



Acórdão 00396/2021-2 - Plenário

Processos: 02143/2019-2, 04623/2016-8

Classificação: Pedido de Reexame

UG: PMCI - Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Interessado: AMOS MARTINS MARCELINO, SORAYA HATUM DE ALMEIDA, LUCIANA MANZOLI ALTOE, NICEIA CARDOZO DA SILVA BEDIN, GABRIELLA FERREIRA DIAS, MICHELLE OLIVEIRA MASSENA, JUAREZ CALLEGARI MONTEIRO, MANOEL EDUARDO BAPTISTA CABRAL

Recorrente: CARLOS ROBERTO CASTEGLIONE DIAS, MAURICIO LUIZ DALTIO

Procuradores: LUISA PAIVA MAGNAGO (OAB: 12455-ES), PEDRO JOSINO CORDEIRO (OAB: 17169-ES)

PEDIDO DE REEXAME-PREFEITURA MUNICIPAL DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM – REJEITAR PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – DAR PARCIAL PROVIMENTO – ARQUIVAR

VOTO DO RELATOR

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

1. RELATÓRIO

Tratam os autos sobre Pedido de Reexame interposto pelos senhores Carlos Roberto Casteglione Dias e Maurício Luiz Daltio em face do Acórdão TC 1219/2018 – Primeira Câmara, proferido nos autos do processo TC nº 4623/2016, relativo à Denúncia formulada em face da Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim.

O Acórdão TC 1219/2018 reconheceu a procedência parcial da Denúncia, tendo em vista a manutenção da irregularidade referente à contratação direta de serviços de manutenção evolutiva, corretiva e preventiva, suporte técnico e alterações na base de dados do sistema de gestão pública, sem justificativa.

Os autos foram encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC que, após observar a existência de matéria afeta à área de Tecnologia da Informação no item II da peça recursal, solicitou ao Núcleo de Tecnologia da Informação e Comunicação – NTI manifestação quanto a esse ponto, o que se concretizou por meio da Manifestação Técnica 2872/2019-2.

Posteriormente, retornaram os autos ao NRC, onde foi elaborada a Instrução Técnica de Recurso ITR 125/2019-5, propondo o conhecimento e não provimento ao recurso, entendimento este que foi corroborado pelo Ministério Público de Contas, por intermédio do Parecer 2951/2019-3.

Em seguida, tendo sido realizada sustentação oral pelo patrono dos responsáveis na 43ª Sessão Ordinária do Plenário, ocorrida no dia 10 de dezembro de 2019, foram os autos sobrestados por meio da Decisão 198/2020-8, tendo em vista a incidência do tema referente à definição da competência dos Tribunais de Contas para julgarem contas sob responsabilidade de prefeitos municipais, bem como os procedimentos a serem seguidos.

Cessado sobrestamento, vieram os autos a este gabinete.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA

Nos presentes autos, o Sr. Carlos Roberto Casteglione Dias, ex-Prefeito Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, invoca questão preliminar, alegando sua ilegitimidade passiva, requerendo a sua exclusão do polo passivo, vale dizer, o afastamento da condição de responsável pela irregularidade combatida no recurso em análise, por

entender que não realizou nenhum ato executório nos processos que, segundo consta em sua petição recursal, supostamente vieram a causar dano ao erário.

A conduta imputada ao responsável foi a de ter acolhido na íntegra a recomendação do Secretário Municipal da Fazenda para contratação direta da empresa, sem considerar os alertas emitidos pela Procuradoria Geral do Município.

Compulsando os autos verifico que, em sede recursal, o recorrente reproduz os termos da defesa apresentada no processo TC 4623/2016-8 no tocante à alegação de ilegitimidade passiva, complementando tal alegação com trecho abaixo transcrito:

A Instrução Técnica Conclusiva volta a apoiar-se nos "alertas" da Procuradoria Municipal, sem adentrar na matéria defendida nem na posterior análise e anuência da Procuradoria Municipal quanto às Contratações.

Conforme já apresentado anteriormente, após os QUESTIONAMENTOS da Procuradoria (neste caso não houve "alertas" nem "identificação de irregularidade") acerca das questões técnicas quanto à possibilidade dos serviços serem executados pelos técnicos da própria Administração ou licitados, tais questões foram esclarecidas nos autos pelo Secretário Municipal de Fazenda.

Os autos retornaram à Procuradoria, que acolheu as justificativas, anuindo com a Contratação, sob a alegação de que tais questões eram puramente técnicas, não adentrando a esfera de seu conhecimento ou responsabilidade, servindo de base para a autorização para a Contratação por parte do Prefeito.

Portanto, mostra-se descabida a afirmação contida na transcrição acima - utilizada para responsabilizar o ex-Prefeito - de que apesar dos "alertas" da Procuradoria, o então Prefeito firmou os citados Contratos.

Assim, ante a Manifestação Técnica e o Parecer Jurídico apontando para a conveniência, oportunidade e juridicidade da contratação não poderia o Prefeito Municipal opor-se à mesma sem que tivesse algum fundamento para tanto.

s Processos de contratação foram conduzidos pelos Setores pertinentes dentro da mais absoluta regularidade, chegando ao Prefeito para Homologação e Assinatura dos Contratos.

Atos decorrentes de cargo e função.

Ainda que tivesse havido alguma irregularidade nos Processos seria impossível ao Prefeito, como homem comum, identificá-la.

Ocorre que não houve nenhuma irregularidade, tendo os Auditores deixado de consultar todas as peças processuais para elaborar sua Instrução Técnica.

Não houve omissão, negligência ou imprudência por parte do Prefeito.

Não houve ilicitude e, menos ainda, culpa.

Mesmo encontrando-se na mesma posição acerca do entendimento das questões puramente técnicas, foi dado tratamento diferenciado, incluindo no polo passivo deste processo o ex-Prefeito e deixando de incluir o Procurador.

Nos admira que apesar das vastas Decisões desta própria Corte de Contas, em como de seu posicionamento majoritário acerca do tema, os auditores insistam em firmar posição contrária, sem sequer trazer fundamentos devidamente embasados a se contrapor aos já consolidados, conforme se verifica na análise acima.

Acerca do conjunto da argumentação trazida aos autos, entendo que ele não tem o condão de afastar a responsabilidade inicialmente imputada ao Sr. Carlos Roberto Casteghione Dias, isso porque é incontroversa a sua parcela de participação no desenrolar do procedimento licitatório.

Conforme consta nos autos, o responsável acolheu na íntegra a recomendação do Secretário da Fazenda para contratação direta da empresa (fls. 144 da Peça 02 – Outro 7908/2016-1), deixando de considerar os alertas emitidos pela Procuradoria Geral do Município (fls. 130-132 da Peça 02 – Outro 7908/2016-1).

Igualmente, de acordo com os documentos que instruem esse processo, o responsável consignou a sua assinatura nos contratos de manutenção (279 e 280/2014), que não foram precedidos de licitação.

Esse também foi o entendimento externado pela área técnica deste Tribunal, já em análise realizada em sede recursal, conforme trecho extraído da ITR 125/2019-5, senão vejamos:

[...]

Da análise dos autos principais, verificamos que foi emitido o Parecer 831/2014 (fls. 130/132) pela Procuradoria Geral do Município de Cachoeiro de Itapemirim, no qual foram suscitados diversos questionamentos acerca da contratação em apreço, consoante se transcreve:

Pois bem. Da análise da documentação acostada aos autos constatei que a empresa Ábaco Tecnologia de Informação Ltda. foi contratada pelo Município no ano de 2012 (vide contrato às fls. 314/329) visando a prestação de serviços especializados em TI, englobando os serviços de análise e desenvolvimento de sistemas de gestão pública, tudo devidamente discriminado na Cláusula Oitava daquele instrumento.

Eis que, como se vê do item 8.3.7.5 e seus subitens da referida Cláusula Oitava, previa a referida avença que, no curso da contratação, haveria a transferência de tecnologia dos sistemas desenvolvidos, de maneira a que, em tese, pudesse o Município efetivar, por si só, a manutenção continuada dos mesmos após o término daquela contratação ou licitar eventual contrato a ser firmado com tal fim.

Tal previsão vai ao encontro do atendimento da posição adotada pela melhor doutrina a respeito do tema, a qual tem defendido que nos contratos de sistemas de informática, a Administração Pública deve exigir o fornecimento dos códigos fontes e/ou a tecnologia capaz de possibilitar que outras empresas possam utilizar a plataforma contratada, de modo a prestar suporte aos sistemas.

Diante disso, tenho que, para prosseguimento do presente processo, deverá a SEMFA esclarecer nos autos em que termos se deu a pré-falada transferência de tecnologia dos sistemas desenvolvidos, bem como se existe algum impeditivo a que o Município execute diretamente os serviços de manutenção e aperfeiçoamento do sistema ou os licite com vistas a, eventualmente, obter melhores condições de preço.

Além disso, outro ponto que, entendo, deverá ser esclarecido é o que se refere à competência da ABES – Associação Brasileira das Empresas de Software para emissão da Certidão juntada aos autos às fls. 86/168 dando conta da exclusividade da pretensa contratada para desenvolver e comercializar, em todo o território nacional, os sistemas adquiridos pelo Município e por ele atualmente utilizados.

Isso porque, no estudo do presente caso, tomei conhecimento da existência no cenário nacional da ASSESPRO – Associação das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação, a qual, pelo que consta, também representaria os interesses das empresas que exploram o setor de tecnologia da informação em nosso país.

Diante disso, tenho que deverá ser devidamente esclarecida tal questão, se necessário, inclusive, mediante a remessa dos autos à DATACI, de maneira a que se possa aferir a efetiva validade da Certidão acima mencionada.

Ressalto que deverá ser informado sobre a existência ou não de alguma Confederação que congregue as Associações que atuam no setor em questão, juntando-se aos autos documentação comprobatória caso esta exista.

Isto posto, devolvo os autos à SEMFA para atendimento aos pontos acima suscitados, devendo retornar posteriormente para análise da possibilidade jurídica do pedido.

Em resposta, manifestou-se a Secretaria Municipal da Fazenda no documento constante de fls. 134/136, subscrito pelo Secretário Municipal, Sr. Maurício Luiz Daltio, em que foram, em tese, esclarecidas as questões levantadas pela PGM, conforme se segue:

Em atenção ao parecer de fls. 346/348, da lavra da Ilustre Procuradoria Municipal, seguem abaixo os seguintes esclarecimentos:

- Em relação ao questionamento feito acerca da pré falada transferência de tecnologia dos sistemas desenvolvidos, importante destacar que os códigos fonte estão em poder do Município, e os sistemas estão instalados com todos os seus aplicativos e módulos funcionais em servidor de software na central de processamento de dados da Dataci de propriedade do município, conforme disposto no item já citado pela ilustre procuradoria. Entretanto, é necessário esclarecer que, atualmente o Município de Cachoeiro não possui em seus quadros servidor público com as qualificações necessárias capaz de realizar os serviços que se pretende contratar, dado a avançada complexidade dos serviços que em função de implementações realizadas continuamente pelo órgão de Controle Externo, TCE ES, em seu sistema informatizado de coleta de dados para auditoria "Cidadesweb" cujos sistemas contratados visam atender, pelo envio de informações em formato eletrônico.

- Em mesmo sentido a convergência as Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público, exigem não só uma manutenção de funcionalidade de sistema como também, neste momento, manutenções evolutivas, adaptativas, modificativas e complementações descritas detalhadamente em minuta de contrato anexada quando da inicial.

- Quanto à possibilidade de se licitar os serviços em apreço, entendemos ser inviável, pois é a empresa Ábaco quem possui atualmente a condição exclusiva de manutenção do sistema que se pretende, exclusividade esta que já está demonstrada nos autos através de certidão emitida pela ABES – Associação Brasileira das Empresas de Software, conforme documento de fls. 24/168.

- Nos termos da Lei federal nº 9.609/98 – Lei de Software a propriedade intelectual e/ou patente é definida como conjunto de direitos exclusivos garantido a expressões abstratas do espírito, visando assegurar os investimentos das empresas em seus elementos imateriais. Desta feita à venda ou transferência de sistemas não afasta a prerrogativa do criador e/ou desenvolvedor o direito exclusivo de autorização de modificação.

- No tocante à existência no cenário nacional da ASSESPRO – Associação das Empresas Brasileiras de Tecnologia de Informação, esclarecemos que a mesma atua como legítima representante do setor na interlocução com o mercado e as autoridades constituídas, representando segmento de mercado em TI voltado para a área de transmissão, processamento de dados, representação e hardware, diferentemente da ABES – Associação Brasileira das Empresas de Software que é a mais representativa entidade do setor com cerca de 1580 empresas associadas ou conveniadas, distribuídas em 21 estados brasileiros e representa as empresas desenvolvedoras de software. Desde sua fundação a entidade exerce a missão de representação setorial nas áreas legislativa e tributária, na proposição e orientação de políticas voltadas ao fortalecimento da cadeia de valor da Indústria Brasileira de Software e Serviços – IBSS, **na defesa da propriedade intelectual e combate a pirataria de software e no apoio as iniciativas de fomento à pesquisa, desenvolvimento, inovação e ao desenvolvimento do software nacional.** Deste modo, entendemos que para o objeto da presente demanda é a ABES quem tem autonomia para dispor sobre questões ligadas à autoria e desenvolvimento de softwares em nosso país.

- No tocante ao envio dos autos à DATACI para esta certifique a certidão da ABES às fls. 25/153, entendemos que a DATACI não tem esta finalidade pois, não consta em seu estatuto social tal competência.

- Por fim, informamos que não temos conhecimento de qualquer confederação que congregue as associações acima citadas, mas caso esta procuradoria tenha conhecimento da existência de alguma, muito irá contribuir para instrução do presente processo.

Isto posto, e entendimento desta Secretaria Municipal da Fazenda estarem devidamente esclarecidos os pontos abordados pela ilustre procuradoria.

Tal documento foi ratificado, no mesmo ato, pelo Prefeito Municipal à época, Sr. Carlos Roberto

Casteglione Dias, que determinou: “*Fica autorizada a contratação nos termos do presente processo, segue para juntada de minuta contratual atualizada. Após a PGM para assinatura.*” **Importante esclarecer que, nesse momento, os autos ainda não tinham sido encaminhados à PGM para apreciação dos argumentos trazidos pela Secretaria Municipal da Fazenda. A despeito disso, o Sr. Carlos Roberto Casteglione Dias já havia autorizado a contratação.**

Ato contínuo, por sugestão da Secretaria Municipal de Administração e Serviços Internos, foi solicitada, além da simples assinatura da PGM, a sua análise sobre as justificativas apresentadas, conforme despacho de fl. 137.

Assim, novamente manifestou-se a Procuradoria Geral do Município, no Parecer nº 935/2014 (fls. 138/142), no qual consta:

[...]

Ora, afirmando a Administração desconhecer a existência de uma Confederação que congregue as Associações já comprovadamente existentes no território nacional, entendendo a SEMFA que não deveria encaminhar os autos à DATACI para manifestação quanto a tal fato e, ainda, manifestando-se expressamente quanto a ser a ABES a detentora de “autonomia para dispor sobre questões ligadas à autoria e desenvolvimento de softwares no nosso país”, reputo válidas as Certidões acostadas aos autos com o fim de demonstrar a exclusividade da empresa Ábaco para prestação dos serviços objeto da presente contratação.

Ressalvo, todavia, mais uma vez, que tais fatos possuem natureza extrajurídica, não cabendo a esta PGM manifestar-se quanto à sua veracidade.

Igualmente extrajurídica é a afirmativa da Administração segundo a qual, dada a complexidade dos sistemas, o Município não teria mão-de-obra qualificada para efetuar sua manutenção, não lhe restando outra alternativa senão proceder à contratação de terceiros para a prestação de tais serviços, como ora se deseja.

Não obstante tal complexidade, **entendo que deverá a Administração elaborar, desde já, um cronograma de treinamento, de maneira a comprovar como se dará a capacitação de seus servidores no curso da contratação que ora se deseja efetivar para posterior execução pelos mesmos dos serviços em questão, evitando-se a perpetuação da situação ora posta.**

Outro aspecto que a lei exige seja comprovado em tais casos diz respeito à exequibilidade dos preços praticados pela pretensa contratada.

Para atendimento de tal exigência, foi juntada aos autos a documentação constante de fls. 166/271 que, em tese, atende ao que se objetiva, eis que apresenta diversos contratos firmados pela pretensa contratada com outros entes governamentais para prestação, dentre outros, dos mesmos serviços que ora se deseja contratar.

Todavia, tendo em vista a natureza da matéria nela tratada, sugiro sejam estes autos encaminhados à Controladoria Interna de Governo para manifestação expressa quanto à exequibilidade dos preços ofertados na contratação ora sob apreço.

Ressalto que já consta dos autos a devida autorização do Chefe do Executivo para a contratação em tela (vide fl. 352).

[...]

Observa-se que no próprio parecer da PGM é feita a ressalva de que “*já consta dos autos a devida autorização do Chefe do Executivo para a contratação em tela*”.

Da simples leitura da referida peça, é possível perceber que a PGM apenas toma por verdade as afirmativas feitas pela SEMFA, tendo em vista a especificidade e o caráter extrajurídico da matéria. Destaca, ainda, que foi considerado desnecessário o encaminhamento do processo à DATACI.

Nesse sentido, como afirmam os Recorrentes, a PGM simplesmente “*acolheu as justificativas, anuindo com a Contratação, sob a alegação de que tais questões eram puramente técnicas, não adentrando a esfera de seu conhecimento ou responsabilidade*”.

Todavia, os questionamentos levantados pela PGM tinham razão de ser, conforme se pode verificar da análise levada a efeito por este Tribunal, e justificariam, por si só, a apreciação da pretensa contratação pela DATACI, como forma de salvaguardar o interesse público, dada a especificidade dos conhecimentos envolvidos.

Percebe-se, do exposto, que foi perfeitamente construído, na instrução processual, o nexos causal entre a conduta do ex-Prefeito Municipal, Sr. Carlos Roberto Casteglione Dias, e a irregularidade verificada, uma vez que atuou de forma imprudente ao autorizar a contratação antes mesmo que a PGM analisasse a resposta apresentada pela SEMFA, e

negligente, ao desconsiderar o alerta da PGM sobre a necessidade de encaminhamento dos autos à DATACI, empresa criada pelo Município para o trato de todas as questões afetas às suas áreas de informática e tecnologia da computação, para análise.

[...]

(grifei e sublinhei)

Com efeito, considerando a verificação do nexos causal entre a conduta culposa imputada ao Sr. Carlos Roberto Casteglione Dias e a irregularidade perpetrada no âmbito da Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, referente à contratação direta de serviços sem justificativa, em consonância com a área técnica e com o Ministério Público de Contas, rejeito a preliminar arguida, conseqüentemente mantendo-o no rol de agentes sujeitos à responsabilização por este Tribunal de Contas.

No mais, não há que se falar na inclusão e possível responsabilização do procurador jurídico do município no caso em questão, haja vista que não agiu – à luz do entendimento jurisprudencial vigente sobre o tema – com o erro grave, a omissão, a culpa ou dolo, conforme claramente demonstrado nos presentes autos.

2.2. DO MÉRITO RECURSAL

Quanto à questão meritória, verifico que os recorrentes visam a reforma do Acórdão TC-1219/2018– Primeira Câmara (Processo TC 4623/2016), que manteve a irregularidade referente à contratação direta, sem justificativa, da empresa Ábaco Tecnologia de Informação LTDA. para manutenção evolutiva, corretiva e preventiva, suporte técnico e alterações na base de dados do sistema de gestão pública previamente adquirido por meio do Contrato 253/2012, firmado com a mesma empresa.

Alegam, em suma, os recorrentes que o Contrato 253/2012 garantiu a cessão definitiva do *software* à Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, mas não autorizou sua comercialização ou uso por terceiros, o que se evidenciaria pelos termos grifados na transcrição da cláusula 8.7.3.5¹.

¹ 8.3.7.5 - DA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA DOS SISTEMAS DESENVOLVIDOS

8.3.7.5.1 — A transferência de conhecimento dos serviços de desenvolvimento deverá ser viabilizada, sem ônus adicionais para o CONTRATANTE, conforme Plano de Transferência de Conhecimento fornecido pela CONTRATADA durante a Fase de Homologação em eventos específicos de transferência de conhecimento em ambiente disponibilizado pela CONTRATANTE e baseado em documentos técnicos e/ou manuais específicos dos

Afirmam, também, que:

[...] corpo técnico do município ainda não estava inteiramente capacitado para operar o Código Fonte, que certamente viria a acontecer posteriormente, motivo pelo qual sua aquisição foi realizada.

Ao se verificar a possibilidade de licitação para o objeto pretendido — manutenção corretiva, adaptativa, evolutiva, suporte técnico e alterações na base de dados — constatou-se a necessidade de 'abrir' o Código Fonte para qualquer interessado em participar desse 'certame licitatório' para que as empresas formulassem suas propostas mediante pleno conhecimento daquilo que iriam realizar. Tal transferência não estava prevista dentre as permitidas contratualmente, conforme transcrição da Cláusula 8.3.7.5.

Portanto, adquirindo o Código Fonte, com a transferência da tecnologia estipulada contratualmente, a Prefeitura poderia intervir para melhoria, adaptações, etc, por meio de seus técnicos e usuários finais, mas não "abrir" essa tecnologia a outras empresas, o que seria necessário no caso de licitação.

Assim, a contratação de empresa para intervir no software cuja propriedade intelectual era da ABACO, demandaria autorização desta empresa — tal como uma intervenção em projeto arquitetônico que não seja feita por seu autor, exigiria a concordância deste.

[...]

Diante da situação real da Prefeitura de Cachoeiro de Itapemirim, onde seus técnicos e usuários finais — até aquele momento — não possuíam capacidade para realizar as manutenções no sistema desenvolvido, da impossibilidade de se licitar sem "abrir" o Código Fonte para todas as empresas interessadas na licitação, cuja permissão não encontrava respaldo nem em Contrato nem em Lei, a única alternativa possível era a Contratação direta da empresa desenvolvedora do sistema.

[...]

Devidamente examinados e estudados os argumentos aventados na petição recursal, manifestou-se a área técnica deste Tribunal de Contas, por intermédio do NTI – núcleo especializado em temas relacionados à tecnologia e informação –, através da Manifestação Técnica 2872/2019-2, trazendo as seguintes ponderações:

[...]

A leitura do contrato à luz da legislação que rege a matéria da cessão dos direitos de software revela que **não merece prosperar a interpretação pretendida pelos recorrentes, uma vez que as cláusulas contratuais simplesmente disciplinam o modo como a transferência de tecnologia deverá ocorrer**. Nos termos do disposto no art. 11 da Lei nº 9.609/98, as partes estipularam a comunicação de todos os conhecimentos técnicos relativos ao software (entrega da documentação técnica associada) e o procedimento de absorção dessa tecnologia.

Obviamente que, tratando-se de contrato de transferência de tecnologia de programa de computador, o conhecimento deveria ser transferido aos técnicos da contratante, que posteriormente atuariam como multiplicadores. **Mas essa disposição contratual não obsta a abertura do código-fonte à outra empresa eventualmente contratada para manutenção do sistema, tendo em vista que ocorreu a cessão definitiva do conhecimento técnico**

sistema desenvolvido. O cronograma e horários dos eventos deverão ser previamente aprovados pelo CONTRATANTE.

8.3.7.5.2 — A CONTRATADA deverá descrever a metodologia, conforme Plano de Transferência de Conhecimento, que deverá ser utilizada para transferir conhecimento aos técnicos do CONTRATANTE, os quais deverão ser multiplicadores do conhecimento transferido a outros técnicos ou a usuários finais.

8.3.7.5.3 — A transferência de conhecimento, direcionada para os técnicos indicados pelo CONTRATANTE deverá ser focada na solução desenvolvida, de forma que haja transferência do conhecimento da tecnologia utilizada no desenvolvimento do sistema.

8.3.7.5.4 — A CONTRATADA se reserva o direito de incorporar as novas versões do Sistema, alterações e novas funcionalidades. Estas alterações deverão ser definidas unicamente a critério da CONTRATADA não cabendo a CONTRATANTE qualquer questionamento em relação as alterações da nova versão em relação a versão anterior.

envolvido no contrato. Uma vez cedido o conhecimento, o cedente não pode mais controlar o uso da tecnologia pelo cessionário.

A interpretação pretendida pelos recorrentes somente seria cabível se o instrumento contratual tivesse previsto restrições no uso do código-fonte e de sua revelação pela Administração. Contudo, verifica-se que o Contrato 253/2012 não trouxe nenhuma previsão contrária à revelação do código e documentação a terceiros.

Por outro lado, o contrato previu expressamente o dever de sigilo e a vedação, à contratada, de cessão, locação ou venda dos softwares a terceiros, uma vez que os sistemas desenvolvidos e sua documentação são de propriedade e uso exclusivo da Prefeitura:

CLÁUSULA SEXTA- DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

[...]

6.15 - **Guardar inteiro sigilo** dos serviços contratados e dos dados processados, bem como de **todo e qualquer programa e sistema desenvolvidos, incluindo sua documentação, reconhecendo serem estes de propriedade e uso exclusivo da CONTRATANTE**, sendo vedada à CONTRATADA sua cessão, locação ou venda a terceiros, sob pena de responsabilidade civil, penal e administrativa.

Dessa forma, ainda que fosse necessário o prévio registro junto ao INPI para que o contrato de transferência de tecnologia produzisse efeitos em relação a terceiros, **resta claro que não havia impedimento legal para que a Prefeitura realizasse procedimento licitatório para contratação de serviços de manutenção evolutiva, corretiva e preventiva, suporte técnico e alterações na base de dados do sistema de gestão pública da Prefeitura Municipal de Cachoeiro.**

Uma vez que a propriedade dos programas tinha sido cedida, sem restrições, à Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, a licitação e conseqüente divulgação do código-fonte a terceiro nesse caso não caracterizaria qualquer infringência aos direitos autorais do desenvolvedor. Portanto, a contratação direta da desenvolvedora do sistema para prestação dos serviços de manutenção não era a única alternativa possível, ao contrário do que alegam os recorrentes.

Vale notar que no edital de procedimento licitatório para a contratação de serviços de manutenção do referido software, a Administração poderia estabelecer, como obrigação dos licitantes e do contratante, o dever de manter sigilo e de somente fazer uso do código-fonte para o cumprimento das obrigações contratadas, inclusive prevendo multas no caso de descumprimento.

Conforme já destacado na Instrução Técnica Conclusiva 921/2018, a própria Ábaco reconheceu que não era única empresa legalmente autorizada a realizar as manutenções, no âmbito da Tomada de Contas Especial objeto do Processo 9113/2017-8, no qual afirma:

Não condiz com a realidade a informação de que a empresa seria a única legalmente autorizada a realizar as manutenções.

[...]

Nada impede que outra empresa continue prestando os serviços nos atuais sistemas de informação que estão em operação no Município, uma vez que o código fonte e que a base conhecimento (sic) estão em posse do CONTRATANTE e podem ser disponibilizados para outras empresas para as devidas manutenções.

Os recorrentes alegaram desconhecer as circunstâncias e o contexto em que tais declarações foram prestadas, restando claro que “até o momento das contratações 279 e 280/2014, não havia essa possibilidade, não previstas no contrato 253/2012 e tampouco em Lei”. Contudo, consoante já exposto, a Lei e o Contrato indicavam justamente o contrário.

Por fim, os recorrentes também argumentam que seria inverdade a afirmação da ITC de que o Secretário Municipal de Fazenda desconsiderou o alerta dado pela Procuradoria Municipal, ao questionar o fundamento para a contratação direta. Isso porque o Secretário respondeu aos questionamentos formulados pela Procuradoria, informando o seguinte:

Em relação ao questionamento feito acerca da pré falada transferência de tecnologia dos sistemas envolvidos, importante destacar que os códigos fonte estão em poder do Município (...). Entretanto, é necessário esclarecer que, atualmente o Município do Cachoeiro não possui em seus quadros servidor público com as qualificações necessárias capaz de realizar os serviços que se pretende contratar, dado a avançada complexidade dos serviços que em função de implementações realizadas continuamente pelo órgão de Controle Externo, TCE ES, em seu sistema informatizado de coleta de dados para auditoria “Cidadesweb” (...).

[...]

Quanto à possibilidade de se licitar os serviços em apreço, entendemos ser inviável, pois é a Ábaco quem possui atualmente a condição exclusiva de manutenção do sistema que se pretende, exclusividade esta que já está demonstrada nos autos através da certidão emitida pela ABES — Associação Brasileira das Empresas de Software (...).

Nos termos da Lei Federal n.º 9.609/98 — Lei de Software e propriedade intelectual e/ou patente é definida como conjunto de direitos exclusivos garantido a expressões abstratas do espírito, visando assegurar aos investimentos das empresas em seus elementos imateriais. Desta feita a venda ou transferência se sistema não afasta a prerrogativa do criador e/ou desenvolvedor o direito exclusivo de autorização de modificação.

Segundo o Dicionário Michaelis, o verbo desconsiderar significa “tratar sem consideração; desestimar, desvalorizar, menosprezar”, bem como “não examinar convenientemente”. Dessa forma, a ITC não afirmou que o Secretário Municipal de Fazenda ignorou o alerta dado pela Procuradoria, mas sim que o menosprezou.

Por exemplo, verifica-se nos autos do Processo 4623/2018 que o procurador sugeriu a remessa dos autos à DATACI, “empresa criada pelo Município para o trato de todas as questões afetas às suas áreas de informática e tecnologia da computação”, para aferir a efetiva validade da Certidão emitida pela ABES.

Em sua resposta, observa-se que o Secretário Municipal de Fazenda dispensou a remessa dos autos à DATACI pois “não consta em seu estatuto social tal competência”, quando poderia ter obtido um parecer técnico da empresa não apenas sobre a validade da certidão usada pelo gestor para fundamentar a impossibilidade de licitação, mas sobre os demais questionamentos da Procuradoria.

Assim, no que tange ao **item II** da peça recursal, opina-se pela **manutenção da irregularidade** contida no Acórdão 1219/2018 – Primeira Câmara.
(grifei e sublinhei)

Do cotejo dos documentos que compõem o processo TC 4623/2016-8, das informações trazidas pelos recorrentes, e da análise feita pela área técnica desta Cortes de Contas por meio da Manifestação Técnica 2872/2019-2, estou convencido de que, de fato, não havia impedimento legal para que a Prefeitura realizasse procedimento licitatório para contratação de serviços de manutenção evolutiva, corretiva e preventiva, suporte técnico e alterações na base de dados do sistema de gestão pública da Prefeitura Municipal de Cachoeiro em vez da efetuação de contratação direta.

Como se pode notar, não existiam restrições de qualquer natureza, fossem elas legais ou contratuais, que impedissem os gestores de licitar e divulgar o código-fonte a terceiros, posto que tal informação já estava sob posse da municipalidade.

Aliás, é interessante notar que a própria empresa Ábaco Tecnologia de Informação LTDA., conforme consta nos autos do processo TC 4623/2016-8, reconheceu que não era única empresa legalmente autorizada a realizar as manutenções, fato este extremamente relevante para o deslinde da irregularidade novamente tratada, agora por meio do presente recurso interposto, porquanto corrobora a inviabilidade das pretensões recursais que visam sustentar a correção da opção pelo procedimento de contratação direta, alternativa esta finalmente adotada pela administração municipal.

Por conseguinte, com base nos argumentos acima lançados, mantenho a irregularidade e, conseqüentemente, a responsabilidade dos referidos gestores, preservando integralmente a decisão contida no Acórdão TC 1219/2018 – Primeira Câmara, proferido nos autos do processo TC nº 4623/2016.

Ante todo o exposto, acompanhando integralmente o entendimento da área técnica e do Parecer do Ministério Público de Contas, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do **Plenário**, ante as razões expostas pelo Relator, em:

- 1. Rejeitar a preliminar relativa à ilegitimidade passiva** arguida pelo Sr. Carlos Roberto Casteglione Dias, na forma da fundamentação apresentada no item 2.1 desta decisão;
- 2. Não dar provimento** ao Pedido de Reexame, com a conseqüente manutenção do Acórdão TC-1219/2018-6 – Primeira Câmara, em todos os seus termos;
- 3. Cientificar** os recorrentes acerca da decisão, nos termos regimentais;
- 4. Arquivar** os autos, após o trânsito em julgado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

VOTO VISTA

O EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:

1. RELATÓRIO

Tratam os autos sobre Pedido de Reexame interposto pelos senhores Carlos Roberto Casteglione Dias e Maurício Luiz Daltio em face do **Acórdão TC 1219/2018 – Primeira Câmara**, proferido nos autos do processo TC nº 4623/2016, relativo à Denúncia formulada em face da Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim.

O Acórdão TC 1219/2018 reconheceu a procedência parcial da Denúncia, tendo em vista a manutenção da irregularidade referente à contratação direta de serviços de manutenção evolutiva, corretiva e preventiva, suporte técnico e alterações na base de dados do sistema de gestão pública, sem justificativa, condenando os Recorrentes ao pagamento de **multa individual no valor de R\$ 3.000,00**, em razão da irregularidade constante do **item 2.1** (Contratação direta de serviços sem justificativa), da **ITC 921/2018**.

Os autos foram encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas (NCR), que considerando a matéria envolver tecnologia, remeteu os autos ao Núcleo de Tecnologia da Informação – NTI, que apresentou sua Manifestação Técnica nº 2872/2019-2.

Posteriormente, retornaram os autos ao NRC, onde foi elaborada a Instrução Técnica de Recurso ITR 125/2019-5, propondo o conhecimento e não provimento ao recurso, entendimento este que foi corroborado pelo Ministério Público de Contas, por intermédio do Procurador de Contas, **Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira**, por meio do **parecer nº 2951/2019-3**.

Em seguida, fora realizada sustentação oral – notas taquigráficas 00358/2019-5, pelo patrono dos responsáveis na 43ª Sessão Ordinária do Plenário, ocorrida no dia 10 de dezembro de 2019.

No Voto 216/2020-2, o Relator propôs conhecer o Recurso e sobrestar os autos, tendo em vista a incidência do tema referente à definição da competência dos Tribunais de Contas para julgarem contas sob responsabilidade de prefeitos municipais, bem como os procedimentos a serem seguidos, sendo confirmada na Decisão 198/2020-8.

Cessado o sobrestamento, foram os autos ao Relator que proferiu voto 993/2021-5, mantendo a irregularidade e, conseqüentemente, a responsabilidade dos referidos gestores, preservando integralmente a decisão contida no Acórdão TC 1219/2018 – Primeira Câmara, proferido nos autos do processo TC nº 4623/2016.

Diante do exposto, pedi vista aos autos para melhor me inteirar da situação.

É o relatório.

1. FUNDAMENTAÇÃO

1.1. DOS PRESSUPOSTOS RECURSAIS

Analisando as condições de admissibilidade do recurso, observa-se que as partes são capazes e possuem interesse e legitimidade processual.

Quanto ao cabimento, constata-se que o instrumento utilizado é adequado à hipótese dos autos, tendo em vista o disposto no caput do artigo 166, da Lei Complementar 621/2012, abaixo transcrito:

Art. 166. Cabe pedido de reexame, com efeito suspensivo, de decisão definitiva ou terminativa proferida em processo de fiscalização e de consulta.

No que concerne ao cumprimento do prazo recursal, verifica-se que o Acórdão recorrido foi disponibilizado no Diário Oficial Eletrônico do TCEES em 17/12/2018, considerando-se publicado em 18/12/2018, consoante informação prestada pela Secretaria Geral das Sessões no Despacho 12463/2019-3 destes autos.

Tendo em vista que o prazo para interposição do recurso é de trinta dias, nos termos do artigo 408, § 5º, do Regimento Interno desta Corte de Contas (Resolução TC 261, de 04 de junho de 2013), sua apresentação em 18/02/2019 o torna TEMPESTIVO.

Desta feita, passa-se à análise das razões apresentadas pelos Recorrentes.

1.2. DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA

Nos presentes autos, o Sr. Carlos Roberto Casteglione Dias, ex-Prefeito Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, invoca questão preliminar, alegando sua ilegitimidade passiva, requerendo a sua exclusão do polo passivo.

Sustenta a defesa, em tese principal para alcançar a ilegitimidade passiva do então prefeito, o fato de que anuiu com a Contratação, após os autos administrativos retornarem da Procuradoria com nova análise, sob a alegação de que tais questões objeto da contratação, eram puramente técnicas, não adentrando a esfera de seu

conhecimento ou responsabilidade, e assim, ante a Manifestação Técnica e o Parecer Jurídico apontando para a conveniência, oportunidade e juridicidade da contratação não poderia o Prefeito Municipal opor-se à mesma.

A conduta imputada ao responsável foi a de ter acolhido na íntegra a recomendação do Secretário Municipal da Fazenda para contratação direta da empresa, sem considerar os alertas emitidos pela Procuradoria Geral do Município.

A preliminar arguida foi rejeitada pela Área Técnica, Ministério Público e no voto do Relator, por ter sido considerada a verificação do nexo causal entre a conduta culposa imputada ao então prefeito e a irregularidade da contratação direta de serviços de informática, ou seja, sem a realização de licitação.

O voto do Relator fundamenta-se que o responsável acolheu na íntegra a recomendação do Secretário da Fazenda para contratação direta da empresa (fls. 144 da Peça 02 – Outro 7908/2016-1), deixando de considerar os alertas emitidos pela Procuradoria Geral do Município (fls. 130-132 da Peça 02 – Outro 7908/2016-1).

Partindo dessa premissa, qual seja, que o prefeito desconsidera o posicionamento jurídico e segue integralmente o parecer da Secretaria de Fazenda, julguei necessário analisar mais detalhadamente o caso e compulsei os documentos administrativos juntados aos autos e verifiquei que os subsídios percorridos na administração, do ponto de vista técnico e jurídico entre PGM e SEMFA e apresentados ao então prefeito para a decisão da autorização foram exaustivos, fato que abordarei mais detidamente no mérito recursal.

A Instrução Técnica de Recurso – ITR 125/2019, sustenta a partir da manifestação da PGM de Cachoeiro de Itapemirim que no próprio parecer da PGM é feita a ressalva de que *“já consta dos autos a devida autorização do Chefe do Executivo para a contratação em tela”*.

Da simples leitura da referida peça, é possível perceber que a PGM apenas toma por verdade as afirmativas feitas pela SEMFA, tendo em vista a especificidade e o caráter extrajurídico da matéria.

Desse modo, como constatado na ITR 125/2015, de fato, foram os autos após parecer jurídico e manifestação da Secretaria de Fazenda, encaminhados ao prefeito para autorização da contratação, e ele assim o fez, determinado a juntada de nova minuta contratual e retorno dos autos à PGM para a assinatura, ou seja, não submeteu àquela Procuradoria uma análise final antes da autorização, visto que a procuradoria para elucidar seu parecer, se manifestou no sentido de que ***“para prosseguimento do presente processo, deverá a SEMFA esclarecer nos autos em que termos se deu a pré-falada transferência de tecnologia dos sistemas desenvolvidos, bem como se existe algum impeditivo a que o Município execute diretamente os serviços de manutenção e aperfeiçoamento do sistema ou os licite com vistas a, eventualmente, obter melhores condições de preço”***.

De todo o exposto, por entender que o chefe do poder executivo tem participação no procedimento licitatório e considerando o nexos causal entre a conduta do ex-Prefeito Municipal e a irregularidade apontada resta caracterizada a sua responsabilidade de forma subjetiva. **Acompanho o entendimento da Área Técnica e do Relator pelo não acolhimento da preliminar relativa a ilegitimidade passiva do ex-prefeito Municipal, Sr. Carlos Roberto Casteglione Dias.**

2.2. DO MÉRITO RECURSAL

Insurgem-se os recorrentes contra a manutenção, no Acórdão TC-1219/2018–Primeira Câmara (Processo TC 4623/2016), da irregularidade referente à contratação direta, sem justificativa, da empresa Ábaco Tecnologia de Informação Ltda. para manutenção evolutiva, corretiva e preventiva, suporte técnico e alterações na base de dados do sistema de gestão pública previamente adquirido por meio do Contrato 253/2012, firmado com a mesma empresa.

Alegam, em suma, os recorrentes que o Contrato 253/2012 garantiu a cessão definitiva do software à Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, mas não autorizou sua comercialização ou uso por terceiros, o que se evidenciaria pelos termos grifados na transcrição da cláusula 8.7.3.5².

² 8.3.7.5 - DA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA DOS SISTEMAS DESENVOLVIDOS

Afirmam, também, que:

[...] corpo técnico do município ainda não estava inteiramente capacitado para operar o Código Fonte, que certamente viria a acontecer posteriormente, motivo pelo qual sua aquisição foi realizada.

Ao se verificar a possibilidade de licitação para o objeto pretendido — manutenção corretiva, adaptativa, evolutiva, suporte técnico e alterações na base de dados — constatou-se a necessidade de 'abrir' o Código Fonte para qualquer interessado em participar desse 'certame licitatório' para que as empresas formulassem suas propostas mediante pleno conhecimento daquilo que iriam realizar. Tal transferência não estava prevista dentre as permitidas contratualmente, conforme transcrição da Cláusula 8.3.7.5.

Portanto, adquirindo o Código Fonte, com a transferência da tecnologia estipulada contratualmente, a Prefeitura poderia intervir para melhoria, adaptações, etc, por meio de seus técnicos e usuários finais, mas não "abrir" essa tecnologia a outras empresas, o que seria necessário no caso de licitação.

Assim, a contratação de empresa para intervir no software cuja propriedade intelectual era da ABACO, demandaria autorização desta empresa — tal como uma intervenção em projeto arquitetônico que não seja feita por seu autor, exigiria a concordância deste.

[...]

Diante da situação real da Prefeitura de Cachoeiro de Itapemirim, onde seus técnicos e usuários finais — até aquele momento — não possuíam capacidade para realizar as manutenções no sistema desenvolvido, da impossibilidade de se licitar sem "abrir" o Código Fonte para todas as empresas interessadas na licitação, cuja permissão não encontrava respaldo nem em Contrato nem em Lei, a única alternativa possível era a Contratação direta da empresa desenvolvedora do sistema.

[...]

8.3.7.5.1 — A transferência de conhecimento dos serviços de desenvolvimento deverá ser viabilizada, sem ônus adicionais para o CONTRATANTE, conforme Plano de Transferência de Conhecimento fornecido pela CONTRATADA durante a Fase de Homologação em eventos específicos de transferência de conhecimento em ambiente disponibilizado pela CONTRATANTE e baseado em documentos técnicos e/ou manuais específicos do sistema desenvolvido. O cronograma e horários dos eventos deverão ser previamente aprovados pelo CONTRATANTE.

8.3.7.5.2 — A CONTRATADA deverá descrever a metodologia, conforme Plano de Transferência de Conhecimento, que deverá ser utilizada para transferir conhecimento aos técnicos do CONTRATANTE, os quais deverão ser multiplicadores do conhecimento transferido a outros técnicos ou a usuários finais.

8.3.7.5.3 — A transferência de conhecimento, direcionada para os técnicos indicados pelo CONTRATANTE deverá ser focada na solução desenvolvida, de forma que haja transferência do conhecimento da tecnologia utilizada no desenvolvimento do sistema.

8.3.7.5.4 — A CONTRATADA se reserva o direito de incorporar as novas versões do Sistema, alterações e novas funcionalidades. Estas alterações deverão ser definidas unicamente a critério da CONTRATADA não cabendo a CONTRATANTE qualquer questionamento em relação as alterações da nova versão em relação a versão anterior.

A área técnica deste Tribunal de Contas, por intermédio do NTI – núcleo especializado em temas relacionados à tecnologia e informação –, através da Manifestação Técnica 2872/2019-2, apresentou as seguintes ponderações:

[...]

A leitura do contrato à luz da legislação que rege a matéria da cessão dos direitos de software revela que **não merece prosperar a interpretação pretendida pelos recorrentes, uma vez que as cláusulas contratuais simplesmente disciplinam o modo como a transferência de tecnologia deverá ocorrer.** Nos termos do disposto no art. 11 da Lei nº 9.609/98, as partes estipularam a comunicação de todos os conhecimentos técnicos relativos ao software (entrega da documentação técnica associada) e o procedimento de absorção dessa tecnologia.

Obviamente que, tratando-se de contrato de transferência de tecnologia de programa de computador, o conhecimento deveria ser transferido aos técnicos da contratante, que posteriormente atuariam como multiplicadores. **Mas essa disposição contratual não obsta a abertura do código-fonte à outra empresa eventualmente contratada para manutenção do sistema, tendo em vista que ocorreu a cessão definitiva do conhecimento técnico envolvido no contrato. Uma vez cedido o conhecimento, o cedente não pode mais controlar o uso da tecnologia pelo cessionário.**

A interpretação pretendida pelos recorrentes somente seria cabível se o instrumento contratual tivesse previsto restrições no uso do código-fonte e de sua revelação pela Administração. Contudo, verifica-se que o Contrato 253/2012 não trouxe nenhuma previsão contrária à revelação do código e documentação a terceiros.

Por outro lado, o contrato previu expressamente o dever de sigilo e a vedação, à contratada, de cessão, locação ou venda dos softwares a terceiros, uma vez que os sistemas desenvolvidos e sua documentação são de propriedade e uso exclusivo da Prefeitura:

CLÁUSULA SEXTA- DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

[...]

6.15 - **Guardar inteiro sigilo** dos serviços contratados e dos dados processados, bem como de **todo e qualquer programa e sistema desenvolvidos, incluindo sua documentação, reconhecendo serem estes de propriedade e uso exclusivo da CONTRATANTE**, sendo vedada à CONTRATADA sua cessão, locação ou venda a terceiros, sob pena de responsabilidade civil, penal e administrativa.

Dessa forma, ainda que fosse necessário o prévio registro junto ao INPI para que o contrato de transferência de tecnologia produzisse efeitos em relação a terceiros, **resta claro que não havia impedimento legal para que a Prefeitura realizasse procedimento licitatório para contratação de serviços de manutenção evolutiva, corretiva e preventiva, suporte técnico e alterações na base de dados do sistema de gestão pública da Prefeitura Municipal de Cachoeiro.**

Uma vez que a propriedade dos programas tinha sido cedida, sem restrições, à Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, a licitação e consequente

divulgação do código-fonte a terceiro nesse caso não caracterizaria qualquer infringência aos direitos autorais do desenvolvedor. Portanto, a contratação direta da desenvolvedora do sistema para prestação dos serviços de manutenção não era a única alternativa possível, ao contrário do que alegam os recorrentes.

Vale notar que no edital de procedimento licitatório para a contratação de serviços de manutenção do referido software, a Administração poderia estabelecer, como obrigação dos licitantes e do contratante, o dever de manter sigilo e de somente fazer uso do código-fonte para o cumprimento das obrigações contratadas, inclusive prevendo multas no caso de descumprimento.

Conforme já destacado na Instrução Técnica Conclusiva 921/2018, a própria Ábaco reconheceu que não era única empresa legalmente autorizada a realizar as manutenções, no âmbito da Tomada de Contas Especial objeto do Processo 9113/2017-8, no qual afirma:

Não condiz com a realidade a informação de que a empresa seria a única legalmente autorizada a realizar as manutenções.

[...]

Nada impede que outra empresa continue prestando os serviços nos atuais sistemas de informação que estão em operação no Município, uma vez que o código fonte e que a base conhecimento (sic) estão em posse do CONTRATANTE e podem ser disponibilizados para outras empresas para as devidas manutenções.

Os recorrentes alegaram desconhecer as circunstâncias e o contexto em que tais declarações foram prestadas, restando claro que “até o momento das contratações 279 e 280/2014, não havia essa possibilidade, não previstas no contrato 253/2012 e tampouco em Lei”. Contudo, consoante já exposto, a Lei e o Contrato indicavam justamente o contrário.

Por fim, os recorrentes também argumentam que seria inverdade a afirmação da ITC de que o Secretário Municipal de Fazenda desconsiderou o alerta dado pela Procuradoria Municipal, ao questionar o fundamento para a contratação direta. Isso porque o Secretário respondeu aos questionamentos formulados pela Procuradoria, informando o seguinte:

Em relação ao questionamento feito acerca da pré falada transferência de tecnologia dos sistemas envolvidos, importante destacar que os códigos fonte estão em poder do Município (...). Entretanto, é necessário esclarecer que, atualmente o Município do Cachoeiro não possui em seus quadros servidor público com as qualificações necessárias capaz de realizar os serviços que se pretende contratar, dado a avançada complexidade dos serviços que em função de implementações realizadas continuamente pelo órgão de Controle Externo, TCE ES, em seu sistema informatizado de coleta de dados para auditoria “Cidadesweb” (...).

[...]

Quanto à possibilidade de se licitar os serviços em apreço, entendemos ser inviável, pois é a Ábaco quem possui atualmente a condição exclusiva de manutenção do sistema que se pretende, exclusividade esta que já está demonstrada nos autos

através da certidão emitida pela ABES —Associação Brasileira das Empresas de Software (...).

Nos termos da Lei Federal n.º 9.609/98 — Lei de Software e propriedade intelectual e/ou patente é definida como conjunto de direitos exclusivos garantido a expressões abstratas do espírito, visando assegurar aos investimentos das empresas em seus elementos imateriais. Desta feita a venda ou transferência se sistema não afasta a prerrogativa do criador e/ou desenvolvedor o direito exclusivo de autorização de modificação.

Segundo o Dicionário Michaelis, o verbo desconsiderar significa “tratar sem consideração; desestimar, desvalorizar, menosprezar”, bem como “não examinar convenientemente”. Dessa forma, a ITC não afirmou que o Secretário Municipal de Fazenda ignorou o alerta dado pela Procuradoria, mas sim que o menosprezou.

Por exemplo, verifica-se nos autos do Processo 4623/2018 que o procurador sugeriu a remessa dos autos à DATAI, “empresa criada pelo Município para o trato de todas as questões afetas às suas áreas de informática e tecnologia da computação”, para aferir a efetiva validade da Certidão emitida pela ABES.

Em sua resposta, observa-se que o Secretário Municipal de Fazenda dispensou a remessa dos autos à DATAI pois “não consta em seu estatuto social tal competência”, quando poderia ter obtido um parecer técnico da empresa não apenas sobre a validade da certidão usada pelo gestor para fundamentar a impossibilidade de licitação, mas sobre os demais questionamentos da Procuradoria.

Assim, no que tange ao item II da peça recursal, opina-se pela manutenção da irregularidade contida no Acórdão 1219/2018 – Primeira Câmara. (grifei e sublinhei)

O Relator, manteve a irregularidade e, conseqüentemente, a responsabilidade dos referidos gestores, preservando integralmente a decisão contida no Acórdão TC 1219/2018 – Primeira Câmara, proferido nos autos do processo TC nº 4623/2016, por entender que não existiam restrições de qualquer natureza que fossem elas legais ou contratuais, que impedissem os gestores de licitar e divulgar o código-fonte a terceiros, posto que tal informação já estava sob posse da municipalidade.

Partindo dessa premissa, julguei necessário analisar mais detalhadamente o procedimento ocorrido na municipalidade a fim de analisar a conduta dos responsáveis. Assim, compulsei os documentos administrativos juntados aos autos. Vejamos:

Objetivando a contratação de serviços especializados de manutenção corretiva, evolutiva e adaptativa de sistemas de processamento de dados instalados na PMCI, e *Tumalina* - que cuida da gestão de recursos humanos, folha de pagamento e previdência social; e *eJade* – que cuida da gestão administrativa nas áreas de

compras, patrimônio, contrato, controle de obras e materiais de propriedade do erário municipal, licença de uso permanente, cujo desenvolvimento se faz pela Empresa Ábaco Tecnologia de Informação Ltda., o Secretário de Fazenda solicitou parecer à Procuradoria Geral do Município.

O parecer do Procurador Municipal de Cachoeiro de Itapemirim (fls. 130-132 da Peça 02 – Outro 7908/2016-1 – Processo 4623/2016), no ponto em que questiona sobre a contratação direta da empresa, sugere:

Pois bem. Da análise da documentação acostada aos autos constatei que a empresa Ábaco Tecnologia de Informação Ltda. foi contratada pelo Município no ano de 2012 (vide contrato às fls. 314/329) visando a prestação de serviços especializados em TI, englobando os serviços de análise e desenvolvimento de sistemas de gestão pública, tudo devidamente discriminados na Cláusula Oitava daquele instrumento. Eis que, como se vê do item 8.3.7.5 e seus subitens da referida Cláusula Oitava, previa a referida avença que, no curso da contratação, haveria a transferência de tecnologia dos sistemas desenvolvidos, de maneira a que, em tese, pudesse o Município efetivar, por si só, a manutenção continuada dos mesmos após o término daquela contratação ou licitar eventual contrato a ser firmado com tal fim.

Tal previsão vai ao encontro do atendimento da posição adotada pela melhor doutrina a respeito do tema, a qual tem defendido que nos contratos de sistemas de informática, a Administração Pública deve exigir o fornecimento dos códigos fontes e/ou a tecnologia capaz de possibilitar que outras empresas possam utilizar a plataforma contratada, de modo a prestar suporte aos sistemas.

Diante disso, tenho que, para prosseguimento do presente processo, deverá a SEMFA esclarecer nos autos em que termos se deu a pré-falada transferência de tecnologia dos sistemas desenvolvidos, bem como se existe algum impeditivo a que o Município execute diretamente os serviços de manutenção e aperfeiçoamento do sistema ou os licite com vistas a, eventualmente, obter melhores condições de preço. (negritei)

Diante disso, tenho que, para prosseguimento do presente processo,

deverá a SEMFA esclarecer nos autos em que termos se deu a pré-falada transferência de tecnologia dos sistemas desenvolvidos, bem como se existe algum impeditivo a que o Município execute diretamente os serviços de manutenção e aperfeiçoamento do sistema ou os licite com vistas a, eventualmente, obter melhores condições de preço.

Além disso, outro ponto que, entendo, deverá ser esclarecido é o que se refere à competência da ABES - Associação Brasileira das Empresas de Software para emissão da Certidão juntada aos autos às fls. 86/168 dando conta da exclusividade da pretensa contratada para desenvolver e comercializar; em todo o território nacional, os sistemas adquiridos pelo Município e por ele atualmente utilizados. Isso porque, no estudo do presente caso, tomei conhecimento da existência no cenário nacional da ASSESPRO - Associação das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação, a qual, pelo que consta, também representaria os interesses das empresas que exploram o setor de tecnologia da informação em nosso país.

Diante disso, tenho que deverá ser devidamente esclarecida tal questão, se necessário, inclusive, mediante a remessa dos autos à DATACI, de maneira a que se possa aferir a efetiva validade da Certidão acima mencionada.

(negritei)

As observações do Procurador foram acolhidas pela PGM de Cachoeiro de Itapemirim, e encaminhadas à Secretaria de Fazenda – SEMFA/GAB (fls. 134-136 da Peça 02 – Outro 7908/2016-1 - Processo 4623/2016), que assim se posicionou:

- Quanto à possibilidade de se licitar os serviços em apreço, entendemos ser inviável, pois é a empresa Ábaco quem possui atualmente a condição exclusiva de manutenção do sistema que se pretende, exclusividade esta que já está demonstrada nos autos através da certidão emitida pela ABES - Associação Brasileira das Empresas de Software, conforme documento de fls. 24/168.

- Nos termos da Lei federal nº 9.609/98 - Lei de Software a propriedade intelectual e/ou patente é definida como conjunto de direitos exclusivos garantido a expressões abstratas do espírito, visando assegurar os investimentos das empresas em seus elementos imateriais. Desta feita à

venda ou transferência de sistemas não afasta a prerrogativa do criador e/ou desenvolvedor o direito exclusivo de autorização de modificação.

- No tocante à existência no cenário nacional da ASSES PRO - Associação das Empresas Brasileiras de Tecnologia de Informação, esclarecemos que a mesma atua como legítima representante do setor na interlocução com o mercado e as autoridades constituídas, representando segmento de mercado em Ti voltado para a área de transmissão, processamento de dados, representação e hardware, diferentemente da ABES - Associação Brasileira das Empresas de Software que é a mais representativa entidade do setor com cerca de 1580 empresas associadas ou conveniadas, distribuídas em 21 estados brasileiros e representa as empresas desenvolvedoras de software. Desde sua fundação a entidade exerce a missão de representação setorial nas áreas legislativa e tributária, na proposição e orientação de políticas voltadas ao fortalecimento da cadeia de valor da Indústria Brasileira de Software e Serviços- IBSS, na defesa da propriedade intelectual e combate a pirataria de software e no apoio as iniciativas de fomento à pesquisa, desenvolvimento, inovação e ao desenvolvimento do software nacional.

Deste modo, entendemos que para o objeto da presente demanda é a ASES quem tem autonomia para dispor sobre questões ligadas à autoria e desenvolvimento de softwares no nosso país.

- No tocante ao envio dos autos à DATACI para esta certifique a certidão da ASES de fls. 25/153, entendemos que a DATACI não tem esta finalidade pois, não consta em seu estatuto social tal competência.

- Por fim, informamos que não temos conhecimento de qualquer confederação que congregue as associações acima citadas, mas caso esta procuradoria tenha conhecimento da existência da alguma, muito irá contribuir para instrução do presente processo.

Na sequência foram os autos encaminhados ao prefeito para autorização da contratação, e assim o fez, pois nesse momento detinha, o prefeito, posicionamento da Procuradoria Jurídica e esclarecimentos da Secretaria de Fazenda e na sequência determinou a juntada de nova minuta contratual determinando retornar os autos à PGM para a assinatura. Observa-se que houve a autorização para a

contratação, no entanto, ainda não havia se concretizado as assinaturas no contrato.

Em novo posicionamento a Procuradoria emitiu Parecer (fls. 138-141 da Peça 02 – Outro 7908/2016-1- Processo 4623/2016) sustentando que o caso da contratação por si só não se aplica a hipótese do artigo 25, I da Lei 8666/93, e que a forma de comprovação da exclusividade foi estabelecida pela lei como sendo através de atestado que pode ser emitido por órgão de registro do comércio local, bem como sindicatos, federações, confederações e entidades equivalentes. No entanto, diante da afirmação da administração quanto ao não envio à DATACI, **reputo válidas as Certidões acostadas aos autos com o fim de demonstrar a exclusividade da empresa Ábaco para prestação dos serviços objeto da presente contratação** e ao final, ressalva mais uma vez, que tais fatos possuem natureza extrajurídica, não cabendo a esta PGM manifestar-se quanto à sua veracidade. Assim se verifica do excerto do Parecer da Procuradoria do Município:

A inviabilidade de competição poderá ser evidenciada, portanto, através de documentação emitida por instituição confiável e idônea como forma de controlar a existência de exclusividades de representantes. A expressão "entidades equivalentes" têm causado certa preocupação ao administrador público em razão da imprecisão do termo. Em princípio, estariam abrangidas por esta expressão genérica as associações que congreguem empresários de um mesmo ramo comercial.

Nesse sentido, o TCU já aceitou atestado de exclusividade da ASSESPRO - Associação das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação no Processo TC no 004.415/98~1, como também já houve manifestação favorável da AGU (vide PARECERICONJUR/MTE/Nº 354/2008 Processo no 46178.000048/2008-52) pela aceitação de atestado de exclusividade emitido pela ASES - Associação Brasileira das Empresas de Software.

Ora, afirmando a Administração desconhecer a existência de uma Confederação que congregue as Associações já comprovadamente existentes no território nacional, entendendo a SEMFA que não deveria encaminhar os autos à DATACI para manifestação quanto a tal fato e, ainda, manifestando-se expressamente quanto a ser a ASES a detentora de "autonomia para dispor sobre questões ligadas à autoria e desenvolvimento

*de softwares no nosso país: **reputo válidas as Certidões acostadas aos autos com o fim de demonstrar a exclusividade da empresa Ábaco para prestação dos serviços objeto da presente contratação.** (grifei e negritei)*

Ressalvo, todavia, mais uma vez, que tais fatos possuem natureza extrajurídica, não cabendo a esta PGM manifestar-se quanto à sua veracidade.

Dando sequência ao andamento processual, a Secretaria de Fazenda ajustou as recomendações indicadas pela PGM na minuta contratual e remeteu novamente àquele órgão para a assinatura do contrato, o que se procedeu na sequência, conforme contrato (fls. 152-161 da Peça 02 – Outro 7908/2016-1 - Processo 4623/2016).

Esse andamento processual serve para demonstrar que, o que num primeiro momento poderia parecer ter ocorrido uma negligência ou mesmo um descompromisso do então prefeito com os apontamentos de sua Procuradoria Geral, isso fica descartado, não há que se falar no acolhimento na íntegra da recomendação do Secretário da Fazenda para contratação direta da empresa (fls. 144 da Peça 02 – Outro 7908/2016-1) e deixado de considerar os alertas emitidos pela Procuradoria Geral do Município (fls. 130-132 da Peça 02 – Outro 7908/2016-1), porquanto a procuradoria de fato anuiu **válidas as certidões acostadas aos autos com o fim de demonstrar a exclusividade da empresa Ábaco para prestação dos serviços objeto da presente contratação.**

Quanto ao mencionado na Manifestação Técnica 2872/2019-2 de que na Instrução Técnica Conclusiva 921/2018, no âmbito da Tomada de Contas Especial objeto do Processo 9113/2017-8, *a própria Ábaco reconheceu que não era única empresa legalmente autorizada a realizar as manutenções*, ressalto que, após diligência nos autos mencionado, não foi possível confirmar tal assertiva.

Primeiro, cabe corrigir que não é a ITC sob o nº 921/2018, mas sim ITC 4522/2018-1, e nela é trazido apenas a informação de que a “A ÁBACO informou que disponibilizou o código fonte, conforme ofício 12/2017 (20/06/2017) ...” (fl. 42, ITC 4522/2018-1 Proc. 9113/2017-8), tendo o auditor concluindo, por tal razão, que a empresa não seria a única legalmente autorizada a realizar as manutenções.

O que se apontou naqueles autos, sobre a aquisição dos códigos-fonte do sistema foi um custo extra, gerando conseqüentemente prejuízo à administração, já que não existia equipe ou servidor na PMCI com conhecimento da tecnologia e do sistema para realizar intervenções por si próprio ou para delegar a outros, tornando a aquisição dos códigos fontes desnecessária, no entanto isso foi analisado no Processo de Tomada de Contas 9113/2017-8, não cabendo aqui rediscutir a matéria.

Nestes autos, vemos a complexa situação que vive a administração pública no momento que necessita contratar empresa de informática para gestão de sistemas, especialmente quando já existem sistemas em andamento, o que, certamente, não é uma tarefa fácil devido à necessária continuidade dos serviços e, muitas vezes uma seleção mais ampla de empresas – o que é importante com vista a busca da proposta mais vantajosa para a administração –, pode levar a contratação de prestador de serviço que não tenha as reais condições técnicas e práticas para assumir de imediato o serviço em curso, especialmente quando não se tem um corpo de servidores públicos preparados para a gestão do sistema.

Nesse sentido, é mais que indispensável a capacitação dos servidores públicos para exercer essa atividade que cada dia é mais imperiosa e vital para a gestão administrativa, e assim prestar serviço de qualidade aos seus munícipes.

De toda forma, o que ficou revelado nestes autos é que a empresa Ábaco, ainda que tenha fornecido o código fonte para o Município, era quem possuía naquele momento da contratação a condição de exclusividade para o contrato pretendido de manutenção do sistema junto com a municipalidade, exclusividade esta, demonstrada nos autos através da certidão emitida pela ABES – Associação Brasileira das Empresas de Software.

Portanto, do cotejo dos documentos que compõem o processo TC 4623/2016-8, bem como destes autos e das informações trazidas pelos recorrentes, me convence da regularidade do procedimento da contratação direta, alternativa possível e adotada pela administração naquele caso concreto e naquele momento.

Assim, entendo por divergir da Área Técnica, Ministério Público e do Relator, entendo por **dar provimento parcial ao presente recurso**, sendo, portanto,

rejeitada a preliminar de ilegítima passiva arguida e dado provimento quanto ao mérito, reformando, assim, o **Acórdão TC 1219/2018-6 – Primeira Câmara - Processo TC 4623/2016-8**.

Ante o exposto, divergindo do entendimento da Área Técnica, Ministério Público de Contas e do relator, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste colegiado.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do **Plenário**, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1. **Conhecer** o presente Pedido de Reexame;
2. **Rejeitar** a preliminar relativa a ilegitimidade passiva arguida pelo Sr. Carlos Roberto Casteglione Dias, na forma da fundamentação apresentada no item 2.2 deste voto;
3. **Dar Provimento parcial** ao presente Recurso, para reformar o **Acórdão TC 1219/2018-6 – Primeira Câmara – Processo TC 4623/2016-8**, no sentido de:
 - 3.1 – afastar a irregularidade 1.1.1 Contratação direta de serviços sem justificativa (item 2.1 da Instrução Técnica Conclusiva 921/2018)
 - 3.2 Considerar improcedente a denúncia, nos termos do artigo 95, I³ da Lei complementar 621/2012
 - 3.3 Afastar a aplicação de multa imputada no item 1.2 do **Acórdão TC 1219/2018-6 – Primeira Câmara**
4. **Dar ciência** aos interessados;
5. Após os trâmites regimentais, **arquivar** os autos

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER
Conselheiro

³ Art. 95. Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida ao Plenário, que decidirá:
I - pela improcedência, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade;

1. ACÓRDÃO TC-396/2021 – PLENÁRIO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do **Plenário**, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1.1. Conhecer o presente Pedido de Reexame;

1.2. Rejeitar a preliminar relativa a ilegitimidade passiva arguida pelo Sr. Carlos Roberto Casteglione Dias, na forma da fundamentação apresentada no item 2.2 deste voto;

1.3. Dar Provimento parcial ao presente Recurso, para reformar o **Acórdão TC 1219/2018-6 – Primeira Câmara** – Processo TC 4623/2016-8, no sentido de:

1.3.1. afastar a irregularidade 1.1.1 Contratação direta de serviços sem justificativa (item 2.1 da Instrução Técnica Conclusiva 921/2018)

1.3.2. Considerar improcedente a denúncia, nos termos do artigo 95, I⁴ da Lei complementar 621/2012

1.3.3. Afastar a aplicação de multa imputada no item 1.2 do **Acórdão TC 1219/2018-6 – Primeira Câmara**

1.4. Dar ciência aos interessados;

1.5. Após os trâmites regimentais, **arquivar** os autos

2. Por maioria, nos termos do voto vista do conselheiro Domingos Augusto Taufner, vencidos o relator, que votou pelo não provimento ao recurso, e o conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, que o acompanhou. Sem divergência, absteve-se de votar, o conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo.

3. Data da Sessão: 15/04/2021 - 17ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

⁴ Art. 95. Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida ao Plenário, que decidirá:
I - pela improcedência, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade;

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (Presidente), Sérgio Manoel Nader Borges (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões