haver previsão de prova de conceito, a classificação das propostas é provisória, ficando condicionada à demonstração de conformidade do produto ou serviço.

A prova de conceito é prática usual em licitações promovidas para a contratação de sistemas destinados à gestão administrativa, a exemplo das análises de amostras que se tornaram comuns nas licitações de aquisições de produtos. Embora não conte com disposição expressa nas Leis 8.666/1993 e 10.520/2002, normas que regeram a licitação sob exame, a prática já vinha sendo reconhecida pela jurisprudência das Cortes de Contas, inclusive deste Tribunal<sup>(1)</sup>, e acabou por ser adotada pelo art. 17, § 3º, da Lei 14.133/2021.

Todavia, a prova de conceito não se presta a demonstrar a qualificação técnica do proponente, nem tem relação com a fase de habilitação. Na verdade, não se trata nem mesmo de uma nova fase do procedimento licitatório, apenas concluindo a fase classificatória na medida em que torna definitivo o resultado provisório do certame ou desclassifica o proponente que não atenda às especificações do objeto.

Nessa linha de intelecção, cito ementa trazida pelo Conselheiro Wanderley Ávila, no bojo da Denúncia 1047858, apreciada pela Segunda Câmara em 04/03/2021 (sem grifos no original):

A finalidade da amostra é permitir que a Administração, no julgamento da proposta, possa certificar se o bem proposto pelo licitante atende às especificações técnicas indicadas na sua descrição, tal como constante no edital, reduzindo-se riscos e possibilitar a quem julga a certeza de que o objeto proposto atenderá à necessidade da Administração. O momento de exame da amostra é na fase de aceitabilidade da proposta de preço, integrando o seu julgamento, **não se admitindo que seja requisito de habilitação dos licitantes.**

Conforme despachos de p. 112-114 e p. 115 da peça 10, é possível concluir que a Administração Pública condicionou a habilitação da empresa à apresentação dos sistemas (sem grifos no original):

Diante o exposto o Pregoeiro, solicita a apresentação dos sistemas questionados, no prazo de recurso do pregão, à Comissão Técnica para julgamento a às demais empresas participantes, já que os itens questionados estão dentro de outros módulos. **Sendo julgado pela Comissão Técnica que os sistemas atendem o solicitado no edital, fica habilitada a empresa E & L Produções de Software Ltda.**, que apresentou o menor valor, passando para a próxima fase do certame, apresentação dos demais sistemas.

A rigor, a fase de habilitação se encerra na análise da documentação, sendo possível a realização de diligência em qualquer momento do procedimento, a teor do disposto no § 3º do art. 43 da Lei 8.666/1993. Esse recurso procedimental é extremamente útil à Administração,

---

<sup>1</sup> Denúncia 1058716, de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, apreciada pela Segunda Câmara em 05/09/2019.

especialmente na modalidade pregão, por possibilitar esclarecer dúvida que envolve a melhor proposta e instruir o procedimento com melhores fundamentos para a decisão.

Sem embargos, no caso concreto, depreendo que a diligência determinada, de fato, antecipou parte da prova de conceito – relativamente aos módulos que não constavam nos atestados – com o objetivo de ultimar a fase de habilitação, obscurecendo a distinção entre as fases do certame e contrariando o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Isso porque, o subitem 9.2, referente à análise da documentação para habilitação, previa que, após a verificação do atendimento das condições e exigências fixadas no edital – que, repisa-se, não se relacionava às funcionalidades dos sistemas –, a licitante declarada provisoriamente vencedora seria convocada para submissão ao exame de funcionalidades previsto no item 11.

No entanto, reconheço que o uso inapropriado do exame de funcionalidades, como diligência, confirmou a inabilitação da denunciante, constatada anteriormente pela análise dos atestados apresentados e que motivaram a interposição de recurso.

Veja-se que, caso tivesse sido habilitada apenas pela análise da documentação apresentada, a denunciante também não lograria êxito no certame por desclassificação, uma vez que os sistemas por ela ofertados não atenderam às especificações do edital, segundo consta na ata de p. 131-132 da peça 10.

Vale destacar, ainda, que a empresa E&L Produções de Software Ltda. apenas apresentou os sistemas à comissão avaliadora no dia 17/07/2018, 7 (sete) dias após ser convocada pela Administração Municipal, que, inclusive, concedeu à denunciante o adiamento do exame de funcionalidades, conforme requerido.

Por essas razões, em que pese vislumbrar irregularidade na conduta do Pregoeiro e considerar **procedente** a denúncia quanto a este ponto, por manifesta transgressão às fases constantes do instrumento convocatório, deixo de propor a sua penalização, uma vez que a sua conduta, ao cabo, não resultou em prejuízo para a Administração.

Proponho, contudo, seja expedida recomendação aos gestores para que observem com maior rigor os limites das fases do procedimento licitatório, em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, utilizando da prova de conceito ou teste de conformidade, quando necessário, apenas como etapa complementar da fase classificatória, e não como critério de habilitação.

## **1.2 Ausência de comprovação de qualificação técnica da empresa União Assessoria, Consultoria, Treinamento e Informática Ltda.**

A denunciante questionou a aceitação do atestado de capacidade técnica apresentado pela empresa União Assessoria, Consultoria, Treinamento e Informática Ltda., expedido pela empresa Fiorilli Software Ltda., fabricante dos sistemas comercializados por aquela licitante, sob o argumento de que (p. 17 da peça 6):

[...] a fábrica (Fiorilli) está atestando que sua distribuidora lhe fornece sistemas de gestão pública, o que é um absurdo, inicialmente pela impossibilidade de uma empresa privada utilizar sistemas de gestão pública, cujas funções e funcionalidades são totalmente diferentes daquelas aplicadas à iniciativa privada, e, em segundo lugar, por ser fato notório que tal atestado não representa a realidade dos fatos e que a fábrica (Fiorilli) nunca utilizou e nem utiliza os sistemas desenvolvidos pela União.

Alegou a denunciante que o Pregoeiro não teria realizado nenhuma diligência para confirmar as informações do atestado, limitando-se a afirmar que a lei permite a apresentação de atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, mas que a relação entre as duas empresas seria “no mínimo confusa”, mormente por atuarem no mesmo mercado, venderem os mesmos produtos e possuírem foco voltado para atendimento da Administração Pública.

Em análise de peça 14, a 1ª CFM, por compreender que o atestado de capacidade técnica precisa ser emitido por uma instituição independente que não tenha ligação com a empresa beneficiária do documento, concluiu que a Fiorilli Software Ltda. não poderia emitir o atestado em análise,

inclusive por não ser usuária do *software* utilizado pela União Assessoria, Consultoria, Treinamento e Informática Ltda., mas sim sua fabricante.

O estudo técnico observou, no entanto, que os atestados acostados às p. 65-67 da peça 10, emitidos pelos Municípios de Borda da Mata e Jacutinga, comprovam que a licitante executou satisfatoriamente os serviços de consultoria, treinamento, conversão e migração de dados, implantação, suporte técnico remoto, atualização e assessoria técnica no *software*, mas não atestam o fornecimento de licença para o *software* de gestão pública, nem que a licitante possua o domínio ou autorização sobre o sistema ofertado.

Por fim, a unidade técnica ressaltou que a Administração Pública deveria ter realizado diligência, uma vez que o documento ora analisado (p. 68 da peça 10) despertou dúvida sobre a veracidade do seu conteúdo, na linha do que entendeu o Tribunal de Contas da União – TCU, no Acórdão 3418/2014-Plenário (sem grifos no original):

Ao constatar incertezas sobre cumprimento das disposições legais ou editais, especialmente as dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame deve promover diligências, conforme o disposto no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para tomada de decisão da Administração nos procedimentos licitatórios.

Como mencionado no tópico anterior, a defesa do Sr. José Pocai Júnior, Prefeito Municipal, não se manifestou especificamente sobre este ponto.

Com efeito, importa consignar que, em consonância com o alegado pela Administração Pública quando da decisão relativa ao recurso interposto pela empresa E&L Produções de Software Ltda., o art. 30, II, § 1º, da Lei 8.666/1993 é expresso ao permitir que a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto licitado seja realizada por meio atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

Por outro lado, *in casu*, resalto que o cerne da controvérsia não diz respeito ao fato de a empresa Fiorilli Software Ltda. ser constituída sobre a égide do direito privado, mas tão somente ao fato de que a União Assessoria, Consultoria, Treinamento e Informática Ltda. não é prestadora de serviços para a Fiorilli Software Ltda., mas sim sua representante comercial em Minas Gerais, assim como a ADPM – Administração Pública para Municípios Ltda. e a SIGMIX Tecnologia da Informação, conforme consta em seu sítio eletrônico<sup>(2)</sup> (comprovante em anexo).

O mesmo sítio eletrônico consigna que a empresa Fiorilli Software Ltda. é “especialista em desenvolver softwares para o Setor Público e prestar Assessoria e Consultoria com ênfase em Administração e Contabilidade Pública Municipal”, cuja missão consiste em “desenvolver soluções para o Setor Público com preços justos e ações que possibilitem melhores resultados” (sem grifos no original):

A Fiorilli é **uma das maiores empresas do Brasil no desenvolvimento de softwares de gestão pública administrativa**. Atualmente nossas soluções estão presentes em mais de 1000 municípios brasileiros, fazendo a diferença na vida de muitas pessoas que direta ou indiretamente usam nossas soluções. **Desde 1974**, nossa empresa atua de modo a tornar a gestão pública mais transparente, eficiente e ágil com o uso de tecnologias modernas e inovadoras. Ao longo desses anos, a Fiorilli se especializou no **desenvolvimento e na implantação de softwares de contabilidade pública, recursos humanos, arrecadação, saúde, educação, assistência social, entre outros**.

Por esse motivo, o “atestado de utilização do software e capacidade técnica” apresentado no certame em análise (p. 68 da peça 10) não possui, a meu ver, a aptidão de demonstrar que a empresa União Assessoria, Consultoria, Treinamento e Informática Ltda. detém a capacidade de desempenhar atividade pertinente e compatível com o objeto licitado, uma vez que fora emitido por empresa que mantinha relações comerciais diretas com a pessoa jurídica “atestada”.

<sup>2</sup> Disponível em: <https://fiorilli.com.br/representantes-fiorilli/>. Acesso em 22 nov. 2023.

Não obstante, por entender que os atestados juntados às p. 65-67 da peça 10, emitidos pelos Municípios de Borda da Mata e Jacutinga são suficientes para comprovação de experiência anterior da empresa União Assessoria, Consultoria, Treinamento e Informática Ltda., em especial por disporem acerca da instalação do *software* integrado, reputo que a qualificação técnica da referida licitante se encontra devidamente demonstrada.

Assim, ainda que entenda pela desconsideração do atestado emitido pela empresa Fiorilli Software Ltda., no caso concreto, entendo devidamente demonstrada a qualificação técnica da empresa União Assessoria, Consultoria, Treinamento e Informática Ltda., razão pela qual considero **improcedente** o apontamento.

**1.3 Não exigência de demonstração integral de todas as funcionalidades descritas e não atendimento às exigências do edital pela empresa União Assessoria, Consultoria, Treinamento e Informática Ltda.; ausência dos procedimentos que atestem a avaliação e homologação ou rejeição do objeto licitado durante o exame de funcionalidades do *software*; e ausência de parecer conclusivo expedido pela comissão técnica, de acordo com o item 11.7 do edital**

A denunciante afirmou que, durante a prova de conceito, a empresa União Assessoria, Consultoria, Treinamento e Informática Ltda. não teria demonstrado todas as funcionalidades do sistema estabelecidas no edital, ressaltando que

Para fins de exame das funcionalidades dos softwares os itens listados que compõem os módulos de envio do SICOM não foram demonstrados. A Empresa concorrente (UNIÃO) mostrou apenas a tela de geração dos módulos, não efetuando uma geração de arquivos para evidenciação do formato de texto (.csv), e se os mesmos estão no layout definido pelo TCEMG, não sendo necessário verificar item a item de cada remessa de arquivos, a verificação se daria através de amostragem.

À peça 14, a unidade técnica verificou que a ata da sessão do exame de funcionalidades, datada de 17/09/2018, registrou somente a afirmação da comissão técnica de que foi solicitada a apresentação de todos os itens e que esses foram atendidos, sem, no entanto, demonstrar de forma objetiva os requisitos analisados, nos seguintes termos (sem grifos no original):

[...] cabe apontar que não constam do Edital do Pregão Presencial nº 085/2018 os procedimentos que atestaram a avaliação e a homologação ou rejeição do objeto licitado, com a descrição dos roteiros e testes realizados e sua vinculação com as características técnicas e funcionalidades desejadas, em obediência aos princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, bem assim da publicidade e da motivação conforme deliberações do TCU, portanto, **considera-se irregular a ausência dos procedimentos que atestem a avaliação e a homologação ou rejeição do objeto licitado.**

Além disso, a unidade técnica afirmou não constar dos autos o parecer conclusivo expedido pela comissão técnica, tal como exigido no 11.7 do edital.

Em sede de defesa, o responsável não se manifestou especificamente sobre este apontamento.

Da situação narrada, conclui-se que a unidade técnica vislumbrou não haver, nos autos, documentos hábeis a demonstrar se a empresa União Assessoria, Consultoria, Treinamento e Informática Ltda., de fato, fora habilitada sem demonstrar integralmente as funcionalidades exigidas. Lado outro, ainda quanto a esse apontamento, o órgão técnico inseriu novos achados ao objeto da denúncia: (i) ausência de procedimentos objetivos que atestassem a avaliação, homologação ou rejeição do serviço licitado; e (ii) ausência de parecer conclusivo expedido pela comissão técnica.

A princípio, encampo o entendimento técnico de que o arcabouço documental constante dos autos não é suficiente para comprovar que a empresa vencedora fora habilitada de forma equivocada, mormente por não ter demonstrado todas as funcionalidades exigidas no instrumento convocatório.

Em verdade, no que tange à alegação de ausência de procedimentos objetivos para análise de conformidade, verifico, nos termos da “Ata II da Comissão Técnica de Licitações” (p. 189-190

da peça 10), que as manifestações dos representantes da empresa denunciante e da empresa vencedora permitem concluir que a prova de conceito fora realizada por amostragem no presente caso (sem grifos no original):

Aberta a palavra o representante da empresa E & L PRODUÇÃO DE SOFTWARE LTDA questionou que a demonstração não ocorreu da maneira prevista no edital item 2 do anexo I, apenas os módulos Patrimônio, Almoarifado, Frotas e Cotação eletrônica seguiram item a item. Para o representante não foram atendidos os itens [...]; O representante da empresa UNIÃO ASSESSORIA CONSULTORIA TREINAMENTO E INFORMÁTICA LTDA destacou que a realização de teste de conformidade pelo concorrente **também não contemplou todos os itens e que todos os itens exigidos pela comissão técnica de avaliação foram prontamente demonstrados e julgados aptos.**

Considerando que a análise de conformidade não poderá ser realizada em abstrato, devendo ser consideradas, de forma objetiva, as disposições constantes do edital, entendo que a comissão técnica, ao não exigir a demonstração de todos os sistemas, incorreu em irregularidade.

Cito, nesse sentido, decisão monocrática proferida pelo Conselheiro Cláudio Terrão, referendada pela Segunda Câmara em 03/02/2022, que suspendeu procedimento licitatório por considerar irregular a prova de conceito por amostragem sem estabelecer critérios para escolha dos módulos e funcionalidades a serem examinadas:

DENÚNCIA. MEDIDA CAUTELAR. REFERENDO. PREGÃO PRESENCIAL. DIRECIONAMENTO DO CERTAME. PRESENTES OS REQUISITOS DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*. SUSPENSÃO CAUTELAR DO CERTAME. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA.

1. Ao prever, no ato convocatório, que a prova de conceito será feita por amostragem e que poderá recair sobre qualquer exigência técnica prevista no termo de referência, o Município demanda que a licitante provisoriamente classificada em primeiro lugar esteja, no dia da prova, com software totalmente adequado às exigências do município, pois não saberá sobre qual item haverá de demonstrar a conformidade do sistema.
2. A previsão de que a escolha dos requisitos a serem demonstrados será feita por critério exclusivo dos servidores designados livremente pela Administração abre margem para o direcionamento do certame, uma vez que não existem critérios objetivos para a escolha dos requisitos técnicos que deverão ser objeto da prova de conceito, nem mesmo prévia indicação de quais agentes públicos farão a escolha.

*In casu*, o item 2 do termo de referência (p. 99 da peça 7) estabeleceu que “A adjudicação dos serviços fica condicionada ao Exame de Funcionalidades do Software com comprovação pela licitante de que a solução proposta tem conformidade **com todos os requisitos** de funcionalidades e especificações técnicas listadas no Termo de Referência” (sem grifos no original).

Observe-se que não há discriminação, no edital ou no termo de referência, sobre quais as funcionalidades, os módulos ou os itens que deveriam ser submetidos ao exame de conformidade. Também não há qualquer detalhamento ou critério de aceitabilidade, somente atribuições genéricas:

A Comissão Técnica encerrará a Sessão por ata circunstanciada.

Após término do Exame, a Comissão Técnica se reunirá para conclusões acerca da avaliação de cada membro, emitindo Parecer Conclusivo que será encaminhado ao Pregoeiro no prazo máximo de 02 (dois) dias úteis.

A licitante que não comparecer para início dos trabalhos no prazo estipulado, ou que não demonstre satisfatoriamente o atendimento às especificações constantes do Termo de Referência, será desclassificada.

Declarado satisfatório o Exame de Funcionalidades, o Pregoeiro adjudicará à empresa vencedora o objeto definido neste Edital.

Se a oferta não for aceitável, ou se a licitante não atender às exigências do edital, o Pregoeiro examinará as ofertas subsequentes, na ordem de classificação [...].

Conclui-se, portanto, que não havia qualquer critério objetivamente estabelecido para o teste de conformidade e, nessas condições, mesmo que a demonstração se fizesse por amostragem, estaria o licitante sujeito às escolhas subjetivas da comissão técnica, obrigando-o, na prática, a apresentar *software* integralmente adaptado às exigências do Município, já que não disporia, de antemão, do conhecimento sobre quais itens do sistema deveria comprovar a conformidade.

Assim, em dissonância com o que estabelecia o edital, a prova de conceito foi realizada apenas sobre parcela dos módulos e funcionalidades e, ainda, ausentes as definições de quais itens seriam submetidos à demonstração de conformidade.

Por certo, o parecer previsto no item 11.7 do edital (citado a seguir, sem grifos no original), poderia trazer à luz as justificativas para a escolha dos itens exigidos dos licitantes durante a sessão de demonstração, bem como detalhes sobre as funcionalidades examinadas:

11.7. Após término do Exame, a Comissão Técnica se reunirá para conclusões acerca da avaliação de cada membro, **emitindo Parecer Conclusivo** que será encaminhado ao Pregoeiro no prazo máximo de 02 (dois) dias úteis.

A ausência desse documento, seja por omissão dos responsáveis em carregá-los para os autos ou pela sua simples inexistência, aliada à falta de critérios para o teste de conformidade tornam obscuros tanto o instrumento convocatório do Pregão Presencial 85/2018 quanto à condução de sua fase externa, razão pela qual considero **procedente** o apontamento.

Nesse sentido, diante do flagrante descumprimento de cláusulas editalícias e da falta de transparência durante os testes de conformidade realizados durante a licitação em tela, entendo configurado erro grosseiro por parte do Sr. Gustavo Henrique Santos, na qualidade de Pregoeiro e responsável pela condução do certame, razão pela qual aplico-lhe multa no valor individual de R\$ 1.000,00 (mil reais), com fundamento no art. 85, II, da Lei Orgânica do Tribunal.

#### **1.4 Retirada dos equipamentos pela licitante vencedora da sede da Prefeitura antes de finalizado o exame de funcionalidades do *software***

Ainda a respeito de alegadas irregularidades ocorridas no bojo da fase externa do certame, a denunciante alegou que teria havido descumprimento do item 11.5 do edital, que previa que para o exame de funcionalidades, a licitante deveria levar os equipamentos necessários e os módulos do *software* devidamente instalados e configurados e mantê-los no local da demonstração até a liberação pela comissão técnica, sob pena de restar concluída a demonstração das funcionalidades do sistema.

Segundo alegou a denunciante, a empresa União Assessoria, Consultoria, Treinamento e Informática Ltda., ao final do dia 17/09/2018, antes da conclusão dos testes, “retirou seus equipamentos da sede da Prefeitura”. Acrescentou que a Administração Pública teria feito constar em ata, posteriormente, a autorização para retirada dos equipamentos para conferir legalidade à medida.

A unidade técnica, em relatório de peça 14, considerou procedente a denúncia quanto a este ponto.

Cotejando os autos, verifico que, em ata de p. 191-192 da peça 10, datada de 18/09/2018, após questionados acerca da retirada dos equipamentos, o representante da empresa União Assessoria, Consultoria, Treinamento e Informática Ltda. dispôs que “a retirada dos equipamentos ocorreu após aprovação dos membros da comissão que julgou não poder se responsabilizar pela segurança dos equipamentos”.

Ato contínuo, consta na ata autorização da comissão técnica de retirada dos equipamentos, “tendo em vista que os módulos do dia foram todos apresentados, conforme o dia anterior”.

Assim, reputo que a conduta praticada pela licitante, com o aval da comissão técnica, está em conformidade com o procedimento estabelecido no item 11.5 do edital.

Diante disso, entendo **improcedente** o apontamento.

## 2. Dos apontamentos da unidade técnica

### 2.1 Ausência de comprovante da retificação do edital

Em análise inicial de peça 14, a unidade técnica afirmou haver dúvida sobre a observância do prazo de 8 (oito) dias úteis entre a publicação do aviso de licitação e a realização do pregão, uma vez que (sem grifos no original):

Embora à fl. 633 conste o comprovante de publicação da licitação, publicado no Diário Oficial de Minas Gerais, em 05/06/2018, verifica-se que nos autos consta publicação, fl. 629, sem data e Certidão, fl. 632, datada de 01/06/2018, informando sobre **retificação da licitação de PP 085/2018 – PRC 505/2018** que se realizará no dia 19/06/2018, assim, entende-se necessários esclarecimentos **se houve ou não a retificação do edital** considerando o previsto no art. 21, §4º da Lei nº 8.666/1993.

Da análise dos autos, vejo que, de fato, encontra-se, à p. 220 da peça 7, texto em papel timbrado do Município denominado “publicação”, sem data, referente a aviso de retificação, com designação do dia 19/06/2018 para realização do pregão.

À p. 3 da peça 8, consta certidão de que a retificação do edital foi publicada no átrio da prefeitura em 01/06/2018, ao passo que, à p. 4 do mesmo arquivo, encontra-se cópia de página do Diário Oficial do Estado, datada de 05/06/2018, referente ao aviso de licitação do Pregão Presencial 85/2018, com designação de sessão pública para o dia 19/06/2018.

Vejo, ainda, que os mencionados documentos – o texto da publicação, a certidão de publicação no átrio da prefeitura e a cópia do Diário Oficial do Estado – correspondem a documentação sequencial, acostada ao processo licitatório.

Assim, apesar de a publicação de p. 220 da peça 7 não especificar sobre a ocorrência de retificação e de não esclarecer sobre que tipo de retificação foi feita no edital, entendo não haver dúvida sobre a observância do prazo previsto no inciso V do art. 4º da Lei 10.520/2002, uma vez que, publicado o aviso de licitação no dia 05/06/2018, o termo final do prazo de 8 (oito) dias úteis ocorreu no dia 18/06/2018, um dia antes da data designada para a sessão do pregão.

Considero, portanto, que o apontamento **não procede**.

### 2.2 Ausência do número de identificação do edital

O estudo técnico preliminar (peça 14) apontou que o preâmbulo do edital examinado não possuía número de identificação, havendo apenas a indicação do número do pregão presencial (85/2018) e o número do processo licitatório (505/2018), o que entendeu estar em desacordo com o disposto no art. 40 da Lei 8.666/1993.

Analisando os autos, verifico que o edital sob exame tem início sem referências, título ou denominação, partindo diretamente para o seu preâmbulo com o seguinte conteúdo (grifos no original):

**O Município de Monte Sião – Prefeitura Municipal** faz saber que realizará o Pregão Presencial – PP 85/2018, Processo Licitatório – **PRC 505/2018**, visando a contratação do objeto anunciado na Cláusula I, nos termos deste Edital, regido pela Lei Federal nº 10.520, de 17/07/2002, Lei Federal nº 8.666, de 21/06/93 e suas alterações posteriores e Decreto Municipal nº 4.108, de 27/07/2011 e Portaria nº 001, de 02 de janeiro de 2018.

[...]

O tipo desta licitação será o de menor preço global. O recebimento do Credenciamento, da Proposta Comercial (Envelope nº1) e da Documentação para Habilitação (Envelope nº 2) dar-se-á em ato público, que terá início às **10 horas do dia 19 de junho de 2018**, [...].

Ao que parece, trata-se de texto padronizado que, a meu ver, atende aos requisitos do dispositivo legal mencionado pelo estudo técnico, que determina (sem grifos no original):

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: [...]

O número de ordem em série anual a que se refere o citado dispositivo é o número designado para o pregão presencial, nesse caso, o Pregão Presencial 85/2018, cujos procedimentos foram realizados no âmbito do Processo Administrativo 505/2018.

Saliento que não há nenhum comando na lei que indique a necessidade de a Administração estabelecer um número sequencial para o edital, outro para o pregão (ou qualquer modalidade praticada) e um número para o processo administrativo, razão pela qual reputo **improcedente** o apontamento.

### 2.3 Ausência de descrição clara do objeto

Segundo a unidade técnica, peça 14, o objeto do certame não se encontrou definido de forma clara, uma vez que “locação de *software* e licença de uso de programas de computador (*software*) são institutos conceitualmente e juridicamente distintos”.

Ressaltou que a “Lei do *Software*” – Lei 9.609/1998, estabelece que o uso de programas de computador é objeto de contrato de licença e não de locação, o que torna a descrição do objeto do edital sob exame juridicamente incorreto.

Assim, o estudo técnico considerou necessária a expedição de recomendação à Administração para abster-se de utilizar a expressão “locação” para as futuras contratações de licenciamento de uso de *software*.

De fato, verifico que o texto do edital sob exame, p. 70-71 da peça 5, descreve o objeto do certame como sendo “a contratação de locação de *software*, licença de uso e prestação de serviços [...]”. O termo de referência, a seu turno, disponível a partir da p. 92 do mesmo arquivo, especifica, de forma pormenorizada, os requisitos exigidos dos sistemas.

Analisando os termos técnicos trazidos, entendo que o apontamento se encerra na esfera da semântica, não tendo qualquer relevância para o controle externo, uma vez que, ainda que o instituto da locação não pareça intuitivamente apropriado se considerarmos os *softwares* como propriedade intelectual, o mercado fornecedor desse tipo de serviço é capaz de reconhecer perfeitamente o objeto da contratação.

Outrossim, verifica-se que a própria Lei 9.609/1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador, faz uso do termo “aluguel” quando regulamenta a sua comercialização (sem grifos no original):

Art. 2º [...]

§ 5º Inclui-se dentre os direitos assegurados por esta Lei e pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País aquele direito exclusivo de autorizar ou proibir o **aluguel comercial**, não sendo esse direito exaurível pela **venda, licença ou outra forma de transferência da cópia do programa**.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos casos em que o programa em si não seja objeto essencial do **aluguel**.

Portanto, reputo não estar caracterizada a falta de clareza ou qualquer irregularidade na descrição do objeto, pelo que considero **improcedente** o apontamento.

### 2.4 Da restritividade da documentação relativa à regularidade fiscal (item 8.2.2.3 do edital)

A unidade técnica, peça 14, apurou que o item 8.2.2.3 do edital exigiu “prova de regularidade (Certidão(ões) de Quitação de Tributos **inscritos E não inscritos** em Dívida Ativa) para com a Fazenda Nacional/INSS, Estadual (para as empresas situadas no Estado de São Paulo são duas certidões distintas) e Municipal do domicílio ou sede do licitante ou outra equivalente na forma da lei”.

Segundo dispôs, a exigência extrapolaria as hipóteses previstas nos incisos III e IV do art. 29 da Lei 8.666/1993, que permitem somente a exigência de comprovação da regularidade fiscal, o que não é equivalente à comprovação de quitação de tributos.

Os mencionados dispositivos da Lei de Licitações estabelecem os seguintes parâmetros para a comprovação da regularidade fiscal e da seguridade social:

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

[...]

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 e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

Com efeito, ressei da redação da cláusula 8.2.2.3 do instrumento convocatório, que foi exigida a apresentação de certidão específica – “Certidão(ões) de Quitação de Tributos **inscritos E não inscritos** em Dívida Ativa” – , quando cabia requerer tão somente a entrega de documento válido e apto a comprovar a regularidade fiscal da licitante perante a Fazenda Pública.

Exigências excessivas, como essa, são irregulares e tendem a comprometer a competitividade do certame, uma vez que afasta potenciais interessados que estejam em negociação de dívidas ou em discussão sobre a legalidade dos lançamentos tributários em sede administrativa.

Sabe-se que a regularidade fiscal poderá ser comprovada por meio da apresentação de certidão negativa ou positiva com efeitos de negativa, nos termos do que dispôs o Conselheiro José Alves Viana, no bojo da Denúncia 1066740<sup>(3)</sup>:

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

Desse modo, entendo que a apresentação de certidão de quitação de tributos, nos termos trazidos no edital, é estranha às exigências de habilitação nos procedimentos licitatórios e constitui potencial comprometimento ao caráter competitivo do certame, motivo pelo qual entendo **procedente** o apontamento técnico.

Lado outro, diante da ausência de registro de que algum licitante tenha sido inabilitado por falta de comprovação de regularidade fiscal, deixo de aplicar multa e proponho apenas a expedição de recomendação aos gestores municipais para que se abstenham de exigir prova de regularidade fiscal por meio exclusivo da apresentação de certidão de quitação de tributos emitida pelas Fazendas Federal, Estadual e Municipal.

## **2.5 Ausência de penalidades aplicáveis à Administração Pública em caso de inadimplemento**

Nos termos do estudo técnico de peça 14, a Administração Pública, ao estabelecer as condições de pagamento não previu as penalidades aplicáveis a si mesma em caso de inadimplemento de suas obrigações contratuais.

Segundo entendeu, tanto o edital quanto a minuta do contrato deveriam contemplar cláusula que contivesse previsão de atualização financeira dos valores pagos, desde a data final do período do adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento, por força do disposto na alínea “c” do inciso XIV do art. 40 da Lei 8.666/1993, que assim estabelece:

---

<sup>3</sup> TCE-MG. Primeira Câmara. Denúncia 1066740. Rel. Cons. José Alves Viana. Sessão de 09/02/2021.

Art. 40. O edital conterà 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:

[...]

XIV - condições de pagamento, prevendo:

[...]

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;

De fato, no caso dos autos, verifica-se que o edital em apreço (p. 70-, peça 5), ao estabelecer as condições de pagamento (cláusula 16.1), não faz nenhuma referência à atualização financeira dos valores a serem pagos em caso de inadimplemento:

16.1. Os pagamentos serão efetuados em até 30 (trinta) dias pela Tesouraria da Prefeitura, em parcelas correspondentes as requisições, após a efetiva prestação dos serviços, atestada pela requisição expedida pelo Departamento competente. A contratada deverá apresentar a Nota de Empenho e nota(s) fiscal(is) correspondente(s) que será(ão) atestada(s) pela Administração.

Em complementação, a cláusula 14.1 fez constar, expressamente como obrigação da contratante, a realização de “pagamento pela prestação dos serviços nos prazos indicados no presente instrumento contratual”.

As referidas disposições foram repetidas no Contrato 144/2018 (p. 33-41 da peça 11).

Assim, reconheço a **procedência** do apontamento, mas, dada a menor gravidade da omissão e considerando que a falta de previsão no edital quanto à atualização financeira não obsta o exercício do direito pelo particular, entendo apenas a expedição de recomendação aos gestores para que, nas próximas licitações, seja incluído nas minutas contratuais, cláusula com previsão de critério de atualização em caso de atraso ou inadimplemento das obrigações pela Administração.

## **2.6 Ausência de previsão de que o índice do reajuste seja aplicado contado da data de apresentação da proposta ou do orçamento a que se refere**

À peça 14, a 1ª CFM asseverou que as cláusulas 2.2 e 3.3 do Contrato 144/2018 (p. 37-38 da peça 11) estabelecem os critérios de reajuste de preços, conforme prescreve o inciso XI do art. 40 da Lei 8.666/1993.

Mas que, por outro lado, não especificaram se a aplicação do reajuste ocorreria em um ano contado da data da apresentação da proposta ou do orçamento, como determina o mencionado dispositivo legal, que, no seu entendimento, restou contrariado.

Com efeito, verifico que a cláusula 3.3 do Contrato 144/2018, que prevê sobre as condições do reajustamento (p. 38 da peça 11), dispõe:

3.3 O valor proposto pela Contratada será fixo e irremovível, pelo período mínimo de 12 (doze) meses. Após o período de 12 (doze) meses, contados da data do presente contrato, haja vista a possibilidade de prorrogação do contrato, o preço global estimado poderá ser reajustado. O índice utilizado para reajuste será o INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor).

Com a devida vênia ao entendimento técnico, entendo que o fato de não haver previsão no dispositivo contratual sobre o termo inicial do prazo de 12 (doze) meses – data prevista para apresentação da proposta ou do orçamento a que a proposta se referir – não torna a cláusula irregular, nem impede a sua aplicação adequada, mormente porque a interpretação da disposição contratual deve observar o comando da norma de regência, mesmo que este não tenha sido trasposto em sua totalidade para o instrumento contratual.

Ademais, a omissão relatada não impede que o comando legal seja cumprido quando a obrigação se tornar exigível.

Por essa razão, entendo que o apontamento deve ser julgado **improcedente**.

## 2.7 Limitação à possibilidade de impugnação e recursos por meio presencial

A unidade técnica, peça 14, apurou que os subitens 18.2 e 18.3 do edital estabelecem vedação à apresentação de impugnações ao instrumento convocatório e de recursos via fax, internet ou pelo correio. Concluiu, por exclusão, que a norma editalícia permitiu apenas a apresentação de impugnações e recursos de forma presencial, o que contraria a jurisprudência deste Tribunal:

18.2. As impugnações deverão ser protocolizadas junto ao Setor de Protocolo da Prefeitura de Monte Sião, A/C do Pregoeiro, situada na Rua Maurício Zucato, 111, Centro, Monte Sião/MG, no horário de 10 às 16 horas.

18.3 Não serão aceitos recursos ou impugnações apresentados via “fax”, “internet”, ou pelo correio.

A limitação à apresentação de impugnações e recursos apenas à forma presencial, em que pese não haver previsão na norma de regência (Lei 10.520/2002), contraria o princípio da razoabilidade e constitui restrição indevida ao exercício do contraditório e à ampla defesa, por impedir as partes, os interessados e, sobretudo, o controle social, de exigir a observância da lei, conforme entendimento deste Tribunal manifestado na Denúncia 1088806, de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, de cujo voto, aprovado por unanimidade na sessão da Segunda Câmara de 23/06/2022, extrai-se o seguinte excerto (sem grifos no original):

A Administração ao limitar os meios de impugnação ao edital e recursos, excluindo a possibilidade do envio por e-mail ou correios, contraria o disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

No mesmo sentido, cito excerto da ementa trazida pelo Conselheiro Cláudio Terrão no bojo do Recurso Ordinário 1024757, apreciado na sessão do Tribunal Pleno de 19/02/2020: “É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a disponibilização apenas da forma presencial para impugnação do edital e para a interposição de recursos restringe o direito dos licitantes ao contraditório e à ampla defesa”.

Assim sendo, na linha da jurisprudência desta Corte, considero irregular a restrição à apresentação de impugnações e recursos no caso concreto.

Não obstante, entendo que essa restrição não estabelece propriamente impedimento ou óbice à ampla participação no certame, mas dificulta o exercício do contraditório por ser anacrônica e não condizente com os meios e recursos que são disponíveis há muito tempo, o suficiente para que a Administração a eles se adapte.

Assim, considero **procedente** o apontamento e propondo a expedição de recomendação aos gestores para que, nas próximas licitações, abstenham-se de restringir a utilização de e-mail e correio para apresentação de impugnações ao edital e recursos administrativos, em atenção ao disposto no inciso LV do art. 5º da Constituição da República.

## 2.8 Ausência dos locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que seriam fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos ao certame

Em manifestação de peça 14, a unidade técnica apontou que, quando da análise do edital, “não se observou dispositivo que indicasse explicitamente locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação”, em inobservância ao disposto no art. 40, VIII, da Lei 8.666/1993:

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:

[...]

VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;

[...]

A esse respeito, ao analisar o instrumento convocatório, verifiquei que o subitem 20.12 (p. 91 da peça 5) trouxe a seguinte informação:

20.12. Cópia deste edital estará disponível no quadro de avisos no hall de entrada da sede da Prefeitura de Monte Sião e poderá ser obtido no site oficial [www.montesiao.mg.gov.br](http://www.montesiao.mg.gov.br) ou junto à Comissão Permanente de Licitação, no horário das 10 às 16 horas.

Veja-se, portanto, que a disposição editalícia não atende integralmente às determinações da norma legal, apenas indicando endereço eletrônico para obtenção do edital. Carece, portanto, de indicação de meio de comunicação para obtenção de esclarecimentos e informações sobre o certame, uma vez que, habitualmente, os editais e anexos são insuficientes para abranger todas as possibilidades e dirimir todas as dúvidas sobre o objeto do contrato ou sobre as condições de execução que eventualmente possam surgir.

Marçal Justen Filho<sup>(4)</sup>, acerca do fornecimento de informações aos interessados, destaca que “a unidade administrativa deverá dispor-se a prestar esclarecimentos e informações”:

A definição de datas e horários não pode ser restritiva, mormente quando as informações possam ser relevantes para o certame. [...]

O texto da Lei 8.666/1993 induz obrigatoriedade de colocar-se à disposição dos interessados meios de comunicação à distância (tais como telefone, telex etc.), para evitar a dificuldade de deslocamento ao local em que serão prestadas as informações. Com a evolução tecnológica, tornou-se possível assegurar aos interessados amplo acesso a todas as informações relevantes por meio da *internet*.

Desse modo, a meu ver, o apontamento é **procedente**, mas, dada a ausência de lesividade, considerando, ainda, que as licitantes poderiam, informalmente, buscar contato com a Administração para dirimir alguma dúvida, sob a ótica da Lindb, deixo de propor a aplicação de sanção pecuniária aos responsáveis.

Por essa razão, proponho apenas a expedição de recomendação para que os gestores observem o disposto no inciso VIII do art. 40 da Lei 8.666/1993 em todos os procedimentos licitatórios.

## 2.9 Inobservância do prazo legal para publicação resumida do extrato do contrato

A 1ª CFM, peça 14, constatou que houve descumprimento do prazo para publicação do extrato do Contrato 144/2018, estabelecido no parágrafo único do art. 61 da Lei 8.666/1993, tendo em vista que o ajuste foi assinado em 09/10/2018 e publicado somente em 02/04/2019.

Asseverou que a inobservância do prazo estabelecido no citado dispositivo, embora não vicie a contratação, nem desfaça o vínculo contratual, acarreta responsabilidade para os agentes administrativos, uma vez que os deveres contratuais não vigoram antes de efetivada a publicação do resumo do contrato. Caso contrário, cabe à Administração indenizar o contratado pelos serviços executados antes da publicação e por prejuízos eventualmente sofridos.

O art. 61 da Lei 8.666/1966 dispõe (sem grifos no original):

Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da

---

<sup>4</sup> Op. cit.

dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.

Parágrafo único. **A publicação resumida do instrumento de contrato** ou de seus aditamentos **na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data**, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.

Analisando os autos, verifico que o Contrato 144/2018 (p. 33-41 da peça 11) data de 09/10/2018, ao passo que consta certidão à p. 43 do mesmo arquivo, atestando “que o extrato do Contrato Administrativo CA 144/2018, atinente ao PRC 505/2018, Pregão Presencial – PP 85/2018, foi publicado no átrio da Prefeitura de Monte Sião em 09 de outubro de 2018 [...]”. Lado outro, à p. 4 da peça 12, restou demonstrado que a publicação do extrato no Diário Oficial de Minas Gerais somente ocorreu na edição do dia 02/04/2019.

A respeito da publicação dos extratos contratuais, destaco Súmula 46 deste Tribunal, que assim enuncia (sem grifos no original):

**A eficácia de Contratos, Convênios e Acordos e seus aditamentos celebrados pelos órgãos e entidades públicas, estaduais e municipais, qualquer que seja o seu valor, dependerá da publicação de seu resumo no Órgão Oficial do Estado ou no Diário Oficial local, a qual deverá ser providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao da sua assinatura, para ocorrer no prazo de 20 dias daquela data.**

Conclui-se, portanto, que houve descumprimento do prazo legal fixado para publicação do extrato no Diário Oficial do Estado, razão pela qual reputo **procedente** o apontamento.

Por outro lado, considerando a certidão de publicação no átrio da Prefeitura do Município de Monte Sião, bem como por ter sido efetivada a disponibilização no “Minas Gerais”, ainda que intempestivamente, deixo de aplicar multa aos responsáveis.

Nessa linha, proponho apenas a recomendação para que os gestores observem o prazo legal e os meios corretos para publicação dos extratos contratuais.

## **2.10 Ausência de designação formal do representante da Administração Pública responsável pelo acompanhamento e fiscalização da execução contratual**

Apontou ainda a unidade técnica, à peça 14, que, embora o item 2.3 da cláusula segunda do contrato (abaixo reproduzido; p. 37 da peça 11) determine que o responsável pela Diretoria de Administração do Município de Monte Sião seja o responsável pela supervisão e fiscalização da execução do contrato, além da avaliação e aprovação dos serviços prestados e do cumprimento das obrigações contratuais, não consta nos autos ato formal de designação do representante da Administração responsável pelo acompanhamento da execução do contrato, em contrariedade ao disposto no art. 67 da Lei 8.666/1993:

2.3 O responsável pela Diretoria de Administração da Contratante será responsável pela supervisão e fiscalização da execução dos serviços, assim como a avaliação e aprovação dos serviços prestados e observância do cumprimento das obrigações contratuais.

O art. 67 da Lei 8.666/1993 mencionado pela unidade técnica reza que:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

A norma em comento diz que o representante da Administração, responsável pelo acompanhamento e fiscalização do contrato, deverá ser “especialmente designado” para essa função, mas não estabelece que tal designação seja feita por ato formal autônomo.

Nesse sentido, a meu ver, a designação de representante da Administração por disposição no próprio instrumento convocatório ou por cláusula contratual atende ao comando legal.

Além disso, não vislumbro irregularidade no fato de que a atribuição tenha recaído sobre o ocupante de cargo público, uma vez que este, por certo, foi nomeado por ato administrativo específico. E, mesmo que esse venha a ser substituído, a responsabilidade de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato recairá sobre o seu sucessor.

Desse modo, entendo que não restou caracterizada omissão ou inobservância do comando legal, razão pela qual considero o apontamento **improcedente**.

### **2.11 Confusão entre o prazo de execução e o prazo de vigência do contrato; divergência entre datas constantes da minuta contratual e do efetivo contrato administrativo firmado; e ausência da comprovação da execução dos serviços contratados**

Na sequência, a unidade técnica registrou que, no caso, “houve uma confusão com o prazo de execução e o prazo de vigência, uma vez que na Cláusula Segunda – Do Prazo da Contratação tem-se o prazo de vigência do referido Contrato, mas não consta prazo referente à execução contratual” (peça 14). Argumentou, na oportunidade:

Conforme doutrina e jurisprudência, nos contratos administrativos o prazo de execução não pode ser confundido com o prazo de vigência. Com efeito, o prazo de vigência é o período de duração do contrato que não pode ultrapassar o respectivo crédito orçamentário, exceto em casos especiais previstos na Lei (incisos do art. 57 da Lei nº 8.666/93). Já o prazo de execução é o tempo que o particular tem para executar o objeto e está, portanto, englobado no prazo de vigência. Assim, o prazo de vigência é delimitado pelo período necessário para a execução do objeto, seu recebimento e o respectivo pagamento, para que ambas as partes contratantes possam cumprir suas obrigações finais.

Ressaltou, na oportunidade, divergência entre datas constantes da minuta contratual e do efetivo contrato administrativo firmado.

Acrescentou constar nos autos diversas autorizações de fornecimento datadas de 09/10/2018 e respectivas notas de empenho datadas de 10/10/2018 (p. 44-150 da peça 11), bem como diversas autorizações de fornecimento e empenhos globais datados de 02/01/2019 (p. 151 da peça 11 a p. 3 da peça 12), mas não consta documentação que comprove a execução dos serviços em ambos os exercícios.

Inicialmente, ao analisar o instrumento contratual (p. 33-41 da peça 11), firmado em 09/10/2018, verifiquei que a cláusula intitulada “do prazo de execução” previa em seu item 2.1 a vigência do contrato até 30/06/2019, com possibilidade de prorrogação, nos termos do art. 57, inciso IV, da Lei 8.666/1993. Ademais, o item 2.1.1 dispunha que seriam “executados no exercício de 2018 os serviços de treinamento, implantação e migração dos sistemas” e que os demais serviços seriam executados no exercício de 2019.

O cabeçalho, por sua vez, dispunha expressamente acerca da data de assinatura (09/10/2018), prazo (30/06/2019), dotações orçamentárias e valor total (R\$ 234.738,00) do contrato.

Lado outro, a minuta anexada ao edital – Anexo IX, p. 210-218 da peça 7, estabelecia, relativamente ao prazo de execução, que o contrato vigoraria até a data de 31/12/2018, podendo ser prorrogado.

Aparentemente, ao estabelecer, na minuta do contrato anexada ao instrumento convocatório, data pré-determinada para o fim da execução do contrato, a Administração Pública parece não ter considerado eventuais intercorrências no decurso do procedimento licitatório, o que pode ter culminado na necessidade de alteração do prazo no momento da assinatura do Contrato Administrativo 144/2018.

Ocorre que, a minuta contratual, elaborada na fase interna da contratação, nos termos do art. 40, § 2º, III da Lei 8.666/1993, acompanha, obrigatoriamente, o instrumento convocatório. Isso porque, a minuta “integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação” (art. 62, § 1º, da mesma Lei).

Assim, acorde com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a Administração Pública e os licitantes devem observar as regras constantes do edital e seus anexos – incluindo a minuta contratual –, não se tratando de mero formalismo.

O doutrinador Marçal Justen Filho<sup>(5)</sup>, acerca do sobredito princípio dispõe que (sem grifos no original):

Na licitação, a vinculação à lei é complementada pela vinculação ao ato convocatório. A Administração dispõe de margem de autonomia para configurar o certame. Mas, **incumbe à própria Administração determinar todas as condições da disputa antes de seu início e as escolhas realizadas vinculam a autoridade (e os participantes do certame).**

Ainda nesse sentido, cito o enunciado do Acórdão 966/2011, da Primeira Câmara do Tribunal de Contas da União (sem grifos no original):

A aceitação de proposta ou celebração de ajustes em desacordo com as regras anteriormente fixadas nos **instrumentos convocatórios** pode comprometer a isonomia e a obtenção da proposta mais vantajosa para o Poder Público.

Desse modo, reputo irregular a alteração do prazo de “execução” da minuta anexada ao instrumento convocatório para o contrato devidamente firmado, ressaltando que quaisquer alterações de prazos dispostos na minuta contratual deveriam ser formalizadas por meio de termo aditivo, precedido da devida justificativa com a apresentação e comprovação dos elementos motivadores do ato.

Dando seguimento à análise, destaco que, a respeito do prazo de vigência, o art. 57 da Lei 8.666/1993 determina que a duração do contrato não poderá ultrapassar a vigência dos respectivos créditos orçamentários, excepcionada a hipótese constante do inciso IV, para contratos que tenham por objeto a locação de equipamentos e utilização de programas de informática (sem grifos no original):

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará **adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários**, exceto quanto aos relativos:

[...]

IV - ao aluguel de equipamentos e à **utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.**

Marçal Justen Filho<sup>(6)</sup> sustenta que “A duração indica o prazo de vigência do contrato – ou seja, o prazo previsto para as partes cumprirem as prestações que lhes incumbem”.

No caso do objeto em análise – locação de *software*, licença de uso e prestação de serviços de implantação, conversão de dados, capacitação de pessoal, assessoria técnica, entre outros – entendo que, em verdade, o prazo de vigência seria aquele relativo ao prazo de cessão e uso do sistema, ao passo que o prazo de execução deveria corresponder às etapas de sua implementação.

Em que pese o instrumento convocatório dispor, expressamente, que o contrato teria duração de 6 (seis) meses (cláusula 12.2), bem como que a implantação e conversão de dados deveria ocorrer no prazo improrrogável de 2 (dois) meses (cláusula 12.3), ao analisar os termos do Contrato Administrativo 144/2018, verifiquei que o prazo identificado no cabeçalho – 30/06/2019 – foi o mesmo constante na cláusula segunda, que dispunha acerca do prazo de execução.

Em consulta ao Sicom (comprovante em anexo), verifiquei que nos dados do contrato consta a informação de que o ajuste fora assinado em 09/10/2018, com vigência inicial até 30/06/2019 e prazo de execução de 2 (dois) meses.

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014., p. 83.

<sup>6</sup> Op. cit.

Nesse sentido, além de não restar observada a previsão editalícia de duração do contrato, uma vez que desde a assinatura até o prazo fixado houve o transcurso de prazo superior a 6 (seis) meses, *in casu*, há nítida confusão entre o estabelecimento de prazo de vigência e prazo de execução constantes no instrumento contratual, sendo, portanto, **procedente** o apontamento.

Por fim, a respeito da alegada ausência de documentação que comprove a execução dos serviços, ao analisar os termos do contrato, apurei que os pagamentos seriam efetuados em até 30 (trinta) dias “após a efetiva entrega, atestada pela requisição expedida pelo Departamento competente”, competindo à contratada apresentar nota de empenho e notas fiscais correspondentes.

Não obstante a previsão contratual, da documentação constante dos autos, p. 44 da peça 11 até p. 3 da peça 12, é possível identificar apenas autorizações de empenho e notas de empenho.

A despeito disso, entendo que não há que se falar em ausência de demonstração de execução dos serviços, mormente porque, em consulta ao Sicom, verifiquei que o prazo de vigência do contrato foi aditivado até 31/12/2021 (comprovante em anexo), o que indica que os serviços vinham sendo prestados de forma satisfatória para a Administração.

Assim, sob pena de enriquecimento ilícito, não havendo, nos autos, a comprovação inequívoca de que o objeto não fora executado, entendo não ser possível afirmar a ocorrência de prejuízo ao erário, nem em aplicação de sanção aos respectivos responsáveis quanto a este ponto.

Isso posto, entendo **procedente** o apontamento técnico, em razão da (i) irregular alteração do prazo de execução constante da minuta anexada ao instrumento convocatório para o contrato devidamente firmado; (ii) inobservância da previsão editalícia de duração do contrato, uma vez que, desde a assinatura até o prazo fixado, houve o transcurso de prazo superior a 6 (seis) meses; e (iii) dubiedade entre o estabelecimento de prazo de vigência e prazo de execução no contrato.

Por esses motivos, diante do flagrante descumprimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e das inconformidades analisadas, concluo pela aplicação de multa ao Sr. José Pocai Júnior, responsável legal pelo Contrato 144/2018, no montante de R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 85, II, da Lei Orgânica.

## 2.12 Ausência do mapa de apuração da sessão pública

A unidade técnica, ainda em análise do item relativo à ausência da demonstração da qualificação técnica pela vencedora do certame, à p. 18-19 da peça 14, afirmou ser irregular a ausência de mapa de apuração com os valores das propostas e os lances apresentados durante a sessão, em afronta ao item 7.1 do edital.

O art. 4º da Lei 10.520/2002 prevê como regras a serem observadas na fase externa do pregão:

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

[...]

VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;

IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;

Em sequência, o art. 8º normatiza que os atos essenciais do pregão serão documentados no processo respectivo, com vistas à aferição de sua regularidade pelos agentes de controle.

*In casu*, observei que, em que pese a ata constante à p. 73-74 da peça 10 prever, expressamente, que, após credenciamento das empresas e abertura dos envelopes, “deu-se início à fase de lances de acordo com mapa de apuração anexo”, não foi juntado aos autos o referido documento.

Não obstante, considerando que a sobredita ata foi firmada pelo Sr. Gustavo Henrique Santos e pelos representantes legais das empresas Diretriz Consultoria Sistemas, E&L Produções de Software Ltda. e União Assessoria, Consultoria, Treinamento e Informática Ltda., pelo princípio da verdade material, entendo que a ausência de juntada do documento consubstancia-se em mera irregularidade formal, sendo, portanto, **improcedente** o apontamento.

### 2.13 Imposição de condição restritiva – exame de funcionalidades

Ao analisar a inabilitação da denunciante (p. 8-11 da peça 14), a 1ª CFM suscitou outra irregularidade, relativa especificamente à imposição de condição restritiva à competição no edital, por estabelecer, no seu Anexo I, especificações técnicas peculiares a uma única solução tecnológica existente no mercado e, ao mesmo tempo, condicionar a classificação das licitantes ao atendimento integral dessas exigências.

Ressaltou, na oportunidade, que, em estudo constante do Processo 1058685, o Grupo de Tecnologia de Informação da Superintendência de Controle Externo deste Tribunal dispôs que:

É possível, e recomenda-se, que sejam estabelecidos requisitos mínimos a serem cumpridos pelos licitantes na análise de conformidade técnica do software. Esse percentual mínimo deve ser definido de forma que o licitante possa realizar, no período do prazo de implantação do software, o desenvolvimento total ou as correções necessárias para atendimento integral de todos os requisitos especificados no edital de licitação.

De fato, o instrumento convocatório (Anexo I) estabelecia como condicionante à adjudicação dos serviços contratados a comprovação, mediante exame de funcionalidades, de que a solução proposta pela licitante provisoriamente classificada em primeiro lugar “tem conformidade com todos os requisitos de funcionalidades e especificações técnicas listadas no termo de referência” (p. 9 da peça 14). Ainda de acordo com o edital, tal análise ocorreria conforme agendamento estipulado pela comissão técnica encarregada do exame de funcionalidades.

Recentemente, sobre esse assunto, a Primeira Câmara, na sessão do dia 14/03/2023, ao analisar a Denúncia 1040655, de relatoria do Conselheiro Durval Ângelo, entendeu não haver irregularidade na exigência editalícia de que a licitante classificada em primeiro lugar demonstre atender, em sede de exame de funcionalidades, a todos os requisitos técnicos classificados como essenciais ao *software* pela Administração:

DENÚNCIA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. LOCAÇÃO DE SOFTWARE PARA GESTÃO DE SAÚDE. INTEMPESTIVIDADE DE RECURSO ADMINISTRATIVO. AFASTADA. EXIGÊNCIA DE ATENDIMENTO DA TOTALIDADE DOS REQUISITOS CONTIDOS NO TERMO DE REFERÊNCIA. DIRECIONAMENTO DO CERTAME. AFASTADA. EXCESSO DE FORMALISMO NO CUMPRIMENTO DO EDITAL. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

[...]

2. A exigência de atendimento da quantidade e cumprimento de 100% dos requisitos para o desenvolvimento de um software não configuram por si só direcionamento do certame.

3. A demonstração do software faz-se necessária para a Administração Pública verificar a compatibilidade entre o serviço ofertado pela licitante e a solução pretendida. [...]

Na mesma linha, o Conselheiro Substituto Adonias Monteiro, na fundamentação do Edital de Licitação 1114454, apreciado também pela Primeira Câmara em 25/04/2023:

[...] entendo que é razoável que, na prova de conceito, o proponente primeiro colocado atenda a 100% dos requisitos para funcionamento da solução tecnológica, considerando as demandas estabelecidas a partir das necessidades administrativas.

Assim, na linha da citada jurisprudência deste Tribunal, entendo que, diante da discricionariedade da Administração Pública em classificar os requisitos que reputa essenciais ao sistema, seja razoável exigir do primeiro colocado no prélio licitatório o atendimento de

100% (cem por cento) dos requisitos contidos nas especificações técnicas do *software*, razão pela qual considero **improcedente** o apontamento técnico.

### 3. Do apontamento do Ministério Público de Contas

#### 3.1 Ausência de motivação pela escolha de locação de *software*

Em sua manifestação preliminar de peça 15, o Ministério Público de Contas aditou a denúncia, alegando que as justificativas para a contratação em questão são insuficientes para demonstrar as vantagens da escolha pela locação de *software*, em comparação com as demais opções disponíveis ao gestor, tais como o uso de *software* livre ou gratuito, a aquisição da licença de um *software* proprietário, o uso de soluções criadas pelo Governo Federal ou Estadual, bem como a celebração de consórcio público para desenvolvimento conjunto do *software* desejado, com consequente decréscimo de seu custo de produção.

Afirmou, ainda, que, embora a escolha esteja situada no campo discricionário do gestor, não há nos autos qualquer estudo técnico que comprove a maior proficiência do modelo de contratação adotado em face das demais alternativas disponíveis.

Defendendo-se a esse respeito, o Sr. José Pocaí Júnior, peça 24, ressaltou que, diante da experiência vivenciada anteriormente, optou por “deflagrar procedimento licitatório que contemple todo o sistema de informática da Prefeitura de Monte Sião, assim, com a pauta em eficiência e análise da realidade local, foi adquirido o *software* dentro da discricionariedade de escolha”.

Esclareceu que a Administração decidiu não optar pela aquisição de *software* próprio por não possuir em sua estrutura organizacional quadro de pessoal capacitado para proceder à manutenção do sistema após o vencimento do contrato, o que demandaria o dispêndio de custos altíssimos, sobretudo para fazer face às inovações decorrentes de mudanças na legislação e incremento tecnológico.

Ademais, destacou que, com o avanço tecnológico, existiriam inúmeras empresas no mercado que detêm sistemas integrados, assegurando, portanto, o caráter competitivo do certame.

Considerou que a Administração Pública, caso optasse por licitar cessão definitiva, “ver-se-ia na iminência de adquirir um produto/serviço em caráter permanente, mediante um longo investimento inicial, que ao longo dos anos tornar-se-ia obsoleto”.

Por fim, relativamente à possibilidade de adoção de *softwares* livres e disponíveis no site do Governo Federal, afirmou que tal opção atentaria contra a eficiência e, ainda, implicaria na contratação de consultoria terceirizada, diante da carência de profissionais capacitados no quadro de pessoal da Prefeitura.

Em sede de reexame, peça 26, a unidade técnica, considerando que o cerne do apontamento diz respeito à ausência de fundamentação na escolha pela locação de *software* em detrimento de outras soluções e não à escolha, que tem cunho discricionário, entendeu pela razoabilidade das justificativas apresentadas pelo responsável. Por outro lado, sugeriu a expedição de recomendação para que o gestor “registre, neste e em certames futuros, nos autos dos procedimentos, estudos próprios para que se adote, ou não, a solução pretendida”.

Em seu parecer conclusivo, peça 28, o Ministério Público de Contas opinou pela manutenção da irregularidade, mormente porque, “independentemente da opção selecionada, deverá o Administrador apresentar estudo técnico e/ou econômico que justifique sua escolha, especialmente se tal opção não corresponder a mais vantajosa ao erário”, pontuando que (com grifos no original):

É permitido ao Gestor efetuar a compra ou locação de software, além de fazer uso de software gratuito, **desde que motive sua opção sob os prismas da “vantajosidade” e da “viabilidade”**.

**O ato administrativo discricionário carente de motivação constitui ato carente de transparência, item essencial para o exercício do controle, seja estatal ou social.**

[...]

[...] ainda que as justificativas apresentadas pelo Gestor Municipal sejam pertinentes, entendemos que a sua não inclusão nos autos do Procedimento Licitatório denota falha no planejamento da contratação, bem como fere o princípio da motivação dos atos administrativos e inviabiliza o controle do poder discricionário, uma vez que sem motivação inexistente transparência e sem transparência não há controle.

Concluindo, o *Parquet* de Contas opinou pela ausência de configuração de dolo ou erro grosseiro, entendendo razoável afastar a aplicação de sanção, a teor do disposto no art. 28, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, mas concluiu ser imprescindível alertar o gestor para, em futuras licitações com objeto análogo, promover a realização de estudos técnicos preliminares aptos a justificar a escolha pela locação de *software*, em comparação com as demais opções disponíveis à Administração.

Inicialmente, conforme exposto pela unidade técnica, importa consignar que a jurisprudência deste Tribunal é pacífica acerca da discricionariedade da Administração Pública na escolha do modelo de contratação de *softwares*, nos termos do que anotou o Conselheiro Substituto Licurgo Mourão, no bojo da Denúncia 1047616, apreciada pela Segunda Câmara em 10/03/2022:

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. LOCAÇÃO DE SOFTWARE. GESTÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREÇOS MÉDIOS DOS SERVIÇOS. AUSÊNCIA DO CRONOGRAMA FÍSICO-FINANCEIRO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA ESCOLHA PELA CONCESSÃO DE USO DE SOFTWARE. INSUFICIÊNCIA DO TERMO DE REFERÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

[...]

2. Observados os princípios da isonomia e da ampla competitividade, a fim de alcançar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, a escolha efetuada para aquisição da licença do uso de software é uma decisão discricionária do gestor. [...]

Ainda, o Conselheiro Sebastião Helvecio dispôs no âmbito da Denúncia 886286<sup>(7)</sup> que “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**” (sem grifos no original).

Nesse viés, entendo que, havendo justificativa da necessidade e molde da contratação, observados os princípios que regem os procedimentos licitatórios, a decisão se encontra no campo discricionário da Administração Pública.

E, no caso dos autos, tal qual o estudo técnico, entendo que as argumentações defensivas apresentadas pelo Sr. José Pocai Júnior são suficientes para justificar a escolha do Município de Monte Sião em “locar” o *software* e não o adquirir de forma permanente, razão pela qual considero **improcedente** o apontamento.

Não obstante, proponho seja expedida recomendação ao gestor para que instrua os procedimentos licitatórios análogos com justificativas para a escolha discricionária do modelo de contratação, em atenção ao princípio da motivação dos atos administrativos e, em especial, ao princípio da transparência.

### III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, proponho que seja julgada parcialmente procedente a denúncia apresentada em face do Pregão Presencial 85/2018, Processo Licitatório 505/2018, deflagrado pelo Município de Monte Sião, tendo em vista a ocorrência das seguintes irregularidades: (item 1.1) inabilitação indevida da denunciante; (item 1.3) não exigência de demonstração integral de todas as funcionalidades descritas e não atendimento às exigências do edital pela empresa União Assessoria, Consultoria, Treinamento e Informática Ltda.; ausência dos procedimentos que

<sup>7</sup> TCE-MG. Primeira Câmara. Denúncia 886286. Rel. Cons. Sebastião Helvecio. Sessão de 12/12/2017.

atestem a avaliação e homologação ou rejeição do objeto licitado durante o exame de funcionalidades do software; e ausência de parecer conclusivo expedido pela comissão técnica, de acordo com o item 11.7 do edital; (item 2.4) restritividade da documentação relativa a regularidade fiscal, item 8.2.2.3 do edital; (item 2.5) ausência de penalidades aplicáveis à Administração Pública em caso de inadimplemento; (item 2.7) limitação à possibilidade de apresentação de impugnações e recursos ao meio presencial; (item 2.8) ausência de especificação de locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que seriam fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos ao certame; (item 2.9) inobservância do prazo legal para publicação resumida do extrato do contrato; e (item 2.11) confusão entre o prazo de execução e o prazo de vigência do contrato; divergência entre datas constantes da minuta contratual e do efetivo contrato administrativo firmado; e ausência da comprovação da execução dos serviços contratados.

Proponho, ainda, seja aplicada multa, nos termos do art. 85, II, da Lei Orgânica, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) ao Sr. Gustavo Henrique Santos, Pregoeiro e responsável pelas irregularidades constantes do item 1.3 da fundamentação, e ao Sr. José Pocai Júnior, Prefeito, também no montante individual de R\$ 1.000,00 (mil reais), pelas irregularidades constantes do item 2.11 da fundamentação.

Ademais, proponho a emissão de recomendação ao Município de Monte Sião, nas pessoas dos atuais Prefeito e Pregoeiro, que, nas próximas licitações: (i) observem com maior rigor os limites das fases do procedimento licitatório, em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, utilizando da prova de conceito ou teste de conformidade, quando necessário, apenas como etapa complementar da fase classificatória, e não como critério de habilitação (item 1.1); (ii) abstenham-se de exigir prova de regularidade fiscal por meio exclusivo da apresentação de certidão de quitação de tributos emitida pelas Fazendas Federal, Estadual e Municipal (item 2.4); (iii) incluam nas minutas contratuais, cláusula com previsão de critério de atualização em caso de atraso ou inadimplemento das obrigações pela Administração (item 2.5); (iv) abstenham-se de restringir a utilização de e-mail e correio para a apresentação de impugnações ao edital e recursos administrativos (item 2.7); (v) prevejam, nos editais, os locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto (item 2.8); (vi) observem o prazo legal e os meios corretos para publicação dos extratos contratuais (item 2.9); e (vii) instruem os procedimentos licitatórios análogos com as justificativas para a escolha discricionária do modelo de contratação, em atenção ao princípio da motivação dos atos administrativos e, em especial, ao princípio da transparência (item 3.1).

Promovidas as medidas legais cabíveis, arquivem-se os autos.

\* \* \* \* \*