

# MANUAL

DE BOAS PRÁTICAS EM LICITAÇÃO  
PARA CONTRATAÇÃO DE SISTEMAS DE GESTÃO PÚBLICA





# MANUAL

DE BOAS PRÁTICAS EM LICITAÇÃO

PARA CONTRATAÇÃO DE SISTEMAS DE GESTÃO PÚBLICA

## **Composição do Pleno**

Conselheira Adriene Barbosa de Faria Andrade

### **Presidente**

Conselheiro Sebastião Helvecio Ramos de Castro

### **Vice-Presidente**

Conselheiro Wanderley Geraldo de Ávila

### **Corregedor**

Conselheiro Mauri José Torres Duarte

### **Ouvidor**

Conselheiro José Alves Viana

Conselheiro Gilberto Pinto Monteiro Diniz

Conselheiro em Substituição Licurgo Joseph Mourão de Oliveira

**As reuniões do Tribunal Pleno ocorrem nas quartas-feiras, às 14h.**

## **Composição da Segunda Câmara**

Conselheiro Mauri José Torres Duarte

### **Presidente**

Conselheiro Gilberto Pinto Monteiro Diniz

Conselheiro Substituto Hamilton Antônio Coelho

Conselheiro em Substituição Licurgo Joseph

Mourão de Oliveira

**As reuniões da Segunda Câmara ocorrem nas quintas-feiras, às 10h.**

## **Composição da Primeira Câmara**

Conselheiro Sebastião Helvecio Ramos de Castro

### **Presidente**

Conselheiro Wanderley Geraldo de Ávila

Conselheiro José Alves Viana

Conselheiro Substituto Licurgo Joseph Mourão de Oliveira

**As reuniões da Primeira Câmara ocorrem nas terças-feiras, às 14h30min.**



## **Conteúdo Técnico**

### **Diretoria Geral**

Júnia Bretas Leôncio Gonçalves

### **Superintendência do Controle Externo**

Cláudia Costa de Araújo Fusco

### **Diretoria de Matérias Especiais**

Patrícia Silva Cortez

### **Conteúdo Técnico | Grupo de Trabalho**

Luciana Foureaux Miranda Salim

Belarmino José da Silva Neto

Francisco Vicente de Souza Lima

Márcia Aparecida Cordeiro

Aridelma da Silva Peixoto

Carlos Thomas de Almeida Melo

Elza Gomes de Paula

Joelma Terezinha Diniz de Macedo

Júnia Maria Ferraz da C. Duarte

Manoel Messias Santos

Paulo Vicente Guimarães Silva

Rosely Maria Mendes

### **Colaboração**

Vilma do Socorro Vieira Teixeira

Maria do Carmo de Freitas





## **Realização**

**Assessoria de Publicidade  
e Marketing Institucional**

Bárbara Couto - Assessora  
André Zocrato  
Blenda Pinheiro  
Bruna Pellegrino

## **Produção Editorial**

André Oliveira  
Vivian de Paula

## **Fotos**

Arquivo TCEMG

**Tribunal de Contas do  
Estado de Minas Gerais**

3º Andar - Edifício Sede  
Tel: (31) 3348-2379

Email: [publica@tce.mg.gov.br](mailto:publica@tce.mg.gov.br)

**Belo Horizonte, janeiro 2015**

## **Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**

### **Presidente**

Conselheira Adriene Barbosa de Faria Andrade

### **Vice-Presidente**

Conselheiro Sebastião Helvecio Ramos de Castro

### **Corregedor**

Conselheiro Cláudio Couto Terrão

### **Conselheiros**

Wanderley Geraldo de Ávila

Mauri José Torres Duarte (Ouvidor)

José Alves Viana

Gilberto Pinto Monteiro Diniz

### **Conselheiros Substitutos**

Licurgo Joseph Mourão de Oliveira

Hamilton Antônio Coelho

### **Ministério Público junto ao Tribunal de Contas**

### **Procurador-Geral**

Daniel de Carvalho Guimarães

### **Procuradores**

Maria Cecília Mendes Borges

Glaydson Santo Soprani Massaria

Sara Meinberg Schmidt Andrade Duarte

Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Elke Andrade Soares de Moura Silva

Cristina Andrade Melo





# SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	DEFINIÇÕES.....	12
3	A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO NAS CONTRATAÇÕES DE TI .....	12
3.1	PLANEJAMENTO ASSOCIADO À ADEQUADA CONCEPÇÃO DO TERMO DE REFERÊNCIA OU PROJETO BÁSICO: INSTRUMENTOS FUNDAMENTAIS PARA O SUCESSO DA LICITAÇÃO .....	13
3.2	DA NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO: COMPRAR OU LOCAR? UTILIZAR SOFTWARES GRATUITOS? .....	17
4	DAS IRREGULARIDADES EM EDITAIS DE LICITAÇÃO PARA A AQUISIÇÃO, LOCAÇÃO OU LICENCIAMENTO DE SOFTWARE DE GESTÃO PÚBLICA .....	20
4.1	DA IMPROPRIEDADE DA ELEIÇÃO DO TIPO DE LICITAÇÃO “TÉCNICA” OU “TÉCNICA E PREÇO” COMO CRITÉRIO DE JULGAMENTO DA LICITAÇÃO .....	20
4.2	DA DESPROPORCIONALIDADE NOS PESOS ATRIBUÍDOS À TÉCNICA E AO PREÇO .....	29
4.3	DA ILICITUDE DE EXIGÊNCIA DE CERTIFICAÇÕES COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO OU CLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTAS .....	31
4.4	DO PARCELAMENTO DO OBJETO .....	34
4.5	EXIGÊNCIA DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA EMITIDOS EXCLUSIVAMENTE POR PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO .....	36
4.6	EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE AMOSTRA POR TODOS OS LICITANTES .....	39
4.7	DA AUSÊNCIA DE LIMITES À SUBCONTRATAÇÃO .....	42
4.8	DA INOBSERVÂNCIA ÀS LEIS DE TRANSPARÊNCIA FISCAL E DE ACESSO À INFORMAÇÃO .....	44
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	48



# 1 INTRODUÇÃO

Os impactos causados pelo avanço da tecnologia, com inúmeros recursos e soluções oferecidos pela informática, refletiram sobremaneira na rotina da Administração Pública e, inexoravelmente, no crescente aumento de licitações cujo objeto envolva sistemas de gestão. Com isso, intensificou-se o número de denúncias aviadas ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCEMG.

Ao longo do tempo, as decisões desta Casa sobre a matéria culminaram na consolidação de uma jurisprudência, resultado de um intenso processo de dilemas, experiências e construções advindas do diuturno exercício da missão constitucional de fiscalização e controle, bem como pedagógica, confiada a esta Corte.

No exercício de sua competência, esta Casa envida esforços a fim de auxiliar os jurisdicionados na missão de gerir os bens, recursos e valores postos sob a tutela dos agentes públicos. Muitos desses esforços e mobilizações concentram-se em ações de cunho pedagógico que ensejam a edição de publicações contendo decisões, recomendações e orientações. A prática tem demonstrado resultados bastante positivos e um grande alcance dessa linha de atuação, que contribui decisivamente para a melhoria das ações dos órgãos e entidades submetidos à jurisdição desta Corte<sup>1</sup>. Dessa forma, ao TCEMG cabe não só a fiscalização do cumprimento das normas, mas também o exercício da função pedagógica.

Ademais, diante da verificação de contínuas irregularidades em editais que instruem denúncias acerca de licitações destinadas à contratação de empresas para prestação de serviços de locação ou licenciamento de *software* de gestão pública, o TCEMG entendeu ser o momento atual mais que pertinente para a elaboração e divulgação de um manual sobre a matéria.

Ressalta-se, ainda, como fator primordial para a execução deste Manual, a premissa de que o escorreito cumprimento, pelos jurisdicionados, das normas atinentes às contratações de bens e serviços de Tecnologia da Informação – TI – está a demandar orientações e recomendações que lhes sirvam de subsídios para nortear contratações dessa natureza.

Este Manual contém deliberações do TCEMG e outras informações afetas ao assunto. Abrange o planejamento da contratação, inclusive as opções apresentadas à Administração – adquirir, locar ou utilizar *softwares* livres –, tipos de licitação, critérios de julgamento, exigência de certificações, desproporção de pesos para valoração da nota técnica, impropriedades dos critérios de pontuação, parcelamento do objeto, exigência de atestados de capacidade circunscritos a pessoas jurídicas de direito público, apresentação de amostra, falta de limites à subcontratação e efetividade das leis de transparência fiscal e de acesso à informação.

<sup>1</sup> Nesse sentido Cartilhas intituladas *Principais Irregularidades Encontradas em Editais de Licitação de Pneus, do Sistema FISCAD, de Orientações Gerais para Fixação dos Subsídios dos Vereadores, o Cidadão – Transparência Legal, Perguntas e Respostas e Orientações sobre Controle Interno*, dentre outras publicações, a exemplo da *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, especialmente a edição especial *A Lei 8.666/93 e o TCEMG*.

A proposta de elaboração do manual destitui-se de caráter normativo e não tem a intenção de esgotar o assunto. Seu propósito é servir de fonte de consulta aos jurisdicionados para o aprimoramento nos procedimentos licitatórios. O desafio é propiciar o conhecimento em ramo relativamente novo, essencialmente técnico e dinâmico, portanto, passível de contínuas transformações.

## 2 DEFINIÇÕES

Para fins deste Manual, considera-se:

- a) Sistema de Gestão Pública: é uma arquitetura de *software* que visa ao fluxo de informação entre as Áreas de Gestão dentro de um ente público (Prefeituras, Câmaras, Autarquias, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista etc).
- b) Áreas do Sistema de Gestão Pública: funções que compõem o Sistema de Gestão Pública de forma cumulativa ou não, tais como Planejamento de Governo, Contabilidade Pública e Tesouraria, Controle Interno, Gestão de Contratações Públicas, Gestão de Almoxarifado, Gestão de Patrimônio Público, Gestão de Frotas, Gestão Tributária, Gestão de Pessoal e Folha de Pagamentos, Gestão de Processos – Protocolo, entre outros.

## 3 A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO NAS CONTRATAÇÕES DE TI

Planejar é insito à atividade de administrar. O planejamento, portanto, não é atividade submetida a juízo de oportunidade e conveniência. Constitui dever do gestor manejar o recurso público de forma eficaz e eficiente para gerar o maior benefício para a sociedade.

Como em toda e qualquer licitação, especialmente naquela cujo objeto seja a locação ou o licenciamento de sistemas de gestão pública, o planejamento é fundamental. Em objetos dessa natureza, as minúcias e os cuidados devem ser redobrados, notadamente porque a falha no planejamento vai repercutir de forma inevitável na licitação e, por conseguinte, numa má contratação. E má contratação, em objeto dessa estirpe, normalmente significa afetar toda a rotina da Administração, dada a singular dependência das organizações dos sistemas de informática para a execução orçamentária, financeira, patrimonial e contábil.

A vantagem do planejamento está intimamente relacionada à criação de estratégias para alcançar os objetivos definidos pela Administração no intuito de efetivar políticas públicas e alocar adequadamente os recursos confiados ao agente público, sem perder de vista as premissas da obtenção da proposta mais vantajosa, da facilitação do controle, da transparência, da sustentabilidade, da efetividade e do maior compartilhamento de informações. Sob essa perspectiva, o planejamento pode ser entendido como a escolha consciente de ações que aumentem as chances de obter no futuro algo desejado no presente. É uma atividade que orienta possibilidades, arranjos institucionais e políticos.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> BRASIL. Presidência da República. *Almanaque do Planejamento: para Entender e Participar*. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência da República e Ministério do Planejamento e Gestão: 2012. página 13.

Em resumo, planejar é determinar os objetivos ou metas de uma organização, como também coordenar os meios e os recursos para atingi-los.



*O planejamento é um dever e, portanto, uma obrigação. Trata-se de atividade de capital importância na Administração, especialmente nas licitações e nos contratos administrativos.*

A etapa de planejamento da licitação encerra-se com a assinatura do Termo de Referência, se a modalidade eleita for o Pregão, instituída pela Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, ou do Projeto Básico, caso a espécie licitatória seja o Convite, a Tomada de Preços ou a Concorrência, disciplinada pela Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

### **3.1 PLANEJAMENTO ASSOCIADO À ADEQUADA CONCEPÇÃO DO TERMO DE REFERÊNCIA OU PROJETO BÁSICO: INSTRUMENTOS FUNDAMENTAIS PARA O SUCESSO DA LICITAÇÃO**

O Termo de Referência ou o Projeto Básico ganham notável influência no êxito da licitação e da ulterior contratação.

Jair Eduardo de Santana<sup>3</sup>, em feliz intervenção, apregoa que o Termo de Referência contém os códigos genéticos da licitação e do futuro contrato a ser firmado com o licitante vencedor. Diga-se feliz intervenção, porquanto o doutrinador, com essa abordagem, precisou a inafastável importância do Termo de Referência como instrumento de gestão estratégica.

Com efeito, um Termo de Referência, dotado de consistência e completude, tem o condão de estabelecer a adequada e necessária conexão entre o contrato desejado pela Administração e o planejamento que o antecedeu.

O mesmo se diga em relação ao Projeto Básico, assim entendido como o conjunto de elementos necessários e suficientes, com o nível de precisão adequado para caracterizar a obra, serviço ou aquisição de materiais, devendo ser elaborado com base nas indicações de estudos técnicos preliminares, nos termos do art. 6º, inc. IX, da Lei n. 8.666/1993. Da forma exposta, pode-se conceituar o Projeto Básico. Nesse ínterim, indaga-se: o que vem a ser propriamente um projeto?

Segundo o Wikipédia, **“um projeto em negócio e ciência é normalmente definido como um empreendimento colaborativo, frequentemente envolvendo pesquisa ou desenho, que é cuidadosamente planejado para alcançar um objetivo particular.”** (Grifou-se)

Como se vê, a expressão “projeto” remete à noção de “pesquisa”, que, por sua vez, enseja “planejamento para alcançar um objetivo particular”. Logo, a elaboração de um Projeto Básico demanda pesquisa e planejamento esmerado para que seja atingido o objetivo de toda e qualquer licitação: a obtenção da proposta mais vantajosa. O planejamento, em termos práticos, materializa-se no Projeto Básico ou no Termo de Referência.

<sup>3</sup> SANTANA, Jair Eduardo. Coleção 10 anos de Pregão. Curitiba: Negócios Públicos, 2008, p.11.

Verifica-se, então, que as informações declinadas no Projeto Básico ou no Termo de Referência constituem elementos imprescindíveis para caracterizar o objeto. Igualmente, esses elementos propiciarão aos licitantes interessados no objeto licitado a formação de um preço, condição essencial para a formulação de uma proposta à Administração.

Atualmente, deve-se atentar para o novo agir da Administração, que encara o particular mais como um parceiro do poder público na execução de obras, serviços e no fornecimento de materiais do que mero coadjuvante numa relação jurídica de sujeição, marcada pela verticalidade e superioridade de outrora. Todavia, informações imprecisas ou obscuras, ou até mesmos a falta delas, podem macular insanavelmente essa profícua relação de parceria.

Enfim, o Termo de Referência ou o Projeto Básico não são apenas obrigatórios e necessários. Neles havendo falhas ou incompletudes, a licitação redundará em vício, passível de colocar sob séria e grave ameaça o sucesso da contratação, os objetivos perseguidos pela Administração e, a toda evidência, a tutela sobre o gasto público.

*O Termo de Referência ou o Projeto Básico completos e consistentes estabelecem íntima conexão entre o contrato desejado pela Administração e o planejamento, que os antecederam, e redundam no sucesso da licitação e da contratação.*



Nesse particular aspecto, cita-se jurisprudência deste Tribunal:

[...]

O Projeto Básico constitui elemento importante na caracterização do objeto a ser licitado, de forma a indicar seu custo, o prazo de execução, sua viabilidade técnica e econômica, visando a possibilitar a todos o mais amplo conhecimento sobre o objeto licitado, desde a solução técnica pretendida até os tipos de materiais e serviços que serão, no futuro, exigidos pelo órgão público, bem como a garantir a regular execução da obra ou serviço licitado, evitando-se correções e aditamentos custosos.

O não cumprimento deste requisito ou seu cumprimento de forma parcial é, sem qualquer dúvida, fator responsável pelas inúmeras irregularidades nas contratações do Poder Público. Projetos Básicos incompletos, vagos, deficientes e sem controle de qualidade induzem a erros e gastos desnecessários para a Administração, o que deve ser evitado em observância aos princípios da economicidade e eficiência.

Assim, para a Administração, é importante que o projeto básico atenda a certos requisitos, uma vez que, quando da realização de obras e **serviços**, os riscos para a Administração são maiores que os existentes nas compras, pois os contratos, em geral, geram obrigações de fazer, que se prolongam no tempo. Existem maiores riscos, até mesmo de haver a multiplicação dos custos, superando as previsões iniciais.

Nesse sentido, justifica-se que a Lei Nacional de Licitações tenha estabelecido, em seu art. 12, requisitos próprios, cercados de maiores cautelas, para a contratação de obras e **serviços**, buscando evitar o desperdício, contratações desnecessárias, precipitadas ou inexeqüíveis.

Marçal Justen Filho, ao comentar acerca do cumprimento dos requisitos estabelecidos no art. 7º, observa que: *'As exigências não se constituem em requisito de mera forma.*

*Trata-se de redução do âmbito de liberdade de escolha da Administração. O estrito cumprimento das exigências do art. 7º elimina decisões arbitrárias ou nocivas. São eliminadas as contratações: a) não antecedidas de planejamento; b) cujo objeto seja incerto, c) para as quais inexista previsão de recursos orçamentários; d) incompatíveis com as programações de médio e longo prazo. A Lei foi mais minuciosa e exigente que o Decreto-Lei nº 2.300/86, o que evidencia a relevância do tema.* (Grifou-se)

Na mesma vertente, a lição abalizada do Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes em seu artigo intitulado **'A nova dimensão do projeto básico nas licitações,'** nestes termos: *'Entre as boas inovações trazidas pela Lei nº 8.666/93, que disciplinou no âmbito da Administração Pública o tema da licitação e contratos, está a obrigatoriedade do projeto básico, para a contratação de qualquer obra ou serviço. Conquanto ainda continuem alguns a sustentar que essa exigência só cabe para as contratações na área de engenharia, a interpretação literal indica, de forma clara, que esse requisito foi pontualmente estabelecido pelo legislador pátrio de modo amplo. Efetivamente o art. 7º, notadamente no § 2º, inciso I, da Lei em epígrafe, coloca a necessidade da prévia elaboração do projeto básico, estabelecendo que somente poderão ser licitados os serviços e as obras, depois de atendida essa exigência.'* (Grifou-se)

Destarte, tendo em vista a importância do Projeto Básico na caracterização do objeto da licitação, o que evitará, decerto, decisões arbitrárias ou nocivas, e considerando que a lei não fez qualquer distinção, é de se concluir que a exigência do Projeto Básico não existe só para serviços de engenharia, como sustentam alguns, mas para toda e qualquer obra ou serviço. Esta é, a meu ver, a interpretação adequada do art. 7º da Lei nº 8.666/93.

[...]

Destaca-se, por oportuno, que, obviamente, o conteúdo a ser exigido para esse anexo do edital sofrerá modificações de acordo com o que se queira contratar, sendo tão mais completo quanto mais complexa for a obra ou serviço em licitação.

Ante o exposto, conclui-se que o Projeto Básico é exigência legal para contratação de obras e serviços, sem qualquer distinção. A inobservância desse requisito, essencial à fase interna e que reflete na fase externa da licitação, pode ensejar a nulidade de todo o certame, haja vista que a ausência desse detalhamento prévio é considerado vício insanável. A propósito, nesse sentido vem se constituindo a jurisprudência do eg. Tribunal de Contas da União sobre o tema, como demonstrado.<sup>4</sup>

\*\*\*

[...]

O termo de referência é documento que substitui o projeto básico nas licitações realizadas sob a modalidade pregão, constituindo item de suma importância que descreve minuciosamente todos os elementos necessários para a formalização da contratação. A esse respeito, ensina Marçal Justen Filho:

O dito 'termo de referência' consiste na formalização documental das avaliações da Administração acerca disso tudo. Nele se evidenciarão as projeções administrativas acerca da futura contratação, de molde a assegurar que a Administração disponha

<sup>4</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Pleno. Consulta n. 657.018, Relator: Conselheiro Eduardo Carone Costa, Sessão de 07/08/2002.

de todas as informações necessárias a determinar a necessidade, a viabilidade e a conveniência da contratação.<sup>5</sup>

O termo de referência deve conter, nos termos da legislação mineira aplicável à matéria (Decreto nº 44.786/08 – art. 4º, XX), todos os elementos necessários e suficientes (i) à verificação da compatibilidade da despesa com a disponibilidade orçamentária, (ii) ao julgamento e classificação das propostas, (iii) à definição da estratégia de suprimento, (iv) à definição dos métodos de fornecimento ou de execução do serviço e (v) à definição do prazo de execução do contrato.

A necessidade de fazer constar o termo de referência como um anexo dos editais de licitação deflagrados com vistas à aquisição de pneus está consolidada no âmbito desta Corte, encontrando-se essa orientação expressa na cartilha intitulada 'Principais irregularidades encontradas em editais de licitação – PNEUS':

O Termo de Referência, específico para a modalidade de pregão, ainda que pelo Sistema de Registro de Preços, é um instrumento de gestão estratégica, sendo, portanto, indispensável. Representa uma projeção detalhada da futura contratação, onde são abordadas questões como: a definição do objeto de forma detalhada, clara e precisa; as etapas; os prazos; o valor estimado da contratação quanto ao custo unitário e global; a modalidade da licitação; a metodologia a ser observada (envolve tanto o tipo de insumos utilizados quanto o manuseio destes insumos); os critérios de avaliação de qualidade do produto; forma de apresentação do produto; critérios para avaliação da habilitação dos proponentes, além de outras questões. Em razão disto, o Termo de Referência é utilizado como um anexo ao edital de licitação.

A ausência de termo de referência anexo ao edital constitui, portanto, irregularidade, que afronta o disposto no inciso II do art. 8º do Decreto Federal nº 3.555/00 e o inciso I do § 10º do art. 7º do Decreto Estadual nº 44.786/08, que estabelecem o termo de referência como anexo necessário do ato convocatório do pregão. [...].<sup>6</sup>

\*\*\*

[...] a última irregularidade apontada pela Unidade Técnica diz respeito à **ausência do Termo de Referência como Anexo do Edital**.

No Estado de Minas Gerais o Decreto 44.786/2008 impõe claramente a obrigatoriedade do Termo de Referência como um dos anexos do edital, a conferir:

'Art. 6º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

I – caberá à unidade solicitante, que em caso de necessidade será auxiliada pela área de suprimento, elaborar o termo de referência e iniciar o processo, com as seguintes especificações:

[...]

Art. 7º A elaboração do edital de pregão deverá observar, no que couber, o disposto no art. 40 da Lei Federal nº 8.666, de 1993.

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*. 3ed. São Paulo: Dialética. 2004. p. 70.

<sup>6</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Segunda Câmara. Denúncia n. 849.760. Relator: Conselheiro Cláudio Terrão. Sessão de 06/02/2014.



[...]

§ 10. Constitui anexo do edital, dele fazendo parte integrante:

I – Termo de Referência e;

O Termo de Referência, segundo dispõe o art. 8º, inciso II do Decreto Federal nº 3.555/2000 é “o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato”. Trata-se, pois, de documento que apresenta uma projeção detalhada da futura contratação, eis que aborda questões como: a definição do objeto de forma detalhada, clara e precisa; as etapas; os prazos; o valor estimado da contratação quanto ao custo unitário e global; a modalidade da licitação; metodologia a ser observada; os critérios de avaliação de qualidade do produto; forma de apresentação do produto; critérios para avaliação da habilitação dos proponentes, dentre outras.

Vale, pois, ressaltar que, caso o Termo de Referência se apresente falho ou incompleto, a licitação estará viciada e a contratação não atenderá aos objetivos da Administração.<sup>7</sup>

Então, é de se indagar: em termos práticos, como deve ser feito o planejamento para a locação ou licenciamento de sistemas em gestão pública? A resposta a essa indagação perpassa o princípio constitucional da separação dos Poderes e a não competência dos Tribunais de Contas para regulamentar a matéria, uma vez que a Constituição confere ao ente federado o poder de se organizar, o que inclui, a toda evidência, o poder de se normatizar.

De todo modo, sem ferir a prerrogativa estadual e municipal, nada impede as Cortes de Contas, no exercício de sua missão pedagógica, de impor regras, rotinas e procedimentos destinados a instrumentalizar o planejamento, assim como tecer recomendações a respeito da matéria em pauta.

Ressalta-se que o Poder Executivo Federal possui normatização relacionada a Bens e Serviços em Tecnologia da Informação – TI, a qual pode ser utilizada como paradigma. Trata-se da Instrução Normativa n. 04, de 12 de novembro de 2010, editada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG, que *dispõe sobre o processo de contratação de Soluções de Tecnologia da Informação pelos órgãos integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Informação e Informática – SISPA – do Poder Executivo Federal.*

### **3.2 DA NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO: COMPRAR OU LOCAR? UTILIZAR SOFTWARES GRATUITOS?**

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

<sup>7</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Primeira Câmara. DENÚNCIA n. 873.399. Relator: Conselheiro Wanderley Ávila. Sessão de 23/04/2013.

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 inexistem 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.

José dos Santos Carvalho Filho sustenta que:

[...] o exercício do poder discricionário deve sempre [...] sujeitar-se à devida contrapartida, esta representada pelos direitos fundamentais à boa administração, assim considerada a administração transparente, imparcial, dialógica, eficiente e respeitadora da legalidade temperada.<sup>8</sup>

Por sua vez, Marçal Justen Filho assim discorre sobre o controle de decisões exercitadas por força de competência discricionária: '[...] Como toda decisão exercitada em virtude de competência discricionária, admite-se controle relativamente à compatibilidade entre os motivos e a realidade e no tocante à adequação proporcional entre os meios e resultados.'<sup>9</sup>

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.

## MOTIVAÇÃO > TRANSPARÊNCIA > CONTROLE > PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO

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*.<sup>10</sup>



*O gestor pode comprar ou locar o software ou ainda utilizar software gratuito, desde que motive sua opção sob os prismas da "vantajosidade" e da "viabilidade".*

*Ato administrativo discricionário destituído de motivação é ato violador da transparência. E sem transparência não há espaço para o exercício do controle, seja o estatal, seja o social.*

<sup>8</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 45.

<sup>9</sup> JUSTEN FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 465.

<sup>10</sup> Há 02 (dois) ambientes virtuais de compartilhamento de soluções em tecnologia da informação com software público: [www.softwarepublico.gov.br](http://www.softwarepublico.gov.br), na esfera federal, e [www.integraminas.mg.gov.br](http://www.integraminas.mg.gov.br), no âmbito estadual.

Nesse sentido, transcrevem-se excertos de decisão desta Corte nos autos de n. 800.682:

[...] considero sanadas as irregularidades, frise-se, por crer que a ausência de motivação, que consistia no tema ora questionado, foi sanada com as justificativas apresentadas.

Não obstante, determino aos Denunciados que, em futuros certames, motivem a opção pelo fornecimento remunerado de softwares, pela inviabilidade de realização de consórcios, a escolha pela locação de *softwares* e o fornecimento por uma mesma empresa, bem como para todas as escolhas de mérito que forem realizadas na condução dos processos licitatórios.<sup>11</sup>

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

Ressalte-se, quanto a este último item, que a ação colaborativa, consubstanciada, por exemplo, na formação de consórcios públicos, regulados pela Lei nº 11.107/05, ou na contratação direta de órgãos ou entidades que integram a Administração Pública, nos termos do inciso XVI do art. 24 da Lei nº 8.666/93, possibilita a redução do custo fixo da “construção” do software e é medida plenamente viável, quando se considera a semelhança nos perfis populacional e orçamentário de grande parte dos municípios mineiros.

Demais disso, é cada vez mais comum o intercâmbio de informações e expertise entre os órgãos e entidades da Administração Pública na área de tecnologia da informação, seja pela cessão de *softwares*, por meio da celebração de convênios, seja pela abertura de programas-fonte a outros entes, com o retorno dos benefícios produzidos, uma vez que se assegura aos favorecidos a possibilidade de modificar e adaptar os programas e sistemas para fazê-los evoluir, para corrigi-los ou para enriquecê-los com novas funcionalidades.

Deve-se mencionar, ainda, o acelerado desenvolvimento de softwares públicos, que atendem de forma cada vez mais satisfatória à demanda dos gestores, auxiliando-os na gestão pública e permitindo grande economia nos gastos com sistemas informatizados. Exemplo disso é o e-cidade, software público de gestão municipal patrocinado pelo governo federal, que no município de [...] permitiu a redução das despesas mensais nesse setor de R\$3.000,00 (três mil reais) para apenas R\$140,00 (cento e quarenta reais) [Essas informações foram retiradas de notícia veiculada no Jornal Gazeta do Oeste, em 07/07/11, no endereço eletrônico: <http://www.g37.com.br/index.asp?c=padrao&modulo=conteudo&url=3578>].

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.<sup>12</sup>

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

<sup>11</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Segunda Câmara. DENÚNCIA n. 800.682. Relator: Conselheiro Eduardo Carone Costa. Sessão de 07/02/2013.

<sup>12</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Primeira Câmara DENÚNCIA n. 804.626. Relator: Conselheiro Cláudio Terrão. Sessão de 11/12/2012.

[...] 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.

Neste particular, considero sanadas as irregularidades, frise-se, por crer que a ausência de motivação, que consiste no tema ora questionado, foi sanada com as justificativas apresentadas.

Não obstante, determino aos Denunciados que, em futuros certames, motivem a opção pelo fornecimento remunerado de softwares, a inviabilidade de realização de consórcios, a escolha pela locação de softwares e o fornecimento por uma mesma empresa, bem como para todas as escolhas de mérito que forem realizadas na condução dos processos licitatórios.<sup>13</sup>

### ***Seja locação, seja aquisição, seja software livre.***

*Na fase de planejamento, o gestor deve fundamentar o porquê da escolha, considerando ao menos:*

- (a) a vantajosidade de se utilizar softwares gratuitos existentes;*
- (b) a viabilidade de filiar-se às redes de compartilhamento de soluções criadas pelos Governos Federal e Estadual;*
- (c) a viabilidade da celebração de consórcio público para a redução do custo fixo de desenvolvimento do software; e*
- (d) a vantajosidade de se adquirir a licença permanente do software.*

## **4 DAS IRREGULARIDADES EM EDITAIS DE LICITAÇÃO PARA A AQUISIÇÃO, LOCAÇÃO OU LICENCIAMENTO DE SOFTWARE DE GESTÃO PÚBLICA**

Por tópicos, relacionam-se a seguir as principais deliberações desta Corte referentes às licitações cujo objeto seja a aquisição, locação ou licenciamento de *softwares* de gestão pública.

### **4.1 DA IMPROPRIEDADE DA ELEIÇÃO DO TIPO DE LICITAÇÃO “TÉCNICA” OU “TÉCNICA E PREÇO” COMO CRITÉRIO DE JULGAMENTO DA LICITAÇÃO**

Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Leilão e Pregão são modalidades de licitação. Tipo de licitação, por outro lado, é o critério de julgamento para a seleção da proposta mais vantajosa. O art. 45, §1º, do Estatuto Licitatório pátrio, Lei n. 8.666/93, prevê 04 (quatro) critérios de julgamento: (i) menor preço; (ii) melhor técnica; (iii) técnica e preço e (iv) maior lance ou oferta.

Independentemente da modalidade eleita para o procedimento licitatório, a regra nas licitações é o emprego do tipo “menor preço”, reservando-se o “maior lance ou oferta” a situações específicas e a “melhor técnica” ou “técnica e preço” a casos excepcionais.

<sup>13</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Segunda Câmara. DENÚNCIA n. 811.101. Relator: Conselheiro Eduardo Carone Costa. Sessão de 22/11/2012.

Não se desconhece que é próprio dos serviços a sua natureza intelectual, típica quando a obrigação é de fazer. Entretanto, esse atributo, isoladamente, não tem o condão de invalidar o tipo de licitação “técnica” ou “técnica e preço” quando o objeto é a locação ou o licenciamento de sistemas de gestão pública.

Com efeito, ainda que o serviço em foco seja tipificado como complexo, os padrões de desempenho e de qualidade são conhecidos, dominados e oferecidos amplamente no mercado. Assim, a complexidade do objeto não impede a definição objetiva do que é posto em disputa. Logo, a locação ou o licenciamento de sistemas de gestão pública caracteriza-se como um serviço comum, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei n. 10.520/2002, que institui a modalidade de licitação denominada Pregão.

Nesse sentido, esclarecedoras manifestações do Tribunal de Contas da União – TCU, quanto à aparente oposição entre “bens e serviços comuns” e “bens e serviços complexos”:

[...]

5. Não obstante a indicação legislativa, a matéria continuaria controversa no âmbito da Administração Federal e desta Corte de Contas, talvez em razão da longa e sedimentada prática de contratação de bens e serviços de TI por licitação do tipo técnica e preço. E, também, da confusão que ainda hoje se faz quanto ao que se entende por ‘bens e serviços comuns’, no sentido de que seriam o oposto de ‘bens e serviços complexos’, de maneira que, os bens e serviços de TI, por serem muitas vezes considerados “complexos” (portanto não seriam comuns) não poderiam ser contratados por pregão.

**6. Ocorre que ‘bem e serviço comum’ não é o oposto de ‘bem e serviço complexo’.**

Bens e serviços comuns, segundo o art. 1º, § 1º, da Lei 10.520/02, são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado. Isto é, são aqueles que podem ser especificados a partir de características (de desempenho e qualidade) que estejam comumente disponibilizadas no mercado pelos fornecedores, não importando se tais características são complexas, ou não.<sup>14</sup>

O administrador público, ao analisar se o objeto do pregão enquadra-se no conceito de bem ou serviço comum, deverá considerar dois fatores: os padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos no edital? As especificações estabelecidas são usuais no mercado? Se esses dois requisitos forem atendidos o bem ou serviço poderá ser licitado na modalidade pregão.

A verificação do nível de especificidade do objeto constitui um ótimo recurso a ser utilizado pelo administrador público na identificação de um bem de natureza comum. Isso não significa que somente os bens pouco sofisticados poderão ser objeto do pregão, ao contrário, objetos complexos podem também ser enquadrados como comuns.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Plenário. Acórdão n. 237/2009. Relator: Min. Benjamin Zymler. Manifestação do Exmo. Sr. Auditor Augusto Sherman Cavalcanti. DOU de 06/03/2009.

<sup>15</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Plenário. Acórdão n. 313/2004 – Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler. DOU de 07/04/2004.

*A complexidade, portanto, não é atributo que retira da locação ou do licenciamento de softwares a sua natureza de serviço comum.*



A padronização do *software*, uma das características necessárias para nomeá-lo como comum, não precisa ser absoluta. Em se tratando de sistemas destinados às diversas áreas da gestão pública, *v.g.*, orçamento, contabilidade, patrimônio, frotas, licitações, compras, contratos, tributação, orçamento, pessoal, dentre outros módulos, há soluções prontas, padronizadas e disponíveis no mercado que podem ser adaptadas às demandas de cada ente. Essa padronização quer significar “a possibilidade de substituição de uns por outros com o mesmo padrão de qualidade e eficiência”, nos termos da autorizada doutrina de Hely Lopes Meirelles.<sup>16</sup>

Por essas razões, entende-se que é impróprio utilizar os tipos de licitação “melhor técnica” ou “técnica e preço” para locação ou licenciamento de sistemas de gestão pública, porquanto a natureza intelectual, por si só, não é essencial para a satisfatória execução desse objeto. Via de regra, o critério de julgamento em licitações desse tipo é o “menor preço” e a modalidade de licitação, recomendada pelo TCEMG aos municípios, é o Pregão, dada a sua presunção de eficiência e de notável utilidade para obtenção de preços mais interessantes ao poder público. Entretanto, a legislação federal e a estadual mineira, que constituem paradigmas para a adoção de boas práticas pelos gestores municipais, tornaram obrigatória a adoção da modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns.<sup>17</sup>

*Para locação ou licenciamento de sistemas de gestão pública, o tipo de licitação é o “menor preço” e constitui grave violação à norma reguladora da matéria utilizar como critério de julgamento a “melhor técnica” e “técnica e preço”. Nas esferas federal e estadual, a modalidade Pregão é obrigatória por força de legislação. No caso dos municípios, a modalidade recomendada pelo TCEMG é o Pregão.*



A jurisprudência do TCEMG consolidou-se quanto à inadequação do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço” para locação ou licenciamento de sistemas de gestão pública. Em sequência, colacionam-se alguns excertos de decisões proferidas nessa linha:

**a) Da escolha inadequada do tipo ‘Técnica e Preço’**

[...]

Inicialmente, cumpre esclarecer que o art. 46 da Lei nº 8.666/93 dispõe que o tipo “técnica e preço” será utilizado, exclusivamente, para serviços de natureza predominantemente intelectual, o que não é o caso dos autos.

A respeito do tipo ‘técnica e preço’, Hely Lopes Meirelles [*in*] *Licitação e Contrato Administrativo*. 14ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro. São Paulo: Malheiros Editores,

<sup>16</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 365.

<sup>17</sup> Conforme o art. 4º do Decreto Federal n. 5.450/2005 e art. 2º do Decreto Estadual n. 44.786/2008.

2006, p. 90] preleciona:

A Lei n. 8.666, de 1993, dispõe que o tipo de licitação de melhor técnica e técnica e preço sejam utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual (projetos, cálculos, fiscalização, gerenciamento e outros ligados à engenharia consultiva em geral). Não obstante, em caráter excepcional, poderão ser adotados para fornecimento de bens, execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto, dependentes de tecnologia sofisticada, nos casos em que o objeto pretendido admita soluções alternativas e variações de execuções, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade.

Com efeito, depreende-se que o objeto da licitação não consiste na prestação de serviços intelectuais em que se exijam a arte e o talento humanos para sua criação e execução satisfatória, mas sim de serviços comuns de informática, com amplas opções no mercado de diversas empresas que prestem os serviços objeto da contratação em análise, com padrão usual de execução.

Assim, tendo em vista que no presente caso a Administração poderá desempenhar suas funções por meio de uma prestação de serviço que atenda aos requisitos mínimos do edital, sem haver necessidade de um serviço que apresente características especiais ou peculiares, entendo que o tipo 'menor preço' melhor se adéqua ao presente caso.

Ademais, não pode prevalecer o argumento dos defendentes de que o Decreto Federal nº 1.070/94 impunha a adoção do tipo "técnica e preço", pois além dessa regra aplicar-se exclusivamente no âmbito da União, já existia regra expressa, aplicável a todos os entes da federação, autorizando a adoção de licitação do tipo 'menor preço' e da modalidade pregão na aquisição de serviços comuns de informática.

Considero irregular, portanto, o tipo de licitação adotado.<sup>18</sup>

#### **b) Inadequada escolha do tipo de licitação 'técnica e preço'.**

[...]

Assim, apesar da argumentação desenvolvida pela denunciada, entendeu o órgão técnico ser imprópria a utilização de licitação do tipo técnica e preço para o certame em questão, tendo em vista que os bens e serviços previstos no objeto são classificados como comuns, sendo recomendada, portanto, a utilização da modalidade Pregão, considerando que esta poderá se afigurar como a solução mais econômica, além de mais célere, na busca e obtenção do menor preço ofertado, reduzindo, por consequência, o custo total do procedimento e da aquisição dos bens e serviços licitados.

Ademais, se os serviços e bens a serem contratados podem ser caracterizados por 'comuns', apesar de complexos, como no caso em tela, vislumbro vantagens inquestionáveis para a Administração referentes à competitividade, celeridade e economicidade na sua contratação por menor preço, não tendo prosperado nenhum argumento em contrário trazido aos autos, nada que lograsse êxito em justificar a escolha de modalidade de técnica e preço para o certame em espécie.

Por tal razão, entendo imprópria a modalidade e o tipo de critério de julgamento escolhidos, recomendando ao [...] que nas licitações a serem realizadas no Município opte sempre que possível pelo certame que vise o menor preço a ser contratado sem, evidentemente, efetuar concessões ao critério de bom serviço a ser prestado.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Segunda Câmara. DENÚNCIA n. 808.446. Relator: Conselheiro Cláudio Terrão. Sessão de 06/02/2014.

<sup>19</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Segunda Câmara. DENÚNCIA n. 800.682. Relator: Conselheiro Eduardo Carone Costa. Sessão de 07/02/2013.

[...]

Entendo que o art. 46 da Lei n. 8.666/93 é taxativo ao determinar a adoção do tipo de licitação 'técnica e preço', tão somente, para serviços de natureza predominantemente intelectual, ou seja, em situações especialíssimas em que o objeto a ser licitado deva ser dotado da melhor técnica possível.

O Tribunal de Contas da União, inclusive, entende que:

'É vedada a licitação do tipo 'técnica e preço' quando não estiver caracterizada a natureza predominantemente intelectual da maior parte do objeto que se pretende contratar, a vista do disposto no art. 46, caput, da Lei n. 8.666/1993.' Acórdão 2391/2007 Plenário (Sumário)

Marçal Justen Filho [in' Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 621], pondera, aliás, que o § 4º do art. 45 da Lei de Licitações e Contratos representa um estágio inicial da evolução tecnológica e que este dispositivo perdeu sua razão de ser com a evolução e progresso dos bens e serviços na área de informática, os quais se inseriram no processo de produção em massa. Adverte, nesse sentido, que:

'[...] tem de interpretar-se o §4º de modo compatível com a Constituição, para evitar o resultado prático de a Administração ser obrigada a desembolsar valores superiores aos necessários. A licitação de tipo técnica será aplicada sempre que a necessidade administrativa envolver alguma característica especial ou peculiar, que não possa ser satisfeita por meio de produtos padronizados.'

Ausentes as justificativas pormenorizadas de que o serviço demandado é predominante intelectual a ensejar a obtenção de proposta de maior qualidade e menor preço possível e diante das ressalvas feitas Órgão Técnico de que "há soluções de TI prontas, amplamente comercializadas, que exercem várias das funções especificadas nos Anexos X e XI, senão todas", fl. 110, irregular a escolha do tipo de licitação técnica e preço.<sup>20</sup>

No mesmo sentido, decisões desta Corte nos autos de n. 800.679, 811.101 e 862.638:

### **3. Da escolha do tipo de licitação técnica e preço**

[...]

Entendo que o art. 46 da Lei n. 8.666/93 é taxativo ao determinar a adoção do tipo de licitação 'técnica e preço', tão somente, para serviços de natureza predominantemente intelectual, ou seja, em situações especialíssimas em que o objeto a ser licitado deva ser dotado da melhor técnica possível.

O Tribunal de Contas da União, inclusive, entende que:

É vedada a licitação do tipo 'técnica e preço' quando não estiver caracterizada a natureza predominantemente intelectual da maior parte do objeto que se pretende contratar, a vista do disposto no art. 46, caput, da Lei n. 8.666/1993. Acórdão 2391/2007 Plenário (Sumário)

<sup>20</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas Segunda Câmara. DENÚNCIA n. 811.915. Relator: Conselheiro Sebastião Helvécio. Sessão de 04/10/2012.



[...]

Ausentes as justificativas pormenorizadas de que o serviço demandado é predominante intelectual a ensejar a obtenção de proposta de maior qualidade e menor preço possível, irregular a escolha do tipo de licitação técnica e preço.<sup>21</sup>

\*\*\*

## **6. Inadequada escolha do tipo de liquidação 'técnica e preço'**

Da manifestação técnica de fls. 451/452, extrai-se, em suma, que *'a utilização de licitação tipo técnica e preço é imprópria para o certame em análise'*.

Os defendentes alegaram, fls. 486, que *'o critério de julgamento para contratação de bens e serviços de informática no presente caso, é o de técnica e preço, porque o objeto da licitação é de locação de software para a administração pública, o que s. m. j. é considerado específico, visto que a administração pública tem suas peculiaridades e necessita muitas vezes de programas desenvolvidos para cada Município, e que, na implantação dos sistemas, há critérios diferenciados, por exemplo, em razão do regime de previdência adotado, se próprio ou oficial, do regime jurídico dos servidores, se celetistas ou estatutários, se há pagamento de FGTS ou quinquênios, enfim, argumentam que são várias as diferenciações de Município para Município, que exigem, muitas vezes, adaptações técnicas e programadores, para adequação dos sistemas operacionais às realidades locais'*.

O Órgão Técnico, no reexame (fls. 537/538), afastou as alegações da defesa ressaltando que

*'[...]'* devido à padronização existente no mercado, os bens e serviços de tecnologia da informação geralmente atendem a protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos e a padrões de desempenho e qualidade que podem ser objetivamente definidos, por meio de especificações usuais no mercado, logo, via de regra, esses bens e serviços devem ser considerados comuns para fins de utilização do procedimento licitatório, na modalidade Pregão.

Assim, apesar do argumento exposto pelos Defendentes, de que a Administração tem suas peculiaridades e necessita muitas vezes de adaptações nos programas, objetivando atender as necessidades de cada Município, tais adaptações não implicam na descaracterização da classificação dos programas como bens e serviços comuns. Pelo exposto, na análise já mencionada, entendeu o Órgão Técnico ser imprópria a utilização de licitação do tipo técnica e preço para o certame em questão, tendo em vista que os bens e serviços previstos no objeto são classificados como comuns, sendo recomendada, portanto, a utilização da modalidade Pregão, considerando que esta poderá se afigurar como a solução mais econômica, além de mais célere, na busca e obtenção do menor preço ofertado, reduzindo, por consequência, o custo total do procedimento e da aquisição dos bens e serviços licitados.

<sup>21</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Segunda Câmara. DENÚNCIA n. 800.679. Relator: Conselheiro Sebastião Helvécio. Sessão de 06/12/2012.

Quanto à menção dos Defendentes, acerca da utilização como parâmetro de julgamento, do critério de avaliação por técnica e preço, na forma então estabelecida no art. 1.º, do Decreto n.º 1.070/94, conforme já observado no 'item 2.4' do presente estudo técnico, o regulamento da licitação em comento foi expedido em 05/10/2009, como se vê à fl. 41, portanto, posteriormente, à época da entrada em vigor da Lei n.º 10.520/2002.

Com relação ao citado critério de julgamento por técnica e preço, estabelecido no art. 1.º, do mencionado Decreto n.º 1.070/94, releva reproduzir trecho do voto proferido pelo Exmo. Sr. Ministro Relator Benjamin Zimler, também, contido no já citado Acórdão TCU-Plenário n.º 313/2004, no qual se destacou a impropriedade da aplicação do referido critério de julgamento, a partir da vigência da Lei n.º 10.520/2002, nos termos do pronunciamento seguinte:

'17. Tendo em vista o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002, acima citado, bem comum é aquele para o qual é possível definir padrões de desempenho ou qualidade, segundo especificações usuais no mercado. Destarte, o bem em questão não precisa ser padronizado nem ter suas características definidas em normas técnicas. Da mesma forma, não se deve restringir a utilização do pregão à aquisição de bens prontos, pois essa forma de licitação também pode visar à obtenção de bens produzidos por encomenda. Do exposto decorre não ser taxativa, mas sim meramente exemplificativa e orientadora a relação constante do Decreto nº 3.555/2000. Por tudo isso, revela-se frágil o argumento fundado no fato de que os serviços de assistência técnica, previstos no Edital do Pregão nº 127/2002, não constarem do rol inserto no Anexo II do referido Decreto.

18. A alegação de que as compras de equipamentos de informática, por exigência do Decreto nº 1.070/1994, devem ser obrigatoriamente precedidas de licitação do tipo "técnica e preço" também não merece prosperar. Afinal, a Lei nº 10.520/2002, diploma mais recente e hierarquicamente superior àquele Decreto, revogou as disposições a ela contrárias nele contidas. Assim, foi revogado o artigo desse Decreto que exigia o tipo 'técnica e preço' para toda e qualquer licitação para contratação de 'bens e serviços de informática'. [...]

Dessa forma, se observadas as interpretações do Tribunal de Contas da União, a respeito do tema em questão, tem-se que as disposições então contidas no Decreto n.º 1.070/94, contrárias às normas estabelecidas na Lei n.º 10.520/2002, não mais prevalecem, ocorrendo, inclusive, a exclusão do critério de julgamento 'por técnica e preço', nas licitações destinadas à aquisição de 'bens e serviços de informática', pelo que entende este Órgão Técnico, como imprópria, a adoção da licitação do tipo técnica e preço, no procedimento licitatório instaurado pela Câmara Municipal de Campestre, cujo critério de julgamento deve ser exclusivamente o de 'menor preço', tendo em vista que os bens e serviços licitados são considerados comuns, razão porque, não ensejam acolhimento as alegações apresentadas pelos Defendentes."

Assim, se os serviços e bens a serem contratados podem ser caracterizados por 'comuns', apesar de complexos, como no caso em tela, vislumbro vantagens inquestionáveis para a Administração referentes à competitividade, celeridade e economicidade na sua contratação por menor preço, não tendo prosperado nenhum argumento em contrário trazido aos autos, nada que lograsse êxito em justificar a escolha de modalidade de técnica e preço para o certame em espécie.

Por tal razão, entendo imprópria a modalidade e o tipo de critério de julgamento escolhidos, recomendando ao Gestor de Campestre que nas licitações a serem realizadas no Município opte sempre que possível pelo certame que vise o menor preço a ser contratado sem, evidentemente, efetuar concessões ao critério de bom serviço a ser prestado.<sup>22</sup>

\*\*\*

## 2) Da adoção da modalidade pregão

Aduz o Denunciante que o objeto licitado é extremamente complexo e detalhado, não se encaixando no conceito de bens e serviços comuns, motivo pelo qual entende ser indevida a utilização da modalidade pregão no presente caso. Argumenta, ainda, que por tratar-se de contratação de bens e serviços de informática, deveria ter sido adotado o tipo técnica e preço e não o tipo menor preço, como foi feito.

O Órgão Técnico, às fls. 269/283, concluiu que a utilização de licitação tipo menor preço é própria para o objeto do edital e, ainda, que os bens e serviços previstos no objeto são comuns, recomendando a utilização da modalidade pregão.

O *Parquet* de Contas acompanhou o parecer técnico, fls. 292/299.

Os defendentes não adentraram nesta questão.

A modalidade licitatória pregão foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Lei nº 10.520/02, visando acelerar o processo de escolha de futuros contratados pela Administração e, assim, propiciar maior celeridade e eficiência ao processo de seleção.

O objeto do pregão destina-se à aquisição de bens e à contratação de serviços comuns, conforme preceitua o art. 1º da Lei nº 10.520/02.

O objeto licitado por meio do Pregão Presencial nº 156/2011, cujo edital é foco de análise nos presentes autos, constitui a prestação de serviços comuns de informática, com ampla receptividade no mercado e com padrões de qualidade e desempenho que podem ser objetivamente definidos no edital.

Ademais, trata-se de serviço que não apresenta complexidade para sua execução, podendo ser cumprido por qualquer interessado que preencha os requisitos de habilitação.

Nesse contexto, o pregão afigura-se como a modalidade mais adequada para o certame.

Sobreleva notar que, por tratar-se de modalidade mais célere, havendo possibilidade de adoção da modalidade pregão, esta deve ser escolhida pelo administrador, em atenção ao princípio da economicidade. Vale ressaltar, inclusive, que a legislação federal e a estadual mineira tornaram obrigatória a adoção da modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns [Art. 4º, Decreto nº 5.450/05 e art. 2º do Decreto Estadual nº 44.786/08].

<sup>22</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Segunda Câmara. DENÚNCIA n. 811.101. Relator: Conselheiro Eduardo Carone Costa. Sessão de 22/11/2012.

Dessa forma, considerando as vantagens manifestas que o pregão vem trazendo para a Administração Pública, como a redução dos preços contratados, a simplificação e a celeridade dos procedimentos, entendo que a Administração utilizou modalidade adequada no procedimento licitatório em exame.

No que atine ao argumento do Denunciante, no sentido de que a adoção do tipo menor preço não foi adequada, sendo cabível para a presente hipótese o tipo de licitação técnica e preço, tenho a considerar que o art. 46 da Lei nº 8.666/93 dispõe que o tipo técnica e preço deverá ser utilizado, exclusivamente, para serviços de natureza predominantemente intelectual, o que não é o caso dos autos.

2'Hely Lopes Meirelles – Licitação e Contrato Administrativo – 14ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro – Malheiros Editores Ltda – 2006, pág. 90'

A respeito do tipo técnica e preço, Hely Lopes Meirelles [*in'* *Licitação e Contrato Administrativo* – 14ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro – Malheiros Editores Ltda – 2006, pág. 90], preleciona:

'A Lei 8.666, de 1993, dispõe que o tipo de licitação de melhor técnica e técnica e preço sejam utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual (projetos, cálculos, fiscalização, gerenciamento e outros ligados à engenharia consultiva em geral). Não obstante, em caráter excepcional, poderão ser adotados para fornecimento de bens, execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto, dependentes de tecnologia sofisticada, nos casos em que o objeto pretendido admita soluções alternativas e variações de execuções, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade '[...]'

Com efeito, depreende-se que o objeto da licitação não consiste na prestação de serviços intelectuais em que se exijam a arte e o talento humanos para sua criação e execução satisfatória, mas sim de serviços comuns de informática, com amplas opções no mercado de diversas empresas que prestam os serviços objeto da contratação em análise, com padrão usual de execução.<sup>23</sup>

Assim, tendo em vista que no presente caso a Administração poderá desempenhar suas funções por meio de uma prestação de serviço que atenda aos requisitos mínimos do edital, sem haver necessidade de um serviço que apresente características especiais ou peculiares, entendo que o tipo menor preço melhor se adéqua ao presente caso.'

## 4.2 DA DESPROPORCIONALIDADE NOS PESOS ATRIBUÍDOS À TÉCNICA E AO PREÇO

Em alguns casos, os serviços de tecnologia da informação serão considerados de natureza predominantemente intelectual por envolverem alguma característica especial ou peculiar que não possa ser encontrada em produtos padronizados usualmente disponíveis no mercado, hipótese de desenvolvimento de *softwares*.

<sup>23</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Segunda Câmara. Edital de Licitação n. 862.368. Relator: Conselheiro Cláudio Terrão. Sessão de 06/08/2013.

Cabível a licitação do tipo técnica e preço, nesse caso, é necessário que o gestor justifique, na fase interna, os fatores de ponderação das notas das propostas técnica e preço, os quais devem ser proporcionais ao grau de complexidade dos serviços a serem contratados, notadamente se os pesos das valorações dessas propostas forem diferentes de 50%.

Essa justificativa visa demonstrar, de forma transparente, se os fatores eleitos privilegiam, de um lado, a isonomia e a competitividade e, de outro, implicam o aumento indevido de preços, o que poderia redundar numa contratação lesiva ao erário, conforme entendimento do TCEMG:

**[...] Falta de razoabilidade para a pontuação dos critérios técnicos, bem como da desproporção na valoração do julgamento em 70% de técnica e 30% de preço (Item 12.2.5 do Edital)**

Às fls. 944/946, o órgão técnico entendeu quanto à valoração dos critérios que os itens 12.1 e 12.2.5 do Edital estabelecem expressiva e injustificada valoração de 70 % (setenta por cento) em relação ao critério técnico, imputando o ínfimo patamar de 30% (trinta por cento), para o critério financeiro, o que destoia das boas práticas públicas.

Sobre o tema, os denunciados alegam que “ao realizar a valoração técnica (7) X preço (3), o ente observou estritamente o disposto nos incisos IV e V do art. 3º do Decreto nº 1.070/94, que regulamenta o artigo 3º da Lei nº 8248/1991 e dispõe sobre contratações de bens e serviços de informática e automação”. Afirmaram que do critério adotado depreende-se um valor justo e condizente com o mercado e obtém um serviço completo e que atende integralmente as necessidades da Administração Municipal.

No reexame de fls. 1288/1289, o órgão técnico ratificou o entendimento firmado inicialmente, no sentido de que, ‘no procedimento licitatório em análise, deve ser adotado o tipo de licitação menor preço eis que os serviços a serem fornecidos são comuns no mercado, não exigindo uma tecnologia sofisticada, sendo que o critério menor preço asseguraria à Administração uma contratação de menor custo e a fixação de peso maior para o critério técnico não apresenta razoabilidade.’

A posição do Tribunal de Contas da União sobre o tema é elucidativo, como se infere do Acórdão nº 828/2007- TCU-Plenário:

‘74. Assim, a adoção do peso 7 para a avaliação da proposta técnica (item 11 do edital, fl. 63) correspondendo ao mais alto nível de complexidade técnica permitido pela legislação, não foi adequado, nem justificado pela Ancine.

**75. Todavia, o risco existente no caso da licitação do tipo técnica e preço, como a ora examinada, em que a técnica é valorada como o fator mais importante, é sagrar-se vencedor o concorrente que obtenha a mais alta pontuação técnica, embora ofereça preço elevado.’**

Nesta esteira, a explicação fornecida não ampara tecnicamente a valoração exacerbada da técnica, se considerada a especialidade ou a complexidade dos serviços que serão prestados, bens e serviços que, na atualidade, são relativamente comuns à área de informática.

Assim, manifesto-me pela irregularidade do critério de pontuação adotado nos itens 12.1 e 12.2.5 do Edital.<sup>24</sup>

**[...] Da desproporcionalidade nos pesos atribuídos à técnica e ao preço**

A Unidade Técnica considerou irregulares e desproporcionais os pesos atribuídos para os critérios de técnica e preço, uma vez que foi determinado peso 7 para avaliação da proposta técnica e peso 3 para a proposta de preço, o que poderia culminar em uma contratação desvantajosa para a Administração.

Após a ratificação do apontamento pelo Parquet de Contas, os responsáveis asseveraram, em sede de defesa, que os percentuais fixados estão em consonância com o disposto no art. 3º do Decreto Federal nº 1.070/94 e que nem sempre o menor custo da contratação representa uma maior vantagem para a Administração (fl. 936).

A Unidade Técnica reafirmou a inaplicabilidade do mencionado decreto ao presente caso e ratificou o entendimento anterior.

O Ministério Público de Contas manifestou-se pela irregularidade do item em comento.

Com efeito, naquelas situações em que for imperiosa a realização de licitações do tipo 'técnica e preço', o que não se afigura no presente caso, a eleição dos critérios deve respeitar o princípio da proporcionalidade. Isso significa que devem ser graduadas as exigências técnicas e os encargos que elas gerarão, sendo forçoso que exista vínculo de adequação entre o critério eleito e a necessidade pública a ser satisfeita, com vistas a evitar o desembolso desnecessário de recursos.

No procedimento licitatório em análise, conforme demonstrado no item anterior, o tipo 'técnica e preço' não é adequado para o objeto da contratação, que constitui serviço comum. Nesse cenário, não se justifica, com muito mais razão, a atribuição de peso muito mais significativo para o critério técnico.

Cabe acrescentar que o privilégio excessivo conferido à técnica em detrimento do critério de preço deve ser acompanhado de justificativa apta a demonstrar sua razoabilidade, de modo a comprovar-se que ele não proporcionará aumento indevido nos custos em prol da obtenção de pequenas vantagens técnicas.

Reconheço, portanto, a irregularidade dessa cláusula editalícia.<sup>25</sup>

No mesmo sentido, decisão exposta nos autos de n. 800.679:

[...]

**4. Da falta de razoabilidade para a pontuação dos critérios técnicos e da desproporção na valoração do julgamento em 70% técnica e 30% preço**

A Coordenadoria de Exame de Instrumento Convocatório de Licitação entendeu inicialmente, que a fixação de peso maior para o critério técnico, na forma estabelecida pelo edital em seu item 16.1 e 16.2.5, não apresenta razoabilidade e pode prejudicar a competitividade pelo estabelecimento de valorização desarrazoada e sem relação de pertinência com os requisitos realmente indispensáveis à boa execução dos serviços.

<sup>24</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Segunda Câmara. DENÚNCIA n. 800.682. Relator: Conselheiro Eduardo Carone Costa. Sessão de 07/02/2013.

<sup>25</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Segunda Câmara. Denúncia n. 808.446. Relator: Conselheiro Cláudio Terrão. Sessão de 06/02/2014.

O Tribunal de Contas da União assim também tem se posicionado sobre a matéria:

‘O privilégio excessivo da técnica em detrimento do preço, sem haver justificativas suficientes que demonstrem a sua necessidade, pode resultar em contratação a preços desvantajosos para a Administração. O estabelecimento de condições mais rigorosas na licitação do que aquelas que serão exigidas durante a execução contratual, especialmente considerando os aspectos de pontuação da proposta técnica, pode resultar na seleção de proposta altamente focada em quesitos técnicos sem correlação com o benefício efetivamente esperado para a execução contratual, com sobrevalorização dos serviços sem aproveitamento de todo o potencial técnico exigido no certame.’ **Acórdão 1782/2007 Plenário (Sumário)**

Tendo em vista que considere irregular a escolha do tipo de licitação técnica e preço, vez que ausentes justificativas no procedimento de que o serviço demandado é predominantemente intelectual, ensejando obtenção de proposta de maior qualidade e menor preço possível, recomendo aos gestores que, em futuras licitações em que seja admissível a técnica e preço, registrem, no procedimento administrativo, justificativa circunstanciada para a pontuação dos critérios de julgamento que devem ser, necessariamente, razoáveis.<sup>26</sup>

Acerca das obrigações da Administração no processo de escolha dos fatores de ponderação técnica, o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 1330/2008, assim se manifestou:

[...] 9.4.6. ao fixar critérios de julgamento de uma licitação, como fatores de ponderação de técnica e preço e quantitativo de funcionários, justifique expressamente esse fatores, que devem ser proporcionais ao grau de complexidade dos serviços a serem contratados. **Ademais, se os pesos forem diferentes de 50% devem ser justificados de forma circunstanciada, visando demonstrar que não representam nem privilégio nem direcionamento e não proporcionarão aumento de preços indevido em decorrência de pequenas vantagens técnicas’**



*Por via de regra, o tipo de licitação é o “menor preço”. Licitação do tipo “técnica e preço” somente se impõe quando o trabalho for de natureza predominantemente intelectual. A exacerbação da valoração da nota técnica deve ser evitada para preservar a isonomia, a competitividade e a obtenção de preços razoáveis. Se destoarem de 50%, os fatores de ponderação das notas das propostas devem ser expressamente justificados e guardar relação de proporcionalidade com o grau de complexidade dos serviços a serem contratados.*

#### **4.3 DA ILICITUDE DE EXIGÊNCIA DE CERTIFICAÇÕES COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO OU CLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTAS**

Os princípios da legalidade e da isonomia, previstos no art. 37, inc. XXI, da CR e no art. 3º da Lei n. 8.666/93, constituem alicerces do procedimento licitatório. Este, por sua vez, tem por escopo não só possibilitar a escolha da melhor proposta para a Administração, mas também resguardar a igualdade de direitos a todos os interessados estabelecidos no mercado.

<sup>26</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Segunda Câmara. Denúncia n. 800.679. Relator: Conselheiro Sebastião Helvécio. Sessão de 06/12/2012.

Disso decorre que é defesa a prática dos atos previstos no art. 3. § 1º, incisos I e II, da Lei n. 8.666/93, *in verbis*:

Art. 3 [...].

§ 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 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;

II – estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras [...].

Esclarece Marçal Justen Filho que:

[...] o ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. [...] Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter ‘competitivo’ da licitação. Assegura-se tratamento igualitário aos interessados que apresentem condições necessárias para contratar com a Administração.<sup>27</sup>

Segundo entendimento firmado no egrégio TCU:

[...] quando aplicada à licitação, a igualdade veda, de modo terminante, que o Poder Público promova discriminações entre os participantes do procedimento seletivo, mediante a inserção, no instrumento convocatório, de cláusulas que afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivalem o julgamento.<sup>28</sup>

Nesse sentido, a Lei n. 8.666/93 determina que:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I – habilitação jurídica;

II – qualificação técnica;

III – qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal. (Vide Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999).

Para Marçal Justen Filho, a exigência constante no art. 27 “significa proibir à Administração impor requisito de habilitação distinto daqueles previstos”.<sup>29</sup>

Também, nas palavras de Carlos Pinto Coelho “A redação do art. 27 é precisa. Estabelece exatamente os requisitos limítrofes para participação dos interessados no procedimento”.

Entretanto, prática muito comum nas licitações é a exigência de certificações (a exemplo da ISO) para fins de habilitação e classificação de propostas, o que afronta o §5º do art. 30 da Lei n. 8.666/93:

<sup>27</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed., São Paulo: Dialética, 2010. p. 83.

<sup>28</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Representação. Decisão n. 456/2000 – Relator: Min. Benjamim Zymler. DOU de 13/06/2000.

<sup>29</sup> Op. Cit., p. 72.



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

[...]

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que iniba a participação na licitação.

O Enunciado de Súmula n. 117 desta Corte de Contas assinala:

Nos atos convocatórios de licitação, as Administrações Públicas Estadual e Municipais não poderão exigir apresentação de certificado de qualidade ISO ou outro que apresente as mesmas especificidades como requisito para habilitação de interessados e classificação de propostas.

No mesmo sentido é a jurisprudência do TCU:

As exigências contidas no art. 30 da Lei nº 8.666/93 são do tipo *numerus clausus*, ou seja, encontram-se esgotadas naquele dispositivo, sendo defeso, aos diversos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, inovar[...]. Tais exigências somente seriam justificáveis se os referidos requisitos fossem previstos em lei especial, passando a situação, então, a enquadrar-se no inciso IV do referido art. 30. Tal situação, entretanto, caso existisse, deveria ser expressamente consignada no edital de licitação, em nome da motivação que deve nortear os atos administrativos. No caso em exame, tem-se que o edital não fez qualquer alusão a eventuais leis especiais que estivessem a requerer o cumprimento das ditas exigências.<sup>30</sup>

\*\*\*

Este Tribunal de Contas já assentou entendimento de que a exigência de certificado ISO não pode ser utilizada como critério eliminatório em processo licitatório, mas, quando necessário, como critério classificatório e com pontuação razoável.<sup>31</sup>

Enfim, para efeito de qualificação técnica, o edital deve se limitar a exigir apenas e tão somente os documentos expressamente previstos no art. 30 da Lei n. 8.666/93 ou impô-los consoante as prescrições ali contidas.

Não é despidendo ressaltar que os procedimentos de certificação envolvem investimento por parte da empresa a ser certificada, o que pode redundar em fator impeditivo à participação no certame. Por outro lado, o procedimento de certificação requer tempo, no mais das vezes incompatível com o prazo destinado à apresentação das propostas no certame, o que configura obstáculo intransponível à competitividade.

Logo, é antijurídico obrigar o licitante a apresentar certificação de qualquer espécie como condição de habilitação ou de classificação de proposta.

*Certificados de qualidade não podem ser utilizados como requisito de habilitação no processo licitatório. Todavia, quando necessários, podem ser exigidos como requisito de pontuação em licitação do tipo “técnica e preço”, observada a razoabilidade da valoração da nota.*



<sup>30</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Representação. Decisão n. 739/2001. Relator: Min. Rel. Ubiratan Aguiar. DOU de 26/09/2001.

<sup>31</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Representação. Acórdão n. 173/2006. Relator: Min. Lincoln Magalhães da Rocha. DOU de 21/06/2006

#### 4.4 DO PARCELAMENTO DO OBJETO

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

A propósito, a jurisprudência do TCEMG arquitetada em torno da matéria culminou na edição da Súmula n. 114:

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.

Colacionam-se excertos de outras decisões, balizadas nas autorizadas doutrinas de Jessé Torres Pereira Júnior e Marçal Justen Filho:

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

as exigências de habilitação adequar-se a esta divisibilidade' [...] O Acórdão n.º 1.748/2004 do TCU reproduz, essencialmente, a decisão acima transcrita, citando-a, e ainda acrescenta: '... caso contrário, **deve sempre estar devidamente justificado, no processo licitatório, os motivos que levaram a Administração a proceder de outra forma** [...]'. (Representação n.º 732112. Rel. Conselheiro Antônio Carlos Andrada. Sessão do dia 05/06/2007) (Grifou-se)

Embora a lei não disponha sobre a obrigação de o responsável pela licitação formalizar uma justificativa para a reunião de várias obras em um só procedimento licitatório, Marçal Justen entende que tal motivação é devida e a defende nos seguintes termos: "A decisão sobre o parcelamento ou a execução global deverá ser orientada ao melhor aproveitamento dos recursos 'disponíveis no mercado' e à ampliação da competitividade. Seria o caso em que o vulto da contratação impossibilitasse os economicamente mais fracos de participar do certame. Em obras e serviços de grande vulto, o licitante deverá dispor de capital de giro elevado, recursos pessoais próprios de monta, etc. [...] Não se admitirá o parcelamento quando não trouxer benefícios para a Administração. [...] **Em qualquer caso, a opção pelo fracionamento ou pela execução global deverá ser motivada satisfatoriamente.**" (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 1998, p. 206/207). (Representação n.º 706.390. Rel. Conselheira Adriene Andrade. Sessão do dia 17/04/2007) (Grifou-se)

Licitação. Excessiva diversidade de itens como objeto de uma única licitação. Prestação de serviços básicos de infraestrutura, compreendendo a manutenção de vias urbanas com o fornecimento de mão de obra, materiais e equipamentos para a realização da coleta de lixo e serviços correlatos no Município. '[...] o objeto licitado é amplo e diversificado, composto de itens distintos, o que requer para sua execução empresas de especialidades diversas. [...] A Administração, ao concentrar em um único procedimento licitatório objetos diversos, que demandam licitações autônomas, violou o princípio da competitividade, pois certamente, ao englobar itens distintos num mesmo certame, reduziu o universo de possíveis interessados que não dispõem de capacidade para executar tão amplos e diversificados serviços, podendo, inclusive, comprometer a qualidade dos serviços a serem prestados. [...] a diversidade de itens num mesmo certame inviabiliza sua execução por uma mesma empresa'.<sup>32</sup>

Em suma, à luz da doutrina e da jurisprudência, a obrigatoriedade do parcelamento só pode ser afastada se comprovada sua inviabilidade técnica e econômica.

Nesse aspecto, apresenta-se decisão deste Tribunal, referente à licitação cujo objeto é a locação de sistemas de gestão pública:

De fato, este Tribunal vem entendendo pela obrigatoriedade da subdivisão técnica em parcelas de objetos licitados quando viável – por exemplo, na Representação n. 732112, Relator Conselheiro 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 Professor Calos Pinto Coelho Motta.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Segunda Câmara. Licitação n. 627.765. Relator: Conselheiro Moura e Castro. Sessão de 03/10/2006.

<sup>33</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho Motta. Eficácia nas licitações e contratos. 11. ed. rev. atualiz. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 260.

No mesmo sentido:

Com a devida vênia ao estudo elaborado pela área técnica, entendo que a solução tecnológica pretendida pelo Município – embora para utilização ampla, em diversas áreas da Administração – não prescinde da operacionalização integrada, ou seja, deve 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 diferentes módulos a diversas empresas distintas, vez que a operacionalização da gestão integrada seria bastante complexa.

[...] cabe a recomendação ao gestor para que avalie e registre, neste certame e nos futuros, nos autos dos procedimentos licitatórios, os estudos devidos, para que se adote, ou não, a solução de subdivisão em parcelas do objeto a ser licitado.<sup>34</sup>

Assim, na fase interna do procedimento licitatório, o gestor deve declinar, em fundamentado estudo técnico e econômico, os motivos determinantes da indivisibilidade do objeto, a fim de que os órgãos de controle tenham elementos para aferir se as razões para tanto validam, ou não, a opção da Administração de não parcelar o objeto, conforme o sentido teleológico da norma contida no art. 23, § 1º, da Lei de Licitações.



*A regra nas licitações é o parcelamento do objeto. A indivisibilidade somente se valida se amparada em estudo técnico e econômico. À luz da doutrina e da jurisprudência, a obrigatoriedade do parcelamento só pode ser afastada se comprovada sua inviabilidade técnica e econômica.*

#### 4.5 EXIGÊNCIA DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA EMITIDOS EXCLUSIVAMENTE POR PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

Frequentemente, esta Casa tem se deparado com editais de licitações cujo objeto é a locação ou licenciamento de sistemas de gestão pública nos quais os entes limitam a emissão de atestados de capacidade técnica a órgãos ou entidades públicas. O argumento usual para validar tal exigência reside no fato de o *software* destinar-se à gestão pública. Logo, as pessoas jurídicas de direito privado não licitariam e não se ajustariam à prestação desse serviço e, por conseguinte, seria materialmente impossível atestar capacidade técnica nesse sentido.

A lógica do argumento, contudo, não o torna adequado sob o prisma jurídico-legal.

Com efeito, o art. 30, § 1º, da Lei n. 8.666/93 preceitua que a “comprovação de aptidão, [...] no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por **atestados fornecidos por pessoas de direito público ou privado** [...]”. (Grifou-se)

<sup>34</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Segunda Câmara. Denúncia n. 811.915. Relator: Conselheiro Sebastião Helvécio. Sessão de 04/10/2012.

Em sede constitucional, o art. 37, inc. XXI, da CR autoriza que sejam feitas somente exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações que serão futuramente assumidas pelo contratado, a conferir:

Art. 37. A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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.** (Grifou-se)

Paralelamente, o art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei n. 8.666/93 veda a inclusão no edital de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame e estabeleçam preferências ou distinções em razão de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. A aptidão do licitante para prestar um serviço é comprovada por meio de experiência anterior na execução de objeto semelhante, independentemente da personalidade jurídica do sujeito, de direito público ou privado, a quem foram locados ou cedidos os sistemas.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista, embora sejam pessoas jurídicas de direito privado, sofrem forte influência do regime jurídico de direito público, especialmente no que diz respeito a licitações e pessoal. Dessa forma, restringir a emissão de atestados de capacidade técnica a pessoas jurídicas de direito público é, a toda evidência, o mesmo que não permitir a participação na disputa de empresas que tenham prestado serviços similares a pessoas jurídicas de direito privado.

Nessa linha, seguem excertos de decisões desta Corte:

**B) Exigência de atestados de capacidade técnica emitidos exclusivamente por pessoas jurídicas de direito público, fl. 03:**

Há clara restrição à competitividade na exigência contida no item 9.2.3.1 do edital, quanto à previsão de comprovação de prestação do serviço à empresa jurídica de direito público, já que não há justificativa legal que fundamente a exclusão dos atestados emitidos por empresas jurídicas de direito privado.

É de se ressaltar que esta Corte já se manifestou neste sentido ao apreciar a Denúncia apresentada em face da Prefeitura Municipal [...] [omissis], distribuída sob o nº 796.103, em que prevaleceu o voto do Conselheiro Relator Conselheiro Eduardo Carone Costa, que assim se manifestou:

*‘constato, em análise perfunctória dos autos, impropriedades nas cláusulas que não contemplam a possibilidade de pessoas jurídicas de direito privado fornecerem atestados com o objetivo de comprovar a qualificação técnica dos licitantes, o que, por si só, fere o princípio da competitividade, corolário ao princípio da isonomia.’*

Assim, entendo que é irregular a restrição contida na cláusula 9232 em relação aos atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito privado, que se constitui em afronta à previsão contida no art. 30, § 1º, inc. I da Lei nº 8.666/93.

Posto isto, julgo procedente a Denúncia no que se refere à exigência de atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público.<sup>35</sup>

A entidade promotora da licitação, ao limitar os atestados àqueles oriundos apenas de entidades de direito público, viola o disposto no inciso I, §1º, art. 3º, que veda aos agentes públicos 'admitir, prever, incluir [...], 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;'

O entendimento apresentado é confirmado pela jurisprudência do TRF da 1ª Região que firmou a seguinte decisão:

'Com efeito, a norma contida no item 14.3, alínea b, do Edital, que impossibilita a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito privado é incompatível com o artigo 30, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93, que expressamente permite a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público e privado.' (TRF da 1ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 1999.01.00.014752-7/DF, 3º T. Suplementar, rel. Juiz Wilson Alves de Souza, j. em 29.05.2003, DJ de 18.06.2003)

Conclui-se que a Administração requerer atestados de capacidade técnica emitidos somente por pessoas jurídicas de direito público viola o Princípio da Legalidade (art. 37, CR), pois os critérios habilitatórios perfazem atos administrativos vinculados ao teor do artigo 27, Lei nº 8.666/93 e é direito do licitante comprovar sua aptidão com atestados emitidos por entes de qualquer regime de direito.

Comungo o entendimento do Órgão Ministerial de que a irregularidade em comento não conserva relação de dependência com as condutas adotadas pela denunciante no procedimento licitatório, vez que não afeta apenas a ela, mas macula de legitimidade todo o procedimento licitatório, pelo que **considero irregular o apontamento denunciado.**<sup>36</sup>

\*\*\*

## **B) Da exigência de atestado de capacidade técnica fornecido exclusivamente por pessoa jurídica de direito público**

[...]

Com efeito, à Administração Pública não cabe fazer exigências que inadvertidamente frustrem o caráter competitivo da licitação, devendo agir com vistas a assegurar a participação do maior número possível de concorrentes no certame, desde que tenham qualificação técnica para garantir o cumprimento das obrigações.

<sup>35</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Primeira Câmara. Denúncia n. 796.706. Relator: Conselheiro Wanderley Ávila. Sessão de 27/03/2012.

<sup>36</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Primeira Câmara. Denúncia n. 808.165. Relator: Conselheiro Wanderley Ávila. Sessão de 1º/08/2013.

A exigência de atestado fornecido exclusivamente por pessoa jurídica de direito público é desarrazoada, uma vez que pode impedir a participação de empresa que, apesar de nunca ter celebrado contrato com o setor público, tenha vasta experiência na seara privada no que cinge ao objeto licitado e possua interesse em participar do certame.

Ademais, o art. 30, §1º, da Lei nº 8.666/93 é taxativo ao dispor que a comprovação de aptidão técnica será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

Por fim, o ato convocatório é expresso em definir os atestados de capacidade técnica fornecidos por entidades de direito público como elemento necessário à avaliação das propostas técnicas, não sendo razoável que não sejam valorados os atestados fornecidos por empresas que atuem em áreas afins.

Quanto à exigência de quantidade mínima de atestados, por ter o condão de restringir a ampla competitividade, deve existir apenas naquelas hipóteses em que a especificidade do objeto assim o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no procedimento administrativo licitatório, circunstância que não restou evidenciada.

Considero irregular, portanto, a previsão editalícia e procedente a alegação da Denunciante.<sup>37</sup>



*Atestados de capacidade técnica destinados à locação ou cessão de sistemas de gestão pública podem ser emitidos tanto por pessoas jurídicas de direito público quanto de direito privado.*

#### **4.6 EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE AMOSTRA POR TODOS OS LICITANTES**

Em se tratando de *software*, a prova de teste ou a demonstração técnica faz as vezes de amostra. O tratamento jurídico é o mesmo. O que altera somente é o objeto do exame: amostra para aquisição de bens e demonstração técnica para prestação de serviços.

A exigência de amostra ou prova de teste objetiva verificar se as características do que foi proposto pelo licitante corresponde às especificações técnicas estabelecidas pela Administração no ato convocatório. Com essa avaliação, a Administração afere os parâmetros de desempenho, as funcionalidades do *software* e a qualidade do objeto em face das especificações do edital e da proposta vencedora. As normas para realização da amostra devem estar previamente fixadas no edital para amplo e prévio conhecimento dos licitantes.

<sup>37</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Segunda Câmara. Denúncia n. 808.446. Relator: Conselheiro Cláudio Terrão. Sessão de 06/02/2014.

Em se tratando de amostra ou demonstração técnica de *software*, a avaliação deve destituir-se de quaisquer critérios subjetivos e não pode ficar condicionada ao livre arbítrio dos membros da Comissão de Licitação ou do Pregoeiro e sua equipe de apoio. Essa tarefa deve ser confiada a técnicos especializados no assunto com vínculo funcional com a Administração. Deverá ser dada publicidade de data e local para apresentação, cujo prazo deve ser razoável e facultado o acompanhamento dessa exibição a todos interessados. A Administração deve disponibilizar estrutura para a demonstração técnica de modo a não impor ônus excessivo ao licitante.

A rotineira exigência de amostras a todos os licitantes, tanto nas tradicionais modalidades de licitação quanto no pregão, tem ensejado dúvidas, especialmente, no que tange ao momento oportuno de sua apresentação.

Sobre a matéria, o TCEMG se manifestou:

#### **Exigência de apresentação de amostra por todos os licitantes**

Consta do Edital, no item 12.4, que a imposição de apresentação de amostras deve ser efetuada por todos os licitantes e não somente para o licitante vencedor do certame (fls. 205/206).

Asseverou a Unidade Técnica em seu exame inicial (fls. 96) que *'A demonstração prática faz-se apenas por meio da exigência de amostras. A exigência de amostras é razoável. Há, porém, o momento em que será cabível a exigência de apresentação de amostras: o licitante que sagra-se vencedor do certame deverá apresentá-las, antes de contratar com a Administração, desde que haja previsão editalícia.'*

Os Denunciados não se manifestaram acerca deste item.

Entendo, portanto, que permanece a irregularidade constatada no item 12.4 do Edital, arrimado no entendimento do Tribunal de Contas da União:

*'A exigência de amostras a todos os licitantes, na fase de habilitação ou de classificação, além de ser ilegal, pode impor ônus excessivo aos licitantes, encarecer o custo de participação na licitação e desestimular a presença de potenciais interessados'.* Acórdão 1113/2008 Plenário (Sumário).<sup>38</sup>

No mesmo sentido, decisão nos autos de n. 800.679:

#### **12. Da exigência de amostras para todos os licitantes**

Inicialmente, registrou a Unidade Técnica a exigência de demonstração prática de todos os licitantes interessados, presente nos itens 14.9, 14.10, como irregularidade a ensejar restritividade injustificada.

No que se refere à modalidade pregão, venho entendendo que é vedada a exigência de apresentação de amostras ou protótipos antes da fase de lances, devendo a obrigação ser imposta somente ao licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar. Entendo, ainda, que, para as demais modalidades, seria ilegal tal imposição na fase de habilitação ou classificação, assim como se posiciona o TCU:

*'A exigência de amostras a todos os licitantes, na fase de habilitação ou de classificação, além de ser ilegal, pode impor ônus excessivo aos licitantes, encarecer o custo de participação na licitação e desestimular a presença de potenciais interessados'.* Acórdão 1113/2008 Plenário (Sumário)

<sup>38</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Segunda Câmara. Denúncia n. 812.278. Relator: Conselheiro Eduardo Carone Costa. Sessão de 18/10/2012.



‘Utilize-se das modalidades de licitação previstas na Lei no 8.666/1993, caso seja indispensável exigir amostras ou protótipos dos produtos a serem licitados, observando ainda o entendimento desta Corte de que tal obrigação somente deve ser imposta ao licitante provisoriamente em primeiro lugar, nos termos dos arts. 45 e 46 da Lei no 8.666/1993 e dos Acórdãos 1237/2002, 808/2003, 99/2005, 526/2005 e 1598/2006, todos do Plenário’. Acórdão 2147/2006 Plenário

Então, com esteio nos princípios da razoabilidade e da economicidade, concluo que, para as modalidades de licitação previstas na Lei n. 8.666/93, caso necessária a exigência de amostras, esta deve ser imposta ao licitante que se classificar em primeiro lugar. Constatado, em vista disso, como irregular a exigência de demonstração prática de todos os licitantes (item 14 do edital), a qual deve ser sanada pela Administração neste e em certames futuros.<sup>39</sup>

Deliberações do TCU têm considerado irregular a exigência de apresentação de amostras para todos os licitantes:

Na modalidade pregão, é vedada a exigência de apresentação de amostras antes da fase de lances, devendo a obrigação ser imposta somente ao licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar. (Acórdão 1634/2007 – Plenário)

Segundo o TCU, a vedação em pauta encontra repouso nas seguintes razões:

A exigência de amostras, na fase de habilitação, ou de classificação, **feita a todos os licitantes, além de ilegal, poderia ser pouco razoável**, porquanto imporá ônus que, a depender do objeto, seria excessivo, a todos os licitantes, encarecendo o custo de participação na licitação e desestimulando a presença de potenciais licitantes.

A solicitação de amostra na fase de classificação apenas ao licitante que se apresenta provisoriamente em primeiro lugar, ao contrário, não onera o licitante, porquanto confirmada a propriedade do objeto, tem ele de estar preparado para entregá-lo, nem restringe a competitividade do certame, além de prevenir a ocorrência de inúmeros problemas para a administração.

Não viola a Lei nº 8.666/93 a exigência, na fase de classificação, de fornecimento de amostras pelo licitante que estiver provisoriamente em primeiro lugar, a fim de que a Administração possa, antes de adjudicar o objeto e celebrar o contrato, assegurar-se de que o objeto proposto pelo licitante conforma-se de fato às exigências estabelecidas no edital.<sup>40</sup> (Grifou-se)

O jurista Marçal Justen Filho aborda o tema com propriedade:

Tornou-se pacífico o entendimento de ser vedada a apresentação de amostras por todos os licitantes. Essa solução infringe o princípio da proporcionalidade-necessidade, eis que somente se produz a análise da amostra apresentada pelo licitante que tenha formulado o lance de menor valor. Submeter todos os demais licitantes a apresentar amostras equivale a generalizar um encargo econômico inútil – o qual se traduz num desincentivo à participação na licitação.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Segunda Câmara. Denúncia n. 800.679. Relator: Conselheiro Sebastião Helvécio. Sessão de 06/12/2012.

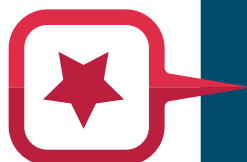
<sup>40</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Representação. Decisão n. 1237/2002. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. DOU de 27/09/2002.

<sup>41</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico - 5ª ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Federal n 10.520/2002 e os Decretos Federais n. 3.555/00 e 5.450/05*. São Paulo: Dialética, 2009. p. 136.

Pelo exposto, infere-se que é impróprio exigir a prova de teste na fase de habilitação, porquanto a finalidade desta etapa é verificar se o licitante possui, com base em documentos definidos no edital da licitação, qualificação para contratar com a Administração. A fase de habilitação não é o momento adequado para se perquirir sobre os atributos do objeto proposto. A demonstração é feita depois de encerrada a fase de propostas.

No caso de Concorrência, Tomada de Preços ou Convite, vencida a etapa da habilitação, abertos os envelopes “proposta”, confirmado o atendimento às cláusulas editalícias e apurado o menor preço, o licitante vencedor deve se desincumbir da prova de teste.

Na hipótese de Pregão – no qual as fases do procedimento licitatório se invertem – a exigência de amostra ou demonstração técnica deve se limitar ao licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, quando caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da aceitabilidade do valor e do objeto proposto, prática que encontra guarida no art. 4º, inc. XI, da Lei n. 10.520/2002.



*Apresentação de amostra ou demonstração técnica é procedimento da fase de classificação da licitação. Ela não pode ser exigida de todos os licitantes, **mas apenas do licitante vencedor**, no caso das modalidades de Concorrência, Tomada de Preços ou Convite, ou do **licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar**, no caso da modalidade Pregão.*

#### 4.7 DA AUSÊNCIA DE LIMITES À SUBCONTRATAÇÃO

A natureza jurídica do contrato administrativo impõe a análise da subcontratação à luz da indisponibilidade do interesse público.

A subcontratação do contrato administrativo só é permitida se expressa e disciplinadamente prevista no edital, nos termos prescritos nos arts. 72 e 78, inc. VI, da Lei n. 8.666/93:

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

[...]

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

É dever da Administração cercar-se de cautelas para evitar a ocorrência de sobressaltos na execução contratual que prejudiquem o normal desenvolvimento da atividade administrativa e, por conseguinte, a tutela do interesse público.

Marçal Justen Filho leciona:

A subcontratação será admitida nos termos e limites previstos no instrumento convocatório. Ademais, será exigida comprovação da viabilidade e satisfatoriedade da subcontratação. Ainda que não se estabeleça um vínculo direto e imediato entre a Administração e o subcontratado, deverá comprovar-se uma promessa de subcontratação e a idoneidade do possível contratado. Afinal, a subcontratação envolve riscos para a Administração Pública, os quais devem ser minimizados.<sup>42</sup>

Ainda que a Administração não mantenha relação direta com o subcontratado, o dever de tutelar o interesse público e, sobretudo, de agir consoante os princípios próprios do regime jurídico administrativo, fundamenta a decisão estatal de fixar qual parte do serviço poderá ser subcontratada.

Sobre o limite da subcontratação, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG – decidiu:

[...] E, quanto à permissão de subcontratação de 30% do valor global da proposta apresentada, equivalente a quase um terço do contrato, quero crer tratar-se de concessão razoável, a permitir a formação de consórcios em percentual seguro, de molde a garantir a segurança na realização de empreendimento de tamanha magnitude, sendo certo, indiscutivelmente, que quanto maior for o número de empresas vinculadas à satisfação da concorrência, proporcionalmente maior será a possibilidade de haver atraso na entrega do complexo eletro-mecânico e eletrônico que se pretende implantar. [...]<sup>43</sup>

No mesmo sentido, a jurisprudência do TCEMG:

[...] assim como a Unidade Técnica, entendo que a Administração deve dispor adequadamente da possibilidade de subcontratação no edital e no contrato, definindo claramente seus parâmetros, quando aceitável, pela interpretação dos art. 72 e 78, inciso VI, da Lei n. 8.666/93, pelo que considero irregular a ausência, no edital de Tomada de Preços n. 001/2009, dos limites para a subcontratação ali autorizada.<sup>44</sup>

*O edital, em regra, deve prever e delimitar o que e quanto do objeto poderá ser subcontratado. A subcontratação é exceção.*



<sup>42</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 825.

<sup>43</sup> Mandado de Segurança n.: 1.000.000.221.622-4/00 – 1º/08/2001.

<sup>44</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas Segunda Câmara. DENÚNCIA n. 811.915. Relator: Conselheiro Sebastião Helvécio. Sessão de 04/10/2012.

## 4.8 DA INOBSERVÂNCIA ÀS LEIS DE TRANSPARÊNCIA FISCAL E DE ACESSO À INFORMAÇÃO

O conceito de publicidade, previsto no caput do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB,- evoluiu ao longo de décadas para hoje alçar-se ao de transparência. A legislação pátria e as boas práticas refletem tal avanço, a exemplo da Lei de Transparência Fiscal, da Lei de Acesso à Informação, do uso do Pregão nas compras estimadas em até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) em detrimento do Convite (art. 22, § 2º, da Lei n. 8.666/93), da preferência pelo pregão eletrônico ao presencial<sup>45</sup> e da cotação eletrônica de preços.

Nesse aspecto, a Lei Complementar n. 131, de 27 de maio de 2009, acrescentou dispositivos à Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme disposto a seguir:

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante: (Redação dada pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;

III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.

Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a: (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

I – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado;

<sup>45</sup> No convite, a publicação do aviso de licitação em órgão de imprensa oficial é facultativa, enquanto que no Pregão é obrigatório. Preferir o pregão eletrônico em detrimento do presencial confere maior amplitude à transparência, porquanto naquele, necessariamente, todos os atos do certame são disponibilizados na rede mundial de computadores. A cotação eletrônica de preços, por fim, em oposição às dispensas de licitação em razão do valor (até R\$ 8.000,00 - compras e vendas comuns), também ampliam a transparência dos atos praticados que a formulação das propostas é franqueada na *internet* a qualquer interessado, independentemente ou não de ser instado pela Administração.

II – quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários.

Dessa forma, as licitações cujo objeto envolva aquisição/locação de sistemas de gestão pública devem prever as funcionalidades que efetivem o prescrito na LC n.º 131/2009.

Sobre a matéria, cita-se decisão do TCEMG:

**Omissão quanto aos dispositivos de transparência da LC 131/2009.**

O Ministério Público junto ao Tribunal registra a ausência de observação dos dispositivos de transparência inseridos na Lei Complementar n. 131/2009 no processo que objetiva a informatização administrativa do Município de Varginha.

Como bem registra o parecer ministerial, a questão central reside no atendimento ao princípio da transparência administrativa, sendo a Lei Complementar n. 131/2009, de fato, um marco importante no desenvolvimento desta cultura no ambiente estatal e na própria sociedade.

Recomendo, pois, nas futuras contratações, sejam levados em consideração os termos da Lei 131/2009, para que se revejam os termos da contratação e para que se insiram no procedimento licitatório os comandos ali inseridos.<sup>46</sup>

De forma oportuna, com a edição da Lei n. 12.527 de 18 de novembro de 2011, regulamentou-se o direito fundamental de acesso a informações, previstos no art. 5º, inc. X e XXXIII, no art. 37, § 3º, inc. II, e no art. 216, § 2º, da CRFB.

O princípio constitucional da publicidade permite ao cidadão e aos órgãos de controle fiscalizar os atos do gestor que materializam a atuação estatal, consistindo em divulgar oficialmente os referidos atos.

Já a transparência constitui um desdobramento, um “plus” da publicidade, porquanto estimula os gestores a agirem com responsabilidade e zelo, induz o controle social, constrói mecanismos de combate à corrupção, fortalece a gestão fiscal e impõe o rompimento do conceito de que todas as informações produzidas pela Administração constituem monopólio do Estado.

Hodiernamente, uma das formas mais efetivas de divulgação em tempo real se faz pela rede mundial de computadores (internet). O legislador não desconheceu essa realidade. Nesse sentido, a Lei n. 12.527/2011 prescreve que o acesso à informação compreende, entre outros, os direitos de obter informação pertinente à licitação e aos contratos administrativos (art. 7º, inc. I). Também, que constitui dever dos órgãos e entidades públicas promover a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet), que inclui a disponibilização dos editais do certame e resultados obtidos, bem como de todos os contratos celebrados (art. 8º).

<sup>46</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Segunda Câmara. Denúncia n. 812.442. Relator: Conselheiro Sebastião Helvécio. Sessão de 27/09/2011.

A propósito, excerto de decisão do TCEMG que julgou irregular a falta de divulgação do aviso de licitação e da íntegra do ato convocatório e seus anexos no sítio eletrônico de ente jurisdicionado:

### **2.2.2- Da publicidade restrita do ato convocatório**

O Ministério Público de Contas apontou como irregular a publicidade restrita do ato convocatório, tendo em vista que os responsáveis pelo certame não publicaram o aviso de licitação, bem como o inteiro teor do edital e seus anexos no sítio eletrônico do Município de [omissis], afrontando, dessa forma, o art. 8º, §1º, IV e §2º, da Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527/11.

A Unidade Técnica, em sede de reexame, ratificou a irregularidade aditada pelo Órgão Ministerial e opinou pela expedição de recomendação aos responsáveis para que, em atendimento à Lei de Acesso à Informação e aos princípios da ampla competitividade e isonomia, divulguem amplamente o novo edital de licitação, inclusive no sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de [omissis], o que foi ratificado pelo Parquet de Contas em seu parecer conclusivo.

A Lei nº 12.527/11, Lei de Acesso à Informação, que regulamenta o direito fundamental ao acesso a informações previsto constitucionalmente, tem como algumas de suas diretrizes a divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações, e a utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação.<sup>47</sup>

O art. 8º, §1º, IV, do citado diploma legal, dispõe:

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo:

[...]

**IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;**

[...]

**§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).**

<sup>47</sup> Art. 3. Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

[...]

II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

[...]

**§ 4º Os Municípios com população de até 10.000 (dez mil) habitantes ficam dispensados da divulgação obrigatória na internet a que se refere o § 2º, mantida a obrigatoriedade de divulgação, em tempo real, de informações relativas à execução orçamentária e financeira, nos critérios e prazos previstos no art. 73 – B da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). (Grifou-se)**

Consoante informação constante no sítio eletrônico do Município de [...], a sua população foi estimada em 81.119 (oitenta e um mil cento e dezenove) habitantes pelo IBGE no ano de 2009.

Diante do exposto, considero irregular a ausência de publicação do aviso de licitação, bem como do inteiro teor do edital e seus anexos no sítio eletrônico de [...], tendo em vista que o Município tem população superior a 10.000 (dez mil) habitantes, impondo-se como obrigatória tal disponibilização, em obediência ao disposto no art. 8º, §4º, da Lei de Acesso à Informação.

Além disso, a ausência da ampla e irrestrita divulgação do ato convocatório ofende o princípio da publicidade, expressamente previsto no art. 37, caput, da Constituição da República e no art. 3º da Lei nº 8.666/93.<sup>48</sup>

Pelo exposto, conclui-se que, ainda que inexistisse imposição legal em franquear as informações ao cidadão, caberia aos gestores públicos prestá-las. Administração transparente é aquela que compartilha com a sociedade informações de maneira clara e acessível.



*O conceito de Administração Pública inclui o de Administração Transparente.*

*As informações relativas aos procedimentos licitatórios (edital, resultados, contratos firmados, entre outros) devem estar disponíveis no sítio eletrônico do órgão ou entidade pública licitante, estadual ou municipal. Para os municípios que possuam população inferior a 10.000 (dez mil) habitantes, fica dispensada a obrigatoriedade de divulgação na internet, nos termos do art. 8º, § 4º, da Lei de Acesso à Informação.*

<sup>48</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Segunda Câmara. Denúncia n. 887.996. Relator: Conselheiro Cláudio Terrão. Sessão de 12/12/2013.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No exercício de sua competência, o TCEMG articula esforços a fim de auxiliar os jurisdicionados na missão de gerir os bens, recursos e valores postos sob a tutela dos agentes públicos. Muitos desses esforços e mobilizações concentram-se em ações de cunho pedagógico, que ensejam a edição de publicações contendo decisões, recomendações e orientações.

Essa linha de atuação tem contribuído decisivamente para a melhoria das práticas levadas a efeito pelos jurisdicionados jungidos à tutela deste Tribunal. Assim, animada pela percepção dos bons resultados alcançados, esta Corte de Contas avançou por entender que o momento atual é mais do que pertinente para a concepção deste Manual.

Este Manual Técnico visa orientar os jurisdicionados nas contratações de sistemas de gestão pública com entendimentos balizados em decisões desta Corte de Contas e do Tribunal de Contas da União, como também autorizada doutrina sobre o tema.

Espera-se, desse modo, que contribua para o aprimoramento do planejamento e da execução das atividades administrativas, seja eliminando fatores que possam eivar de vício insanável as licitações, melhorando a prestação dos serviços públicos, ou ainda oferecendo premissas para uma administração transparente, eficiente e atenta aos reclames da sociedade.







**Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**  
Av. Raja Gabaglia, 1.315 - Luxeburgo - Belo Horizonte - MG  
CEP: 30380-435 - TEL.: (31) 3348-2446 | 3348-2317

*[www.tce.mg.gov.br](http://www.tce.mg.gov.br)*  
*[www.twitter.com/tcemg](https://www.twitter.com/tcemg)*