

AUTOS DO PROCESSO Nº 944538 – 2014 (PILOTO)

AUTOS DO PROCESSO Nº 944595 – 2014 (APENSO)

1. RELATÓRIOS

1.1 DOS AUTOS Nº 944.538 - 2014

Tratam os presentes autos de denúncia interposta pela IBTECH Tecnologia da Informação Ltda., em face de supostas irregularidades no edital de Pregão Presencial nº 135/2014, Processo Licitatório nº 25562/14, promovido pela Prefeitura Municipal de Araguari, cujo objeto é a contratação de empresa especializada na área de informática para fornecimento de sistemas integrados de gestão pública e serviços de informática, para prestação de serviços de fornecimento de software – licença de uso dos sistemas de todos os módulos; treinamento e certificação de usuários; conversão e migração de dados pré-existentes de outros sistemas; instalações dos sistemas em todas as máquinas; manutenção de todos os módulos do sistema, conforme memorial descritivo e orçamento do Edital.

A exordial ingressou nesta Corte em 15/12/14, sob o protocolo nº 23920-11, fls. 01/30, e veio instruída com a documentos de fls. 31/217.

A Conselheira Presidente à época, Adriene Andrade, recebeu a documentação como denúncia, fl. 218, que, posteriormente, foi distribuída ao Conselheiro Relator José Alves Viana, fl. 219, que determinou, às fls. 220/221, a intimação da Secretária Municipal de Administração de Araguari, Sra. Mirian de Lima e do Pregoeiro, Sr. Daniel José Peixoto Santana, ambos subscritores do Edital, para que enviassem justificativas e esclarecimentos relativos às questões denunciadas, que entendessem pertinentes, bem como encaminhassem toda a documentação referente às fases interna e externa, incluindo o contrato, caso tivesse sido celebrado.

Intimados conforme demonstram os documentos de fls. 222/225, o Sr. Daniel José Peixoto Santana e a Sr.^a Mirian de Lima apresentaram a manifestação de fls. 229/234, bem como enviaram a documentação de fls. 235/1822.

A então Conselheira Presidente, Adriene Andrade, em despacho de fls. 1824/1825, relatou que, em razão da ausência do Relator, em férias coletivas, os autos foram à Presidência, com

fundamento no disposto nos arts. 147, III, e 197, § 3º, do Regimento Interno, momento em que proferiu o seguinte despacho:

“Tendo em vista que tramita nesta Corte a Denúncia n.º 944.595, de relatoria do Conselheiro José Alves Viana, que tem por objeto o mesmo certame, determino, preliminarmente, seu apensamento aos presentes autos para tramitação conjunta, nos termos regimentais.

Em seguida, os autos deverão ser enviados à Coordenadoria de Análise de Editais de Licitação – CAEL para análise da documentação juntada às fls. 229/1.822.

Cumprida essas determinações, os autos devem retornar ao Relator de origem.”

Então, passou-se à análise do edital em face das denúncias constantes nos autos n^{os} 944.538 e 944.595, por força do despacho de fls. 1824/1825 do processo 944.538, tendo concluído esta Unidade Técnica pela existência das seguintes irregularidades:

- 1. Diminuição do prazo de interstício entre a publicação do edital e a sessão de julgamento quando da nova publicação do edital;**
- 2. Exigência de declaração de inexistência de fato impeditivo;**
- 3. Previsão de 2 (dois) dias úteis para regularização da documentação de microempresa;**
- 4. Ausência de justificativa ao não parcelamento do objeto;**
- 5. Ausência de fundamentação à opção da compra em prejuízo a locação.**

Por último, entendeu a Unidade Técnica que, após os autos serem remetidos ao Ministério Público de Contas, o senhor Raul José de Belém, Prefeito Municipal; a senhora Mirian de Lima, Secretária Municipal de Administração e subscritora do edital, fl. 994, e o senhor Daniel José Peixoto Santana, Pregoeiro e subscritor do edital, poderiam ser citados para, querendo, apresentarem defesa quanto às irregularidades apontadas e a eventuais aditamentos do *Parquet* de Contas.

O Ministério Público de Contas, em sua manifestação preliminar de fls. 1846/1852, diante das irregularidades apontadas pelo Órgão Técnico e ratificadas, opinou pela **CITAÇÃO** do senhor Raul José de Belém, Prefeito Municipal; da senhora Mirian de Lima, Secretária Municipal de Administração e subscritora do edital, fl. 994, e do senhor Daniel José Peixoto Santana, Pregoeiro e subscritor do edital do Pregão Presencial n^o 135/2014, para, querendo, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, apresentassem defesa escrita, em observância aos corolários

constitucionais de ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Magna Carta de 1988, c/c artigo 307 da Resolução TCE nº 12/2008 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais) e, após o cumprimento das medidas de praxe, pugnou pelo envio à Unidade Técnica para manifestação e posterior retorno dos autos a este Órgão Ministerial, também para manifestação em sede de parecer conclusivo, nos termos dos artigos 152 e 153 da Resolução TCE nº 12/2008 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais).

Apresentada a defesa de fls. 1876/1889, acompanhada dos documentos de fls. 1890/1892, os presentes autos foram encaminhados à 4ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, que os devolveu a esta Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação tendo em vista ser de nossa competência a realização do reexame (fl. 1896).

1.2 DOS AUTOS Nº 944.595 -2014

Tratam os autos em epígrafe da denúncia apresentada pela empresa Betha Sistemas Ltda., em face de supostas irregularidades no edital de Pregão Presencial nº 135/2014, Processo Licitatório nº 25562/14, lançado pela Prefeitura Municipal de Araguari, cujo objeto é a contratação de empresa especializada na área de informática para fornecimento de sistemas integrados de gestão pública e serviços de informática; prestação de serviços de fornecimento de software – licença de uso dos sistemas de todos os módulos; treinamento e certificação de usuários; conversão e migração de dados pré-existentes de outros sistemas; instalações dos sistemas em todas as máquinas; manutenção de todos os módulos do sistema, conforme memorial descritivo e orçamento do Edital.

A exordial ingressou nesta Corte em 22/12/14, sob o protocolo nº 24403-11, fls. 01/19, e veio instruída com os documentos de fls. 20/103.

A então Conselheira Presidente, Adriene Andrade, recebeu a documentação como denúncia, fl. 104, que, posteriormente, foi distribuída ao Conselheiro Relator José Alves Viana, fl. 105.

Diante da ausência do Relator, em férias coletivas, os autos foram conclusos à então Presidente, que, apesar de constar na denúncia o pedido para suspensão cautelar do certame, deixou de apreciá-lo, pois ela fora protocolizada e recebida durante o recesso do Tribunal, em 22 de dezembro de 2014, sendo que a licitação estava prevista para 11 de novembro de 2014.

Na sequência, determinou a intimação da Secretária Municipal de Administração de Araguari, Sra. Mirian de Lima, e do Pregoeiro, Sr. Daniel José Peixoto Santana, ambos subscritores

do Edital, para que enviassem justificativas e esclarecimentos, que entendessem pertinentes, relativos às questões denunciadas, bem como remetessem toda documentação da fase interna e externa, incluindo o contrato, caso tivesse sido celebrado.

Devidamente intimados, conforme documento de fls. 108/111, o senhor Daniel José Peixoto Santana e a senhora Mirian de Lima manifestaram-se às fls. 114/119, informando que já havia sido realizado o envio da documentação referente à fase interna e externa do certame nos autos do Processo nº 944.538.

Conforme Termo de Apensamento de fl. 121, os presentes autos (944595) foram apensados aos autos do processo 944538, sendo este o principal.

É o relatório.

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

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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

[...]”

O Ministério Público de Contas assim analisou o item:

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

[...]

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

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

[...]

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

[...]

Assim, restou caracterizada a irregularidade arguida na exordial.

Os defendentes alegaram, em síntese, que

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

(...)

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

(...)

“Portanto, tendo em vista que não existem dúvidas de que o prazo legalmente previsto de 08 (oito) dias restou observado, nos termos dos dispositivos acima transcritos, não há que se falar em ilegalidade ou irregularidade com relação à republicação em análise. No mesmo sentido, sequer há de se considerar mero artigo retirado de blog na internet¹, no sentido de afastar a inequívoca previsão legal, cujo prazo mínimo foi observado.”

ANÁLISE

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

Lei 10.520/2002

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

(...)

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

Lei 8.666/93

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

[...]

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

Sobre o tema em comento a Consultoria Zênite² assim se posicionou:

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

² <https://www.zenite.blog.br/o-novo-prazo-de-publicidade-em-caso-de-modificacao-do-ato-convocatorio-no-pregao/> em 27/07/2018
C:\inetpub\wwwroot\sgap\TempFiles\25b69e6-a46c-4cb9-b1d5-b25cfac8b30c

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

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

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

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

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

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

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

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

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União já determinou a reabertura do “... prazo inicialmente estabelecido quando houver alteração do edital que afete a formulação de propostas, nos termos do art. 20 do Decreto nº 5.450/2005” (TCU,

Acórdão nº 930/2008 – Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j. em 21.05.2008. Item nº 9.3.2 do Acórdão. Destaque nosso).

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

Colacionamos, ainda, artigo retirado do endereço eletrônico <http://jus.uol.com.br>³, por ser bastante esclarecedor:

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

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

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

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

³ <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18351/a-publicacao-do-edital-resumido-da-licitacao-e-o-principio-da-publicidade>

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

- No dia 24/10/2014, conforme fls. 706/707, o edital nº 135/2014 foi publicado no “Correio Oficial” do Município de Araguari e na Gazeta do Triângulo, e a proposta e a documentação deveriam ser entregues no dia 11/11/2014 às 13:00 h, sendo a abertura dos envelopes na mesma data, perfazendo um total de **12 (doze) dias úteis** entre a data de publicação do aviso de licitação e a abertura das propostas com a sessão de julgamento.

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

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

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

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

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

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

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

2.2 DA EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FATO IMPEDITIVO

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

[...]

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

[...]

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

convocatório, por falta de amparo legal, uma vez que esta exigência se mostra desarrazoada.

[...]

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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

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

[...]

Assim, deve ser acolhido o apontamento de irregularidade.

Os defendentes alegaram, em síntese, que:

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

(...)

Frisou que “[...] uma vez apresentada toda a documentação legal prevista no edital, a referida declaração – formulada pela própria empresa – apenas corrobora esta regularidade documental. **Não havendo que se falar, pois, em frustração ao caráter competitivo do certame em virtude da redação do item 9.6.2, notadamente considerando que a totalidade das empresas, que tenham interesse em participar do procedimento licitatório ou não, é dotada de capacidade para emitir declaração que verse sobre suas próprias condições de trabalho.**”

(...)

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

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

ANÁLISE

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

Lei 10.520/2002

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

[...]

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

Lei 8.666/93

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

- I - habilitação jurídica;
- II - qualificação técnica;
- III - qualificação econômico-financeira;
- IV - regularidade fiscal.
- IV – regularidade fiscal e trabalhista;
- V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

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

- I - cédula de identidade;
- II - registro comercial, no caso de empresa individual;
- III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;
- IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;
- V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

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

- I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);
- II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
- III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;
- IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.
- IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

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

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

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

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

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

(...)

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

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

distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

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

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

Esta Unidade Técnica, por meio de sua análise inicial, concluiu, às fls. 1833/1833-v, que a denúncia é procedente quanto a esse apontamento, em razão de que a “[...] *Licitação em comento ocorreu em data posterior à entrada em vigor da Lei que modificou o prazo previsto no art. 43, § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006⁴, assim a cláusula editalícia denunciada agravou a situação das ME’s e EPP’s, afrontando cabalmente a intenção da legislação de dar tratamento diferenciado e favorecido às ME e EPP.*”

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

“Na sequência, verifica-se que o item 10.8 do edital trouxe a previsão do

⁴ Art. 43. [...] § 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. (Grifo nosso)

prazo de 02 (dois) dias úteis para a regularização de certidões por microempresas e empresas de pequeno porte.

[...]

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

[...]

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

Os defendentes alegaram, em síntese, que:

“[...], ante o pouquíssimo espaço de tempo entre a publicação da LC n. 147/2014, em agosto de 2014, e a publicação do Edital que se deu em outubro do mesmo ano, sendo que todos os procedimentos que envolvem a realização de uma Licitação já se encontravam em trâmite pelo menos desde junho de 2014, não há que se falar em ilegalidade cuja causa tenha sido por desídia dos ora Requeridos, no intuito de ludibriar, beneficiar ou prejudicar os licitantes, trata-se, em verdade, de eventual inabilidade no que diz respeito à ausência de adequação imediata à alteração legislativa, sendo que tal circunstância, nem em hipótese, representou qualquer prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito por parte dos Denunciados, motivo pelo qual, no máximo, dá ensejo à recomendações aos responsáveis.”

ANÁLISE

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

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

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

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

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

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

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

2.4 DA FALTA DE JUSTIFICATIVA PARA O NÃO PARCELAMENTO DO OBJETO

Esta unidade técnica, em sua análise de fls. 1833-V/1836, verificou que não constava no processo a justificativa técnica que viabilizasse o não parcelamento do objeto e demonstrasse a vantajosidade para a Administração na contratação da solução integrada de todos os 22 (vinte e

dois) módulos objeto do presente Pregão Presencial nº 35/2014, assim como os responsáveis, fls. 229/234, não apresentaram justificativa quanto ao item denunciado.

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

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

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

[...]

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

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

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

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

[...]

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

Os defendentes alegaram, em síntese, que:

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

ANÁLISE

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

2 – DO OBJETO

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

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

21. Sistema de Nota Fiscal Eletrônica;
22. Sistema de Portal de Transparência.

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

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

Ocorre que esta Corte⁵ decidiu que a operacionalização integrada em benefício da gestão coordenada e da visão articulada, tal qual ocorre com o objeto da licitação em tela, são atributos que validam a indivisibilidade do objeto. Vejamos:

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

Entendo, entretanto, que devem ser aferidas as condições para esse parcelamento caso a caso, cuja opção deve estar sujeita à devida explicitação de suas razões, como ensina o saudoso Professor Calos Pinto Coelho Motta⁶.

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

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

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

⁵ Denúncia n.º 812054. Rel. Conselheiro Sebastião Helvecio. Sessão do dia 27/09/2011.

⁶ MOTTA, Carlos Pinto Coelho Motta. Eficácia nas licitações e contratos. Del Rey. 11ª Ed. rev. atualiz. Belo Horizonte. 2008. P. 260.

[...]

VOTO

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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

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

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

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

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

A elaboração desse estudo decorre do princípio da motivação dos atos administrativos, fundamental para o controle do regular exercício do poder discricionário, especialmente num Estado Democrático de Direito. Sem motivação inexistente transparência e sem transparência não há controle. Por conseguinte, a falta de elementos para se aferir a relação de pertinência entre as razões de fato e de direito com a decisão do administrador público compromete a fiscalização confiada às Cortes de Contas, bem como o exercício do controle social.

[...]

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

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

[...]

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

[...]

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

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

[...] a meu sentir, o cerne da questão se configura tão somente com a ausência de motivação para a escolha pelos serviços / produtos licitados e, não, com a escolha efetuada pela Administração, que tem cunho indiscutivelmente discricionário.

[...]

Os defendentes alegaram, em síntese, que:

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

Colacionou entendimento do Tribunal de Contas da União no sentido de que as falhas formais não maculam significativamente a gestão e tampouco resultam em dano ao erário (TCU –

Prestação de Contas n. 008.458/2004-1 - Segunda Câmara – Rel. Min. Benjamin Zymler – DOU em 06/03/2009).

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

ANÁLISE

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

Joel de Menezes Niebuhr⁷ ensina-nos que

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

Em outra passagem, Joel de Menezes Niebuhr⁸ ensina-nos que

“A descrição do objeto do futuro contrato deve ser realizada com toda a preocupação, valendo-se a Administração de estudos técnicos sólidos, para definir, de

⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte. Fórum, 2011. P. 257.

⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte. Fórum, 2011. P. 261.
C:\inetpub\wwwroot\sgap\TempFiles\25b69e6-a46c-4cb9-b1d5-b25cfac8b30c

maneira precisa, o que realmente contempla o interesse público. Ora, é necessário que a Administração saiba o que quer e, para tanto, não há outro caminho afora o de procurar conhecer as possibilidades ofertadas no mercado, consultando especialistas a respeito do objeto que se pretenda contratar. ” GN

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

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

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

3. CONCLUSÃO

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

- 2.1. Alteração do edital sem reabertura do prazo inicialmente estabelecido;**
- 2.2. Exigência restritiva de declaração de inexistência de fato impeditivo;**

2.3. Previsão de 2 (dois) dias para regularização de documentação de microempresa;

2.4. Ausência de fundamentação quanto à opção da compra em prejuízo da locação.

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

À consideração superior.

DFME/CFEL, 03 de agosto de 2018.

Filipe Eugênio Maia Ballstaedt
Analista de Controle Externo
TC - 1457-2