## EXMO. SR. MAURI JOSÉ TORRES DUARTE, DD. CONSELHEIRO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

**PROCESSO - DENÚNCIA 1095475 e 1095474**

**O CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL MULTIFINALITÁRIO DA ÁREA MINEIRA DA SUDENE – CIMAMS,** inscrito noCNPJ sob o nº 21.505.692/0001-08, EDMÁRCIO MOURA LEAL, presidente do CIMAMS, inscrito no CPF 033.398.176-69 e **THAMARA ALMEIDA VELOSO,** pregoeira do CIMAMS, inscrito no CPF 105.972.266-60, vem respeitosamente apresentar DEFESA, os Autos do **PROCESSO DE DENÚNCIA 1095475 e 1095474**, aviada pelo Sr. **ROGER DE ALMEIDA ALVARENGA**, portador do CPF sob nº 100.161.176-46, emtramite diante deste Egrégio Sodalício, conforme esclarecimentos e justificativas abaixo, passando a expor e requerer o seguinte:

**PRELIMINARMENTE**

A denúncia veio endereçada ao Sr. Alisson Rafael Alves dos Santos que desenvolve atividade de Pregoeiro junto ao CIMAMS, porém, o processo em litígio está sendo conduzido pela pregoeira Substituta **THAMARA ALMEIDA VELOSO**.Assim, requer a correção do polo passivo da Denúncia.

**DA ALEGAÇÃO DE DIRECIONAMENTO E LIMITAÇÃO DE CONCORRÊNCIA**

A Denunciante alega *“DIRECIONAMENTO DO CERTAME - A PARTIR DA DESCRIÇÃO MINUCIOSA DO OBJETO A SER LICITADO”,* nos seguintes termos:

*De início, cumpre destacar o objeto do Edital do Processo Licitatório n° 043/2020 – Pregão Presencial por Registro de Preços n° 008/2020: (...)”*

*“Segundo relatado, as exigências acima descritas comprometem a ampliação da disputa e por consequência a seleção da proposta mais vantajosa. Feito o relato, passa-se, a seguir, para a análise do inciso XXI, artigo 37 da Constituição Federal de 1988(...)”*

*“Indo mais a fundo quanto a questão do direcionamento do certame, verifica-se que no Termo de Referência na parte que trata das descrições dos aplicativos e suas configurações gerais, especificadamente quanto as exigências em relação a “Área Financeira” em muito se assemelha ao disposto na descrição de serviços prestados pela empresa* ***CONTASS Contabilidade e Consultoria LTDA****, podendo tal informação ser verificada na imagem a seguir extraída do site www.contassconsultoria.com.br/site/ecidade e logo abaixo trecho do referido edital(...)”*

*“Ocorre que, em grande maioria dos sistemas do mercado nacional, o módulo não é identificado apenas como FINANCEIRO, uma vez que engloba além do financeiro, também orçamento e contabilidade de forma integrada, dessa forma, em análise ao disposto no site da empresa Contass há indícios direcionamento para a mesma.”*

Com todo o respeito, ao elaborar o edital, a Pregoeira e equipe de apoio contaram com apoio técnico do departamento jurídico e da equipe técnica de informática no intento de se conseguir a prestação de serviços que melhor atenda às exigências atuais dos municípios consorciados, sem deixar de observar as exigências do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Não há qualquer direcionamento, senão aquele necessário ao atendimento das exigências do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, uma vez que, caso o sistema não atenda a essas exigências causará grandes prejuízos aos municípios consorciados e aos demais municípios que demonstrarem interesse em aderir à futura ata de registro de preços, que certamente atrasarão ou deixarão de enviar os documentos e informações necessárias exigidas, como indicado na Instrução Normativa 010/2011 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

*“****DAS RESPONSABILIDADES E DAS SANÇÕES***

*Art. 7º - Os titulares dos órgãos e das entidades mencionados no artigo 5º desta Instrução são responsáveis pelos documentos e informações prestados e por eles responderão pessoalmente, caso venham a ser apuradas divergências ou omissões.*

*Art. 8º A omissão no envio dos documentos e informações de que trata esta Instrução ou o não cumprimento dos prazos nela estabelecidos sujeitará o responsável às sanções previstas na Lei Complementar Estadual nº 102/2008.”*

Conforme artigo 85 da Lei Complementar Estadual 102/2008, o valor da multa pode chegar a R$35.000,00(trinta e cinco mil reais).

Assim, as descrições dos aplicativos, softwares e suas configurações gerais, quanto aos módulos do sistema, deverão atender às exigências do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, e logicamente exigido nos editais de contratação de serviços semelhantes, uma vez que, como acima descrito, a incompatibilidade causará prejuízos aos contratantes.

Portanto, no caso em estudo, caso haja restrição de concorrência diante das descrições dos aplicativos, softwares e suas configurações gerais de forma ampla, ou o alegado direcionamento, que obviamente não existe, tal situação não é legal, devendo tal condição ser estabelecida quando necessária a atender o interesse público, contudo sem que fira o disposto na Lei 8.666/93 (artigo 3º, §1º, I e artigo 44) e Constituição Federal (artigo 37, XXI). Vejamos os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

*“O dispositivo não significa, porém, vedação a cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares.* ***Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjugadamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação.*** *Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, XXI, da Constituição da República (...)[[1]](#footnote-1)”*

As exigências se justificam para se evitar que o contratante fique “amarrado” a um serviço que permita carregar o software em um único computador, mas que impeça de fazer cópias, e que não disponibilize o código fonte.

Transcrevemos abaixo o detalhamento indicado no site <https://docs.blender.org/manual/pt/dev/getting_started/about/license.html(02/11/2020-10h)>, que explica de maneira técnica a necessidade da licença GNU:

*“O Software Livre no seu senso mais correto, é o software o qual você é livre para utilizar, copiar, modificar, redistribuir, sem limitações. Isso é contrastante com o esquema de licenciamento da maior parte dos pacotes de softwares comerciais, nos quais você tem a permissão de carregar o software em um único computador, mas o qual não é permitido fazer cópias, e nunca visualiza o código fonte. O «Free Software» ou «Software Livre» permite uma liberdade incrível ao usuário final. Pelo fato do seu código fonte ser universalmente disponível, existem muito mais chances de um problema como um defeito ser encontrado e consertado.*

*Quando um programa é licenciado através da licença GNU / General Public License (GPL):*

*Você tem o direito de utilizar o programa para qualquer finalidade.*

*Você tem o direito de modificar o programa, e ter acesso aos códigos fonte.*

*Você tem o direito de copiar e distribuir o programa.*

*Você tem o direito de melhorar o programa, e liberar as suas próprias versões.*

*Em troca por esses direitos, você tem algumas responsabilidades caso você distribua um programa sob a licença GPL. Essas responsabilidades essas que são designadas para proteger as suas liberdades e as liberdades de outras pessoas:*

*Você deve prover uma cópia da licença tipo GPL com o programa, de maneira que os destinatários estejam cientes de seus direitos sob esta licença.*

*Você deve incluir o código fonte, ou tornar o código fonte disponível livremente.*

*Caso você modifique e distribua a versão modificada, você deve licenciar as suas modificações sob a licença GPL (ou uma licença compatível).*

*Você não pode restringir o licenciamento do programa além dos termos especificados na GPL (você não pode transformar um programa liberado sob a licença GPL em um produto proprietário).”*

Segundo o site gov.br[[2]](#footnote-2), os sistemas do modelo SPB, possibilitam:

*“Um dos principais motivos relacionados às intenções da APF em compartilhar sistemas através do modelo do SPB é justamente a possibilidade de reduzir os custos, visto que reduz esforços de desenvolvimento de novos softwares, há aproveitamento de códigos estáveis já existentes, economizando tempo de produção (ECONOMIA..., 2006 )*

*Ao adotar software proprietário, há grande chance de gerar dependência em relação aos fornecedores especializados, que são os únicos com condições de modificar o código daquele sistema contratado. Com isso, ele vai poder cobrar valores mais altos do que seria justo, visto que não há concorrência (BACIC, 2003).*

*Através do SPB, onde há licença que permite acesso e modificação do código fonte por qualquer pessoa, não tem como criar essa dependência. A qualquer momento pode ser realizada uma licitação envolvendo contratação de empresas distintas daquela responsável pelo desenvolvimento original do software. Assim há estímulo à competição entre fornecedores, consequentemente melhoria da qualidade dos serviços e redução de custos, beneficiando sociedade e governo (AMADEU, 2006).*

*É complicado dizer se um software é seguro quando não há acesso ao seu código-fonte. O uso do SPB elimina esse problema, visto que adota licença GPL. Programas com código aberto atendem ao princípio da transparência e permitem auditoria completa. Torna possível a retirada de trechos duvidosos, falhas perigosas ou até mesmo backdoors (forma mal intencionada de deixar no programa um caminho de invasão escondido, sem despertar a desconfiança do usuário) e, como consequência direta, traz mais segurança (AMADEU, 2006).*

*No desenvolvimento de software que apresenta código aberto, como o SPB, as inovações são compartilhadas entre todos, permitindo que as melhorias sejam adotadas por qualquer um, assim o conhecimento passa a ser sempre disseminado, ajudando principalmente as pequenas e médias empresas (AMADEU, 2006).  
Através das comunidades criadas em torno de um software público existe forte compartilhamento de conhecimento. A sociedade inteira tem acesso ao conhecimento, não importa se é um pequeno município ou um grande órgão do governo federal (DANIEL, 2011).”*

Já no portal do SICOM, já em sua página inicial esclarece que a tecnologia SICOM é criada em parceria com os jurisdicionados, sendo atualizado constantemente:

*“O SICOM é uma tecnologia inovadora do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, criada em parceria com os jurisdicionados, para apoiar o controle externo da gestão dos recursos públicos de forma eficiente,**eficaz, efetiva**e**transparente.[[3]](#footnote-3)”*

Assim, mais uma vez reportamo-nos ao ensinamento do Ilustre Marçal Justen Filho, acima transcrito.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais se manifestou da seguinte forma, quanto às restrições possíveis, seguindo os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

*“Denúncia. Licitude de cláusulas restritivas. “(...) inciso I, do §1º, do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 (...) [é] analisado por Marçal Justen Filho, como a seguir: ‘O disposto não significa, porém, vedação a cláusulas restritivas da participação.* ***Não impede a previsão de exigências rigorosas nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Vedam-se cláusulas desnecessárias ou inadequadas, cuja previsão seja orientada não selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares.*** *Se a restrição for necessária para tender ao interesse coletivo, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão.* ***Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação.*** *A vedação não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF. A incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcional às necessidades da Administração.* ***O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda que indiretamente, prejudiquem*** *o caráter competitivo’ da licitação.’ (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª ed., Dialética, p. 61 e 62) (...)[[4]](#footnote-4)”. – GRIFAMOS.*

Ainda, quanto à alegação de direcionamento, temos a informar que no site do software público existem dois softwares públicos, sendo um deles o e-cidades e o outro o urbem, e ambos atendem às exigências da plataforma do SICOM.

No caso em estudo, o que se busca dentre outras vantagens aos municípios, é a obediência ao princípio da eficiência, insculpido no “caput” do artigo 37 da Constituição Federal:

*“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: (...)” – GRIFAMOS.*

A doutrina e jurisprudência, tem decidido da seguinte forma a respeito da matéria, considerando necessária a observação do princípio da eficiência:

*“Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial,* ***para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas****. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões* ***necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir****.[[5]](#footnote-5)” – GRIFAMOS.*

*“A maior vantagem se apresenta quando a Administração Pública* ***assume o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular a realizar a melhor e mais completa prestação****.[[6]](#footnote-6)” – GRIFAMOS.*

*“Reiteradamente se tem propalado que a*[*Lei de Licitações*](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027021/lei-de-licita%C3%A7%C3%B5es-lei-8666-93)*obriga a Administração a comprar produtos de baixa qualidade, face ter estabelecido a regra geral da aquisição pelo menor preço. Esse equívoco tem por causa três diferentes fatores, quais sejam a ausência de treinamento,* ***o equívoco de que comprar pelo menor preço obriga a aceitar qualquer produto*** *e a errada compreensão de decisões dos órgãos do controle.[[7]](#footnote-7)” – GRIFAMOS.*

*“Os princípios da moralidade,* ***eficiência******e economicidade*** *são extremamente relevantes na análise dos atos praticados pela Administração Pública moderna, que deve buscar, na era da globalização, a****eficiência****e****eficácia****, assim como a racionalização, na aplicação dos parcos recursos existentes.[[8]](#footnote-8)” – GRIFAMOS.*

Não há tão pouco, ofensa ao princípio da isonomia, como é o entendimento do Ilustre Marçal Justen Filho[[9]](#footnote-9), acompanhado pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais[[10]](#footnote-10), nem há direcionamento, uma vez que, o site gov.br, reconhece que o software com código aberto ajuda principalmente as pequenas e médias empresas, existindo inclusive, comunidades criadas em torno de um software público para compartilhamento de conhecimento:

*“No desenvolvimento de software que apresenta código aberto, como o SPB, as inovações são compartilhadas entre todos, permitindo que as melhorias sejam adotadas por qualquer um, assim o conhecimento passa a ser sempre disseminado, ajudando principalmente as pequenas e médias empresas (AMADEU, 2006).  
Através das comunidades criadas em torno de um software público existe forte compartilhamento de conhecimento. A sociedade inteira tem acesso ao conhecimento, não importa se é um pequeno município ou um grande órgão do governo federal (DANIEL, 2011).[[11]](#footnote-11)”*

Portanto, com todo o respeito, não há se falar em restrição ilegal da concorrência ou direcionamento do certame, ou, ainda, ofensa ao princípio da livre concorrência, sendo que o edital busca tão somente o cumprimento do **Princípio da Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público**, o qual se caracteriza pela supremacia do interesse público sobre os interesses particulares e segundo Hely Lopes Meireles é *“um dos princípios de observância obrigatória pela Administração Pública…”*[[12]](#footnote-12), sendointimamente ligado ao princípio indisponibilidade do interesse público.

É claro que ao administrador e no caso em estudo, ao órgão gerenciador[[13]](#footnote-13) cabe a tarefa de zelar pelos interesses da coletividade, não podendo dispor de tais interesses em proteção aos particulares como consubstanciado na Constituição Federal e na Lei 8.666/93 e em todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à disposição de quem quer que seja, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuser a intentio legis.”[[14]](#footnote-14)*

O edital cumpre, ainda, o **Princípios da Probidade Administrativa,** o qual,segundo Djonilson Paulo Amaral Veríssimo[[15]](#footnote-15):

*“(...)o primeiro dos princípios expressos na Lei n.º 8.666/93, a probidade administrativa consiste na honestidade de proceder ou na maneira criteriosa de cumprir todos os deveres que são atribuídos ou acometidos ao administrador por força de lei. É diretamente derivado do princípio da moralidade.”*

Segundo o grande Prof. Marçal Justen Filho, assim sintetiza seu entendimento:

*“… A moralidade e a probidade administrativa são princípios de conteúdo inespecífico, que não podem ser explicados de modo exaustivo. A explicitação, nesse ponto, será sempre aproximativa. Extrai-se a intenção legislativa de que a licitação seja norteada pela honestidade e seriedade. Exige-se a preservação do interesse público acima do egoístico interesse dos participantes da licitação ou da mera obtenção de vantagens econômicas para a própria administração”[[16]](#footnote-16).*

Ainda, segundo o grande administrativista, Celso Antônio Bandeira de Melo, manifesta-se a respeito de violação de princípios legais:

*“****Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma****.* ***A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.******É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade****, conforme o escalão do princípio atingido,* ***porque representa insurgência contra todo o sistema subversão aos seus valores fundamentais****”[[17]](#footnote-17) .* ***- GRIFAMOS.***

No caso em estudo, está claro que o edital não possui caráter restritivo ou direciona o procedimento licitatório, uma vez que, o que se busca é o atendimento das necessidades dos municípios consorciados, e aplicação das exigências do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Ainda, quanto à alegação de direcionamento, reiteramos que, no site do software público existem dois softwares públicos que são disponibilizados aos interessados, sendo um deles o **e-cidades** e o outro o **urbem**, e ambos atendem às exigências da plataforma do SICOM.

Assim, cai por terra a alegação de direcionamento, limitação ou restrição de concorrência, uma vez que, o Defendente sempre primou por cumprir as exigências legais, embasando-se na legislação vigente, doutrinas e jurisprudências aplicáveis ao caso.

Quanto ao direcionamento a uma possível e específica concorrente, como acima indicado, existem COMUNIDADES *“criadas em torno de um software público existe forte compartilhamento de conhecimento. A sociedade inteira tem acesso ao conhecimento, não importa se é um pequeno município ou um grande órgão do governo federal (DANIEL, 2011).[[18]](#footnote-18)”*

Portanto, não há que se falar em direcionamento a uma empresa, já que várias empresas de várias comunidades podem concorrer ao certame.

**DA ALEGADA INCOMPATIBILIDADE DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS PARA COM O OBJETO LICITADO**

O Denunciante alega que o sistema de Registro de Preços é incompatível para contratação do objeto licitado, justificando sua irresignação da seguinte forma:

*“Ocorre que, utilizando-se da ferramenta Registro de Preços, cuja validade máxima é de 12 meses, a cada ano teriam que licitar o objeto novamente, perdendo todo o investimento inicial de migração, implantação e treinamento, tanto por parte da CONTRATANTE como do CONTRATADO, elevando o custo dos serviços.(...)*

*Todavia, o Sistema de Registro de Preços é incompatível com a contratação de serviços de natureza contínua, pois este (SRP) exige imprevisibilidade de quantitativo e os serviços ora licitados tem seus quantitativos perfeitamente previsíveis (12 meses). Já que, uma simples verificação ao Termo de Referência do edital ora atacado, nota-se claramente que a despesa a ser contratada será liquidada de forma mensal, através de parcelas líquidas e certas em valores não variáveis.*

*Sob tal ótica, vislumbra-se que nas situações em que haja a necessidade de fornecimento contínuo de bens ou produtos ou a execução contínua de serviços, em que é cediço pela Administração as quantidades e momentos em que necessitará da prestação desses objetos, estes deverão ser adquiridos por meio de contratação normal, onde estejam previstos no contrato todos os requisitos obrigatórios de execução do fornecimento ou serviço: formas, metodologias, prazos, quantitativos, especificações, critérios de pagamento, hipóteses de inexecução, sanções, dentre outros.”*

Com todo o respeito, os serviços licitados atendem a todas as exigências legais para o julgamento mediante do sistema de Registro de Preços, senão vejamos:

A Lei 8.666/93, prevê no artigo 15, o seguinte:

*“Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:*

*...............................*

***II - ser processadas através de sistema de registro de preços;*”** - GRIFAMOS

O Decreto Federal 7.892/2013 e suas alterações, indica no artigo 3º:

*“Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:*

*I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;*

*II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;*

*III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou*

*IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.”*

Todas essas exigências estão atendidas no procedimento em epígrafe, e ao contrário do que alega a Denunciante, principalmente no que diz respeito aos incisos III e IV, uma vez que, a contratação será realizada para atender a vários órgãos da administração pública não sendo possível definir o previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração, principalmente pelo fato de se admitir o *“carona”*, como autoriza o item 6(seis) do Edital.

O Tribunal de Contas da União apresenta os seguintes entendimentos:

*“Enunciado I*

***É lícita a utilização do sistema de registro de preços para contratação de serviços contínuos, desde que configurada uma das hipóteses delineadas no art. 3º do Decreto 7.892/2013****, nas quais não se compreende a simples possibilidade de aumento futuro da demanda pelos serviços.*

*................................*

***Conclusão:***

*Não se deve licitar via SRP, quando o objeto for prestação de Serviços Continuados, exceto nas hipóteses previstas no Art. 3º do Decreto 7892/2013.[[19]](#footnote-19)”*

***“(...)Vislumbro a importância da utilização do SRP nos casos enquadrados no inciso III, por exemplo, onde, a partir de uma cooperação mútua entre órgãos/entidades diferentes, incluindo aí um planejamento consistente de suas necessidades, a formação de uma ata de registro de preços poderia resultar em benefícios importantes****. Também nos casos de contratação de serviços frequentemente demandados, mas que não sejam necessários ininterruptamente,* ***a ata poderia ser uma solução eficaz e que se coaduna com a eficiência e a economicidade almejadas na aplicação de recursos públicos****.[[20]](#footnote-20)” – GRIFAMOS.*

O Sistema de Registro de Preços, *“procedimento inserido no bojo das licitações e* ***objetivando formar um cadastro com produtos registrados disponíveis à Administração****, tem sua utilização cada vez mais encorajada pelos doutrinadores e pelos órgãos de controle”[[21]](#footnote-21) - GRIFAMOS.*

O ilustre JACOBY FERNANDES, entende o sistema de Registro de Preços, conforme conceito abaixo:

*“é um procedimento especial de licitação que se efetiva por meio de uma concorrência ou pregão sui generis, selecionando a proposta mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia,* ***para eventual e futura contratação****”[[22]](#footnote-22) – GRIFAMOS.*

O não menos ilustre Marçal Justen Filho, entende SRP da seguinte forma:

*“...consubstancia um contrato normativo, o qual decorre de um procedimento específico e que estabelece regras vinculantes para os órgãos da Administração Pública e um particular* ***em relação a obrigações futuras****, fixando condições previamente.”[[23]](#footnote-23) – GRIFAMOS.*

Importante, ainda, ressaltar que o objetivo é ainda a busca pela economia de escala, mais uma vez, voltando-se para o cumprimento do princípio da eficiência, onde ser busca contratar os melhores serviços pela melhor proposta, sendo este o entendimento de Marçal Justen Filho:

*“em uma economia de escala, o aumento de quantitativos produz a redução dos preços. Por isso, não teria cabimento a Administração fracionar as contratações se isso acarretar aumento de seus custos[[24]](#footnote-24)”.*

Além disso, existe no edital a previsão da possibilidade de formalização do contratos entre os órgãos participantes e a futura adjudicatária, como informa o item XIV no subitem 1.1 corroborada pela apresentação do Anexo IX(minuta de contrato):

*“1.1 - Se, por ocasião da formalização do contrato, as certidões de regularidade de débito da Adjudicatária perante o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), estiverem com os prazos de validade vencidos, o órgão licitante verificará a situação por meio eletrônico hábil de informações, certificando nos autos do processo a regularidade e anexando os documentos passíveis de obtenção por tais meios, salvo impossibilidade devidamente justificada.”*

Dessa forma, embora por força de Lei, as atas de registro de preços não possam ter vigência que extrapole 12(doze) meses[[25]](#footnote-25), os contratos oriundos das referidas atas, terão sua vigência estabelecida pelo inciso II do artigo 57 da Lei 8.666/93, diante da natureza continuada dos serviços contratados, fazendo-se necessária a formalização de contratos pelos municípios, por mais de um exercício financeiro.

Para Marçal Justen Filho, são contratos de execução continuada:

*“Aqueles que impõem à parte o dever de realizar uma conduta que se renova ou se mantém no decurso do tempo. Não há uma conduta específica e definida cuja execução libere o devedor (excluídas as hipóteses de vícios redibitórios, evicção, etc.). Assim se passa, por exemplo, com o contrato de locação. O locador deve entregar o bem locado ao locatário e assegurar-lhe a integridade da posse durante o prazo previsto[[26]](#footnote-26)”.*

Diógenes Gasparini ensina, que os contratos de prestação de serviço a serem executados de forma continuada *“são aqueles que não podem sofrer solução de continuidade ou os que não podem ser, na sua execução, interrompidos. Dessa natureza são os serviços de vigilância, manutenção e limpeza[[27]](#footnote-27)”.*

Segue o mesmo raciocínio o conceito atribuído pelo Tribunal de Contas da União:

*“Voto do Ministro Relator*

*[...]*

*28. Sem pretender reabrir a discussão das conclusões obtidas naqueles casos concretos,* ***chamo a atenção para o fato de que a natureza contínua de um serviço não pode ser definida de forma genérica. Deve-se, isso sim, atentar para as peculiaridades de cada situação examinada****.*

*29. Na realidade, o que caracteriza o caráter contínuo de um determinado serviço é sua* ***essencialidade para assegurar a integridade do patrimônio público de forma rotineira e permanente ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do ente administrativo, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional****.[[28]](#footnote-28)”*

**DA ALEGADA FORMALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO EM NOME DE MUNICÍPIOS QUE NÃO SOLICITARAM A CONTRATAÇÃO**

Em síntese, alega a Denunciante que o CIMAMS formalizou procedimento licitatório e *“relacionou no edital todos os Municípios que fazem parte do Consórcio, sem verificar junto a estes Municípios o real interesse e a necessidade dos mesmos em relação ao objeto licitado.”*

Ocorre que, ao contrário do que alega a Denunciante, o CIMAMS possui em seu estatuto a autorização expressa de todos os órgãos consorciados, como reza o inciso XIV do artigo 9º:

*“Art. 9º. Respeitados os limites constitucionais e legais, caberá o CIMAMS/CONSÓRCIO exercer as seguintes competências e cumprir os seguintes objetivos:*

*...............................*

***XIV – a implantação de um sistema de compras e licitação unificado.”***

Dessa forma, demonstramos que o Consórcio está apenas e tão somente cumprindo um objetivo que lhe compete, estando perfeitamente alinhadas a compatibilidade do objetivo fim do CIMAMS com o objeto licitado, em atendimento ao permissivo do artigo do 112 da Lei 8.666/93:

*“Art. 112.  Quando o objeto do contrato interessar a mais de uma entidade pública, caberá ao órgão contratante, perante a entidade interessada, responder pela sua boa execução, fiscalização e pagamento.*

*§ 1o Os consórcios públicos poderão realizar licitação da qual, nos termos do edital, decorram contratos administrativos celebrados por órgãos ou entidades dos entes da Federação consorciados.”*

Além disso, o artigo 4º do Decreto 7.892/2013, em seu §1º prevê:

*“Art. 4º Fica instituído o procedimento de Intenção de Registro de Preços - IRP, a ser operacionalizado por módulo do Sistema de Administração e Serviços Gerais - SIASG, que deverá ser utilizado pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG, para registro e divulgação dos itens a serem licitados e para a realização dos atos previstos nos incisos II e V do caput**do art. 5º e dos atos previstos no inciso II e caput do art. 6º .*

*§ 1º* *A divulgação da intenção de registro de preços poderá ser dispensada, de forma justificada pelo órgão gerenciador.”*

Assim, com todo o respeito, não assiste razão à Denúncia quanto a tal alegação.

**DA ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS DA VANTAGEM DA ADESÃO DOS MUNICÍPIOS CONSORCIADOS.**

A alegação da Denunciante é de que não existem provas das reais vantagens da adesão dos municípios consorciados à ata de registro de preços que será gerada pelo julgamento da licitação.

Mais uma vez, não tem nenhum fundamento a alegação da Denunciante, uma vez que, o procedimento atende ainda às exigências dos §§1º e 7°, do artigo 23 da Lei 8.666/93, que exige a observação da economia de escala:

***Art. 23.*** *As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:*

*§ 1o 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****.*

*§ 7o Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas a ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo* ***para preservar a economia de escala****. – GRIFAMOS.*

Os benefícios das compras compartilhadas passam pela economia de esforços através da *“redução de processos repetitivos, redução de custos por meio da compra concentrada de maiores quantidades o que resulta em economia de escala, melhor planejamento das necessidades, além da facilidade de manutenção e uso decorrente da padronização de equipamentos e soluções adquiridos conjuntamente”,* como é o entendimento do Ministério do Planejamento em Contratações Conjuntas.[[29]](#footnote-29)

As compras conjuntas também estão previstas no inciso III, do Decreto Federal 7.892/2013, acima mencionados.

Segundo Renato Ladeia[[30]](#footnote-30), economia de escala trata-se de:

*“(...)um conceito econômico cujo significado é* ***a possibilidade de reduzir o custo médio de um determinado produto pela diluição dos custos fixos em um número maior de unidades produzidas****. Como os custos fixos são constantes até um determinado patamar, quanto maior o volume produzido, menor será o custo médio. Isso ocorre quando uma empresa tem capacidade instalada de produção e aumenta o volume de produtos utilizando os mesmos recursos como maquinário, instalações e mão de obra.* ***Dessa forma, o preço médio dos produtos é reduzido na proporção do aumento do volume****. Alguns exemplos de custos fixos: aluguel, depreciação do maquinários e equipamentos, pessoal administrativo, telefone, investimentos em pesquisa e desenvolvimento do produto etc.” – GRIFAMOS.*

Observa-se que é fato público e notório a redução dos preços na proporção do aumento de volume de materiais ou serviços, podendo afirmar que trata-se de fato notório, reconhecido pelos nossos Tribunais e juristas, ou seja, são fatos de conhecimento público, cuja veracidade é indiscutível e, portanto, independem de provas como reza o inciso I, do artigo 374 do Código de Processo Civil Brasileiro:

*“Art. 374.  Não dependem de prova os fatos:*

*I - notórios;”*

Além disso, os órgãos participantes do registro de preços deverão analisar, justificar e comprovar que, o contrato que estarão formalizando ou a ata a qual estarão aderindo, atendem às exigências de vantajosidade.

Também não merece acolhida, com todo o respeito, o ponto ora abordado.

**DA ALEGADA AUSÊNCIA DE ÍNDICES CONTÁBEIS NO EDITAL QUE TRATEM DA BOA SITUAÇÃO FINANCEIRA DA EMPRESA.**

Alega a Denunciante que, no edital de licitação em comento, ao tratar da boa situação financeira da empresa, há omissão quanto ao índice que deverá ser utilizado, nos termos da redação, temos:

*1.12 - Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social (2019), exigíveis e apresentados na forma da Lei; que comprovem a boa situação financeira da empresa.* ***Com base nos dados extraídos do balanço será avaliada a capacidade financeira da empresa.”***

De fato, não houve a exigência de índices contábeis, mas tão somente de:

*“1.13 - Prova de possuir* ***Capital social de no mínimo 10% (dez por cento) do lote****. Devendo a comprovação ser feita relativa à data de apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização pela taxa referencial de juros – TR, até o primeiro dia de cada mês, acumulada desde o mês de registro da sua alteração na Junta Comercial, até o mês da primeira publicação do aviso do Edital desta licitação. Os valores de todos os capitais deverão estar gravados em real.”*

Ocorre que a Lei nº 8.666/93 propõe uma série de medidas que podem ser adotadas pela Administração, no planejamento da contratação pública, na intenção de resguardar o regular andamento da sua fase externa bem como a boa e correta execução do futuro contrato.

Verifica-se que a habilitação financeira tem o condão precípuo de avaliar se o pretenso contratado tem condições mínimas, sob o enfoque financeiro, de garantir a execução do contrato, vale dizer, se ele poderá suportar todos os custos que virão da execução do contrato.

O instrumento convocatório traz, em seu texto, exigências mínimas para contratação de empresas que possa executar os contratos oriundos da Ata de Registro de Preço, junto aos Municípios consorciados ao CIMAMS e não um único Município, que, no caso em questão, são 91 consorciados.

Para um melhor esclarecimento, vejamos o que diz o art. 31, §§ 2º e 3º, da Lei 8.666/93:

*“§ 2o A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, …”.*

*“§ 3o O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.*

Nesse sentido, observa se que o edital cumpriu com o que descreve a legislação pertinente ao tema, ou seja, o dispositivo legal permite que, para qualquer modalidade, a Administração poderá exigir: “o Capital Social ou Patrimônio Líquido, que o Capital Social ou Patrimônio Líquido estabelecido no Edital não ultrapasse o valor correspondente a 10% do valor estimado”, ou seja, o instrumento convocatório em seu item 4.3 exige capital social de 10 % (dez por cento) do lote, estando, assim, dentro dos padrões legais.

Importante ressaltar que, a exigência de comprovação do capital social não cumulativo com índices financeiros, é necessária uma vez que a súmula 275 do TCU não aceita que tais exigências sejam cumulativas, como abaixo transcrito:

*“Para fins de qualificação econômico-financeira, a* ***Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias*** *que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.” – GRIFAMOS.*

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, também apresenta este entendimento:

*“Representação.* ***Alternatividade e não-cumulatividade*** *das exigências do §2º do art. 31 da Lei de Licitações. “As exigências do parágrafo são alternativas, não cumulativas. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, na Decisão 1551/01, DOU de 19/11/2002, recomendou: ‘atentar para as disposições do art. 31, §2º, (...)* ***de forma a não exigir, simultaneamente, requisitos de capital social mínimo e garantias para comprovação de qualificação econômico-financeira’.*** *(...) Na mesma linha, também amparou-se a Recomendação constante no Acórdão n.º 808/2003 – Plenário – daquele órgão”.[[31]](#footnote-31)*

A escolha do Consórcio não pode comprometer a competitividade do certame, devendo adotar critério que possa ser considerado confiável e que, ao mesmo tempo, possibilite a participação do maior número possível de empresas integrantes do mercado, no intuito de atingir um grau máximo de certeza junto a um risco mínimo à contratação, ampliando assim, a concorrência.

Assim, “data vênia”, não merece acolhida a Denúncia, quanto a este item.

**DAS ALEGADAS EXIGÊNCIAS ABUSIVAS.**

Informa que o edital prevê apresentação de Atestado de Capacidade Técnica, nos seguintes termos:

*“1.14 - Atestado de Capacidade Técnica comprovando aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com as características e quantidades do objeto da licitação, de desempenho anterior, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprobatório da capacidade técnica para atendimento ao objeto da presente licitação, inclusive comprovando a geração e entrega do SICOM em todos seus módulos.”*

Alega que *“tratam-se de exigências excessivas e subjetivas, primeiro em relação a quantidade do objeto licitado, não sendo possível identificar qual seria a quantidade compatível, uma vez que o processo licitatório destina o objeto para mais de 90 (noventa) Municípios. Mais uma exigência subjetiva: em relação a entrega do SICOM, como desejam que isto seja demonstrado? Nota-se que não há clareza alguma no disposto.”*

Alega, ainda, que a jurisprudência adota o entendimento de que um atestado de capacidade técnica pertinente e compatível é o que apresenta pelo menos 50% (cinquenta por cento) do quantitativo licitado.

Quanto ao alegado subjetivismo, quanto à quantidade licitada, tal alegação não encontra guarida, uma vez que, todas as quantidades estão descritas no Termo de Referência.

Quanto à comprovação de quantidade de serviços executados que deva constar no atestado de capacidade técnica operacional ou técnico profissional, este pode se limitar a 50% (cinquenta por cento) do quantitativo licitado, assistindo razão à Denunciante, como reza o a Súmula nº 263, do Tribunal de Contas da União:

*“para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.”*

Conforme decisão do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, a qualificação técnica é:

*Denúncia. Qualificação técnica. “A qualificação técnica, nas palavras de José Cretella Júnior, em sua obra ‘Das Licitações Públicas’, se presta ao seguinte fim: ‘(...) para a concretização plena do objeto do contrato, (...) o licitante deverá apresentar prova de que tem aptidão para contratar, bem como que se apóia em infra-estrutura suficientemente idônea para a execução do objeto do ajuste, nas condições e prazos assinalados no edital’. (CRETELLA JÚNIOR, José. Das Licitações Públicas. 1993, pág. 202)[[32]](#footnote-32)”.*

Quanto ao quantitativo que se deve exigir, segundo entendimento do Tribunal de Contas da União, não pode ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do quantitativo licitado:

*“Contratação de projetos de obra pública: 1 – É ilícita a exigência de número mínimo de atestados de capacidade técnica, assim como a fixação de quantitativo mínimo nesses atestados superior a 50% dos quantitativos dos bens ou serviços pretendidos, a não ser que a especificidade do objeto recomende o estabelecimento de tais requisitos.[[33]](#footnote-33)”*

O edital exige, ainda:

*“Apresentação prévia de relação explícita do pessoal técnico adequado e disponível para a realização do objeto da licitação, constando a qualificação de cada um dos seus membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos,* ***os quais sob a responsabilidade técnica de um profissional de nível superior reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de serviço de característica semelhante****.”*

Entendemos que, qualquer profissional de nível superior que comprove através de atestado de responsabilidade técnica a execução de serviços semelhantes, será aceito para comprovação da exigência.

No que diz respeito à qualificação técnico-profissional, a Lei 8.666/93, no § 1º, inc. I, de seu art. 30, dispõe que a licitante deverá demonstrar:

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

O Tribunal de Contas da União decidiu no TC 019.452/2005-4, conforme excerto abaixo transcrito:

*“7. Para valer-se do mencionado dispositivo legal, e exigir que as licitantes comprovem ter seu corpo técnico executado obra ou serviço de características semelhantes a que será contratada, as comissões de licitação, eventualmente, não disporão de outro meio tão eficiente e objetivo quanto a análise quantitativa de obras ou serviços outrora executados por esses profissionais, quanto mais no Certame em foco, cujo objeto – prestação de serviços de consultoria e apoio à Eletronorte, visando à atualização do processo de planejamento estratégico para o ciclo 2006/2010 – é de natureza predominantemente intelectual.”*

Assim, aos quantitativos que se deve exigir, segundo entendimento do Tribunal de Contas da União, tanto para comprovação de capacidade técnico-operacional quanto para comprovação de capacidade técnico-profissional, não pode ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do quantitativo licitado, o que deverá constar do edital para que, futuramente não venham alegar exigências limitadoras da concorrência.

Outro detalhe que, ao nosso ver deve constar explicitamente no edital, é que não será limitada a quantidade de atestados de capacidade técnica, quer seja para comprovação de capacidade técnico-operacional ou para comprovação de capacidade técnico-profissional, acompanhando o entendimento do Tribunal de Contas da União:

*“****É indevida a proibição de somatório de atestados****, para efeito de comprovação de qualificação técnico-operacional, quando a aptidão da licitante puder ser satisfatoriamente demonstrada por mais de um atestado.[[34]](#footnote-34)” – GRIFAMOS.*

Assim, as alegações do Denunciante não merecem prosperar.

**DA ALEGADA SUBJETIVIDADE NA EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO SISTEMA/PROVA DE CONCEITO**

A Denunciante alega que *“outro ponto que confere subjetividade no Edital Convocatório diz respeito a “Demonstração do sistema/Prova de conceito”.*

Ocorre que, o Termo de Referência discorre longamente quanto à demonstração do sistema e a prova de conceito estando clara a forma como será efetuada a avaliação.

Alega, ainda:

*“Da previsão do Edital, vislumbra-se que pretendem testar a funcionalidade do sistema por* ***AMOSTRAGEM, critério este totalmente SUBJETIVO****, com total contrariedade ao princípio da impessoalidade, vistas que permite que seja solicitado somente aquilo com conhecimento prévio de funcionalidade integral dentro da empresa preterida.*

*Um outro ponto é sobre a integralidade, o que comumente ocorre no mercado, é a exigência de um percentual que a empresa deve atingir, por exemplo, 80 a 90% das exigências contidas no edital. Neste sentido, poderá haver um sistema completo, com melhor custo-benefício, mas se deixar de atender uma exigência simples, que pode até ser incluída posteriormente, será desclassificada.”*

A amostragem será efetuada dentro dos parâmetros e exigências que o software deve atender e que se encontra totalmente detalhado no Termo de Referência, o que, de forma nenhuma caracteriza subjetividade.

Quanto à integralidade do sistema, alega que “*o que comumente ocorre no mercado, é a* *exigência de um percentual que a empresa deve atingir, por exemplo, 80 a 90% das exigências contidas no edital.”*

Porém, no caso em estudo, caso o sistema não atenda a 100% (cem por cento) de sua integralidade nos termos exigidos no edital, a sua operacionalidade ficará prejudicada, já que, caso não atenda à todas as exigências do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, sujeitará os contratantes ao que determina a Instrução Normativa 010/2011 do mesmo Tribunal e às multas indicadas na Lei Complementar Estadual 102/2008.

**DAS INCONGRUÊNCIAS DO EDITAL**

Alega a Denunciante que, *“resta demonstrada a desídia em que fora produzido o Edital, vistas tratar em determinados momentos de objeto diverso ao licitado.*

*Desta feita, destacamos trecho retirado do Edital, página 105:*

***V.*** *Garantir que a utilização dos veículos alocados será adstrita às atividades dos MUNICÍPIOS.*

***VI.*** *Utilizar os veículos exclusivamente no Transporte Escolar.*

***VII.*** *Exigir da LICITANTE VENCEDORA, por escrito, a substituição de qualquer condutor cuja postura nos serviços for considerada inconveniente.*

***VIII.*** *Exigir vistoria e substituição do veículo, em qualquer tempo de vigência do contrato, se este não estiver em perfeitas condições de funcionamento.”*

Informa que às páginas 114, 123 e 124 do Edital a descrição é de objeto diverso do licitado, sendo:

*“REGISTRO DE PREÇOS PARA FUTURA E EVENTUAL CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM ASSESSORIA E CONSULTORIA PARA QUALIFICAÇÃO E FORMAÇÃO DOS GESTORES E DAS EQUIPES DO SISTEMA ÚNICO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - SUAS PARA ATUAÇÃO NA ESTRUTURAÇÃO DO SERVIÇO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - MSE EM MEIO ABERTO, PARA ATENDER AS NECESSIDADES DOS MUNICÍPIOS INTEGRANTES DO CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL MULTIFINALITÁRIO DA ÁREA MINEIRA DA SUDENE – CIMAMS.”*

Questiona a informação onde se menciona a publicação em Diário Oficial, todavia, não mencionam em qual diário deverá ser publicado. Nesse sentido, nota-se o disposto na página 117:

*“No caso de ser ignorado, incerto ou inacessível o endereço do Fornecedor, a comunicação será feita por publicação no Diário Oficial, considerando-se cancelado o preço registrado a partir da última publicação.”*

Requer que devida correção, de maneira a adequar tais falhas, aos ditames da Lei.

Assim, cabe informar que o Diário Oficial do CIMAMS é o **http://www.diariomunicipal.com.br/amm-mg/pesquisar**, quanto aos demais itens, faz-se necessária a retificação do edital, uma vez que, se referem a serviços diversos dos que estão sendo licitados.

**DA ALEGADA ILEGALIDADE DA COMERCIALIZAÇÃO DE BEM PÚBLICO**

Alega a Denunciante a ilegalidade *“quanto à exigência de utilização de software público, descrito no objeto do processo licitatório e a sua comercialização, uma vez que se é dado valor a um bem público de consumo comum, sendo, portanto, inalienável.”*

Ocorre que, no Termo de Referência está claro que o software deverá ser customizado e parametrizado para atender às exigências de cada um dos municípios:

***“Customização e Parametrização:***

*A implantação deverá constar da instalação efetiva do software contratado, da parametrização necessária conforme as especificidades da configuração do ambiente local OU remoto de customização básica de forma a deixar o aplicativo de acordo com a Legislação Municipal da Contratante.”*

Além disso, no edital não existe nenhum item no qual se cobre pelo fornecimento do software, o que pode ser observado pela simples análise do Termo de Referência e do modelo de proposta.

No Portal do Software Público Brasileiro, mantido pelo Ministério do Planejamento, desenvolvimento e Gestão, encontramos a seguinte informação:

### *“Independência de Fornecedores*

***Através do uso do SPB não há o estabelecimento de dependência quanto a fornecedores e consequente aprisionamento tecnológico*** *(DANIEL, 2011).*

*Ao adotar software proprietário, há grande chance de gerar dependência em relação aos fornecedores especializados, que são os únicos com condições de modificar o código daquele sistema contratado.* ***Com isso, ele vai poder cobrar valores mais altos do que seria justo, visto que não há concorrência*** *(BACIC, 2003).*

*Através do SPB, onde há licença que permite acesso e modificação do código fonte por qualquer pessoa, não tem como criar essa dependência.* ***A qualquer momento pode ser realizada uma licitação envolvendo contratação de empresas distintas daquela responsável pelo desenvolvimento original do software. Assim há estímulo à competição entre fornecedores, consequentemente melhoria da qualidade dos serviços e redução de custos, beneficiando sociedade e governo*** *(AMADEU, 2006).[[35]](#footnote-35)” – GRIFAMOS.*

Ainda, para efeito de informação, apresentamos a transcrição abaixo da do entendimento esposado pela Free Software Foundation (FSF)[[36]](#footnote-36):

*“Muitas pessoas acreditam que o espírito do projeto GNU está em não cobrar dinheiro para distribuir cópias de software ou cobrar o mínimo possível — somente o suficiente para cobrir os custos. Isso é um equívoco.*

*Na verdade, nós incentivamos as pessoas que redistribuem*[*software livre*](https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html)*a cobrar o quanto desejarem ou puderem. Se uma licença não permitir que usuários façam cópias e vendam-os, essa é uma licença não livre. Se isso parece surpreendente para você, por favor, continue a leitura.*

*A palavra “free” tem dois significados válidos em inglês: ela pode se referir tanto à liberdade quanto ao preço.* ***Quando falamos de software livre (“free software”, em inglês), estamos nos referindo à liberdade, e não ao preço****. (Pense em “liberdade de expressão” (“free speech”), não em “cerveja grátis” (“free beer”).)* ***Precisamente, isso significa que um usuário é livre para executar, estudar e alterar, e redistribuir o programa com ou sem alterações****.[[37]](#footnote-37)”*

Portanto, os softwares públicos (e-cidades ou urbem), são livres, não pelo fato de serem gratuitos, mas pelo fato de que o usuário tem a liberdade de executar, estudar, alterar e redistribuir o programa, com ou se alteração, o que é inclusive corroborado pelas informações abaixo:

*“(...)Caso você modifique e distribua a versão modificada, você deve licenciar as suas modificações sob a licença GPL (ou uma licença compatível).*

*Você não pode restringir o licenciamento do programa além dos termos especificados na GPL (você não pode transformar um programa liberado sob a licença GPL em um produto proprietário).[[38]](#footnote-38)”*

*“O SICOM é uma tecnologia inovadora do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, criada em parceria com os jurisdicionados, para apoiar o controle externo da gestão dos recursos públicos de forma eficiente,**eficaz, efetiva**e**transparente.[[39]](#footnote-39)”*

Parte inferior do formulário

Parte inferior do formulário

É pública e notória a necessidade de customização, parametrização, além das atualizações constantes impostas pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, mas em nenhum momento haverá cobrança pelo fornecimento do software, embora tal cobrança não seja ilegal, portanto, totalmente infundada a denúncia, neste particular.

Quanto aos pedidos passamos a rechaça-los:

1- Requer a correção do polo passivo da Denúncia.

2- Que seja **INDEFERIDA** a medida liminar com a suspensão do procedimento licitatório como requerido, uma vez que, não foi demonstrado pelo Denunciante a existência do *“fummus boni iuris”* ou do *“periculum in mora”,* mas tão somente a aplicação dos princípios básicos que regem a Licitação e a Administração Pública.

3- Quanto à oitiva do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, será sempre bem vinda e necessária, a manifestação do ilustre *“parquet”*, inclusive quanto à apontamentos complementares.

4- Quanto ao mérito, salvo melhor juízo, não há a necessidade de alteração do edital, como acima demonstrado, uma vez que, no caso em estudo, houve a aplicação dos princípios básicos que regem a Licitação e a Administração Pública, buscando o atendimento das necessidades dos municípios consorciados, e aplicação das exigências do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, sem deixar de observar os princípios da eficiência e eficácia, da Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público e da probidade Administrativa, possibilitando aos municípios consorciados a contratação de serviços que atenderão a todas as exigências deste Egrégio Tribunal de Contas.

5- Protesta por todos os meios de provas admitidas, inclusive a oitiva de testemunhas.

Montes Claros/MG, 04 de janeiro de 2021.

**EDMÁRCIO MOURA LEAL**

Presidente do CIMAMS

**THAMARA ALMEIDA VELOSO**

Pregoeira do CIMAMS

1. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à [lei de licitações](https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027021/lei-de-licita%C3%A7%C3%B5es-lei-8666-93) e contratos administrativos. 9ª ed., São Paulo: Dialética, 2009. [↑](#footnote-ref-1)
2. https://www.gov.br/governodigital/pt-br/software-publico/sobre/sobre-o-portal(02/11/2020-10:20h) [↑](#footnote-ref-2)
3. https://portalsicom1.tce.mg.gov.br/(02/11/2020-10:30h) [↑](#footnote-ref-3)
4. TCE/MG - Denúncia n.º 747505. Rel. Conselheira Adriene Andrade. Sessão do dia 05/08/2008. [↑](#footnote-ref-4)
5. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. Ed. Rev. E atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 483. [↑](#footnote-ref-5)
6. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à [lei de licitações](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027021/lei-de-licita%C3%A7%C3%B5es-lei-8666-93) e contratos administrativos. 16ª ed. – São Paulo: Dialética, 2014, p. 497. [↑](#footnote-ref-6)
7. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A qualidade na [Lei de Licitações](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027021/lei-de-licita%C3%A7%C3%B5es-lei-8666-93): Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000, p. 1. Disponível em: <[https://jus.com.br/artigos/429>](http://jus.com.br/artigos/429%3E). 02/11/2020-11h). [↑](#footnote-ref-7)
8. O MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AOS TRIBUNAIS DE CONTAS - Procurador Alberto Sevilha <http://www.tce.to.gov.br/mpc/index.php?option=com_content&view=article&id=26:o-ministerio-publico-junto-aos-tribunais-de-contas(02/11/2020-11:20h)>. [↑](#footnote-ref-8)
9. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à [lei de licitações](https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027021/lei-de-licita%C3%A7%C3%B5es-lei-8666-93) e contratos administrativos. 9ª ed., São Paulo: Dialética, 2009. [↑](#footnote-ref-9)
10. TCE/MG - Denúncia n.º 747505. Rel. Conselheira Adriene Andrade. Sessão do dia 05/08/2008 [↑](#footnote-ref-10)
11. https://www.gov.br/governodigital/pt-br/software-publico/sobre/sobre-o-portal(02/11/2020-10:20h) [↑](#footnote-ref-11)
12. MEIRELLES. Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 22ª ed. Malheiros: São Paulo, 1997. [↑](#footnote-ref-12)
13. Inciso III, art. 2º, Decreto Federal 7.892/2013 e suas alterações(*III - órgão gerenciador - órgão ou entidade da administração pública federal responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente;*). [↑](#footnote-ref-13)
14. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo. 3a ed. Malheiros: São Paulo, 1992. [↑](#footnote-ref-14)
15. Dijonilson Paulo Amaral Veríssimo(Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, advogado, especialista em Direito Público pela mesma Universidade. Procurador Federal de 2ª Categoria. Chefe da Procuradoria Regional do INSS em Brasília), in <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/principios-gerais-e-especificos-da-licitacao/(08/09/2020>, 9h). [↑](#footnote-ref-15)
16. JUSTEN FILHO. Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 8a ed. São Paulo: Dialética, 2000. [↑](#footnote-ref-16)
17. MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004 [↑](#footnote-ref-17)
18. https://www.gov.br/governodigital/pt-br/software-publico/sobre/sobre-o-portal(02/11/2020-10:20h) [↑](#footnote-ref-18)
19. TCU. Acórdão 1604/2017 – Plenário. [↑](#footnote-ref-19)
20. Acórdão nº 1.737/2012 – Plenário, Processo nº 016.762/2009-6, Rel. Min. Ana Arraes [↑](#footnote-ref-20)
21. # FILIPE ALVES DE LIMA COSTA:  Pós Graduado em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera-Uniderp - Sistema de registro de preços no direito brasileiro *in* http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,sistema-de-registro-de-precos-no-direito-brasileiro,55582.html

    [↑](#footnote-ref-21)
22. JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico***.**4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. [↑](#footnote-ref-22)
23. - JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005. [↑](#footnote-ref-23)
24. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª edição, São Paulo: Dialética, 2012. p. 307 [↑](#footnote-ref-24)
25. inciso III do §3º do artigo 15 da lei 8.666/93 e artigo 12 do Decreto 7.892/2013. [↑](#footnote-ref-25)
26. JUSTEN FILHO, 1998, p. 154 [↑](#footnote-ref-26)
27. GASPARINI, 2000, p. 181 [↑](#footnote-ref-27)
28. TCU. Acórdão n° 132/2008 – Segunda Câmara. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Data do julgamento: 12/02/2008 [↑](#footnote-ref-28)
29. As compras compartilhadas no Governo Federal – Ministério do Planejamento. [↑](#footnote-ref-29)
30. Professor do curso de Administração do Centro Universitário da FEI, Doutor em Antropologia e Mestre em Administração [↑](#footnote-ref-30)
31. Representação n.º 706954. Rel. Conselheiro Moura e Castro. Sessão do dia 13/03/2007 [↑](#footnote-ref-31)
32. Denúncia n.º 750321. Rel. Conselheira Adriene Andrade. Sessão do dia 03/06/2008 [↑](#footnote-ref-32)
33. Acórdão n.º 1.052/2012-Plenário, TC 004.871/2012-0, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, 2.5.2012. [↑](#footnote-ref-33)
34. TCU.Acórdão n.º 1865/2012-Plenário, TC-015.018/2010-5, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, 18.7.2012. [↑](#footnote-ref-34)
35. <https://softwarepublico.gov.br/social/spb/o-que-e-o-software-publico> – 30/12/2020 – 13h. [↑](#footnote-ref-35)
36. Organização sem fins lucrativos com a missão global de promover a liberdade de usuários de computador. [↑](#footnote-ref-36)
37. https://www.gnu.org/philosophy/selling.pt-br.html - ([Tradução da página original em Inglês), 30/12/2020 – 13:50h.](https://www.gnu.org/philosophy/selling.en.html) [↑](#footnote-ref-37)
38. <https://docs.blender.org/manual/pt/dev/getting_started/about/license.html(02/11/2020-10h)> [↑](#footnote-ref-38)
39. https://portalsicom1.tce.mg.gov.br/(02/11/2020-10:30h) [↑](#footnote-ref-39)