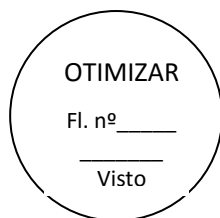


1) PROCESSO PRINCIPAL	
Processo TCEMG nº	799052
Natureza	Denúncia
Fase do processo	☐ Análise Inicial ☒ Reexame

2) DADOS SOBRE O PROCESSO		
Órgão ou Entidade	Prefeitura Municipal de Catas Altas	
	Data	Fls.
	21/07/2009	116

2) DADOS SOBRE O PROCESSO		
Órgão ou Entidade Denunciada	Prefeitura Municipal de Catas Altas	
Denunciante	Netsoft Sistemas Integrados e Host Ltda	
	Data	Fls.
	21/07/2009	116
3) TRAMITAÇÃO (Processo Principal)		

OCORRÊNCIA	Data	Fls.
Diligências determinadas pelo Relator (despacho do Relator) intimação para Copasa apresentar esclarecimentos em 10 dias	13/08/2009	124/127
Juntada de informações, esclarecimentos ou documentos apresentados em razão de diligência	-	-
Recebimento de pedido de vista formulado pela parte	-	-
Término do prazo de vista concedido ou, no caso de retirada dos autos, data de sua devolução	-	-
Defesa (protocolo)	17/12/2010 5/11/2013	199/401 522 a 744
Registro no SGAP do último encaminhamento do processo à Unidade Técnica	11/11/2013	751

**4) ANÁLISE**

Conforme despacho de 187/188, foi realizada a citação do Prefeito e da Secretária de Administração e Fazenda para que se defendessem dos apontamentos realizados pela unidade técnica no relatório de fls.135/170 e no parecer ministerial de fls. 172/186 em face da Tomada de Preços nº 21/2009.

Em relação ao Edital Pregão Presencial nº 012/2011, o Exmo. Conselheiro Relator determinou a citação do Prefeito e da Secretária de Administração e Finanças, às fls. 513, para que se manifestassem quanto às irregularidades apontadas pela unidade técnica no parecer de fls. 479/509, e do parecer do Ministério Público de Contas fl.511/512.

4.1 Análise da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal

4.1.1 Ocorreu a suspensão do prazo prescricional?

☒ Sim, 5 dias dias (de 12/08/2009 a 17/08/2009) ☐ Não.

Em caso afirmativo, especificar:

☒ Concessão de prazo para cumprimento de diligência.
(Inciso I do art. 182-D da Resolução 12/2008)

4.1.2. Marcos temporais

Denúncia				
Período de Ocorrência dos Fatos	Despacho ou decisão que recebeu a denúncia ou representação (causa interruptiva do prazo prescricional – inciso V do art. 110-C da LC 102/2008)	Prazo para decisão de mérito. (oito anos contados do despacho ou decisão que recebeu a denúncia ou representação + suspensão do prazo prescricional, se houver)	Data do último encaminhamento do processo à Unidade Técnica (Registro no SGAP)	Caso o processo tenha ficado paralisado por mais de 5 (cinco) anos em um mesmo setor, no período compreendido entre a data da primeira causa interruptiva e o prazo para decisão de mérito, informar abaixo a data que completou os 5 anos.
2011	21/7/2009	26/7/2017	11/11/2013	-

4.2 Índícios de dano ao erário

4.2.1 Nos exames anteriores foi quantificado dano ao erário ou constam dos autos elementos que possibilitam a sua quantificação?

☐ Sim.

☒ Não.

Análise

Tratam os autos de processo licitatório na modalidade de Tomada de Preços nº 021/2009, instaurado pela Prefeitura Municipal de Catas Altas, com o objetivo de selecionar a melhor proposta para a locação ou licenciamento de uso de programa de computador (software) no regime de execução de empreitada por preço global.

A denunciante alegou que a exigência de atestados de capacidade técnica referente a sistemas a serem disponibilizados pela empresa contratada somente poderiam ser emitidos por pessoa jurídica de direito público, o que restringiria a competitividade do certame em afronta a Lei 8.666/93.

Os autos foram autuados como Denúncia às fls. 115 e distribuídos, fl.116. Em seguida o Exmo. Conselheiro Relator em exercício, às fls. 117/120 determinou a suspensão do certame até decisão final no processo, referendada pela Segunda Câmara na sessão de 20/08/2009, em razão de ofensa grave ao art. 3º, § 1º, inciso I da Lei Federal n. 8.666/93, existindo fundado receio de que a permanência de seus elementos pudesse impor grave lesão ao erário municipal.

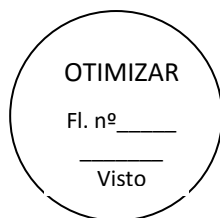
O Exmo. Conselheiro Relator no despacho de fl. 134 encaminhou os autos para análise da unidade técnica e do Ministério Público de Contas.

No relatório técnico de fls. 135/170, foi concluído que o edital apresentava várias irregularidades e sugerido o encaminhamento ao Ministério Público, bem como a citação para apresentar defesa.

Na manifestação do Ministério Público de fls. 172/186, foi aditada a denúncia para entender como irregular a ausência de fundamentação da escolha pela locação de software, omissão quanto aos dispositivos de transparência trazidos pela Lei Complementar nº 131/2009; não comprovação nos autos da real necessidade de integração entre os módulos licitados; falta de segregação na proposta comercial dos custos relativos aos serviços de trato sucessivo; atribuição de pontos a critérios técnicos classificados como desejáveis. Ao final, sugeriu a citação dos responsáveis.

Devidamente citados para apresentar defesa às fls. 187/188, os responsáveis se manifestaram, às fls. 199/401, alegando que já existia uma Denúncia sob o número 812075 questionando o mesmo edital de Tomada de Preços nº 21/2009, que fosse julgada improcedente a representação, e eventualmente, requereu a concessão de prazo para que a Administração promovesse as adequações necessárias no edital, e a juntada de documentação.

A unidade técnica entendeu, às fls. 405/422, que a denúncia era procedente, persistindo algumas irregularidades no procedimento licitatório como a escolha inadequada do tipo de licitação, exigência excessiva de cada um dos membros da equipe técnica, ausência de planilha de custos unitários, falta de razoabilidade nos critérios técnicos, e no critério de qualificação técnica, proibição de participação de grupo econômico. Em relação ao aditamento realizado pelo Ministério Público entendeu que permaneceram várias irregularidades, e que o edital de Tomada de Preços nº 21/2009 deveria ser anulado.



O Município de Catas Altas, em 18/03/2011 apresentou um novo edital, Pregão Presencial nº 012/2011, cujo objeto era a aquisição de softwares, conforme especificações contidas no Anexo I (Termo de Referência).

Após análise do edital de Pregão Presencial nº 012/2011, a unidade técnica apresentou manifestação às fls. 479/509, entendendo que restaram várias irregularidades como a ausência de planilha de custos unitários do orçamento estimado, vedação injustificada à participação de consórcios de empresas no certame; não comprovação da real necessidade de integração entre os módulos licitados; falta de distinção entre os serviços de trato sucessivo (locação de software e serviços pertinentes) e os de prestação instantânea, falta de desagregação na proposta comercial dos custos relativos aos serviços de trato sucessivo. Ao final, ressaltou que não constava nos autos a comprovação de que o Edital Tomada de Preços nº 21/2009 foi anulado ou revogado.

O Órgão Ministerial apresentou manifestação preliminar de fls. 511 a 512, não aditou a denúncia, e entendeu pela citação dos responsáveis para manifestar-se quanto ao exame realizado pela unidade técnica às fls. 479/509, bem como para informar sobre a atual situação da Tomada de Preços nº 021/2009, visto que não havia sido encaminhada a publicação de eventual revogação/anulação do certame a esta Corte, e sugeriu o encaminhamento da fase interna e externa do certame.

Devidamente citados, os defendentes se manifestaram por meio da defesa de fls. 522 a 744, informando que o procedimento licitatório Tomada de Preços nº 021/2009 foi revogado e foi deflagrado novo procedimento licitatório na modalidade pregão, no Edital de Licitação Pregão Presencial nº 012/2011, buscando adequar seu conteúdo ao posicionamento da unidade técnica do TCEMG e do Ministério Público de Contas.

Ressalta-se que em relação ao Edital de Tomada de Preços nº 21/2009, diante da revogação comprovada às fls. 325, houve a substituição do objeto dos presentes autos pelo Pregão Presencial nº 021/2011.

Diante da juntada de novo Edital, não há que se falar em prescrição, visto que por economia processual, os documentos foram juntados no mesmo procedimento. Dessa forma, não há que se computar o período anterior à juntada do novo procedimento para fins de contagem para o período prescricional, devendo ser considerado o termo inicial da juntada aos autos do Edital de Pregão Presencial nº 012/2011, qual seja 18/03/2011, fls.424/477.

A defesa em relação ao Edital do Pregão Presencial nº 012/2011 apresentou argumentos em relação às seguintes irregularidades apontadas pela unidade técnica: I) ausência de planilha de custos unitários do orçamento estimado, II) vedação injustificada à participação de empresas de consórcios, III) ausência de fundamentação da escolha pela locação de software; IV) não comprovação nos autos da real necessidade de integração entre os módulos licitados ou da antieconomicidade da sua aquisição por diferentes empresas; V) falta de distinção entre os serviços de trato sucessivo (locação de software e serviços pertinentes); VI) falta de desagregação na proposta comercial dos custos relativos aos serviços de trato sucessivo.

I) ausência de planilha de custos unitários do orçamento estimado, em descumprimento ao art. 40, § 2º, inciso II da Lei 8.666/1993

No relatório técnico de fls. 480/509, o Órgão Técnico entendeu que não foi apresentado a esta Corte comprovação do orçamento de custos unitários dos serviços na fase interna com memorial descritivo, incluindo conjunto de elementos que dimensionassem a escala dos serviços acessórios, número de máquinas, nas quais o software seria instalado, número de horas/aula de treinamento, número de horas de suporte técnico e assessoria técnica que não *in loco*, concluindo pela permanência da irregularidade.

Os defendentes apresentaram defesa de fls. 522/528, alegando que no processo licitatório de fls. 45/49, a pesquisa de preços e planilhas de custo unitários do orçamento estimado, em cumprimento do art. 40, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666, ficou disponível no processo licitatório para consulta dos interessados. Destacou, ainda, que não havia nenhuma irregularidade na planilha elaborada, pois seria impossível antever o número de horas do suporte técnico e o número de máquinas nas quais o software seria instalado, pois esses dados dependeriam de eventos futuros.

Ao analisar a documentação juntada pela defesa verificou-se que foram apresentados os orçamentos, mas não foram juntados a planilha de custos unitários do orçamento estimado, o que descumprir a exigência do art. 40, § 2º, inciso II da Lei nº 8.666/93. Em discordância com os argumentos apresentados na defesa, seria possível ter sido realizado um planejamento mínimo para saber o número de horas do suporte técnico e o número de máquinas, nas quais o software seria instalado. Dessa forma, esta unidade técnica, entende que permanece irregular o apontamento inicial.

II) vedação injustificada à participação de empresas de consórcios

No relatório de fls. 480/509, foi concluído que embora esteja no âmbito discricionário da Administração, o Poder Público não está liberado para decidir pela vedação da participação de empresas em consórcio, tornando-se necessário que conste justificativa plausível no processo licitatório.

Na defesa de fls. 522/528 foi ressaltado que a legislação faculta à administração decidir sobre a participação ou não de consórcios de empresas, sendo discricionária. Destacou a ausência de impugnação do edital por consórcio de empresas, o que demonstra a ausência de interesse para Municípios de pequeno porte.

Assim, nos termos do caput do art. 33 da Lei 8.666/93, a vedação ou permissão de participação de empresas em consórcio na licitação constitui ato discricionário do administrador público, mas essa discricionariedade não o isenta de expor na fase interna da licitação, as razões pelas quais vedou ou permitiu a participação de empresas em consórcio.

Nesse sentido, é o entendimento aprovado em várias decisões deste Tribunal de Contas, conforme ementas acostadas abaixo:

DENÚNCIA. EDITAL. CONCORRÊNCIA. TÉCNICA E PREÇO. LIMPEZA URBANA. GARANTIA. ATERRO SANITÁRIO. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. VINCULAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE TAREFAS À EXPEDIÇÃO DE ORDENS DE SERVIÇO PELA ADMINISTRAÇÃO. FORNECIMENTO DE CELULARES E VEÍCULOS A SEREM UTILIZADOS NA FISCALIZAÇÃO DA EMPRESA CONTRATADA. RECONHECIMENTO DE FIRMA. RECOLHIMENTO DE VALORES A FUNDO MUNICIPAL. CONDIÇÕES DE COMPENSAÇÃO FINANCEIRA E PENALIDADES. VISITA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE DEFINIÇÃO DE PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA TÉCNICA E DE VALOR SIGNIFICATIVO DO OBJETO LICITADO. CONSÓRCIO DE EMPRESAS. PARCELAMENTO DO OBJETO.

1. É irregular a cláusula que impõe a apresentação de garantia da proposta antes da entrega dos envelopes de habilitação e proposta.
2. A cláusula que impõe a distância entre o aterro sanitário e a sede do município é desnecessária e pode prejudicar a competitividade do certame.
3. Não há que se falar no tipo "técnica e preço" quando o objeto da licitação não consistir na prestação de serviços intelectuais em que se exijam a arte e o talento humanos para sua criação e execução satisfatória, tampouco no fornecimento de bens, execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto, dependentes de tecnologia sofisticada.

4. O detalhamento preciso e suficiente do objeto a ser licitado constitui pressuposto de igualdade entre os participantes do certame, de modo a permitir a perfeita identificação do que é pretendido pelo órgão licitante, assim como a evitar desequilíbrio econômico-financeiro entre os contratantes.

5. A exigência de fornecimento de bens, tais como celulares e veículos, a serem utilizados pela municipalidade na fiscalização da atuação da empresa contratada não encontra amparo legal. 6. A exigência relativa ao reconhecimento de firma da assinatura de contador em demonstrações contábeis carece de previsão legal.

7. Não pode a Administração Pública deixar de estabelecer os critérios de compensação financeira, muito menos as penalidades a serem imputadas como consequência de eventual inadimplemento, haja vista que o Estado também responde pela prática de atos ilícitos.

8. A exigência de que o responsável técnico participe, obrigatoriamente, da visita técnica não tem amparo legal e constitui ingerência indevida na gestão da empresa licitante, o que pode elevar o custo da licitação e afastar possíveis interessados, acarretando, por conseguinte, prejuízo à ampla competição.

9. A previsão genérica das parcelas de maior relevância e valor significativo acarreta ofensa ao princípio do julgamento objetivo, já que permite à Administração Pública, a seu critério, definir quais atestados enquadram-se nos requisitos técnicos e quais não se enquadram, facilitando o direcionamento do certame.

10. A decisão relacionada à vedação ou não da participação de consórcio de empresas em procedimento licitatório é discricionariedade da Administração Pública.

11. É irregular a junção em lote único de bens e serviços se a Administração Pública não apresenta razoável motivação para tanto. (Processo de Denúncia 898423, sessão da Primeira Câmara 20/09/2016, Relator Conselheiro Cláudio Couto Terrão).

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. EXIGÊNCIAS RESTRITIVAS. PARTICIPAÇÃO DE ARQUITETOS E URBANISTAS NO CERTAME. RESPONSÁVEL TÉCNICO. INTEGRAR QUADRO PERMANENTE DA LICITANTE. INOCORRÊNCIA. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM CONSÓRCIO. DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

1. O “levantamento planialtimétrico com curvas de nível de metro a metro”, objeto da licitação, não se insere entre aquelas atividades privativas ou compartilhadas a serem exercidas por arquitetos e urbanistas, nos termos dos arts. 2º e 3º da Resolução nº 51, de 2013, do Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil – CAU/BR, pelo que as exigências contidas nos subitens 1.14, 1.15, 1.16, 1.20, 1.21 do título VII e 1.5 do título VIII, bem como no item 3 do título XII do edital não configuram restrição à participação de tais profissionais no certame.

2. Admissão pelo texto editalício de que a comprovação do vínculo profissional poderia dar-se mediante apresentação de contrato social, registro na carteira profissional, ficha de empregado e contrato de prestação de serviços, descaracterizando-se a alegada restrição à participação no certame.

3. A inclusão de cláusula vedando a participação de consórcio de sociedades empresárias no processo licitatório se insere no âmbito da discricionariedade do administrador público e não configura ilegalidade capaz de comprometer a lisura do certame, sendo necessário apenas que a justificativa conste da fase interna do certame. 4. Representação julgada improcedente. (Processo Representação 952321, sessão da Segunda Câmara de 18/08/2016, Relator Conselheiro Gilberto Diniz).

Apesar de não ter sido justificado no documento convocatório ou no procedimento licitatório a proibição de empresas reunidas em consórcio, entende-se que essa proibição não prejudicou o andamento do certame. Ademais o objeto não se apresentava “complexidade ou vultuosidade, o que poderia afetar a regularidade do certame.

Portanto, concluiu pela inexistência de irregularidade neste item, mas caberia ser recomendado aos responsáveis que, nos próximos processos licitatórios, motivassem a eventual vedação de participação de consórcio no edital ou no procedimento licitatório.

III) ausência de fundamentação da escolha pela locação de software

O defendente entendeu, às fls. 522/528, que o Município de Catas Altas não identificou no mercado nenhum órgão que utilizasse software livre, e que tenha tido êxito na contratação dessa ferramenta. Solicitou, também, indicação de experiência bem sucedida nessa área, caso seja do conhecimento deste Tribunal ou do Ministério Público, para que o Município pudesse

realizar uma visita técnica. Ressaltou, ainda, que o Município é de pequeno porte com um quadro reduzido de servidores, o que dificulta o acompanhamento e desenvolvimento de software.

Há várias decisões deste Tribunal no sentido de que a opção pela locação de sistemas integrados de gestão pública está dentro do poder discricionário da Administração, senão vejamos:

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

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

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

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

4. A exigência do orçamento detalhado em planilhas, observando os preços praticados no mercado, deve constar na fase preparatória do Pregão, não se impondo na fase externa dessa modalidade licitatória, à luz da Lei Federal n. 10.520/2002. (Edital de Licitação 851433, Conselheiro Wanderley Ávila, Sessão de 27/04/2017).

Esta unidade técnica entende plausível as justificativas apresentadas pelo defendente. Conforme as alegações apresentadas pela defesa, visto que o custo de contratação para , não possuindo o Município técnicos capazes para efetuar tais adaptações, argumento que foi considerado também pelo Órgão Técnico plausível e razoável.

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

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

Em recente julgado, na sessão plenária de 09/04/2015, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a Lei n. 11.871/02, do Estado do Rio Grande do Sul, que instituiu no âmbito de sua administração, a preferência pela contratação de softwares livres ou sem restrições proprietárias, sem vedar, contudo, a contratação de softwares proprietários, desde que tecnicamente justificável, nos termos de seu art. 3º. A ementa do acórdão foi publicada nos seguintes termos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. LEI N. 11871/02, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, QUE INSTITUI,

NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA REGIONAL, PREFERÊNCIA ABSTRATA PELA AQUISIÇÃO DE SOFTWARES LIVRES OU SEM RESTRIÇÕES PROPRIETÁRIAS. EXERCÍCIO REGULAR DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PELO ESTADO-MEMBRO. INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGIFERANTE RESERVADA À UNIÃO PARA PRODUZIR NORMAS GERAIS EM TEMA DE LICITAÇÃO. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA IMPESSOALIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA ECONOMICIDADE. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

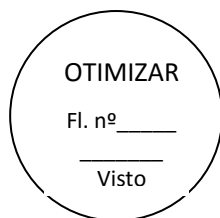
1. (...) 2. (...) 3. A Lei nº 11.871/2002 do Estado do Rio Grande do Sul não engessou a Administração Pública regional, revelando-se compatível com o princípio da Separação dos Poderes (CRFB, art. 2º), uma vez que a regra de precedência abstrata em favor dos softwares livres pode ser afastada sempre que presentes razões tecnicamente justificadas.

4. A Lei nº 11.871/2002 do Estado do Rio Grande do Sul não exclui do universo de possíveis contratantes pelo Poder Público nenhum sujeito, sendo certo que todo fabricante de programas de computador poderá participar do certame, independentemente do seu produto, bastando que esteja disposto a celebrar licenciamento amplo desejado pela Administração. 5. (...) 6. (...) (ADI 3.059 RS – STF – Plenário – Ministro Ayres Britto, unanimidade, DJE 08/05/2015) Após agruparem informações de diversos órgãos e entidades representativas do setor de informática, seja pela participação como amicus curiae, seja por meio de pesquisas trazidas livremente aos autos nos votos proferidos, o Ministro Luiz Fux, em seu voto vista, sintetizou exemplarmente as diferenças fundamentais entre o conceito de software livre e de software proprietário: Um mesmo programa de computador pode configurar-se como software livre ou proprietário, a depender da extensão dos direitos conferidos ao seu usuário no contrato de licenciamento. A distinção é, portanto, exterior ao produto. Diz respeito à formação jurídica da licença, ou seja, à extensão dos poderes facultados ao licenciado pelo negócio jurídico que possibilita acesso ao programa de computador. (...) Como já ressaltado, o software livre é todo aquele programa de computador que garanta aos seus usuários a liberdade de executar, distribuir, estudar, modificar e aperfeiçoar seu conteúdo. Em outras palavras, ao optar por um software livre, a Administração Pública tem garantido sua (i) liberdade de execução – pode executar o programa para qualquer propósito –; (ii) liberdade de conhecimento – pode estudar o funcionamento do programa e adaptá-lo livremente às suas necessidades–; e (iii) liberdade de compartilhamento – uma única cópia do programa pode ser utilizada por todos os funcionários de um mesmo órgão público ou por qualquer outro ente, seja ele pessoa física ou jurídica, sem custos adicionais. Ficou consignado, ainda, no voto do Relator, Ministro Ayres Britto, e no voto vista do Ministro Luiz Fux que software livre não se confunde com software gratuito, podendo haver tanto softwares livres quanto softwares proprietários cujas licenças sejam concedidas gratuitamente ou a título oneroso. Tecnicamente, então, se extrai dos votos deste julgado emblemático que a distinção fundamental entre software livre e proprietário está na extensão da licença de uso. Enquanto no software proprietário a licença é mais restrita, e o código-fonte é fechado, no software livre o código-fonte é aberto, não impondo limites à licença e disponibilizando ao adquirente plena liberdade para executar, copiar, distribuir, estudar, modificar e aperfeiçoar o software. Aqui se faz necessária uma primeira observação quanto ao apontamento do Ministério Público quando cobra que a Administração apresente fundamentação sobre a vantagem de se adquirir a licença sob a forma temporária ou permanente. A licença temporária refere-se a um software proprietário, já a licença permanente não se refere obrigatoriamente a um software livre, podendo haver casos em que a licença, embora permanente, se refira a um software proprietário. Voltando ao julgado paradigmático do Supremo Tribunal Federal, reconheceu-se, no voto vista do Ministro Luiz Fux, ao se avaliar a arguição de inconstitucionalidade da norma gaúcha, sob o fundamento de que teria usurpado competência legislativa da União para editar normas gerais de licitação, que “a Administração dispõe do poder de ditar as características do produto ou serviço de que necessita (aliás, como qualquer consumidor)” e, assim, seria “um contrassenso admitir que a Administração pudesse realizar licitação com o objetivo de contratar exclusivamente software livre, mas a lei local, que se sobrepõe hierarquicamente ao edital (enquanto mero ato administrativo), não pudesse impor obrigatoriedade nesse mesmo e exato sentido. O que é vedado por „norma geral” impede tanto a atuação do legislador local como a do administrador local”. Entendeu o Pretório Excelso que a opção feita pelo legislador do Estado do Rio Grande do Sul representa uma medida de política pública, objetivando o “incentivo ao desenvolvimento científico e tecnológico regional”, posto que, “ao permitir que os técnicos a serviço da Administração Pública tenham acesso aos códigos de programação utilizados nos

softwares adquiridos, promove-se a expansão tecnológica do setor público brasileiro, que poderá estudar, adaptar, aperfeiçoar e redistribuir o programa, justamente na linha preconizada pelo art. 219 da Constituição da República, quando entoa que „o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar (...) a autonomia tecnológica do País”. Mesmo como medida de política pública, o legislador gaúcho, sabedor das dificuldades próprias de sua implantação, previu que a preferência por softwares livres se desse de forma paulatina, sempre baseada em estudos técnicos e de forma a não gerar perda de qualidade nos serviços prestados pelo Estado. Além dessa forma paulatina de transição, sem prazo pré-fixado, também se previram hipóteses em que se admitirá a contratação de softwares proprietários: Art. 3º - Será permitida a contratação e utilização de programas de computador com restrições proprietárias ou cujas licenças não estejam de acordo com esta Lei, nos seguintes casos: I - quando o software analisado atender a contento o objetivo lícito ou contratado, com reconhecidas vantagens sobre os demais softwares concorrentes, caracterizando um melhor investimento para o setor público; II - quando a utilização programa livre e/ou código fonte aberto causar incompatibilidade operacional com outros programas utilizados pela administração direta, indireta, autárquica e fundacional do Estado, ou órgãos autônomos e empresas sob o controle do mesmo. Como se vê, embora a contratação de softwares livres possa oferecer vantagens a longo prazo para a Administração Pública, o raciocínio nem sempre é verdadeiro, havendo hipóteses em que a contratação de softwares proprietários seja mais vantajosa. (...) Diferentemente do que ocorre no Estado do Rio Grande do Sul, não temos, em Minas Gerais, uma política pública estabelecida por lei que priorize a escolha de softwares livres pela Administração. Embora a contratação de softwares livres traga visíveis vantagens a longo prazo, não só para a Administração como também para o mercado, potencializando o desenvolvimento regional, as medidas para a implantação de políticas públicas nesse sentido devem ser adotadas de forma planejada e paulatina, havendo, mesmo assim, hipóteses em que será mais vantajosa a contratação de softwares proprietários. (...) Assim, entendo que a Administração, fazendo uso de seu poder para “ditar as características do produto ou serviço de que necessita”, nas palavras do Ministro Ayres Britto, e tendo justificado os motivos pelos quais, no momento da licitação, não reunia condições técnicas para optar pela contratação de softwares livres, não incorreu em irregularidade ao fazer a escolha por software proprietário, contratando nos limites e com as restrições impostas pela Lei n. 8.666/93, seja quanto à escolha do objeto, seja quanto aos limites de aditamento e prorrogação do contrato. Também não vislumbro irregularidade pela não adoção de softwares gratuitos ou filiação às redes de soluções governamentais, porquanto, conforme alegado pela defesa, os softwares gratuitos referem-se, usualmente, a programas de uso genérico – sistemas operacionais, planilhas, editores de texto, dentre outros – e, mesmo os softwares governamentais, ainda que cedidos gratuitamente, requerem investimentos para a realização de ajustes e manutenção que acabam colocando-os na categoria dos softwares livres, cuja análise anterior se aproveita.

(...) Por fim, quanto à análise da viabilidade da celebração de consórcios públicos visando à redução de custos fixos no desenvolvimento de softwares, requerida pelo Ministério Público, entendo que, apesar de ser uma alternativa interessante que, ao final, pode se mostrar viável, tal medida não se configura como uma exigência cuja omissão seja capaz de macular a escolha da Administração por outra modalidade de contratação de licenças de softwares. Isso porque os trâmites necessários à formação de um consórcio público, viabilizando o interesse e as necessidades de múltiplos atores, são, reconhecidamente, complexos e de difícil articulação, de forma que um estudo de viabilidade dessa alternativa, além de não ser garantia de que ela, efetivamente, venha a ocorrer, certamente oneraria de forma desproporcional a Administração, considerando-se a relação custo/benefício, não só pelo aspecto financeiro, mas, também, pelo tempo e esforço despendido, tornando o procedimento licitatório excessivamente complexo e oneroso.

As duas hipóteses não são necessariamente excludentes, especialmente porque o tempo de implantação e os interesses envolvidos não são os mesmos. Com esses fundamentos, considero regular a opção da Administração pela contratação de softwares proprietários. Contudo, diante das vantagens que a contratação de softwares livres geralmente oferece a longo prazo, recomendo ao gestor a adoção das medidas necessárias para que o Município esteja preparado para adquiri-los em futuras licitações.



Ante o exposto, esta unidade técnica considera regular este item.

IV) não comprovação nos autos da real necessidade de integração entre os módulos licitados ou da antieconomicidade da sua aquisição por diferentes empresas

O defendente alegou às fls. 522/528 que está dentro do poder discricionário do Município decidir sobre a integração dos módulos licitados, e a decisão se fundamentou na otimização dos processos e procedimentos, apresentando maior eficiência, bem como a realização das prestações de contas nos moldes exigidos por este Tribunal. Destacou, também, que no item 2, fls. 19 do Processo Pregão Presencial nº 012/2011, constava a seguinte justificativa: “ A existência de um sistema integrado de gestão pública permitirá o tratamento adequado das informações do Município, evitando situações de retrabalho na inserção de dados ... A comutação de informações é possível, porém, normalmente é onerosa, tornando inviável tal aplicação para os interesses da Administração.

A unidade técnica, às fls. 480/509, entendeu que deveria ser apresentado estudo ou documento comprobatório que justificasse a necessidade de integração entre os módulos licitados ou que comprovasse ser antieconômica a aquisição desses por diferentes empresas, pelo que persistia a irregularidade apontada.

Ao analisar o Anexo I do Edital Pregão Presencial nº 012/2011, foi constatada a justificativa, conforme indicado pelo defendente, e esta unidade técnica entende razoáveis os fundamentos apresentados e entende por sanado o apontamento inicial.

V) falta de distinção entre os serviços de trato sucessivo (locação de software e serviços pertinentes) e os de prestação instantânea (conversão de dados, implantação, interligação de sistemas, customização, treinamento) em relação ao prazo de duração do contrato e da possibilidade de sua renovação, desconsiderando, desta forma, a transparência e a objetividade, ao arripio do art. 40, I da Lei 8.666/93

O defendente não apresentou justificativas ou fatos que pudessem alterar o apontamento realizado pela unidade técnica em relação à falta de distinção entre os serviços de trato sucessivo e os de prestação instantânea.

Este Tribunal já se manifestou sobre este item nos autos da Denúncia nº 812546, no sentido de que não era possível dimensionar com clareza as diferenças entre os serviços de trato sucessivo e os serviços de prestação instantânea, senão vejamos:

Além de não ser possível identificar com clareza a diferenciação apontada, no edital estão ausentes os elementos que dimensionam a escala dos serviços acessórios, tais como: números de máquinas nas quais o software será instalado, número de horas/aula de treinamento, número estimado de horas de suporte técnico e assessoria técnica que não em loco, dentre outros. Acontece que tais informações já deveriam estar previstas no termo de referência, pois são indispensáveis para a formulação da proposta de comercial. Diante disso, entende-se, s.m.j., que procede a irregularidade quanto à falta de distinção entre os serviços de trato sucessivo e os de prestação instantânea em relação ao prazo de duração do contrato e da possibilidade sua renovação e quanto à falta de desagregação na proposta comercial dos custos relativos aos serviços de trato sucessivo e ao de prestação instantânea.

No mesmo sentido, não existe no presente edital um roteiro que a contratada deverá obedecer para instalação, configuração e conversão de dados existentes nos sistemas em

utilização, parametrização, adequação, testes, treinamento, suporte técnico, manutenção e atualização do sistema e dos serviços complementares.

Na Minuta de Contrato, à fls. 472/477, constam no Anexo IX, o prazo para a execução dos serviços de doze meses consecutivos a contar da data de assinatura do contrato e a possibilidade de sua renovação, nos termos do art. 57 da Lei 8.666/93.

Assim sendo, mantém-se a irregularidade nesse item.

VI) falta de desagregação na proposta comercial dos custos relativos aos serviços de trato sucessivo.

O Defendente destacou, às fls. 526, que o porte do Município quanto aos itens e e f, conforme a edital parte desses serviços em especial de prestação instantânea deve ser gratuito, fl. 89 do Pregão Presencial nº 012/2011. Ressaltou que a gratuidade de migração de dados e outros não foi contestada por nenhum dos licitantes. Ao final, observou que o pagamento somente seria realizado após a conferência do que foi realizado pela contratada.

As justificativas apresentadas não foram suficientes para modificar o entendimento da unidade técnica às fls. 480/509. Dessa forma, mantém-se o apontamento inicial.

Ao final, esclarece-se que, apesar das irregularidades apontadas, não há indícios nos autos que qualquer delas tenha causado diminuição patrimonial à municipalidade, não restando caracterizado dano ao erário.

4.2.2 Após a análise, restou caracterizado dano ao erário?

☐ Sim.

☒ Não.

5) PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

5.1 Ocorreu a prescrição da pretensão punitiva do Tribunal?

☒ Sim

☐ Não

Em caso afirmativo, especificar:

5.1.1 ☐ **Inciso I do art. 118-A (LC 102/2008)**

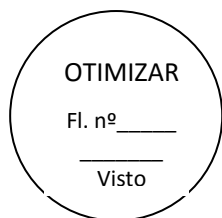
(mais de 5 anos da ocorrência dos fatos até a data da primeira causa interruptiva).

5.1.2 ☒ **Inciso II do art. 118-A (LC 102/2008)**

(mais de 8 anos contados da primeira causa interruptiva até o prazo para decisão de mérito).

5.1.3 ☐ **Parágrafo único do art. 118-A (LC 102/2008)**

(paralisação da tramitação processual em um setor por mais de cinco anos, no período compreendido entre a data da primeira causa interruptiva e o prazo para decisão de mérito).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Coordenadoria para Otimização da Análise de Processos - OTIMIZAR

5.2 Foi apurado dano ao erário?

☐ Sim

☒ Não

5.3 Existem elementos que justifiquem o prosseguimento do feito, para fins de ressarcimento?

5.3.1 ☒ - Não foi apurado ou quantificado dano ao erário.

5.3.2 ☐ - Sim, tendo em vista o valor significativo do dano e que os responsáveis foram devidamente identificados e citados para apresentarem a defesa.

5.3.3 ☐ - Não, tendo em vista a baixa materialidade do dano.

(aplicação do art. 117 da LC 102/2008 e do § 2º do art. 177 do Regimento Interno do TCEMG - inscrição dos responsáveis no cadastro de inadimplentes).

5.3.4 ☐ - Não, tendo em vista ausência de pressupostos para o desenvolvimento válido e regular do processo.

(os fatos ocorreram há mais de dez anos e os responsáveis pelo dano não foram identificados - art. 176, III do Regimento Interno do TCEMG)

5.3.5 ☐ - Não, tendo em vista ausência de pressupostos para o desenvolvimento válido e regular do processo.

(considerando os elementos constantes dos autos, que os fatos ocorreram há mais de dez anos e que os responsáveis não foram devidamente citados, restou caracterizado o prejuízo e ao contraditório e à ampla defesa - art. 176, III, do Regimento Interno do TCEMG).

Analista: Gleice Cristiane Santiago Domingues TC 2703-8

Assinatura:

Data: 23/08/17

Encaminho os presentes autos ao Ministério Público de Contas.

Belo Horizonte, 14/09/17

Cláudia Nunes Ávila Andrade – TC 2483-7

Coordenadora

Coordenadoria para Otimização da Análise de Processos – OTIMIZAR