

Processo: 1058679
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Sidim Sistemas Ltda. ME
Denunciada: Prefeitura Municipal de Santa Bárbara
Responsáveis: Daniela Marra de Novaes, Felipe Fernandes Guerra, Leris Felisberto Braga, Vágner de Figueiredo Brandão
Procuradores: Davi Soares de Oliveira, OAB/MG 185.175; Diego de Castro Zille, OAB/MG 109.550; Henrique Maciel Catão, Michael Magno Barth, OAB/MG 142.632; Vágner de Figueiredo Brandão, OAB/MG 104.331
MPTC: Procuradora Maria Cecília Borges
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO

PRIMEIRA CÂMARA – 12/7/2022

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. LOCAÇÃO DE *SOFTWARE* PARA A ÁREA DE GESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA. PRELIMINAR. FALECIMENTO DE UM DOS RESPONSÁVEIS. PRINCÍPIO DA INTRANSMISSIBILIDADE DA PENA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE DANO AO ERÁRIO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO AGENTE FALECIDO. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NÃO ACOLHIMENTO. MÉRITO. SUPOSTO DIRECIONAMENTO DO CERTAME. IMPROCEDÊNCIA. EXIGÊNCIA DE ATENDIMENTO DA TOTALIDADE DOS REQUISITOS CONTIDOS NAS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DO *SOFTWARE*. IMPROCEDÊNCIA. PRAZO EXÍGUO DE TRÊS DIAS ÚTEIS ENTRE A DATA DA SESSÃO PÚBLICA DO PREGÃO E A REALIZAÇÃO DO TESTE DE CONFORMIDADE. AUSÊNCIA DE REGRA LEGAL POSITIVADA QUE SIRVA COMO PARÂMETRO. IMPROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. Constatado e comprovado o falecimento de um dos responsáveis, extingue-se, em relação a ele, a punibilidade, tendo em vista o princípio da intransmissibilidade da pena e a inexistência de indícios ensejadores de dano ao erário.
2. Havendo elementos que atribuam envolvimento mínimo do agente aos fatos noticiados, não cabe o acolhimento da alegação de ilegitimidade passiva, devendo a efetiva participação ser aferida quando da análise de mérito da subsistência dos apontamentos de irregularidade.
3. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a semelhança entre os requisitos encontrados em pregões de diversos municípios não configura, por si só, direcionamento do certame. Ademais, observado que tais requisitos poderiam ser preenchidos por qualquer sistema do mercado, considerando que não citam marca, linguagem ou tecnologia proprietária, não há que se falar em irregularidade no caso concreto.
4. A exigência de atendimento de 100% (cem por cento) dos requisitos contidos nas especificações técnicas do *software* não configura, por si só, restrição indevida à participação de empresas no certame, principalmente diante de justificativas técnicas existentes no instrumento convocatório que fundamentem a contratação nesses moldes.
5. A jurisprudência deste Tribunal aponta que inexistente norma específica quanto ao prazo que deve ser estabelecido para o exame de conformidade das propostas nos editais de licitação,

cabendo, pois, ao poder discricionário da Administração, devendo a análise ser realizada sempre no caso concreto. Não obstante, se mostra pertinente a emissão de recomendações aos gestores para que se atentem às particularidades do caso concreto e definam, com base no princípio da motivação, prazo razoável entre a data da sessão pública do pregão e a realização do teste de conformidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em:

- I) reconhecer, em preliminar, a extinção de punibilidade em relação aos apontamentos, em tese, passíveis de aplicação de sanção pecuniária, tendo em vista o falecimento do Sr. Vágner de Figueiredo Brandão, e considerando o princípio da intransmissibilidade da pena, vez que não há nos autos elementos que denotem prejuízo ao erário;
- II) não acolher, ainda em preliminar, a alegação de ilegitimidade passiva arguida pelo Sr. Felipe Fernandes Guerra, autoridade que subscreveu o edital e homologou o certame, uma vez que se apresenta como parte legítima para compor a relação processual;
- III) julgar improcedentes, no mérito, os apontamentos da denúncia, bem como o apontamento complementar efetuado pelo Grupo de Tecnologia da Informação da Superintendência de Controle Externo, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno desta Corte, c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil;
- IV) recomendar ao atual Prefeito de Santa Bárbara, bem como ao Secretário de Saúde do aludido município, que, em futuras licitações envolvendo o mesmo objeto, se atentem às particularidades do caso concreto e definam, com base no princípio da motivação, prazo razoável entre a data da sessão pública do pregão e a realização do teste de conformidade;
- VI) determinar a intimação do Sr. Felipe Fernandes Guerra, responsável remanescente, pelo DOC e por meio eletrônico, bem como do Ministério Público do Tribunal de Contas na forma regimental;
- V) determinar, após promovidas as demais medidas cabíveis à espécie, o arquivamento dos autos.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro Presidente Gilberto Diniz.

Presente à sessão o Subprocurador-Geral Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 12 de julho de 2022.

GILBERTO DINIZ
Presidente

ADONIAS MONTEIRO
Relator

(assinado digitalmente)

PRIMEIRA CÂMARA – 12/7/2022

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia formulada por Sidim Sistemas Ltda. ME em face do Procedimento Licitatório n. 45/2018, Pregão Presencial n. 25/2018, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Santa Bárbara, cujo objeto consistiu na contratação de empresa especializada para concessão/locação de licença de uso de *software* para a área de gestão de saúde pública e implantação de sistema integrado de gestão de saúde pública acessível pela internet, compreendendo migração/customização, treinamento, manutenção (corretiva, adaptativa e evolutiva) e suporte técnico de *software*, a ser executada de forma continuada.

Em síntese, a denunciante relatou que o edital restringiu o certame, uma vez que direcionou os requisitos do *software* a uma única empresa. Nesse sentido, elencou diversos editais supostamente irregulares em que a empresa Vivver Sistemas Ltda. teria se sagrado vencedora, enfatizando a identidade entre as disposições dos editais, tais como, justificativa na contratação; terminologias utilizadas na proposta e também em seus modelos; termo de referência de análise; e parâmetros para atendimento do *software* em questão, dentre outros. Ademais, apontou a existência de cláusula restritiva consubstanciada na possibilidade de “[...] desclassificação imediata pelo não atendimento a ‘quaisquer dos requisitos exigidos’ por ocasião da ‘comprovação de atendimento aos requisitos técnica’ [...]”. Ao final requereu, como medida cautelar, a suspensão do certame e do contrato assinado.

A denúncia foi recebida pela Presidência em 15/1/2019 (fl. 45, processo digitalizado, peça n. 6, código do arquivo n. 2180530).

Em juízo inicial, considerando que a Administração já havia contraído obrigações com terceiros e por não vislumbrar que a continuidade da execução contratual poderia acarretar prejuízo relevante ao erário, entendi ausente o requisito do *periculum in mora*, razão pela qual indeferi o pleito cautelar da denúncia (peça n. 2, código do arquivo n. 1785148).

Instada a se manifestar, a 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios – 2ª CFM propôs a realização de diligência para complementar a instrução processual (fls. 51 a 52, processo digitalizado, peça n. 6, código do arquivo n. 2180530).

Diante disso, determinei a intimação do prefeito de Santa Bárbara, Sr. Leris Felisberto, e da pregoeira, Sra. Daniela M. N. Araújo, para que encaminhassem a documentação solicitada pela Unidade Técnica, o que foi cumprido (fls. 57 a 260, processo digitalizado, peça n. 6, código do arquivo n. 2180530).

Em seguida, a 2ª CFM (peça n. 9, código do arquivo n. 2180905) entendeu necessária a avaliação técnica pelo grupo de trabalho instituído pela Portaria n. 30/PRES./2019, a quem cabe “manifestar-se sobre questão técnica relativa à tecnologia da informação em processo ou ação de fiscalização”, e elaboração de parecer quanto à possível ocorrência de direcionamento do certame para o *software* de propriedade da empresa Vivver Sistemas Ltda.

Assim, os autos foram encaminhados ao referido grupo de tecnologia da informação, que apresentou seu relatório técnico (peça n. 11, código do arquivo n. 2207444) e concluiu que “as especificações do sistema, quando avaliadas individualmente, não são restritivas ou direcionadas para uma única solução”. Todavia, em relação à desclassificação do licitante “pelo não atendimento de pelo menos um requisito selecionado para demonstração”, foi recomendado o estabelecimento de uma “porcentagem mínima de requisitos a serem cumpridos pelos licitantes na análise de conformidade técnica do *software*”; e que o “contratado possa realizar,

no período do prazo de implantação do *software*, as adequações necessárias para atendimento integral de todos os requisitos especificados no edital de licitação”.

Após estudo elaborado pelo Grupo de Tecnologia da Informação da Superintendência de Controle Externo, a 2ª CFM elaborou exame inicial (peça n. 12, código do arquivo n. 2230160) e concluiu pela ocorrência de indevida restrição à competitividade do certame, com direcionamento para o *software* desenvolvido pela empresa vencedora, devido à “desclassificação do licitante ter ocorrido pelo não atendimento da totalidade dos requisitos solicitados pela administração, ainda na etapa de teste de conformidade”; e ao prazo de 3 (três) dias úteis não ser suficiente para que “os requisitos não contemplados inicialmente fossem totalmente desenvolvidos até a data da demonstração”. Assim, propôs a citação dos responsáveis, Sr. Vágner de Figueiredo Brandão, então procurador jurídico do Município de Santa Bárbara, e Sr. Felipe Fernandes Guerra, assessor de governança pública da Prefeitura de Santa Bárbara, ambos signatários do edital, sendo o segundo a autoridade responsável pela homologação do certame.

Por sua vez, o Ministério Público de Contas opinou pela citação dos responsáveis (peça n. 14 e código do arquivo n. 2343338).

No despacho de peça n. 15, código do arquivo n. 2354871, determinei a citação dos responsáveis, Sr. Vágner de Figueiredo Brandão, procurador jurídico do Município de Santa Bárbara, e Sr. Felipe Fernandes Guerra, assessor de governança pública da Prefeitura de Santa Bárbara, ambos subscritores do edital, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentassem defesa e/ou documentos que entendessem pertinentes sobre os apontamentos constantes da denúncia, fls. 1 a 12 da peça n. 6, código do arquivo n. 2180530), do estudo do Grupo de Tecnologia de Informação (peça n. 11, código do arquivo n. 2207444), da análise inicial da 2ª CFM (peça n. 12, código do arquivo n. 2230160), bem como do parecer do *Parquet* Especial (peça n. 14, código do arquivo n. 2343338).

Citados, os referidos gestores apresentaram defesa à peça n. 22, código do arquivo n. 2493526 (Sr. Felipe Fernandes Guerra) e peça n. 23, código do arquivo n. 2484906 (Sr. Vágner de Figueiredo Brandão). Em suma, o primeiro suscitou preliminar de ilegitimidade passiva, sob o argumento de que as cláusulas do edital, que foram indicadas como irregulares e restritivas (11.1, 11.5, 11.5.1 e 11.9), teriam sido incluídas a pedido da Secretaria Municipal de Saúde, órgão técnico responsável pelas especificações e pela exigência do teste de conformidade. Assim, por ser matéria “distante de sua competência técnica”, não haveria “nexo entre a irregularidade e o requerido”. Em relação ao mérito, rejeitou as alegações de direcionamento do certame apontadas na denúncia e requereu a aplicação do art. 22 da Lindb para “[...] ilidir eventual aplicação de penalidade, considerando as circunstâncias concretas e dificuldades reais que estavam condicionados os responsáveis”.

Com relação ao Sr. Vágner de Figueiredo Brandão, o Município de Santa Bárbara informou seu falecimento (peça n. 29, código do arquivo n. 2343338), conforme certidão de óbito acostada à peça n. 28, código do arquivo n. 2612120, e requereu a extinção do processo sem resolução de mérito quanto a ele.

Em reexame, em razão do falecimento do Sr. Vágner de Figueiredo Brandão e considerando a inexistência de indícios de dano ao erário, a Unidade Técnica se manifestou pela extinção do feito em relação ao gestor falecido. Já em relação à defesa apresentada pelo Sr. Felipe Fernandes Guerra, entendeu que deveria ser acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva, considerando que, de fato, as cláusulas apontadas como irregulares foram previstas na solicitação de autorização de abertura do procedimento licitatório, subscrita pelo secretário municipal de Saúde, Sr. Geovani Ferreira Guimarães. Em relação ao mérito, salientou que esta Corte de Contas teria julgado improcedente denúncia semelhante apresentada pela empresa Sidim

Sistemas Ltda. ME por “ausência de comprovação de direcionamento do certame”. Ademais, destacou a manifestação do Grupo de Tecnologia da Informação da Superintendência de Controle Externo, no sentido de que as especificações do sistema, quando avaliadas individualmente, não seriam restritivas ou direcionadas para uma única solução, “não existindo óbice para que elas fossem desenvolvidas, uma vez que são genéricas o suficiente para estarem contempladas em diferentes implementações”. Ao final, manifestou-se pela improcedência da denúncia (peça n. 31, código do arquivo n. 2624718).

Por sua vez, o Ministério Público de Contas, diante da manifestação conclusiva elaborada pela Unidade Técnica, entendeu que não mais haveria utilidade na presente ação de controle, razão pela qual o feito poderia ser extinto, sem julgamento de mérito, a teor do disposto no art. 485, VI, do Código de Processo Civil (peça n. 33, código do arquivo n. 2796421).

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Preliminares

1.1. Extinção da punibilidade em razão do falecimento de agente público

Conforme relatado, o Município de Santa Bárbara, por meio de seu procurador-geral, informou o falecimento do Sr. Vágner de Figueiredo Brandão, que exerceu o cargo de procurador jurídico do Município à época dos fatos narrados (peça n. 29, código do arquivo n. 2343338). Ademais, constatei que o falecimento do ex-agente se deu no dia 16/11/2021, consoante certidão de óbito carreada aos autos (peça n. 28, código do arquivo n. 2612120), ou seja, em momento posterior à determinação da sua citação, efetivada no dia 6/5/2021 (peça n. 17, código do arquivo n. 2453561) e a apresentação da sua defesa com data do dia 15/7/2021 (peça n. 23, código do arquivo n. 2484906).

Nesse cenário, cumpre observar que a Unidade Técnica e o Ministério Público de Contas não assinalaram, nos autos, indícios da ocorrência de dano ao erário em relação aos apontamentos de irregularidade analisados.

Portanto, tendo em vista o falecimento do Sr. Vágner de Figueiredo Brandão, considerando o princípio da intransmissibilidade da pena, proponho o reconhecimento da extinção de sua punibilidade em relação aos apontamentos, em tese, passíveis de aplicação de multa, visto que carecem de elementos nos autos que denotem prejuízos aos cofres públicos, o que conduz à extinção do processo quanto ao responsável falecido. Nesse sentido, compartilho o julgamento¹ da Representação n. 1072618, de minha relatoria, Primeira Câmara, sessão do dia 29/3/2022.

1.2. Ilegitimidade passiva

A defesa do Sr. Felipe Fernandes Guerra suscitou preliminar de ilegitimidade passiva, sob o argumento de que as cláusulas do edital que foram indicadas como irregulares e restritivas — 11.1, 11.5, 11.5.1 e 11.9 — teriam sido incluídas a pedido da Secretaria Municipal de Saúde, órgão técnico responsável pelas especificações e pela exigência do teste de conformidade. Assim, alegou que não haveria “nexo entre a irregularidade e o requerido” (peça n. 22, código do arquivo n. 2493526).

¹ Constatado e comprovado o falecimento de um dos responsáveis, extingue-se, em relação a ele, a punibilidade, tendo em vista o princípio da intransmissibilidade da pena e a inexistência de irregularidades ensejadoras de dano ao erário.

Analisando as alegações defensivas, a 2ª CFM entendeu que, de fato, as cláusulas apontadas como irregulares foram previstas na solicitação de autorização de abertura do procedimento licitatório, subscrita pelo secretário municipal de Saúde, Sr. Geovani Ferreira Guimarães. Dessa forma, entendeu que a alegação de ilegitimidade passiva poderia ser acolhida (peça n. 31, código do arquivo n. 2624718).

Inicialmente, para fins de contextualização, compartilho a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni², diante da análise da teoria de Liebman, a respeito das condições da ação, *in verbis*:

Ao tratar da legitimação para agir, assim se expressa LIEBMAN: “Legitimação para agir (*legitimatío ad causam*) é a titularidade (ativa e passiva) da ação. O problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoa com referência à qual [*nei cui confronti*] ele existe (...). Também quanto à ação, prevalece o elementar princípio segundo o qual apenas o seu titular pode exercê-la; e tratando-se de direito a ser exercido necessariamente com referência a uma parte contrária, também esta deve ser precisamente a pessoa que, para os fins do provimento pedido, aparece como titular de um interesse oposto, ou seja, aquele em cuja esfera jurídica deverá produzir efeitos o provimento pedido. A legitimação, como requisito da ação, é uma condição para o pronunciamento sobre o mérito do pedido: indica, pois, para cada processo, *as justas partes*, *as partes legítimas*, isto é, as pessoas que devem estar presentes para que o juiz possa julgar sobre determinado objeto. Entre esses dois requisitos, ou seja, a existência do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva, o segundo é que deve ter precedência, porque só em presença dos dois interessados diretos é que o juiz pode examinar se o interesse exposto pelo autor efetivamente existe e se ele apresenta os requisitos necessários”.

A análise da legitimidade passiva, assim, perpassa primordialmente pela verificação da potencialidade de atuação dos envolvidos na participação dos fatos discutidos nos autos, porém, em exame perfunctório das questões examinadas no feito, sem levar em consideração, neste momento, fatos atinentes ao mérito.

Nestes termos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que adota a teoria da asserção, estabelece que as “[...] condições da ação, dentre elas o interesse processual e a legitimidade, definem-se da narrativa formulada inicial, não da análise do mérito da demanda (teoria da asserção), razão pela qual não se recomenda ao julgador, na fase postulatória, se aprofundar no exame de tais preliminares” (REsp n. 1561498/RJ, relator ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 1/3/2016, DJe 7/3/2016).

Dito isso, compulsando os autos, em que pese o fato de as cláusulas apontadas como irregulares constarem na solicitação de autorização de abertura do procedimento licitatório, subscrita pelo secretário municipal de Saúde, verifiquei que o Sr. Felipe Fernandes Guerra foi a autoridade que subscreveu o edital (fl. 129v, processo digitalizado, peça n. 6, código do arquivo n. 2180530) e homologou o certame (fl. 228 do mesmo documento).

Nesse sentido, havendo elementos nos autos que atribuam envolvimento mínimo do agente contestante aos fatos noticiados, concludo que não cabe, de plano, o acolhimento da alegação de ilegitimidade passiva, devendo a efetiva participação do agente ser aferida quando da análise de mérito da subsistência dos apontamentos de irregularidade.

Portanto, com a devida vênia, considerando que Sr. Felipe Fernandes Guerra subscreveu o edital e homologou o certame, proponho que seja afastada a preliminar de ilegitimidade passiva

² Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil, Volume 1 [livro eletrônico] / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. -- 5. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, págs. 258/259.

arguida pelo referido agente, uma vez que se apresenta como parte legítima para compor a relação processual.

2. Mérito

2.1. Suposto direcionamento do procedimento licitatório

Como visto, os apontamentos da denúncia circunscrevem-se ao suposto direcionamento do Pregão Presencial n. 25/2018 à empresa Vivver Sistemas Ltda., considerando os diversos editais supostamente irregulares em que a mencionada empresa teria se sagrado vencedora, existindo identidade entre as disposições dos editais, tais como justificativa na contratação; terminologias utilizadas na proposta e também em seus modelos; termo de referência de análise; e parâmetros para atendimento do *software* em questão, dentre outros.

Em razão da natureza técnica do apontamento, os autos foram encaminhados ao Grupo de Tecnologia da Informação da Superintendência de Controle Externo, que se manifestou pela não ocorrência de direcionamento da licitação, nos seguintes termos (peça n. 11, código do arquivo n. 2207444):

Ao analisar individualmente os requisitos solicitados pela licitação em seu termo de referência, conclui-se que as especificações do sistema, quando avaliadas individualmente, não são restritivas ou direcionadas para uma única solução. Ou seja, elas poderiam estar contempladas por qualquer sistema de mercado, haja vista que não há nenhuma citação à marca, linguagem ou tecnologia proprietária, ou padrão tecnológico que não seja comum ao mercado de desenvolvimento de *softwares*. Por mais que possa acontecer de, no momento da licitação, não haver outras soluções prontas que atendam a 100% dos requisitos solicitados, não existe óbice para que tais requisitos fossem desenvolvidos, uma vez que são genéricos o suficiente para estarem contemplados em diferentes implementações.

[...]

A engenharia de *software* se caracteriza por tratar de um produto intangível, muito flexível e com processo de desenvolvimento com baixa padronização. Diante o exposto, a análise individual dos requisitos não indica, por si só, o direcionamento do edital a uma única solução de mercado.

A defesa do Sr. Felipe Fernandes Guerra rechaçou as alegações de direcionamento da licitação, com base no referido estudo do grupo de tecnologia, e aduziu que os editais referentes à contratação em questão, indicados pela denunciante, seriam aqueles normalmente utilizados por todos os órgãos públicos na gestão do Sistema Único de Saúde no âmbito local.

Em reexame, a 2ª CFM ratificou os argumentos elencados pelo referido grupo de tecnologia e concluiu pela improcedência do apontamento atrelado ao suposto direcionamento do certame.

Nesse sentido, entendo que a alegação na denúncia de que a Administração teria direcionado os requisitos do *software* a uma única empresa não merece prosperar. Isso porque, conforme salientado pelo Grupo de Tecnologia da Informação da Superintendência de Controle Externo, tais requisitos poderiam ser preenchidos por qualquer sistema do mercado, considerando que não citam marca, linguagem ou tecnologia proprietária, tampouco padrão tecnológico incomum. Além disso, conforme apontado no reexame da 2ª CFM, este Tribunal já analisou apontamento idêntico, envolvendo o mesmo objeto e a mesma empresa denunciante, e concluiu pela improcedência da alegação de direcionamento, vejamos:

DENÚNCIA. LICITAÇÃO. PREGÃO. LOCAÇÃO DE *SOFTWARE* PARA GESTÃO DE SAÚDE. IDENTIDADE DE REQUISITOS ENTRE DIVERSOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. DIRECIONAMENTO A UMA ÚNICA

EMPRESA. AFASTADA. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO. 1. Quando os requisitos contidos no termo de referência não apontam para uma única solução no mercado, não há que se falar em direcionamento do certame. 2. **A semelhança entre os requisitos encontrados em pregões de diversos municípios não acarreta, por si só, irregularidade. A Lei 14.133/2021, inclusive, incentiva a padronização nas contratações públicas, conforme se depreende, por exemplo, do disposto em seu art. 25, § 1º.** (Denúncia n. 1058687, relator conselheiro substituto Telmo Passareli, Segunda Câmara, sessão do dia 21/10/2021) (Grifei)

Ademais, vale destacar o julgamento da Denúncia n. 1058683, relator conselheiro Gilberto Diniz, Primeira Câmara, sessão do dia 25/5/2021, no sentido de que a “identidade de cláusulas editalícias, mediante a padronização de terminologias e de justificativas em instrumentos convocatórios publicados por órgãos ou entidades públicas, sobretudo pela inserção de requisitos e condições técnicas similares, não configura, por si só, ilicitude do procedimento e favorecimento de algum licitante”.

Diante do exposto, em consonância com o Grupo de Tecnologia da Informação da Superintendência de Controle Externo, considerando a jurisprudência deste Tribunal sobre o tema, proponho que este apontamento de irregularidade seja julgado improcedente.

2.2. Necessidade de atendimento da totalidade dos requisitos contidos nas especificações técnicas do *software*

A denunciante apontou como irregular a necessidade em atender de imediato 100% (cem por cento) dos requisitos contidos nas especificações técnicas do *software*, consoante exigência contida no item 11.9 do edital.

Analisando a questão, o Grupo de Tecnologia da Informação da Superintendência de Controle Externo entendeu que a exigência foi desarrazoada, nos seguintes termos (peça n. 11, código do arquivo n. 2207444):

Este grupo entende que, uma vez que os critérios para seleção dos requisitos a serem demonstrados não foram descritos de forma objetiva, a única forma de se garantir a classificação seria apresentando uma solução que atendesse à totalidade dos requisitos listados no Termo de Referência.

Há que se ressaltar que, em um *software* de prateleira – assim chamado o programa de computador produzido em larga escala de maneira uniforme e colocado no mercado para aquisição por qualquer interessado sob a forma de cópias múltiplas – não é comum que se encontre a totalidade dos requisitos da forma exata como se encontram elencados. Para tanto, espera-se que possa ser feito algum tipo de ajuste, de modo a adequá-lo à necessidade específica do contratante.

[...]

Verifica-se, portanto, uma ausência de razoabilidade do órgão licitante, Prefeitura de Santa Bárbara, ao determinar que o concorrente seja desclassificado caso não atenda a totalidade dos requisitos solicitados pela administração ainda na etapa de teste de conformidade. Pode-se supor que o licitante buscou uma solução completamente aderente ao propósito da contratação que, no momento da publicação do edital, já contemplasse a totalidade dos itens requisitados.

Por sua vez, a 2ª CFM entendeu que a disposição contida no item 11.9 do edital acarretou indevida restrição à competitividade do certame (peça n. 12, código do arquivo n. 2230160).

Antes do falecimento do Sr. Vágner de Figueiredo Brandão, a defesa do ex-agente ponderou que do ano de 2018 para o ano de 2019 houve evolução nas regras que tratavam do teste de

conformidade, tendo sido adotado critério que previa o atendimento de 90% (noventa por cento) das funcionalidades e requisitos previstos no termo de referência, consoante nova referência técnica produzida pela Secretaria Municipal de Saúde. Dessa forma, argumentou que “[...] seja sob a perspectiva pedagógica ou preventiva, a sanção de multa no caso concreto não se mostraria necessária a partir do momento em que o agente demonstra ter se alinhado à postura considerada correta pelo órgão de controle”.

Já a defesa do Sr. Felipe Fernandes Guerra alegou que as cláusulas questionadas seriam de cunho técnico, havendo inclusive a necessidade de emissão de parecer de grupo de tecnologia especializado deste Tribunal, de forma que a análise não seria simples e dependeria de mão de obra qualificada para sua compreensão e auxílio na correta tomada de decisão. Dessa forma, alegou que deveria ser observado o art. 22 da Lindb ao caso, porquanto “[...] é necessário que o Tribunal entenda a natureza das dificuldades reais dos agentes públicos, à época, quando assinaram o edital”.

Inicialmente, sobre a controvérsia envolvendo a necessidade de atendimento da totalidade dos requisitos contidos nas especificações técnicas do *software*, saliento que, recentemente, este Tribunal se manifestou no sentido de que a exigência de atendimento de 100% (cem por cento) dos requisitos e a quantidade de requisitos para o desenvolvimento de um *software* não configura, por si só, direcionamento para uma empresa específica, consoante julgamento da Denúncia n. 1058681, relator conselheiro Wanderley Ávila, Segunda Câmara, sessão do dia 17/2/2022.

A propósito, vale observar que, naqueles autos, o conselheiro relator utilizou como base o julgamento do Recurso Ordinário n. 1092255, de relatoria do conselheiro Cláudio Couto Terrão, Tribunal Pleno, sessão do dia 10/2/2021, conforme os seguintes excertos:

[...]

Doutro lado, verifica-se que a decisão recorrida entendeu que “não restou devidamente justificada pela administração municipal de Paraguaçu a exigência de que os *softwares* desenvolvidos pelas licitantes atendessem, de imediato, a 100% (cem por cento) das centenas de requisitos técnicos estabelecidos no edital”. (Destaque do texto)

Ocorre que, como pode se constatar na cláusula 4.2 do termo de referência do edital, transcrita acima, a Administração cuidou de apresentar sua justificativa, ocasião em que citou a “necessária segurança proveniente da exatidão de informações agregadas ao *software*, tanto no sentido de permitir ao Gestor Público confiabilidade em suas ações, quanto no sentido de proporcionar bons resultados perante os entes Estadual e Federal de Saúde”. (Grifei)

A Administração, ao exigir do licitante classificado em primeiro lugar que submetesse seu *software* à análise de conformidade, visou garantir a efetividade do serviço contratado, evitando a inconveniência da necessidade de adequações técnicas após a assinatura do contrato, o que poderia impactar negativamente na prestação de serviços públicos realizada pelo Município.

Portanto, considerando que não existe regra jurídica clara e inequívoca que prescreva de forma exata o prazo que deve ser estabelecido para o exame de conformidade das propostas, nos editais de licitação, e que, no caso concreto, o ato de desclassificação da denunciante decorreu do não atendimento dos requisitos do edital, ao qual a Administração estava vinculada, não podendo ser possível exigir conduta diversa, bem como que não há elemento nos autos que indique que houve direcionamento do Pregão Presencial 97/17, não há como se concluir pela antijuridicidade da solução adotada pelo Município de Paraguaçu, no que tange à matéria. (Destques do texto)

Depreende-se, portanto, que este Tribunal possui entendimento de que a exigência de atendimento de 100% (cem por cento) dos requisitos contidos nas especificações técnicas do *software* não configura, por si só, direcionamento do certame, principalmente diante de justificativas técnicas existentes no instrumento convocatório.

Nessa linha, compulsando os autos, observei que a Administração elaborou a seguinte justificativa, consoante item 6.8 do termo de referência (fl. 145, processo digitalizado, peça n. 6, código do arquivo n. 2180530):

6.8 Justificativa por lote: Precisamos de um sistema único (destaque do texto) que **atenda todos os módulos necessários para o gerenciamento da saúde pública do município e as exigências do Ministério da Saúde, além de atender de forma satisfatória no ponto de vista da eficiência técnica** (grifei), mantendo a qualidade do serviço, já que o gerenciamento permanece todo o tempo a cargo de um mesmo administrador. Nesse ponto, as vantagens seriam o maior nível de controle pela Administração, maior interação entre as diferentes fases do empreendimento, maior facilidade no cumprimento dos cronogramas preestabelecidos e na observância dos prazos, concentração da responsabilidade pela execução das informações em uma só pessoa e concentração da garantia dos resultados, além da viabilidade econômica.

Portanto, considerando as justificativas apresentadas pela Administração e diante da jurisprudência deste Tribunal sobre o tema, entendo que não há elementos, nos autos, para concluir pela restrição indevida à participação de empresas ao certame, em razão da exigência contida no item 11.9 do edital.

Saliento, também, que não há indícios da ocorrência de prejuízos ao interesse público ou ao erário, tendo em vista que o valor inicial estipulado pela Administração foi de R\$ 187.863,33 (fl. 77v, processo digitalizado, peça n. 6, código do arquivo n. 2180530), ao passo que o valor contratado foi de R\$ 117.600,00 (fl. 230 do mencionado documento eletrônico), tendo o serviço sido efetivamente prestado, conforme ordens de serviço e atestados acostados ao referido processo digitalizado.

Por último, conforme pontuado pela defesa, verifiquei que posteriormente a Administração, de fato, promoveu alterações nas regras que tratavam do teste de conformidade, tendo sido adotado critério que previa o atendimento de 90% (noventa por cento) dos itens de cada módulo e 100% (cem por cento) dos itens marcados como obrigatórios, consoante se depreende do item 2.4 do termo de referência do Pregão Presencial n. 92/2019 (peça n. 25, código do arquivo n. 2484907).

Diante do exposto, considerando a jurisprudência deste Tribunal sobre o tema e a existência de justificativas para a contratação no instrumento convocatório, bem como à míngua de indícios de prejuízos ao interesse público ou ao erário, proponho que este apontamento de irregularidade seja julgado improcedente.

2.3. Apontamento complementar realizado pelo Grupo de Tecnologia da Informação da Superintendência de Controle Externo – Prazo exíguo de 3 (três) dias úteis entre a data da sessão pública do pregão e a realização do teste de conformidade

Conforme relatado, o Grupo de Tecnologia da Informação da Superintendência de Controle Externo concluiu pela exiguidade do prazo de 3 (três) dias úteis entre a data da sessão pública do pregão e a realização do teste de conformidade.

Inicialmente, transcrevo o disposto no item 11.1 do edital (fl. 127v, processo digitalizado, peça n. 6, código do arquivo n. 2180530):

11.1 – O vencedor da disputa poderá ser convocado, com pelo menos 03 (três) dias úteis de antecedência, para avaliação acerca da exatidão, cumprimento e conformidade

com as especificações e características mínimas e demais exigências do edital. Essa avaliação acontecerá durante a realização de Teste de conformidade dos sistemas, quando a veracidade das informações prestadas pelo licitante no que se refere às funcionalidades de cada um dos sistemas deve ser comprovada.

Sobre a questão, este Tribunal já se manifestou no sentido de que inexistente norma específica quanto ao prazo que deve ser estabelecido para o exame de conformidade das propostas nos editais de licitação, cabendo, pois, ao poder discricionário da Administração. Nesse sentido, cito novamente o julgamento da Denúncia n. 1058681, relator conselheiro Wanderley Ávila, Segunda Câmara, sessão do dia 17/2/2022, bem como o julgamento do Recurso Ordinário n. 1092255, de relatoria do conselheiro Cláudio Couto Terrão, Tribunal Pleno, sessão do dia 10/2/2021.

A propósito, como bem ponderado pelo conselheiro Cláudio Couto Terrão nos autos do Recurso Ordinário n. 1092255, não existe regra legal positivada que sirva como parâmetro para este Tribunal exercer o juízo de conformidade do prazo de apresentação da amostra do *software*, devendo a análise ser realizada sempre no caso concreto e dos elementos que o fundamentam.

Aliado a isso, vale ressaltar que não há indicativo, nos autos, que permita concluir que o prazo de três dias úteis tenha sido a causa para que alguma empresa provisoriamente classificada em primeiro lugar não tivesse êxito em demonstrar a adequação de seu *software* aos requisitos do edital. Ao contrário, consoante ata da sessão do pregão (fl. 223, processo digitalizado, peça n. 6, código do arquivo n. 2180530), verifica-se que a empresa classificada em primeiro lugar do certame foi dispensada da realização do teste de conformidade, sob o argumento de que já prestaria o serviço pretendido à Administração, em consonância com o edital e seus anexos.

Sobre a dispensa de realização do teste de conformidade em relação à empresa Vivver Sistemas Ltda., observa-se que o item 11.1 do edital expressamente estabeleceu que o “vencedor da disputa **poderá** ser convocado [...]” (grifei), não havendo, portanto, que se falar em violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou ao princípio da isonomia. A propósito, vale registrar que a exigência do chamado teste de conformidade não encontra fundamento legal na Lei n. 10.520/2022, tratando-se de ato discricionário da Administração em busca da garantia de uma boa contratação, isto é, com a comprovação da qualidade e funcionalidade do produto ou serviço pretendido.

Assim sendo, conforme ponderado no item anterior, considerando a ausência de indícios concretos da ocorrência de direcionamento do certame ou de prejuízo ao interesse público ou ao erário, e diante da jurisprudência deste Tribunal no sentido de que inexistente norma específica quanto ao prazo que deve ser estabelecido para o exame de conformidade das propostas, sendo uma decisão discricionária da Administração, proponho que este apontamento seja julgado improcedente.

Não obstante, proponho a emissão de recomendações ao atual prefeito de Santa Bárbara, bem como ao secretário de saúde do aludido município, para que, em futuras licitações envolvendo o mesmo objeto, se atentem às particularidades do caso concreto e definam, com base no princípio da motivação, prazo razoável entre a data da sessão pública do pregão e a realização do teste de conformidade.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, preliminarmente, tendo em vista o falecimento do Sr. Vágner de Figueiredo Brandão, e considerando o princípio da intransmissibilidade da pena, uma vez que não há nos autos elementos que denotem prejuízo ao erário, proponho o reconhecimento da extinção de

sua punibilidade em relação aos apontamentos, em tese, passíveis de aplicação de sanção pecuniária.

Ainda em preliminar, proponho que não seja acolhida a alegação de ilegitimidade passiva arguida pelo Sr. Felipe Fernandes Guerra, autoridade que subscreveu o edital e homologou o certame, uma vez que se apresenta como parte legítima para compor a relação processual.

No mérito, proponho que sejam julgados improcedentes os apontamentos da denúncia, bem como o apontamento complementar efetuado pelo Grupo de Tecnologia da Informação da Superintendência de Controle Externo, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno desta Corte, c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil.

Não obstante, proponho a emissão de recomendações ao atual prefeito de Santa Bárbara, bem como ao secretário de saúde do aludido município, para que, em futuras licitações envolvendo o mesmo objeto, se atentem às particularidades do caso concreto e definam, com base no princípio da motivação, prazo razoável entre a data da sessão pública do pregão e a realização do teste de conformidade.

Intime-se o Sr. Felipe Fernandes Guerra, responsável remanescente, pelo DOC e por meio eletrônico, bem como o Ministério Público de Contas na forma regimental.

Promovidas as demais medidas cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

* * * * *