

## ANÁLISE INICIAL

**PROCESSO Nº:** 1141473

**NATUREZA:** Denúncia

**RELATOR:** Conselheiro Subst. Adonias Monteiro

**DATA DE AUTUAÇÃO:** 08/03/2023

## DADOS DA LICITAÇÃO

**PROCESSO LICITATÓRIO Nº:** 021/2023

**PREGÃO ELETRÔNICO Nº:** 003/2023

**ENTIDADE LICITANTE:** Prefeitura Municipal de São Tiago

**OBJETO:** Contratação de empresa especializada em serviços técnicos para consultoria em Educação, com oferta de plataforma de gestão educacional, com licença de uso de software com atualizações que garantam as alterações legais, corretivas e evolutivas, incluindo serviços de implantação, treinamento, suporte e atendimento técnico de todos os módulos e assistência humana especializada para resolução de todos os temas tratados através da plataforma.

**MODALIDADE:** Pregão Eletrônico

**TIPO:** Menor preço.

**DATA DE PUBLICAÇÃO:** 25/02/2023

## 1. INTRODUÇÃO

Trata-se de Denúncia formulada por A Consultoria EIRELI, com pedido liminar, em face de supostas irregularidades no Processo Licitatório nº. 021/2023, Edital nº. 004/2023, Pregão Eletrônico nº. 003/2023, deflagrado pela Prefeitura Municipal de São Tiago, que tem por objeto a contratação de empresa especializada em serviços técnicos para consultoria em Educação, com oferta de plataforma de gestão educacional, com licença de uso de software com atualizações que garantam as alterações legais, corretivas e evolutivas, incluindo serviços de implantação, treinamento, suporte e atendimento técnico de todos os módulos e assistência humana especializada para resolução de todos os temas tratados através da plataforma.

A Denunciante aponta, em síntese, a existência das seguintes irregularidades:

1. Da exigência de declaração de disponibilidade de profissional graduado em ciências da computação;

2. Da exigência de declaração autoral e de responsabilidade pelos textos explicativos;
3. Da gratuidade dos serviços que se pretende contratar através da plataforma de gestão educacional e da indevida contratação de módulos pedagógico e legislação.
4. Da falta de razoabilidade no estabelecimento de tempo máximo para resposta às consultas;
5. Da falta de especificações técnicas e funcionalidades do software a ser contratado;
6. Da subjetividade da prova de conceito;
7. Do suposto direcionamento do certame

Após o autuação, recebimento e distribuição da Denúncia, o Conselheiro Relator Adonias Monteiro determinou a intimação do Sr. Alexandre Nonato Almeida Vivas, Prefeito Municipal e subscritor do Edital, e da Sra. Elizabeth Márcia dos Santos, Secretária Municipal de Educação e subscritora do Termo de Referência, para que encaminhassem cópia dos documentos atualizados relativos às fases interna e externa do certame, inclusive a ata da sessão de abertura das propostas e o mapa de apuração de lances, e apresentassem os esclarecimentos necessários à elucidação dos fatos denunciados (peça nº. 06, SGAP).

Na oportunidade, o Relator entendeu por bem adiar a análise do pleito cautelar para depois de estabelecido o contraditório.

Devidamente intimado, o Prefeito apresentou esclarecimentos e juntou cópia integral do procedimento administrativo licitatório (peça nº11, SGAP). Em sua manifestação, requereu seja a Denúncia julgada improcedente, por ausência de irregularidades no Pregão. Na oportunidade, informou que o Pregão Eletrônico nº. 003/2022 encontra-se em fase de adjudicação, *“na espera de decisão desta Corte para a autoridade superior proceder a Homologação/Revogação, conforme orientação exarada”*.

Em seguida, os autos retornaram ao Conselheiro Relator que, em juízo inicial, verificando a presença de *periculum in mora* inverso, indeferiu o pedido liminar nos seguintes termos (peça nº. 13, SGAP):

Nesse juízo inicial cautelar, à míngua de indícios de prejuízo ao certame ou ao erário, é importante reforçar que, nos autos da Denúncia n. 1141277, da relatoria do conselheiro Mauri Torres, na qual foram apresentados apontamentos pela ora denunciante idênticos aos apontamentos dos autos em exame, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – Cfel chegou à seguinte conclusão:

Após a análise, esta Unidade Técnica se manifesta pela improcedência da Denúncia no que se refere aos seguintes apontamentos:

- Da exigência de declaração de disponibilidade de profissional graduado em ciências da computação;

- Da indevida contratação de módulos pedagógico e legislação, tendo em vista que estão disponíveis em sítios eletrônicos públicos;
- Da falta de razoabilidade no estabelecimento de tempo máximo para resposta às consultas;
- Da falta de especificações técnicas e funcionalidades do software a ser contratado;
- Da subjetividade da prova de conceito.

Por outro lado, manifesta-se pela procedência da Denúncia no que se refere aos seguintes apontamentos:

- Da exigência de declaração autoral e de responsabilidade pelos textos explicativos.

Ao final, a Cfel sugeriu o indeferimento da medida liminar pleiteada pela ora denunciante, o que foi acolhido pelo relator:

À vista do exposto, em face da manifestação da Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação que considerou não haver justificativa para interrupção da licitação, acolho a fundamentação constante do relatório técnico como razão de decidir **e indefiro o pedido de concessão de medida liminar** formulado pela Denunciante, uma vez que, não se evidencia, no juízo sobranceiro que caracteriza a tutela cautelar, lesão aos interesses do erário, conforme destacado anteriormente. (Destaque do original)

De fato, aliado à ausência de indícios de dano ao erário, tal como destacado pela Cfel naqueles autos, percebo que, em perigo de dano inverso ao interesse público, a suspensão do procedimento no estágio em que se encontra carrega maior potencial lesivo ao interesse público do que o seu estreito acompanhamento ao longo deste processo, uma vez que o objeto da licitação é imprescindível ao interesse público, notadamente por se tratar de prestação de serviços relativos à área da educação.

Nessa linha, diante da ausência de indícios de relevante prejuízo ao interesse público ou ao erário, entendo que a paralisação do certame e a conseqüente repetição de atos ou a deflagração de outros procedimentos pode acarretar custos superiores a hipotéticos benefícios. Essa vem sendo a linha adotada pelo Tribunal de Contas da União – TCU, a exemplo do que foi decidido nos Acórdãos 1.908/2008-TCU-Plenário, relator ministro Aroldo Cedraz, e 1.457/2014-TCU-Plenário, relator ministro substituto Augusto Sherman.

Diante do exposto, (i) à míngua de demonstração de efetivo prejuízo ao interesse público ou ao erário; (ii) diante do risco de dano inverso com a suspensão do certame pela essencialidade e natureza dos serviços pretendidos; e, por fim, (iii) percebendo prejuízos concretos com a deflagração de outros atos ou procedimentos para suprir as necessidades administrativas, nesse juízo perfunctório e urgente, indefiro o pleito liminar, sem prejuízo da propositura de outras medidas ao longo ou ao fim da instrução.

Por fim, vieram os autos a esta Unidade Técnica para análise inicial.

## 2. ANÁLISE DOS FATOS DENUNCIADOS

### 2.1 Apontamento:

Da exigência de declaração de disponibilidade de profissional graduado em ciências da computação

#### 2.1.1 Alegações da Denunciante:

A Denunciante alega, em síntese, que o item 7, “a”, do Termo de Referência, é abusivo, ao exigir declaração de disponibilidade de um profissional graduado em Ciências da Computação.

Aduz que a referida exigência é desnecessária e restringe a competitividade uma vez que o objeto a ser contratado consiste na gestão da plataforma educacional. Justifica que o software será entregue finalizado, apto a ser implantado na Administração e posto em funcionamento, prescindindo da figura do profissional com nível superior em ciências da computação.

### **2.1.2 Documentos e informações apresentados:**

Edital Pregão Eletrônico nº. 003/2023 e seus anexos (peça nº. 2, SGAP).

### **2.1.3 Análise do apontamento:**

O Termo de Referência, no item 07, “Obrigações da Licitante”, prevê a seguinte exigência, como documentação referente à qualificação técnica:

Apresentação no ato de assinatura do instrumento contratual de quadro de pessoal técnico diretamente responsável pela prestação dos serviços, indicando formação acadêmica, e responsabilidade no processo, contendo, no mínimo:

- a. **Um profissional de nível superior, com a respectiva graduação em Ciências da Computação.**
- b. Um profissional de nível superior, com a respectiva graduação em Pedagogia.
- c. Um profissional de nível superior, com a respectiva graduação na área de direito e portador de OAB. (G.n.)

O TR previu, ainda, que a comprovação do vínculo do profissional à empresa licitante dar-se-á pelas seguintes formas:

- a) No caso de vínculo empregatício: cópia da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), expedida pelo Ministério do Trabalho, contendo as folhas que demonstre o nº. de registro, qualificação civil, contrato de trabalho e última alteração de salário;
- b) No caso de vínculo societário: ato constitutivo da empresa devidamente registrado no órgão de Registro de Comércio competente, do domicílio ou sede da licitante;
- c) No caso de profissional autônomo contratado, contrato de prestação de serviço firmado pelas partes e devidamente registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos

Pois bem. Acerca da exigência de comprovação do vínculo da licitante com o responsável técnico, a Lei nº. 8.666/93 dispõe:

Art. 30. [...]

[...]

§ 1º [...]

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, **na data prevista para entrega da proposta**, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (G.n.)

Esta Corte já se manifestou sobre o tema, *in verbis*:

DENÚNCIA. CONCORRÊNCIA. EXIGÊNCIA DE ATESTADO TÉCNICO-OPERACIONAL EM NOME DA LICITANTE. RESPONSÁVEL TÉCNICO INTEGRANTE DO QUADRO PERMANENTE DA EMPRESA. LEGALIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

[...]

2. Considera-se regular a obrigatoriedade de o responsável técnico integrar o quadro permanente da empresa **na data da entrega da proposta**, desde que se admita o vínculo societário, trabalhista ou civil. (Denúncia nº 987406, Rel. Cons. Subst. Hamilton Coelho, 1ª Câmara, acórdão publicado em 05/02/2018) (destaque nosso)

Portanto, quanto ao momento da comprovação do vínculo com o responsável técnico, o instrumento convocatório está em consonância com o texto legal e com a jurisprudência. Nota-se, no momento de habilitação, exige-se das licitantes somente a apresentação de declaração de disponibilidade dos responsáveis técnicos, sendo que o vínculo em si deverá ser comprovado em momento posterior.

Além disso, impende ressaltar que esta Corte de Contas, embora tenha considerado legítima a exigência de comprovação do vínculo com o responsável técnico, já entendeu que a expressão “integrante de quadro permanente” deve ser interpretada de forma ampla, abarcando não só os vínculos empregatícios ou societários, mas também aqueles de natureza civil.

Vejamos:

DENÚNCIA. CONCORRÊNCIA. EXIGÊNCIA DE ATESTADO TÉCNICO-OPERACIONAL EM NOME DA LICITANTE. RESPONSÁVEL TÉCNICO INTEGRANTE DO QUADRO PERMANENTE DA EMPRESA. LEGALIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

[...]

2. Considera-se regular a obrigatoriedade de o responsável técnico integrar o quadro permanente da empresa na data da entrega da proposta, desde que se admita o vínculo societário, trabalhista ou civil. (Denúncia nº 987406, Rel. Cons. Subst. Hamilton Coelho, 1ª Câmara, acórdão publicado em 05/02/2018)

\*\*\*

EDITAL DE LICITAÇÃO. DENÚNCIAS. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA URBANA. PRELIMINAR DE MÉRITO. [...] RESPONSÁVEL TÉCNICO INTEGRANTE DO QUADRO PERMANENTE DA EMPRESA. [...].

[...]

7. A jurisprudência deste Tribunal de Contas considera regular a existência de que o responsável integre o quadro permanente da empresa, desde que não restrinja o vínculo apenas ao celetista ou que a exigência se dê antes da entrega da proposta. (Edital de Licitação nº 839032, Rel. Cons. Subst. Hamilton Coelho, 1ª Câmara, acórdão publicado em 21/08/2017)

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, sobre o tema, editou a Súmula nº 25, *in verbis*:

SÚMULA Nº 25 – Em procedimento licitatório, a comprovação de vínculo profissional pode se dar mediante contrato social, registro na carteira profissional, ficha de empregado ou contrato de trabalho, sendo possível a contratação de profissional autônomo que preencha os requisitos e se responsabilize tecnicamente pela execução dos serviços.

Com relação à exigência de vínculo com profissional graduado em ciência da computação, o Prefeito Municipal, fazendo menção às justificativas fornecidas pela Secretária Municipal de Educação, Sra. Elizabeth Márcia dos Santos, justificou a necessidade nos seguintes termos:

Em relação ao profissional de computação, ressalta-se a sua importância para garantir o funcionamento da plataforma adquirida que disponibiliza os cursos para os profissionais, e sua ajuda suporte ao uso das plataformas governamentais que frequentemente apresentam problemas, e são muitas, SIMEC, SETE, PAR, dentre outras. Fornecerem suporte aos profissionais da educação para uso das plataformas e sistemas é também necessidade da pasta, já que nem todos os profissionais da área tem facilidade com manejo de equipamentos eletrônicos e sistemas. (peça nº. 11, SGAP) (G.n.)

Assim, considerando que o objeto da presente licitação consiste na gestão de software educacional, é razoável exigir profissional graduado em ciências da computação no ato de assinatura do contrato, tornando o subitem examinado compatível com as disposições do artigo 30, §1º, inciso I da Lei nº. 8.666/1993 e com o objeto descrito no Edital do Pregão Eletrônico nº. 003/2023.

Isso posto, considera-se improcedente o presente apontamento.

**2.1.4 Objeto no qual foi identificado o apontamento:** Edital de Pregão Eletrônico nº. 003/2023.

**2.1.5 Conclusão:** Pela improcedência do apontamento.

**2.1.6 Critérios:**

- Lei nº. 8666/1993, artigo 30, §1º, inciso I;
- Acórdão Tribunal de Contas de Minas Gerais, Denúncia nº. 987406, Primeira Câmara, Ementa, de 2018;
- Acórdão Tribunal de Contas de Minas Gerais, Edital de Licitação nº. 839032, Primeira Câmara, Ementa, de 2017;
- Súmula nº. 25, Tribunal de Conta de São Paulo, 2005;
- Acórdão Tribunal de Contas da União nº. 1446, Plenário, de 2015.

**2.2 Apontamento:**

Da exigência de declaração autoral e de responsabilidade pelos textos explicativos

### **2.2.1 Alegações da Denunciante:**

Em suma, a Denunciante alega que o Termo de Referência exige, no subitem 7, “declaração autoral e de responsabilidade pelos textos explicativos de cada legislação da educação em âmbito estadual e federal”, exigência que considera abusiva e confusa.

Segundo a Denunciante, o Edital não explicou o motivo para exigir tal declaração, tampouco como seria confeccionado o documento, citando como exemplo, se seria por meio de especializações, artigos publicados, pós-graduações, etc.

### **2.2.2 Documentos e informações apresentados:**

Edital de Pregão Eletrônico nº. 003/2023 e seus anexos (peça nº. 2, SGAP).

### **2.2.3 Análise do apontamento:**

Vejamos o que exige o Edital acerca da declaração mencionada pela Denunciante:

07 – Obrigações da Licitante

(...)

Apresentação no ato da habilitação de declaração autoral e de responsabilidade pelos textos explicativos de cada legislação (leis, decretos, portarias, resoluções e outros) da educação em âmbito Estadual e Federal.

O Prefeito Municipal não abordou este tópico especificamente nos esclarecimentos prestados.

Pois bem. É cediço que a definição do objeto do certame de forma clara, concisa e objetiva, se encontra situada no campo de discricionariedade administrativa. Compete à própria Administração Pública, portanto, especificar o objeto de acordo com as necessidades diagnosticadas pelo setor requisitante, definindo-se, em seguida, a melhor forma de suprimento de tais carências por meio das futuras contratações.

O mérito da decisão administrativa, no entanto, não deve exorbitar a margem de liberdade consignada em lei. Além de respeitar os limites legais, as aquisições devem sempre guardar uma relação de proporcionalidade com a prestação do serviço público, sendo adequadas e necessárias aos fins a que se destinam. Nesse sentido, o art. 3º, §1º, I, da Lei nº. 8.666/93, veda a inclusão de cláusulas que frustrem o caráter competitivo do certame:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade

administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§1º. É vedado aos agentes públicos:

**I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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;

No mesmo sentido, a Constituição Federal estabelece que as exigências referentes à habilitação, consignadas nos editais de licitação, devem se limitar apenas às estritamente necessárias a garantir a adequada execução do objeto, conforme art. 37, XXI, *in verbis*:

Art. 37 [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual **somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.** (destaque nosso)

Além disso, tratando-se de documentação exigida para fins de habilitação, a Lei de Licitações é ainda mais rigorosa. A fase de habilitação do processo licitatório tem como objetivo a verificação da capacidade e da idoneidade do licitante em executar o objeto da contratação, por meio da documentação exigida no instrumento convocatório. Em relação à qualificação técnica o art. 30 da lei prevê, de forma taxativa, o rol de documentos que poderão ser exigidos:

**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. (G.n)

O Tribunal de Contas da União, há muito, possui jurisprudência sobre a ilegalidade/inconstitucionalidade da realização de exigências excessivas na fase de habilitação:

As exigências relativas à qualificação técnica devem ser motivadas e se ater ao mínimo necessário à execução do objeto, de modo a evitar a restrição ao caráter competitivo do certame. (Acórdão 450/2008-Plenário | Relator: RAIMUNDO CARREIRO)

Esse também é o entendimento deste Tribunal de Contas:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO ELETRÔNICO. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS. AFASTAMENTO. MÉRITO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA INCOMPATÍVEL COM O OBJETO LICITADO. DECISÃO IMOTIVADA NO RECURSO ADMINISTRATIVO. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO.1. Compete a esta Corte de Contas fiscalizar os procedimentos licitatórios, de modo especial os editais, as atas de julgamento e os contratos celebrados, incluindo-se nessa competência, também, a análise da habilitação da licitante vencedora que supostamente não atendeu aos requisitos previstos no edital de licitação, nos termos do art. 3º, XVI, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008.2. **Na fase de habilitação, a Administração não pode fazer exigências indevidas e impertinentes, conforme prescreve o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n. 8.666/1993, a ponto de comprometer o caráter competitivo do certame, devendo tão somente constituir garantia mínima suficiente de que o futuro contratado detém capacidade para cumprir as obrigações contratuais.**3. O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. [DENÚNCIA n. 1109965. Rel. CONS. EM EXERC. ADONIAS MONTEIRO. Sessão do dia 04/08/2022. Disponibilizada no DOC do dia 16/08/2022. Colegiado. SEGUNDA CÂMARA.] (G.n.)

Dessa forma, uma vez que a declaração exigida no item 7 do Termo de Referência não possui amparo no art.30, da Lei nº. 8.666/1993, tal exigência é irregular. E, ainda que tal exigência tivesse sido realizada apenas como especificação do objeto, entende esta Unidade Técnica que seria irregular, uma vez que limita injustificadamente a competitividade do certame.

Isso posto, entende esta Unidade Técnica pela **procedência** da Denúncia quanto a este apontamento.

**2.2.4 Objeto no qual foi identificado o apontamento:** Edital de Pregão Eletrônico nº. 003/2023.

**2.2.5 Conclusão:** Pela procedência.

**2.2.6 Critérios:**

- Constituição Federal, de 1988, art. 37, inciso XXI;
- Lei Federal nº. 8666/93, art. 3º, §1º, I e art. 30, caput e I a IV;
- Acórdão 450/2008-Plenário | Relator: Raimundo Carreiro
- Denúncia n. 1109965. Rel. Conselheiro em Exercício Adonias Monteiro. Sessão do dia 04/08/2022. Disponibilizada no DOC do dia 16/08/2022. Colegiado. Segunda Câmara.

**2.2.7 Dano ao erário:** Com base nas informações contidas nos autos, não foram apurados danos ao erário.

### **2.2.8 Responsável e medidas aplicáveis:**

Esta Unidade Técnica indica como responsável a Sra. Elizabeth Márcia dos Santos, Secretária Municipal de Educação, por subscrever o Termo de Referência do Pregão Eletrônico nº. 003/2023, que contém cláusula restritiva ao exigir declaração autoral e de responsabilidade pelos textos explicativos de cada da educação em âmbito estadual e federal. A inserção, no instrumento convocatório, de cláusula que extrapola os requisitos de qualificação técnica prevista no art. 30 da Lei nº. 8666/93 configura restrição indevida à competitividade. Tratando-se de tema com jurisprudência pacífica sobre o assunto, é razoável afirmar que era possível ao responsável, na condição de pregoeira, ter consciência da ilicitude do ato que praticara.

Após o devido contraditório – entendendo este Tribunal pela ocorrência de dolo ou erro grosseiro (nos termos do art. 28 do Decreto Lei nº. 4.657/1942, incluído pela Lei nº. 13.655/2018) –, poderá ser aplicada multa de até 100% (cem por cento) de R\$ 58.826,89 (cinquenta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e nove centavos), por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (caput e inciso II do art. 85 da Lei Complementar Estadual nº. 102/2008 c/c Portaria nº 16/Pres./16).

### **2.3 Apontamento:**

Da gratuidade dos serviços que se pretende contratar através por meio da plataforma de gestão educacional e da indevida contratação de módulos pedagógico e legislação

#### **2.3.1 Alegações da Denunciante:**

De acordo com a Denunciante, os módulos descritos nos subitens 4.1.7 (módulo pedagógico) e 4.1.8 (módulo legislação) são facilmente localizados na internet de forma gratuita, disponíveis em sítios eletrônicos públicos, tais como, Planalto (<https://legislacao.presidencia.gov.br/>), ALMG - Assembleia Legislativa de Minas Gerais (<https://www.almg.gov.br/atividade-parlamentar/leis/legislacao-mineira/>), MEC – Ministério da Educação (<http://portal.mec.gov.br/conselho-nacional-de-educacao/atos-normativos--sumulas-pareceres-e-resolucoes>), FNDE – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (<https://www.fnnde.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao>), SEE MG – Secretaria

de Estado da Educação de Minas Gerais (<https://www2.educacao.mg.gov.br/sobre/legislacao>), etc.

Além disso, argumenta que o serviço objeto do certame pode ser obtido gratuitamente pela Secretaria de Educação do Município através da Plataforma CONVIVA, utilizada por 92% dos Municípios do país, que possui todas as funcionalidades, ferramentas e recursos do software que está sendo licitado. Afirma, nesse sentido, que a escolha pela contratação de softwares pagos demanda recursos públicos, sendo imperiosa a justificativa legal, técnica ou econômica no instrumento convocatório.

### **2.3.2 Documentos e informações apresentados:**

Edital Pregão Eletrônico nº. 003/2023 e seus anexos (peça nº. 2, SGAP).

### **2.3.3 Análise do apontamento:**

O conteúdo a ser contratado nos módulos pedagógico e licitação, de acordo com o Termo de Referência, é o seguinte:

#### **2. Pedagógico**

- Repositório de informações com legislação educacional comentada (por texto, ou vídeo)
- Repositório de cursos relacionados a planejamento pedagógico e planos de aula, com no mínimo 100 (cem) horas de carga horária inicial e atualização com, no mínimo 10 (dez) horas mensais, contemplando fundamentações pedagógicas diversas, ministrados por profissionais especializados, acesso autorizado pela Secretaria de Educação, por níveis de perfil e emissão automática de certificado de participação, ao se concluir cada curso.
- Repositório para acesso à Base Nacional Comum Curricular (BNCC), com busca por palavra-chave, por código alfanumérico, campo de experiência e, ou componente curricular, com sugestão de planejamento curricular e formas de enfoque pedagógico de cada habilidade prevista para Educação Infantil e Ensino Fundamental;
- Repositório com sugestão de atividades pedagógicas contendo no mínimo 1 (uma) atividade para habilidade prevista na BNCC, contemplando Educação Infantil e Ensino Fundamental e atualização com acréscimo de, no mínimo, 20% (vinte por cento) de novas atividades a cada mês. Sistema de busca de atividades por código alfanumérico das atividades.
- Atendimento humano destinado à compreensão e discussão dos temas apresentados nos cursos e no material gráfico pedagógico disponibilizado, com técnicos especializados, com tempo de resposta de, no máximo, 30 (trinta minutos) após o cadastramento do chamado.

#### **3. Legislação**

- Repositório de informações, com toda a legislação educacional existente no país (leis, decretos, portarias, resoluções, pareceres), atualizados no mesmo dia da publicação de novos atos legais, organizados por temas, com acesso liberado para profissionais autorizados pelos municípios, com interpretação discutida por profissionais especializados, em textos, áudio e vídeo.
- Repositório com análise de editais de programas educacionais publicados por Estados e União, apresentados na data de publicação, analisados em texto, áudio e vídeo por profissionais especializados.

- Atendimento humano destinado à compreensão do processo de análise, interpretação, elaboração de planos de trabalho e prestação de contas, com técnicos especializados, com tempo de resposta de, no máximo, 30 (trinta minutos) após o cadastramento do chamado.

O Prefeito Municipal, em seus esclarecimentos, afirmou que a Administração Pública optou pela contratação dos módulos porque além da consulta às informações sobre legislações e programas, a Secretaria da Educação visa a contratação de consultoria educacional que auxilie o Município a monitorar as ações que devem ser tomadas na gestão educacional, para que a administração não perca prazos e recursos, por ausência de informações.

Em análise à descrição dos módulos, ao contrário do alegado pela Denunciante, verifica-se que a plataforma a ser contratada pela Administração Pública exige diversos serviços além da disponibilização da legislação educacional, encontrada nos sítios eletrônicos públicos e gratuitos.

Como afirmado no tópico anterior, é cediço que a definição do objeto do certame de forma clara, concisa e objetiva, se encontra situada no campo de discricionariedade administrativa. Compete à própria Administração Pública, portanto, especificar o objeto de acordo com as necessidades diagnosticadas pelo setor requisitante, definindo-se, em seguida, a melhor forma de suprimento de tais carências por meio das futuras contratações.

Nesse sentido, dispõe a Lei nº. 10.520/2002, em seu artigo 3º, *in verbis*:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

[...]

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

O mérito da decisão administrativa, no entanto, não deve exorbitar a margem de liberdade consignada em lei. Além de respeitar os limites legais, as aquisições devem sempre guardar uma relação de proporcionalidade com a prestação do serviço público, sendo adequadas e necessárias aos fins a que se destinam.

Nesse sentido, leciona Joel de Menezes Niebuhr:

**A atividade de definição do objeto da licitação pública é eminentemente discricionária. Compete ao agente administrativo avaliar o que o interesse público demanda obter mediante contrato para desenvolver satisfatoriamente as atividades administrativas.** Daí, em primeiro lugar, o objeto do contrato de ser definido com vistas aos recursos orçamentários previstos para o respectivo órgão, pois se deve adequar os dispêndios decorrentes de contrato administrativo com a entrada das importâncias necessárias para realizar os respectivos pagamentos aos contratados. Ademais, o órgão provavelmente possui várias demandas à espera de contrato administrativo, só que nem todas podem ser contempladas, o que compele priorizar umas em detrimento de outras, ou, até mesmo, contratar objetos não tão complexos e caros, visando a economizar valores a atender a número maior de demandas.

**Pois bem, importa que a definição do objeto da licitação e todas as suas especificidades são atividades entregues à discricionariedade dos agentes administrativos, que devem sentir o quadro social, político e econômico, bem como priorizar as demandas a serem atendidas pela Administração Pública.**

**Não obstante tais considerações, toda competência discricionária é limitada. [...].**

[...]

Isso significa que o agente administrativo, no uso de sua competência discricionária, não pode escolher o objeto que pessoalmente lhe convenha, salientando características que não sejam relevantes para a consecução do interesse público, mas que sirvam a restringir o acesso à licitação, direcionando-a a pessoas predeterminadas.

Os agentes administrativos devem especificar o objeto da licitação em detalhe, a fim de distinguir durante a licitação aqueles de boa qualidade dos de má qualidade. No entanto, os agentes administrativos não podem particularizar características irrelevantes e impertinentes do objeto licitado para a satisfação do interesse público. **Os agentes administrativos, seguindo essa linha, podem exigir no edital todas as especificações que encontrem justificativa em interesse público.** (NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 5ª. Ed. Belo Horizonte, Fórum, 2022, p. 463/464). (G.N.)

No caso em tela, as exigências feitas nos módulos delimitando o objeto guardam compatibilidade com o escopo da contratação e se restringem ao juízo de oportunidade e conveniência da administração.

Os requisitos de repositórios de informações com legislação educacional comentada, de cursos relacionados a planejamento pedagógico, de sugestão de atividades pedagógicas, dentre outros serviços previstos no módulo pedagógico, foram feitos com vistas a atender as necessidades do Município de São Tiago no setor educacional.

Em detrimento da legislação seca disponível nos sítios eletrônicos como suscitado pela Denunciante, a Administração Pública optou pela contratação dos serviços descritos no módulo “Legislação”, o que se mostra razoável, pois a aquisição do módulo inclui a legislação educacional compilada e interpretada, além de análises de editais de programas educacionais e atendimento humano destinado à compreensão do processo de análise, interpretação, elaboração de planos de trabalho e prestação de contas, com técnicos especializados.

Pode-se concluir, portanto, que a definição dos módulos não compete à Denunciante e nem mesmo a este Tribunal, mas sim ao próprio setor requisitante, pois é ele quem detém

conhecimento acerca da realidade vivenciada pelo órgão, de suas necessidades e da melhor forma de supri-las mediante novas aquisições.

O Tribunal de Contas da União tem jurisprudência consolidada no sentido de que a eleição de exigências editalícias, desde que necessária e adequadas, se insere no campo da discricionariedade administrativa:

Insera-se na esfera de discricionariedade da Administração a eleição das exigências editalícias consideradas necessárias e adequadas em relação ao objeto licitado, com a devida fundamentação técnica. (...) Acórdão 2730/2015-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS.

Esse entendimento vai ao encontro da decisão desta Corte de Contas, constante na Denúncia nº. 1082549, de Relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz. Confira-se:

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO. FORNECIMENTO DE APARELHO DE ULTRASSOM. USO HOSPITALAR. EXIGÊNCIAS DE UTILIZAÇÃO DO SISTEMA OPERACIONAL WINDOWS E DE PAINEL DE CONTROLE ROTACIONAL. IMPROCEDÊNCIA. Ressai dos elementos carreados aos autos que **as exigências estipuladas no ato convocatório se coadunaram com as normas de regência das licitações públicas e denotaram juízo legítimo de conveniência e oportunidade, próprio da discricionariedade administrativa.**

[...]

De fato, o edital previu, no descritivo consolidado no Anexo I, a exigência de “Painel de controle com ajuste rotacional” (fl. 54). Na esteira dos fundamentos lançados no relatório da Unidade Técnica, também corroborados pelo Parquet de Contas (fls. 91 a 93), considero as regras estatuídas pela Administração municipal, à semelhança do item anterior, **denotaram escolhas legítimas e discricionárias do gestor municipal, em juízo de conveniência e oportunidade, observadas as normas de regência das licitações e a razoabilidade da medida.**

Assim, por não vislumbrar mácula ao certame, nesse particular, julgo improcedente o apontamento denunciado e examinado neste tópico. (Denúncia nº. 1082549, Rel. Cons. Gilberto Diniz, Segunda Câmara. Data de Publicação: 04/02/2021) (G.N.)

Por outro lado, quanto à utilização de software pago em detrimentos de softwares disponibilizados gratuitamente, esta Corte de Contas já decidiu que tal escolha também se insere no juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública, devendo esta opção estar devidamente justificada nos autos do processo licitatório:

DENÚNCIA. TOMADA DE PREÇOS PUBLICADO POR PREFEITURA MUNICIPAL. LOCAÇÃO OU LICENCIAMENTO DE SOFTWARE DE GESTÃO PÚBLICA. [...]. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA ESCOLHA PELA AQUISIÇÃO DE LICENÇA DO SOFTWARE. APONTAMENTO SANADO APÓS A APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVAS. [...]. [...] 7. Embora se submeta ao juízo discricionário do gestor a opção pela compra ou locação de software de gestão pública ou a opção pela utilização de software gratuito, a opção adotada deverá estar fundamentada, sob a ótica da vantagem e da viabilidade, nos autos do procedimento licitatório. (Denúncia nº. 799052, Rel. Cons. Durval Ângelo. 1ª Câmara. Data de publicação do acórdão: 28/03/2019)

O Termo de Referência (peça nº. 02, SGAP) trouxe as seguintes justificativas para a contratação:

Justifica-se a contratação pela necessidade de, em um sistema unificado, para atender a todas as demandas da Secretaria de Educação de São Tiago-MG, tanto nos aspectos administrativos, quanto técnicos, orçamentários e pedagógicos; oferecendo assistência direta a todos os profissionais, possibilitando a otimização de processos e o alcance dos objetivos da Educação Municipal.

Cabe à Secretaria Municipal de Educação ofertar condições para que o desempenho das funções concernentes à gestão e execução dos serviços de educação municipal se deem com atuação harmoniosa de todos os atores do processo educativo, de forma a alcançar os objetivos a que se propõe.

Dessa forma, a plataforma de gestão educacional, ao permitir a regulação e efetiva tramitação de informações, compartilhamento de soluções; implantação, acompanhamento e gestão de processos relacionados a boas práticas administrativas e garantia de uma visão macro do trabalho desenvolvido, com cada servidor entendendo o seu papel no processo; possibilitará o alcance de resultados efetivos.

A plataforma de gestão educacional permitirá que a Secretaria Municipal de Educação ofereça capacitação permanente aos servidores administrativos, aos profissionais do magistério, aos gestores escolares, enfim, a toda rede municipal de educação.

Além das informações estruturadas e organizadas, a plataforma será o instrumento através do qual os setores da Educação Municipal terão acesso à assistência especializada, em relação a todos os temas fundamentais para a gestão educacional; sejam eles relacionados à gestão, administração, elaboração de projetos técnicos e pedagógicos, alimentação escolar, transporte escolar, gestão de sistemas estaduais e federais, engenharia, jurídicos, alimentação escolar, ações de suporte pedagógico e intervenções pedagógicas.

A assistência técnica, via plataforma de gestão escolar, deve ser efetivada por profissionais das respectivas áreas, com experiência e competência comprovada. Outro fator importante é ressaltar que a assistência técnica deve ser tempestiva e prestada a todos os servidores de todos os setores da administração pública municipal.

Fundamental também que seja possível ao gestor acompanhar em tempo real as atividades de assistência técnica prestadas através da plataforma educacional, havendo a possibilidade de emissão de relatórios capazes de comprovar a efetividade do processo e, assim, justificar os eventuais pagamentos pelos serviços prestados.

Já nos esclarecimentos apresentados a este Tribunal de Contas, os Responsáveis justificaram a necessidade da contratação da seguinte forma:

Salienta-se ainda que a consultoria nos dá segurança para o nosso trabalho na medida que nos ajuda a gerenciar os muitos assuntos da pasta como transporte escolar, caixas escolares, agricultura familiar e merenda escolar, as obras das escolas e toda a parte pedagógica.

Na elaboração do Termo de Referência que subsidia o processo licitatório achamos por bem descrever o objeto de forma a especificar os serviços necessários a esta secretaria de forma separada, importante portanto, não perdermos de vista a totalidade da pasta da educação e, portanto, quando se propõe a contratação de consultoria é sobretudo com essa finalidade; contratar uma empresa que dê conta dos muitos assuntos abarcados pela pasta e que nos ajude a geri-la em sua totalidade com a maior eficiência possível não é gastar dinheiro público de forma irresponsável, mas garantir o máximo de eficiência e recursos para a educação fazendo uma gestão eficiente.

As justificativas apresentadas pela Administração são, dessa forma razoáveis.

Não cabe a este Tribunal de Contas, no mesmo sentido, avaliar se a plataforma gratuita mencionada pela Denunciante (Conviva), tornaria a presente contratação desnecessária. A escolha da solução que melhor atende às necessidades da Administração cabe ao gestor, na fase de planejamento da contratação.

Isso posto, tratando-se de matérias afetas ao mérito administrativo, cujos limites legais foram devidamente observados pela Administração Pública, sem violação aos princípios da competitividade e da obtenção da proposta mais vantajosa, esta Unidade Técnica entende que não cabe a esta Corte de Contas intervir, em sede de controle externo, nas especificações do serviço a ser adquirido por meio do Edital de Pregão Eletrônico nº. 003/2023, tampouco na escolha a respeito da não utilização de softwares gratuitos, razões pelas quais consideramos **improcedente** o presente apontamento.

**2.3.4 Objeto no qual foi identificado o apontamento:** Edital de Pregão Eletrônico nº. 003/2023.

**2.3.5 Conclusão:** Pela improcedência do apontamento.

**2.3.6 Critérios:**

- Lei Federal nº. 10.520/2002, art. 3º, incisos I e III;
- Acórdão Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Denúncia nº. 1082549, 2ª Câmara, de 2021;
- Acórdão Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Denúncia nº. 799052, 1ª Câmara, de 2019;
- Joel de Menezes Niebuhr. Licitação pública e contrato administrativo. 5ª. Ed. Belo Horizonte, Fórum, 2022, p. 463/464.

**2.4 Apontamento:**

Da falta de razoabilidade no estabelecimento de tempo máximo para resposta às consultas

**2.4.1 Alegações da Denunciante:**

A Denunciante alega, em síntese, que o tempo máximo de 30 (trinta) minutos para apresentar resposta no serviço de consultoria especializada em gestão educacional é descabido, uma vez que os casos precisam ser estudados individualmente e demandam estudo técnico jurídico, educacional e administrativo.

**2.4.2 Documentos e informações apresentados:**

Edital Pregão Eletrônico nº. 003/2023 e seus anexos (peça nº. 2, SGAP).

### **2.4.3 Análise do apontamento:**

No que toca ao prazo para resposta no serviço de consultoria, a Administração Pública deve observar o princípio da razoabilidade.

O princípio da razoabilidade não se encontra previsto de forma expressa na Constituição Federal, mas é defendido na doutrina administrativa, além de ter sido alçado ao posto de norma constitucional pela Constituição Estadual de Minas Gerais, a teor de seu artigo 13. Veja-se:

Art. 13 – A atividade de administração pública dos Poderes do Estado e de entidade descentralizada se sujeitarão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e razoabilidade.

Colaciona-se elucidativa lição sobre o tema, do Professor Edimur Ferreira de Faria:

O princípio da razoabilidade, defendido na doutrina administrativista, foi erigido ao posto de norma constitucional em alguns Estados, entre eles o Estado de Minas Gerais e o Estado de São Paulo. Esse princípio vem sendo defendido como meio inibidor do poder discricionário do administrador público.

O poder discricionário conferido pelo legislador ao administrador público, para que ele, nos casos concretos, edite o ato que julgar melhor, à vista da vontade legal e nos parâmetros da própria lei, pode levar a comportamento antijurídico ou viciado juridicamente. O princípio da razoabilidade tem por finalidade limitar a liberdade do agente ou pautar-lhe a direção a ser seguida. Na discricionariedade, o agente transita numa faixa legal de margens invisíveis. Por isso, é difícil conduzir-se no seu leito central, que hipoteticamente coincide com a finalidade da lei, sem derivar para as margens não sinalizadas. A razoabilidade aparece como elemento norteador da Administração, orientando o seu agente na direção da conduta que melhor atenda à finalidade da lei e aos interesses públicos de acordo com a conveniência e a oportunidade, núcleo do ato

Destarte, o princípio da razoabilidade deve ser respeitado pela Administração Pública, para que sejam evitados excessos e se atinjam os interesses públicos e a finalidade da lei. Ademais, é de se ressaltar também que, muito embora a definição do prazo para resposta nos atendimentos humanos se trate de mérito administrativo, a discricionariedade do gestor público aqui não pode ser confundida com arbitrariedade. Além da observância ao princípio da razoabilidade, já exposta, impende ao administrador o dever de motivar o ato discricionário.

Nesse sentido, veja-se o entendimento do doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello:

A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicada pode ser suficiente por estar implícita a motivação. Naqueles outros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de apurada

apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada. (Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, pág. 82).

Registre-se que, no caso em tela, não existem justificativas no instrumento convocatório para o estabelecimento do prazo de 30 (trinta) minutos como tempo máximo de resposta nos atendimentos de cada módulo. O apontamento também não foi abordado nos esclarecimentos prestados pelo Prefeito Municipal a este Tribunal de Contas (peça nº. 11, SGAP).

Vejamos o que rege o Termo de Referência sobre os assuntos que deverão ser tratados no atendimento humano:

### **1. Administrativo**

(...)

- Atendimento humano destinado à compreensão do processo de utilização das ferramentas, com técnicos especializados, com tempo de resposta de, no máximo, 30 (trinta minutos) após o cadastramento do chamado.

### **2. Pedagógico**

(...)

- Atendimento humano destinado à compreensão e discussão dos temas apresentados nos cursos e no material gráfico pedagógico disponibilizado, com técnicos especializados, com tempo de resposta de, no máximo, 30 (trinta minutos) após o cadastramento do chamado.

### **3. Legislação**

(...)

- Atendimento humano destinado à compreensão do processo de análise, interpretação, elaboração de planos de trabalho e prestação de contas, com técnicos especializados, com tempo de resposta de, no máximo, 30 (trinta minutos) após o cadastramento do chamado.

### **4. Gestão escolar**

(...)

- Atendimento humano destinado à compreensão das obrigações, resolução de pendências, adequações de estatutos, Projetos Políticos Pedagógicos, Regimentos, com técnicos especializados, com tempo de resposta de, no máximo, 30 (trinta minutos) após o cadastramento do chamado.

### **6. Acesso**

- Liberação de acesso à plataforma, por níveis de perfis, de acordo com definição de temas acessíveis a cada perfil, a cargo da Secretaria Municipal de Educação.

Os atendimentos realizados a partir dos chamados cadastrados pelos mais diferentes setores da secretaria municipal de educação deverão ser feitos, via plataforma educacional, em até 30 minutos a partir do cadastro, por profissional capacitado, devidamente registrado ou devidamente cadastrado para os tipos de atendimentos previstos.

Da leitura dos dispositivos, verifica-se que o atendimento humano previsto em cada módulo é destinado à solução de questões objetivas, como por exemplo, a compreensão de utilização das ferramentas, a compreensão dos temas apresentados nos cursos e no material gráfico pedagógico disponibilizado, a compreensão da elaboração de planos de trabalho e prestação de contas – sendo, assim, razoável o prazo de 30 (trinta) minutos para resposta às dúvidas suscitadas pelos servidores da Administração Pública.

De toda forma, esta Unidade Técnica entende pela **improcedência** do presente apontamento.

Por fim, registra-se que, em análise ao Edital e ao Termo de Referência do Pregão Eletrônico nº. 003/2023, não identificamos informações sobre os horários em que poderão ser demandados os serviços de consultoria em Educação. Tal informação é importante para a transparência do certame e para a formulação de proposta pelas empresas, motivo pelo qual recomendamos ao Município, que nas próximas licitações, faça constar tal informação.

**2.4.4 Objeto no qual foi identificado o apontamento:** Edital de Pregão Eletrônico nº. 003/2023.

**2.4.5 Conclusão:** Pela improcedência do apontamento.

**2.4.6 Critérios:**

- Constituição do Estado de Minas Gerais, art. 13;
- Doutrina “Curso de Direito Administrativo”, Celso Antônio Bandeira de Mello, Editora: Juspodivim, 34ª ed., de 2019, fl. 82;
- Doutrina “Curso de Direito Administrativo Positivo”, Edimur Ferreira de Faria, Editora: Fórum, 8ª ed., de 2015, fl. 70/71.

**2.5 Apontamento:**

Da falta de especificações técnicas e funcionalidades do software a ser contratado

**2.5.1 Alegações da Denunciante:**

A Denunciante alega que o Termo de Referência não define os critérios objetivos, itens e requisitos que o software deverá conter, ferindo o disposto no art. 3º, inciso II da Lei nº. 10520/2002 e art. 3º da Lei nº. 8666/93.

Cita, como exemplo, o módulo pedagógico previsto no subitem 4.9 e destaca a ausência de descrição técnica detalhada do módulo, o que restringe a competitividade, fere o princípio do julgamento objetivo e direciona o certame.

### **2.5.2 Documentos e informações apresentados:**

Edital Pregão Eletrônico nº. 003/2023 e seus anexos (peça nº. 2, SGAP).

### **2.5.3 Análise do apontamento:**

O Prefeito Municipal, instado a se manifestar sobre o apontamento, argumentou apenas que o Edital e o Termo de Referência devem apresentar o máximo de especificações possíveis para que não se incorra em nenhum erro na prestabilidade de um serviço parcial ou totalmente inutilizável.

Com efeito, a Administração, ao estabelecer o objeto a ser licitado, deverá fazê-lo de forma precisa e satisfatória, descrevendo-o de forma que traduza a sua real necessidade, com todas as características indispensáveis. Deve conter todas as informações necessárias para a formulação do preço.

A Lei nº 10.520/02 preconiza em seu art. 3º, inciso II:

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

Como esclarece a Consultoria da Zênite, a seguir transcrito:

**12709 – Contratação pública – Pregão – Planejamento – Objeto – Encargo – Edital – Definição integral e completa – Exigência a ser observada – Renato Geraldo Mendes**

É condição indispensável para que a Administração possa realizar as demais etapas do planejamento que o objeto/encargo tenha sido definido de forma integral e completa. Assim, não é possível realizar a pesquisa de preços sem antes ter definida, de forma integral, a solução que se deseja contratar. A descrição do objeto/encargo deve ser, portanto, completa. Dizer que a descrição deve ser completa não significa que ela deva ser tão minuciosa que restrinja a disputa ou conduza para uma única marca ou produto. **Dizer que ela deve ser completa significa apenas que ela deve ser suficiente e adequada para satisfazer a necessidade da Administração.** Não sendo o objeto/encargo descrito de forma completa por ocasião do planejamento, é muito provável que se configure um problema a ser administrado por ocasião da execução do contrato e que ensejará a alteração do seu objeto. (destaques nossos)

Em análise ao Termo de Referência, verifica-se a especificação do objeto no item 4, o qual contém: o detalhamento do objeto e quantidades requisitadas (4.1); a descrição técnica do objeto (4.2); a infraestrutura do sistema (4.3); além de especificações técnicas específicas referentes aos módulos de gestão e atendimento (4.4), de informações (4.5), de configurações (4.6), de

senha (4.7), administrativo (4.8), pedagógico (4.9) e legislação (4.10) (peça nº. 02, SGAP, p. 15-20).

Além disso, registra-se que o instrumento convocatório em tela possibilitou às licitantes a solicitação de esclarecimentos, impugnações ou providências, de modo a proporcionar o conhecimento prévio das condições para a prestação do serviço ora licitado (peça nº. 02, SGAP, Capítulo V do Edital).

Compulsando a cópia do processo licitatório acostada aos autos (peça nº. 11, SGAP), nota-se que não há pedidos de esclarecimentos acerca de eventual omissão de especificação técnica ou descrição do objeto licitado, tampouco impugnações.

Pelo exposto, considerando que o objeto foi devidamente especificado, esta Unidade Técnica entende pela improcedência do presente apontamento.

**2.5.4 Objeto no qual foi identificado o apontamento:** Edital de Pregão Eletrônico nº. 003/2023.

**2.5.5 Conclusão:** Pela improcedência do apontamento.

**2.5.6 Critérios:**

- Lei Federal nº. 10.520/02, art. 3º, II;

**2.6 Apontamento:**

Da subjetividade da prova de conceito

**2.6.1 Alegações da Denunciante:**

Segundo a Denunciante, o item 08 do Termo de Referência prevê critérios subjetivos para a realização de “prova de conceito” para a análise da plataforma.

Nos termos da Inicial, “*o Edital deveria necessariamente definir quais seriam os critérios técnicos objetivos a serem avaliados na Prova de Conceito, sob pena de todos os licitantes ficarem, novamente, à sorte do subjetivismo da Administração*”.

Aduz que a referida omissão fere os princípios do julgamento objetivo, da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, sendo necessária a reformulação do instrumento convocatório.

**2.6.2 Documentos e informações apresentados:**

Edital Pregão Eletrônico nº. 003/2023 e seus anexos (peça nº. 2, SGAP).

### **2.6.3 Análise do apontamento:**

O Edital do Pregão Eletrônico nº. 003/2023 trouxe as seguintes previsões sobre a prova de conceito:

#### **8 - DA ENTREGA E CRITÉRIOS DE ACEITAÇÃO DO OBJETO:**

Apresentar prova de conceito para certificar sobre a efetiva adequação entre o objeto oferecido pelo licitante em sua proposta e as condições técnicas estabelecidas no edital em um prazo de 15 dias úteis, contados a partir da assinatura do contrato;

Apresentação da plataforma em modo funcional, com todas as funcionalidades aptas e todos os conteúdos descritos no objeto devidamente carregados, acessíveis e em consonância com os princípios estabelecidos, no prazo de 30 dias corridos contados a partir da assinatura do contrato;

O não cumprimento do prazo estabelecido ensejará rompimento unilateral do contrato por parte da contratante, com consequente aplicação das sanções administrativas e jurídicas relativas ao descumprimento de contrato público;

A contratada terá um prazo de 2 (dois) dias úteis, a partir da homologação da licitação para assinar contrato.

Pois bem. A Lei 8.666/93 prevê a verificação da conformidade das propostas aos requisitos do edital:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...) IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis.

A Lei do Pregão, 10.520/02, em sentido análogo, prevê que a autoridade competente designará o pregoeiro e a respectiva equipe de apoio, cabendo ao pregoeiro a análise motivada a respeito da aceitabilidade das propostas:

Art. 3º. A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

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

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

A Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/21), por sua vez, inovou ao trazer previsão expressa sobre a possibilidade de exigência de amostras na fase de julgamento da licitação. Apesar de a nova Lei ainda não ter entrado em vigor, a previsão demonstra que o legislador adotou o entendimento dos tribunais e da doutrina:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

(...)

IV – de julgamento;

(...)

§ 3º Desde que previsto no edital, na fase a que se refere o inciso IV do caput deste artigo, o órgão ou entidade licitante poderá, em relação ao licitante provisoriamente vencedor, realizar análise e avaliação da conformidade da proposta, mediante homologação de amostras, exame de conformidade e prova de conceito, entre outros testes de interesse da Administração, de modo a comprovar sua aderência às especificações definidas no termo de referência ou no projeto básico.

À administração é facultada, nesse sentido, a realização de análise da conformidade das propostas.

Ocorre que, em prestígio aos princípios do julgamento objetivo e da segurança jurídica, entende esta Unidade Técnica os critérios para realização da prova de conceito devem estar previstos no Edital. A ausência de elementos mínimos a respeito da prova de conceito pode tornar inócua a realização dos testes, trazendo prejuízos à execução do objeto.

O Edital e o Termo de Referência do Pregão Eletrônico nº. 003/2023 não trouxeram, nesse sentido, informações básicas sobre a prova de conceito, como a designação prévia dos membros da comissão técnica de avaliação; o cronograma para realização dos testes; a forma de realização dos testes e quais os requisitos e funcionalidades serão testados, etc.

Dessa forma, depreende-se que, de fato, o Edital e seus anexos não previram de forma satisfatória os critérios técnicos, itens, requisitos, funcionalidades e recursos que o software deverá atender, razão pela qual o Edital é irregular quanto a este aspecto.

Pelas razões apresentadas, entende esta Unidade Técnica pela **procedência** da Denúncia quanto a este ponto.

**2.6.4 Objeto no qual foi identificado o apontamento:** Edital de Pregão Eletrônico nº. 003/2023.

**2.6.5 Conclusão:** Pela procedência do apontamento.

**2.6.6 Critérios:**

- Lei Federal nº. 10.520/2022, art. 4º, inciso V.

**2.6.7 Dano ao erário:** Com base nas informações contidas nos autos, não foram apurados danos ao erário.

**2.6.8. Responsável e medidas aplicáveis:**

Esta Unidade Técnica indica como responsáveis o Prefeito Municipal, Sr. Alexandre Nonato Almeida Vivas, e a Sra. Elizabeth Márcia dos Santos, Secretária Municipal de Educação, por subscreverem, respectivamente, o Edital e o Termo de Referência do Pregão Eletrônico nº. 003/2023, sem fazer prever critérios objetivos para a realização da prova de conceito, a exemplo da designação da comissão especial e da previsão dos requisitos, funcionalidade e recursos a serem testados. Tal omissão fere os princípios do julgamento objetivo, da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório.

Após o devido contraditório – entendendo este Tribunal pela ocorrência de dolo ou erro grosseiro (nos termos do art. 28 do Decreto Lei nº. 4.657/1942, incluído pela Lei nº. 13.655/2018) –, poderá ser aplicada multa de até 100% (cem por cento) de R\$ 58.826,89 (cinquenta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e nove centavos), por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (caput e inciso II do art. 85 da Lei Complementar Estadual nº. 102/2008 c/c Portaria nº 16/Pres./16).

**2.7 Apontamento:**

Do suposto direcionamento do certame

**2.7.1 Alegações da Denunciante:**

A Denunciante alega que o Edital do Pregão Eletrônico nº. 003/2023 é basicamente idêntico aos editais recentemente publicados nos municípios de São Gonçalo de Abaeté/MG, Pregão Presencial nº. 002/2023 – Processo Licitatório nº. 02/2023; Senador Firmino/MG, Pregão Presencial de nº. 04/2023 - Processo Licitatório nº. 10/2023 e Albertina/MG, Pregão Presencial de nº. 08/2023 - Processo Licitatório nº. 19/2023 – que foram alvos de denúncias propostas pela empresa Denunciante perante este Tribunal de Contas.

Afirma que tal “coincidência” representa direcionamento do certame e violação ao princípio da busca da proposta mais vantajosa.

### **2.7.2 Documentos e informações apresentados:**

Edital Pregão Eletrônico nº. 003/2023 e seus anexos (peça nº. 2, SGAP).

### **2.7.3 Análise do apontamento:**

O Prefeito Municipal, instado a se manifestar sobre o apontamento, argumentou o seguinte:

Além disso, Nobre Conselheiro (sic) no que diz respeito a (sic) alegação da semelhança do objeto licitado com a de outros Municípios (sic) não verificamos qualquer tipo de objeção, pois conforme é sabido na administração pública municipal (sic) os serviços que necessitam serem desenvolvidos acabam sendo similares aos de outras localidades, sendo que, (sic) estranheza ocasionaria se estivéssemos buscando desenvolver um serviço que não possuísse qualquer tipo de conhecimento no mercado.

Pois bem. A Jurisprudência dos Tribunais de Contas aponta que, para a caracterização de conluio e direcionamento do certame, é necessária a identificação de fortes indícios que apontem a ocorrência de fraude à administração. Tais atos devem ser capazes de restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório a ponto de gerar o direcionamento do certame a uma ou mais empresas. Nesse sentido:

A caracterização de conluio exige a conjunção de indícios vários e coincidentes que apontem para a ocorrência de fraude à licitação, consubstanciada na prática de atos capazes de restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e de promover o direcionamento do certame. Acórdão 2649/2015-Plenário | Relator: ANDRÉ DE CARVALHO

No caso dos autos, o objeto do certame é a “*contratação de empresa especializada em serviços técnicos para consultoria em Educação, com oferta de plataforma de gestão educacional, com licença de uso de software com atualizações que garantam as alterações legais, corretivas e evolutivas, incluindo serviços de implantação, treinamento, suporte e atendimento técnico de todos os módulos e assistência humana especializada para resolução de todos os temas tratados através da plataforma*”.

Em análise ao Edital e ao Termo de Referência, verifica-se que os requisitos solicitados para o sistema, a princípio, parecem ser características comuns, disponíveis no mercado, não havendo indícios de restrição à competitividade ou direcionamento para uma única solução.

Não há nenhuma citação à marca, linguagem ou tecnologia proprietária, ou padrão tecnológico que não seja comum ao mercado de desenvolvimento de softwares. Ainda que alguma empresa

não possua soluções prontas que atendam a 100% dos requisitos solicitados, não existe óbice para que os requisitos sejam desenvolvidos.

Quanto à semelhança entre os Editais, entende esta Unidade Técnica que o Prefeito Municipal possui razão ao afirmar que, tratando-se de Municípios com necessidades semelhantes, é comum a utilização de Editais semelhantes, com as mesmas características e requisitos.

Nesse ponto, ressalta-se que a Lei nº. 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações, deu forte ênfase ao princípio da padronização nas compras públicas. O art. 25, §1º, da Lei, prevê, inclusive, que *“sempre que o objeto permitir, a Administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes”*.

Dessa forma, não havendo comprovação de direcionamento ou restrição à competitividade no certame, o uso de minutas de editais baseadas em minutas de outros municípios não é proibido, sendo, inclusive, em certas ocasiões, recomendado.

Nesse sentido está a jurisprudência deste Tribunal de Contas:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. LOCAÇÃO DE SOFTWARE PARA A ÁREA DE GESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA. PRELIMINAR. FALECIMENTO DE UM DOS RESPONSÁVEIS. PRINCÍPIO DA INTRANSMISSIBILIDADE DA PENA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE DANO AO ERÁRIO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO AGENTE FALECIDO. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NÃO ACOLHIMENTO. MÉRITO. SUPOSTO DIRECIONAMENTO DO CERTAME. IMPROCEDÊNCIA. EXIGÊNCIA DE ATENDIMENTO DA TOTALIDADE DOS REQUISITOS CONTIDOS NAS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DO SOFTWARE. IMPROCEDÊNCIA. PRAZO EXÍGUO DE TRÊS DIAS ÚTEIS ENTRE A DATA DA SESSÃO PÚBLICA DO PREGÃO E A REALIZAÇÃO DO TESTE DE CONFORMIDADE. AUSÊNCIA DE REGRA LEGAL POSITIVADA QUE SIRVA COMO PARÂMETRO. IMPROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.1. Constatado e comprovado o falecimento de um dos responsáveis, extingue-se, em relação a ele, a punibilidade, tendo em vista o princípio da intransmissibilidade da pena e a inexistência de indícios ensejadores de dano ao erário.2. Havendo elementos que atribuam envolvimento mínimo do agente aos fatos noticiados, não cabe o acolhimento da alegação de ilegitimidade passiva, devendo a efetiva participação ser aferida quando da análise de mérito da subsistência dos apontamentos de irregularidade.3. **Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a semelhança entre os requisitos encontrados em pregões de diversos municípios não configura, por si só, direcionamento do certame. Ademais, observado que tais requisitos poderiam ser preenchidos por qualquer sistema do mercado, considerando que não citam marca, linguagem ou tecnologia proprietária, não há que se falar em irregularidade no caso concreto.**4. A exigência de atendimento de 100% (cem por cento) dos requisitos contidos nas especificações técnicas do software não configura, por si só, restrição indevida à participação de empresas no certame, principalmente diante de justificativas técnicas existentes no instrumento convocatório que fundamentem a contratação nesses moldes.5. A jurisprudência deste Tribunal aponta que inexistente norma específica quanto ao prazo que deve ser estabelecido para o exame de conformidade das propostas nos editais de licitação, cabendo, pois, ao poder discricionário da Administração, devendo a análise ser realizada sempre no caso concreto. Não obstante, se mostra pertinente a emissão de recomendações aos gestores para que se atentem às particularidades do caso concreto e definam, com base no princípio da motivação, prazo razoável entre a data da sessão pública do pregão e a realização do teste de conformidade. [DENÚNCIA n.

1058679. Rel. CONS. SUBST. ADONIAS MONTEIRO. Sessão do dia 12/07/2022. Disponibilizada no DOC do dia 02/08/2022. Colegiado. PRIMEIRA CÂMARA] (G.n.)

\*\*\*

DENÚNCIA. LICITAÇÃO. PREGÃO. LOCAÇÃO DE SOFTWARE PARA GESTÃO DE SAÚDE. IDENTIDADE DE REQUISITOS ENTRE DIVERSOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. DIRECIONAMENTO A UMA ÚNICA EMPRESA. AFASTADA. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO. 1. Quando os requisitos contidos no termo de referência não apontam para uma única solução no mercado, não há que se falar em direcionamento do certame. 2. **A semelhança entre os requisitos encontrados em pregões de diversos municípios não acarreta, por si só, irregularidade. A Lei 14.133/2021, inclusive, incentiva a padronização nas contratações públicas, conforme se depreende, por exemplo, do disposto em seu art. 25, § 1º.** (Denúncia n. 1058687. Rel. CONS. SUBST. TELMO PASSARELI. Sessão do dia 21/10/2021. Disponibilizada no DOC do dia 05/11/2021. Colegiado. 2º Câmara).

Pelo exposto, considerando que a semelhança entre os requisitos encontrados em pregões de diversos municípios não acarreta, por si só, direcionamento do certame ou restrição indevida à competitividade, esta Unidade Técnica entende pela **improcedência** do presente apontamento.

**2.7.4 Objeto no qual foi identificado o apontamento:** Edital de Pregão Eletrônico nº. 003/2023.

**2.7.5 Conclusão:** Pela improcedência do apontamento.

#### **2.7.6 Critérios:**

- Acórdão 2649/2015-Plenário | Relator: André de Carvalho;
- Lei 14.133/2021, art. 25, §1º;
- Denúncia n. 1058687. Rel. Cons. Subst. Telmo Passareli. Sessão do dia 21/10/2021. Disponibilizada no DOC do dia 05/11/2021. Colegiado. 2ª Câmara.
- Denúncia n. 1058679. Rel. Cons. Subst. Adonias Monteiro. Sessão do dia 12/07/2022. Disponibilizada no DOC do dia 02/08/2022. Colegiado. 1ª Câmara.

### **3. CONCLUSÃO**

Após a análise, esta Unidade Técnica se manifesta:

#### **I. Pela improcedência da Denúncia no que se refere aos seguintes apontamentos:**

- Da exigência de declaração de disponibilidade de profissional graduado em ciências da computação;
- Da indevida contratação de módulos pedagógico e legislação, tendo em vista que estão disponíveis em sítios eletrônicos públicos;
- Da falta de razoabilidade no estabelecimento de tempo máximo para resposta às consultas;

- Da falta de especificações técnicas e funcionalidades do software a ser contratado;
- Do suposto direcionamento do certame.

II. Pela **procedência** da Denúncia no que se refere aos seguintes apontamentos:

- Da exigência de declaração autoral e de responsabilidade pelos textos explicativos.
- Da subjetividade da prova de conceito.

#### 4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, propõe esta Unidade Técnica:

- A **citação** dos responsáveis para apresentar suas razões de defesa, no prazo de até 15 (quinze) dias, tendo em vista os indícios de irregularidade apurados (caput do art. 307 do Regimento Interno do TCEMG).

Belo Horizonte, 03 de abril de 2023.

Lucas de Castro Lima  
Analista de Controle Externo  
TC 3318-6