

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO RELATOR DA 2ª
CÂMARA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS
GERAIS**

CORREIOS

Resposta ao Ofício nº. 1.620/2021 – Secretaria 2ª Câmara

Denúncia nº.: 1058682

HELI SOUSA SANTOS, brasileiro, bancário, portador de CI n.º M-6.318.898 SSP/MG e inscrita no CPF/MG sob o n.º. 845.035.726-87, com endereço profissional na Rua Mendo Correa, n.º 672, Panorama, Salinas/MG, CEP. 39.560-000, endereço eletrônico: heliduraes1@bol.com.br, vem, respeitosamente, perante Exa., com fundamento no art. 187 e segs. do regimento interno do TCE/MG, apresentar **DEFESA**, pelas razões de fato e direito a seguir expostos:

1. DA TEMPESTIVIDADE

O ofício nº. 1620/2021 foi recebido pela signatária no dia 17/02/2021. Considerando que o art. 168¹ do Regimento Interno do Tribunal dispõe que o prazo de defesa se inicia com a juntada do Aviso de Recebimento apresenta-se tempestiva a presente manifestação.

2. SÍNTESE DO OCORRIDO

¹ Art. 168. Os prazos contam-se dia a dia, a partir da data:

II - da juntada aos autos do Aviso de Recebimento, quando a citação ou intimação forem efetivadas por via postal;

(...)



SALINAS

0007005211 / 2021

09/03/2021 14:33

1058682-00010 09/03/21 14:33 0070052 MAG 11

Trata-se de denúncia oferecida por Sidim Sistemas Ltda. ME (fls. 01/14, peça nº 08 do SGAP), em face de possíveis irregularidades no Processo Licitatório – Pregão Presencial nº 059/2018, deflagrado pelo Município de Salinas/MG, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços na área de saúde pública, sob a forma de licenciamento, compreendendo migração de dados, treinamento, manutenção corretiva e preventiva, suporte técnico e customizações, por um período de 12 (doze) meses.

2.1. DA DEFESA

De início, cumpre ressaltar que a licitação pretendia a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços na área de saúde pública, sob a forma de licenciamento, compreendendo migração de dados, treinamento, manutenção corretiva e preventiva, suporte técnico e customizações.

Nesse sentido, o Termo de Referência de fls. 173 (Anexo I) discriminou os serviços e valores de referência nos seguintes termos:

9. PRODUTOS E VALORES DE REFERÊNCIA:

ITEM	DESCRIÇÃO	QUANTIDADE E EM MESES	VALOR MENSAL	VALOR ANUAL
01	IMPLANTAÇÃO/MIGRAÇÃO E TREINAMENTO DO SISTEMA INTEGRADO DE GESTÃO EM SAÚDE PÚBLICA	01 (UM) MESES	R\$ 6.378,33	R\$ 6.378,33
02	LICENÇA DE USO TEMPORÁRIO DO SISTEMA INTEGRADO DE GESTÃO EM SAÚDE PÚBLICA CONTEMPLANDO MANUTENÇÕES DO SOFTWARE/ SUPORTE TÉCNICO/ CUSTOMIZAÇÕES EXIGIDAS PELA LEGISLAÇÃO	12 (DOZE) MESES	R\$ 7.061,00	R\$ 84.732,00



ITEM	DESCRIÇÃO	QUANTIDADE HORAS ANO	VALOR UNITÁRIO	VALOR ANUAL
03	CUSTOMIZAÇÃO NÃO EXIGIDAS PELA LEGISLAÇÃO	100 (CEM) HORAS	R\$ 110,00	R\$ 11.000,00
VALOR TOTAL GLOBA LDO LOTE	R\$ 102.110,33			

Frise-se que, nos termos do item 7.20, do Termo de Referência, que faz parte integrante do Pregão Presencial nº. 059/2018 (Processo nº. 092/2018) consta expressamente o seguinte:

7.20 Caso a empresa vencedora do presente certame seja a mesma que atualmente concede a licença para uso da administração NÃO poderá ser cobrado do município o valor referente ao item 01 da planilha orçamentária da Cláusula Nona do Presente Termo referente a Implantação/Migração do sistema, uma vez que o mesmo já se encontra em pleno uso.

Infere-se da leitura do item 7.20 que a intenção do licitante era afastar a cobrança de valores referentes a implantação, migração e treinamento do sistema, caso a licença já estivesse em pleno uso. E foi exatamente o que ocorreu. Compareceu apenas uma empresa na licitação, a mesma que já prestava o serviço ao Município. Por isso, foi excluído do termo de homologação e do contrato o valor referente a esse serviço.

Verifica-se que no Termo de Homologação assinado pelo prefeito (fls. 300) consta apenas os itens 02 e 03. No mesmo sentido, a cláusula SEXTA DO CONTRATO comprova a supressão do valor correspondente ao item I, que se referia a migração/implantação do sistema, em razão do software já ser utilizado pelo Município.

Sabe-se que as cláusulas do edital não são um fim em si mesmo, pelo contrário, devem preconizar pelos princípios da eficiência e razoabilidade na administração pública.

Some-se a isso, o fato de que o mesmo software já era utilizado pela Administração, já sendo conhecida a sua eficiência; por isso, não haveria necessidade de nova demonstração.

Em que pese o item 7.20 não flexibilize expressamente a realização da “sessão de amostragem”, numa interpretação sistemática é possível inferir que, se a utilização do mesmo software implica não pagamento do processo de migração/implantação/treinamento, por certo, também não haverá nova sessão de



amostragem, vez que parte do pressuposto de conhecimento, compatibilidade e eficiência do serviço já conhecido pela Administração Pública.

Até porque, o objeto principal do contrato é aquisição de licença de uso temporário de sistema integrado de gestão em saúde pública (software) sendo que a migração/implantação/treinamento relacionado ao software é obrigação acessória ao próprio objeto principal. Em função dessa relação de acessoriedade, vê-se que o item migração/implantação/treinamento foi excluído do contrato sem gerar qualquer mácula no seu conteúdo ou execução. Seguiu-se, então, a regra de que o acessório segue o principal.

Assim é que, demonstrado que se tratava de software já utilizado pela Administração não havia razões para manter o item previsto para migração/implantação/treinamento do sistema, sob pena de gerar custos desnecessários e não possuir efetividade prática alguma, atrasando a finalização do certame.

Com efeito, a conduta praticada in casu, diversamente do que concluiu a eminente equipe técnica deste Tribunal de Contas, encontra subsunção ao disposto no caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, que estabelece normas gerais de interpretação do direito brasileiro, a saber:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Pelo dispositivo em comento, o gestor público não pode simplesmente decidir com base em valores jurídicos abstratos, como é a aplicação do princípio da vinculação ao edital, sem antes ponderar as consequências práticas de sua decisão. Ou seja, diante da desnecessidade de migração/implantação/treinamento, exigir a realização da sessão de amostragem dissocia do pragmatismo exigido pelo dispositivo legal, ao retardar a execução do contrato e gerar maiores custos administrativos; em última análise, em ponderação principiológica imperiosa, a conduta adotada cumpre o princípio constitucional da eficiência.

Nesse sentir, o atual estágio evolutivo da hermenêutica jurídica não se coaduna com uma postura extremamente formalista do administrador público, devendo ele pautar-se por uma noção mais complexa e sistêmica do Direito, ou, seja, por uma noção de juridicidade, de modo a superar a concepção de legalidade estrita (AMORIM, 2009).

Nesse sentido, o próprio Decreto Municipal Nº. 3.776/2006, que regulamenta o Pregão Presencial no Município de Salinas discorre sobre os princípios norteadores do certame, dentre os quais, consta expressamente o princípio da finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, celeridade, dentre outros, vejamos.

Art. 3º. A licitação na modalidade pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade



administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, aos **princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, maior competitividade, justo preço, seletividade e comparação objetiva das propostas.** (grifei)

Assim é que, não obstante a eminente Unidade Técnica tenha manifestado pela procedência da denúncia em razão da dispensa da fase de demonstração técnica do software, fundamentando-se no princípio da vinculação ao instrumento convocatório é importante esclarecer que nenhum princípio é absoluto, nem mesmo o da vinculação ao instrumento convocatório, devendo ocorrer o sopesamento dos princípios no caso concreto.

Em diversas situações os Tribunais de Contas têm flexibilizado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório para possibilitar a ampliação de competitividade no certame, afastando inconsistências materiais e formais em documentação, divergência em composições detalhadas de custos, etc. É o que se tem denominado de formalismo moderado, que traduz a ideia de que o procedimento administrativo não é fim em si mesmo, mas, tão somente, meio para a obtenção de determinados fins públicos.

Odete Medauar esclarece que:

O princípio do formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de rito e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como um fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo. (Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 203).

Diversas decisões do Tribunal de Contas da União, TCE/MG, prestigiam a adoção do princípio do formalismo moderado no saneamento de processos licitatórios, a saber:

“A mera existência de erro material ou de omissão na planilha de custos e de preços de licitante não enseja, necessariamente, a desclassificação antecipada da sua proposta, devendo a Administração promover diligência junto ao interessado para a correção das falhas, sem permitir, contudo, a alteração do valor global originalmente proposto.” (Acórdão 830/2018-Plenário).

“Estando os preços global e unitários ofertados pelo licitante dentro dos limites fixados pela Administração, é de excessivo rigor a desclassificação da proposta por divergência entre seus preços unitários e respectivas composições detalhadas de custos, por afronta aos princípios da razoabilidade, da ampla competitividade dos certames e da busca de economicidade nas contratações. Referida divergência se resolve com a retificação das composições, sem



necessidade de modificações ou ajustes em quaisquer dos valores lançados na proposta a título de preços unitários.” (Acórdão 2742/2017-Plenário).

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MÉRITO. UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE DE REGISTRO DE PREÇOS. SERVIÇO PÚBLICO CONTÍNUO. DEMANDA CERTA E PREVISÍVEL. IRREGULARIDADE. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO. DISCRICIONARIEDADE. PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA E VALOR SIGNIFICATIVO. COMPATIBILIDADE. VISITA TÉCNICA REALIZADA POR RESPONSÁVEL TÉCNICO. IRREGULARIDADE. FALHAS FORMAIS NO PROCEDIMENTO. PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÃO.

1. A prestação de serviços de estacionamento é de natureza contínua, com demanda certa e previsível, e, portanto, incompatível com o sistema de registro de preços.

2. A participação de empresas em consórcio nas licitações é excepcional, a depender do juízo de oportunidade e conveniência da Administração.

As exigências para qualificação técnica têm por objetivo aferir a capacidade das empresas licitantes em executar satisfatoriamente as atividades descritas no objeto licitado.

A visita técnica, quando obrigatória, não deve sofrer condicionantes por parte da Administração que resultem em ônus desnecessário aos particulares e importem restrição injustificada à competitividade do certame.

Falhas formais, que por si só não ocasionaram prejuízo ao procedimento licitatório, são passíveis de recomendação, à luz dos princípios do formalismo moderado e da razoabilidade. (TCE/Mg - Denúncia n. 986506, Rel. Cons. Subst. Hamilton Coelho, publicação em 11/7/2019)

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FORMALISMO MODERADO. FAVORECIMENTO. RECURSO ADMINISTRATIVO. PROVIMENTO JUSTIFICADO. BALANÇO PATRIMONIAL.

AUTENTICAÇÃO. LIVROS CONTÁBEIS. SPED. LEGALIDADE. IMPROCEDÊNCIA DAS IRREGULARIDADES DENUNCIADAS.

1. O princípio do formalismo moderado impede que a forma do ato administrativo se sobreponha à essência do ato, de modo que a desclassificação de licitantes por mero erro formal na apresentação das propostas ou na documentação exigida implica em violação ao princípio em comento. 2. A autenticação de livros contábeis das sociedades empresárias poderá ser feita por meio do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, o qual emitirá recibo de entrega que



será utilizado como prova da autenticação. (TCE/MG, Denúncia N. 1015350, Relator: Conselheiro Gilberto Diniz).

Ora! Não é razoável que os Tribunais preconizem a utilização do princípio do formalismo moderado para socorrer ao licitante e, contrariamente, em relação aos membros da Administração Pública que participem do processo licitatório seja privilegiado o rigor exacerbado, gerando grave insegurança jurídica. Como poderia a comissão licitante ou o parecerista opinar pela utilização do princípio do formalismo moderado se poderão ser penalizados por não seguir estritamente o edital?

Por certo, a ausência da realização da “sessão de amostragem” no presente caso se amolda as situações que autorizam a utilização do princípio do formalismo moderado. Isso porque, o referido princípio impede que a forma do ato administrativo se sobreponha à essência do ato.

Nos termos do art. 3º, da Lei nº. 8.666/93 “a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável”.

Restou amplamente demonstrado no procedimento que foram resguardados os objetivos da licitação. A vantajosidade da contratação decorre do valor final do contrato, menor que os valores orçados e, ainda, do fato de que foi excluída da contratação referente ao item relacionado a migração/implantação do sistema, resultando em economia de aproximadamente R\$ 6.378,33 (seis mil, trezentos e setenta e oito reais e trinta e três centavos) apenas nesse item, considerando o valor de referência previsto na planilha do termo de referência (fl. 173).

Incontrovertida também a eficiência do software, que era utilizado, conhecido e aprovado pela Administração Pública desde o ano de 2014 (fl.65/71 e 77), corroborando o fato de que não houve prejuízos pela ausência da “sessão de amostragem”. É o que também comprovam as declarações anexas.

Acrescente-se que a legislação local (Decreto Municipal Nº. 3.776/2006) incluiu dentre os princípios que regem o Pregão Presencial o princípio da celeridade, que busca simplificar procedimentos e afastar rigorismos excessivos e formalidades desnecessárias. Ora! Sendo o software conhecido e cuja eficiência já se comprovara no período utilizado pelo Município não havia justificativa razoável para atrasar o procedimento e com isso desacobertar o serviço de saúde. Há evidente boa-fé dos envolvidos no procedimento, vez que vislumbraram os efeitos práticos que a interrupção do serviço para realização da “sessão de amostragem” poderia causar na área de saúde, vez que todas as informações da área são eletronicamente tratadas.

Além da evidente boa-fé dos envolvidos não houve dano ao erário, vez que o serviço tem sido efetivamente prestado e atendido as necessidades da administração pública. Nesse sentido, ainda que não tenha sido realizado etapa prevista no edital é



imprescindível que seja considerado as especificidades do presente caso para reconhecer a excludente de imputação de responsabilidade.

O TCE/MG em mais de uma oportunidade reconheceu a boa-fé como excludente de imputação de responsabilidade. A Exma. Conselheira Adriene Andrade, na Auditoria N. 944768, ponderou o seguinte:

A meu ver, portanto, restou configurada a boa-fé por parte das responsáveis na edição dos atos administrativos de contratação de especialistas (assessoria) técnico-pedagógico às Superintendências Regionais de Ensino, salientando que a Unidade Técnica, em análise de defesa de fls. 260/265, asseverou que “não foi possível evidenciar a ocorrência de dano ao erário, uma vez que o serviço contratado foi prestado e o proveito obtido, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado”. De qualquer maneira, inobstante ter entendimento acerca da regularidade da contratação e da presença de conduta de boa-fé (excludente de imputação de responsabilidade no caso concreto) das responsáveis, recomendo (e reitero) à Secretaria Estadual de Educação e aos gestores competentes que se faça o devido planejamento e justificativas técnica e de preço em futuras admissões de servidores e/ou de outras formas de contratação para realização de atividades educacionais no Estado de Minas Gerais.

No mesmo sentido, na referida auditoria há referência a outras decisões similares, como a exarada pelo Exmo. Conselheiro Mauri Torres, nos autos da Denúncia n. 832.383, 1ª Câmara do dia 25/08/2015:

Por todo o exposto, julgo procedente a Denúncia e considero irregular o Pregão Eletrônico n. 02/2010, **contudo deixo de aplicar multa ao gestor responsável, uma vez que, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica, não ocorreu dano suscetível de ressarcimento e não ficou comprovada culpa ou dolo na conduta do gestor, que agiu de boa fé e se baseou em parecer jurídico razoavelmente fundamentado em dispositivos constitucionais e da Lei de Licitações e Contratações, que defendem a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.** (TCEMG - TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS DENÚNCIA n. 832383 - RELATOR:CONSELHEIRO MAURI TORRES – Primeira Câmara - 24ª Sessão Ordinária – 25/08/2015) – (Grifei)

Entendendo ainda não ser por demasia, trazemos aqui o ordenamento do Estatuto Nacional das Licitações Públicas Lei Federal nº 8666/93 que rege as contratações públicas onde, por força do seu Art. 15, III, nos obriga a “submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado.” Então analisemos a seguinte ordem fática: Uma empresa, independente de seu porte, busca no mercado especializado solução tecnológica para gerenciamento de seus dados. Ele já possui um sistema sendo utilizado pelos seus colaboradores que lidam com o mesmo diariamente de maneira harmônica.



Dadas as opções que lhe são apresentadas, somente a fornecedora do sistema/software já utilizado em sua empresa demonstra interesse na continuidade da concessão de licença, sendo que outras não conseguiram apresentar uma proposta de valor que melhor atendia aos interesses da empresa. Ao negociar a renovação do contrato, em momento algum se é discutido preço para nova amostragem do software, mas sim, eventualmente, em reciclagem da equipe que o utiliza.

Tomei a liberdade de consultar diversos fornecedores de licença de software do setor privado com as mesmas características desse aqui discutido no mercado salinense. Exatamente TODOS eles afirmaram que nenhum dos contratos com seus clientes havia prerrogativa de nova apresentação do sistema de gestão.

Ou seja, ao consultarmos o setor privado, notamos que foram praticadas pela administração municipal as boas e tradicionais práticas de mercado em guarida com o interesse público envolvido. Fato que se justifica pela aquiescência da Secretaria Municipal de Saúde na continuidade no tratamento dos dados do município e que reverberam em melhores serviços prestados aos munícipes.

Diante de tudo considerado, restou amplamente demonstrado pelas razões apresentadas que há elementos suficientes julgar improcedente a denúncia.

2 – DOS PEDIDOS

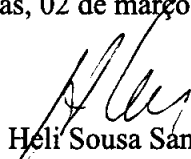
Ante todo o exposto requer-se o ACOLHIMENTO das razões apresentadas, reconhecendo a ausência de conduta antijurídica ou a excludente de imputação de responsabilidade, tendo em vista a ausência de dano ao erário, como expresso no parecer técnico e a boa-fé dos participantes, para JULGAR IIMPROCEDENTE A DENÚNCIA;

Subsidiariamente, caso seja considerada irregular a conduta do pregoeiro, requer seja afastada a aplicação de multa.

Nestes termos,

Pede e espera deferimento.

Salinas, 02 de março de 2021.



Heli Sousa Santos

Prefeito em exercício (à época)