



Decisão 00396/2020-4

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 01136/2020-4

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMC - Prefeitura Municipal de Cariacica

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Representante: TLNET ASSESSORIA E CONSULTORIA EIRELI

Responsável: GERALDO LUZIA DE OLIVEIRA JUNIOR

**FISCALIZAÇÃO / REPRESENTAÇÃO – RATIFICAR
OS TERMOS DA DECISÃO MONOCRÁTICA Nº
00161/2020-5.**

O EXMO. SR. CONSELHEIRO RELATOR LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

1. DO RELATÓRIO:

Tratam os presentes autos de **REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR**, apresentada pela empresa TLNET ASSESSORIA E CONSULTORIA EIRELI, por meio da qual alega supostas irregularidades no Pregão Eletrônico nº 05/2020 (Processo Administrativo nº 28.450/2019, da Prefeitura Municipal de Cariacica, cujo objeto é o “Registro de preços para provável contratação de Sistema de Informação, integrado via barramento de serviços web API (application programming interface) com suíte de gerenciamento de processos de negócio e suíte de gestão de conteúdo, por meio de fornecimento de licença uso perpétua, implantação, treinamento, manutenção corretiva e evolutiva, objetivando a modernização da gestão de processos administrativos”.

Segundo a representante, a licitação padeceria, em síntese, das seguintes irregularidades:

- Abertura das propostas e início da sessão de disputa de preços em momentos diversos, o que feriria o direito ao contraditório, ampla defesa, e a licitude e transparência do procedimento.
- Restrição de comprovação técnica em treinamento em ECM e BPM.
- Registro do atestado no Conselho Regional de Administração.
- Exigência restritiva de Propriedade Intelectual do Software.
- Exigência restritiva da Apache Licence 2.0 e outras exigência relacionadas ao objeto.

Ao final, requer o seguinte:

1) Preliminarmente que seja concedida liminar inaudita altera pars para anular o edital publicado e referido nesta peça, mediante os fundamentos apresentados no preambulo.

2) Cautelamente, inaudita altera pars por todos os fundamentos e direitos aqui invocados, que seja suspenso o processo licitatório em curto e debatido nesta representação até a conclusão do mérito.

3) No mérito, a anulação completa do Edital em atendimento aos princípios constitucionais invocados e em proteção ao contraditório e ampla defesa, institutos não menos importantes e consagrados no magno constitucional, nos termos despendidos nesta representação.

4) A intimação da Prefeitura Municipal de Cariacica, nos termos da Res. 261/2013, para querendo apresentar suas justificativas, sob pena de revelia.

5) A intimação do I. Parquet de Contas para integrar os autos nos termos do RI dessa Corte de Contas.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

No bojo dos presentes autos, proferi a **Decisão Monocrática 00161/2020-5**, que foi no sentido de expedir medida cautelar determinando ao atual gestor do município que suspenda o Pregão Eletrônico nº 05/2020, na fase em que se encontrar, e, caso já tenha essa se ultimado, que suspenda a execução da ata e/ou contrato, ou se

abstenha de assiná-los, bem como não emita qualquer ordem de serviço decorrente do certame até decisão ulterior deste Tribunal, sob a seguinte fundamentação:

2.2 DOS PRESSUPOSTOS CAUTELARES

Acerca do tema cautelar, a Lei Complementar Estadual 621/2012, em seu artigo 124 estabelece, verbis:

[..]

Art. 124. No início ou no curso de qualquer processo, havendo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão de mérito, o Tribunal de Contas poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares.

Parágrafo único. Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator, devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal de Contas na primeira sessão subsequente, sob pena de perda da eficácia, nos termos do Regimento Interno.

Outrossim, o RITCEES, tratando da competência do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, assim prescreveu em seu artigo 1º, *verbis*:

Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e da Constituição Estadual e na forma estabelecida na sua Lei Orgânica, compete:

XV - expedir medidas cautelares, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao Erário ou a direito alheio, objetivando a efetividade das suas decisões;

XXXV - expedir medidas cautelares nos processos de sua competência;

Reafirmada a competência deste Tribunal de Contas para a expedição de medidas de provimento cautelar, deve-se ressaltar que, tradicionalmente, são dois os requisitos que fundamentam as medidas dessa natureza, a saber, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris*, ou “fumaça do bom direito”, em vernáculo, restará caracterizado sempre que se constatar a presença da plausibilidade das afirmações quanto à presença de irregularidades. Já o *periculum in mora*, ou “risco de ineficácia da decisão de mérito” decorre de uma análise sumária quanto ao risco que pode advir da continuidade do ato ou procedimento analisado.

O objetivo do presente tópico é tratar de cada uma das eventuais irregularidades presentes no certame, conforme narrado pela representante. Antes, porém, devemos tecer algumas considerações acerca de determinadas escolhas realizadas pela Administração licitante, e que devem ser enfrentadas. Estou me referindo à

utilização da modalidade licitatória pregão, e da utilização da sistemática do registro de preços.

2.2.1 Da utilização do registro de preços

No âmbito da União, o Sistema de Registro de Preços é regulamentado pelo Decreto n. 7.892, de 23 de janeiro de 2013. Já no âmbito do Município de Cariacica, a regulamentação se dá por meio do Decreto n. 33, de 26 de fevereiro de 2015.

Em ambas as regulamentações, há uma conceituação do Sistema de Registro de Preços como o “conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras”. Isso pode ser verificado no art. 2º, inciso I, de ambos os normativos.

Já no artigo 3º de ambos os normativos, federal e municipal, constam os casos autorizadores da utilização do Sistema de Registro de Preços, em redação muito aproximada. Abaixo, transcrevemos o disposto no Decreto municipal:

Art. 3º - O Sistema de Registro de Preços será adotado, preferencialmente, pela Administração Municipal nos seguintes casos:

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

II - Quando for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou a contratação de serviços necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições;

III - Quando da aquisição de bens ou contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade ou à programas de governo;

IV - Quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo que será contratado e a previsão de recebimento entrega.

Voltando ao caso concreto, verifica-se que a licitação em tela tem por objeto o “Registro de preços para provável contratação de Sistema de Informação, integrado via barramento de serviços web API (application programming interface) com suíte de gerenciamento de processos de negócio e suíte de gestão de conteúdo, por meio de fornecimento de licença uso perpétua, implantação, treinamento, manutenção corretiva e evolutiva, objetivando a modernização da gestão de processos administrativos”.

No item 3.2 do Termo de Referência (Anexo I do Edital), consta quadro com a descrição dos serviços elencados para estimativa prévia, conforme abaixo:

Item	Descrição	Unidade	Qtda
1	Fornecimento de licença de uso perpétua, implantação e treinamento da solução tecnológica BPMS integrada com ECMS	Unidade	01
2	Mapeamento, modelagem, análise, desenho e otimização contínua de processos utilizando BPMN Versão 2.0, no mínimo.	Unidade /Processo	150
3	Integração da solução com bases de dados do Município e ERP	Horas	1.500
4	Manutenção corretiva e evolutiva do software conforme necessidade	Horas	100
5	Treinamentos aos Usuários da ferramenta	Horas	100
6	Fornecimento de certificados digitais ICP Brasil A1	Unidades	30
7	Suporte técnico presencial e remoto	Horas	1.000
8	Consultoria especializada para criação de Escritório de Oficinas de Processos no âmbito do Governo	Horas	1.000

Mirando o quadro acima, em um primeiro momento, não verifico que as características do objeto a ser contratado autorizem-nos a pensar que essa contratação se enquadra em um permissivo para a utilização da sistemática do registro de preços. Isso porque, aparentemente, o item principal seria o “fornecimento de licença de uso perpétua, implantação e treinamento da solução tecnológica BPMS integrada com ECMS”, e, em relação a esse item, a sua quantidade é de apenas 1 unidade, descaracterizando assim uma eventual frequência da contratação. Quanto aos demais itens, esses, na suposta condição de acessórios ao principal, até poderiam ser pagos conforme demanda, após as devidas “medições”, mas sem a necessidade, para isso, de se utilizar o registro de preços.

Trago ainda precedente desta Corte de Contas que enfrentou a utilização do registro de preços na contratação de serviços de informática, a saber, Processo TC 00061/2019 (Representação), referente ao Pregão Presencial para Registro de Preços n.º 096/2018, da Prefeitura Municipal de Linhares, cujo objeto era a contratação de empresa especializada para locação de sistemas de gestão pública e serviços de licenciamento do direito de uso, manutenção, atualização e suporte por prazo determinado e demais serviços de treinamento de servidores e técnicos, além de manutenção técnica, manutenção legal, customizações e atualizações. Nesse processo, de minha relatoria, após meu voto, o Plenário, à unanimidade, proferiu a Decisão 00327/2019, por meio da qual suspendeu o certame. Transcrevo abaixo parte do meu voto, que veio a se constituir na dita decisão, *in verbis*:

Quanto à tutela cautelar, corroboro com os termos propostos pela área técnica na Manifestação Técnica n.º 00092/2019-4.

De plano, conforme identificado pela área técnica, em cognição sumária, entendo por como imprópria a eleição do registro de preços como modalidade de contratação neste caso.

Conforme prevê o artigo 3º do Decreto n.º 7.892/20132, que regulamenta o sistema de registro de preços, o mesmo poderá ser adotado nos casos em que, (i) pelas

características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes; (ii) quando for conveniente para a Administração que a aquisição de bens seja realizada com previsão de entregas parceladas ou serviços sejam remunerados por unidade de medida; (iii) quando a aquisição de bens ou serviços, por conveniência da Administração, se der para mais de um órgão ou entidade; ou, (iv) quando, em razão da natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Não há, nas características do objeto contratado – software de auxílio à gestão pública, com treinamento de servidores e serviços de manutenção –, qualquer indício de que o mesmo se encaixe em um dos permissivos legais para a utilização do registro de preços, já que, em análise preliminar, não há necessidade de contratações frequentes e entregas parceladas, além de os limites da contratação estarem previamente definidos no edital.

Conforme trazido no precedente, quando nas características do objeto, não se verifica qualquer indício de enquadramento em permissivo para a utilização do registro de preços, esse não deve ser admitido.

Assim, nesse primeiro momento, não verifico indício de que o presente objeto pode ser contratado via Sistema de Registro de Preços. Como consequência, há uma situação de aparente desconformidade normativa a autorizar um provimento de natureza cautelar, sob a ótica da “fumaça do bom direito”, isso sem prejuízo de se aprofundar a questão quando do enfrentamento do mérito processual.

Dito isso, passamos a focar nos pontos trazidos pela representante.

2.2.2 Abertura das propostas e início da sessão de disputa de preços em momentos diversos, o que feriria o direito ao contraditório, ampla defesa, e a licitude e transparência do procedimento

O item 2.3 do edital guereado trouxe a seguinte regra:

2.3. Serão observadas as seguintes datas e horários para os procedimentos:

Início de acolhimento das propostas:	dia 05/02/2020 - às - 08h00
Fim de recebimento e abertura das propostas:	dia 17/02/2020 - às - 17h00
Início da sessão de disputa de preços:	dia 18/02/2020 - às - 14h00

A representante traz argumentação no sentido de que a abertura das propostas, marcada para ocorrer em data diversa da sessão de disputa de preços, traria como consequência a existência de uma fase na qual os licitantes não participariam, o que feriria o direito ao contraditório, ampla defesa, e a licitude e transparência do certame.

Penso que esse ponto deve ser esclarecido pelo responsável, no intuito de justificar a escolha em realizar as duas ações em datas diversas. Enquanto tal justificativa não seja procedida, e aceita como razoável, para dúvidas quanto à legitimidade da

escolha, diante do fracionamento temporal entre esses dois momentos do procedimento licitatório. Presente o *fumus boni iuris*.

2.2.3 Restrição de comprovação técnica em treinamento em ECM e BPM

Insurge-se a representante contra a exigência constante do Anexo I do edital (Termo de Referência), cuja redação é a seguinte:

11.1.1.2. Profissional com experiência comprovada, mínima de 3(três) anos, em Gestão e Modelagem de Processos - BPM (Business Process Management), capaz de implementar no projeto metodologias de BPM, conforme apresentada no presente Edital, sendo aceito Certificação Profissional ou graduação/pós-graduação;

11.1.1.3. Profissional com experiência comprovada, mínima de 3(três) anos, em Treinamento de Ferramentas de ECM (Enterprise Content Management) e UPM (Usines Process Management);

Verifico que se está exigindo, no presente certame, que o licitante conte com profissional com experiência mínima de três anos em Gestão e Modelagem de Processos - BPM (Business Process Management), capaz de implementar no projeto metodologias de BPM, conforme apresentada no presente Edital, sendo aceito Certificação Profissional ou graduação/pós-graduação, e em Treinamento de Ferramentas de ECM (Enterprise Content Management) e UPM (Usines Process Management).

O que chama a atenção, na presente situação, é o longo período de experiência exigido, a saber, três anos, o que pode configurar, dependendo do caso concreto, em restrição indevida à competição.

Em não sendo esse o caso, ou seja, caso de fato tal exigência seja razoável (e aqui explico que isso só será averiguado em pormenores quando da análise de mérito), haveria dúvidas quanto à possibilidade de se utilizar a modalidade pregão para a contratação em tela, já que conforme resta claro do artigo 1º, *caput* e parágrafo único da Lei 10.520/2002, o pregão se presta para a aquisição de bens e serviços comuns, sendo esses aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Vejamos a redação legal:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Assim, a exigência de uma maior sofisticação do profissional que realizará os serviços pode denotar que o que será realizado não é de qualidade tão padronizada.

Ademais, não se pode perder de vista que os Tribunais de Contas têm se posicionado quanto à ilegalidade de se exigir, a título de qualificação técnica, tempo de experiência. Nesse sentido, trazemos parte da fundamentação do Ministro Benjamin Zymler, no Acórdão 134/2017 – Plenário do Tribunal de Contas da União, que foi nesse sentido. Vejamos:

[...]

23. *Por fim, observei outra impropriedade no edital do Pregão Eletrônico 126/2016, a qual não foi apontada pela unidade técnica. Trata-se da exigência de comprovação, para fim de qualificação técnica-profissional, de tempo de experiência ou de exercício em função dos profissionais a serem disponibilizados pela licitante para a execução do objeto, configurando infração ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e nos arts. 3º, §1º, inciso I, e 30, §§ 1º, 3º e 5º, da Lei 8.666/1993.*

24. *No recente Acórdão 3.356/2015-Plenário, relatado pelo Ministro André Luís de Carvalho, o Tribunal entendeu que exigências relativas ao tempo de formação acadêmica e de experiência profissional somente são aceitáveis como requisito de habilitação em licitações se acompanhadas de justificativa expressa, no instrumento convocatório, que demonstre a imprescindibilidade de tais condições à execução do objeto. Outros entendimentos, tais como o Acórdão 727/2012-Plenário, de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro, adotaram uma linha de entendimento ainda mais restritiva, no sentido de que exigência de comprovação, para fim de qualificação técnica, de tempo de experiência dos profissionais a serem disponibilizados pela licitante afronta o disposto no art. 30, § 5º, da Lei 8.666/1993.*

25. *Alinho-me a essa segunda linha de entendimento, considerando que o rol de exigências de habilitação previstos na Lei de Licitações e Contratos é **numerus clausus**. Além disso, é de se perquirir a efetividade de tais disposições editalícias, pois o tempo de formação profissional ou o tempo de registro nos conselhos profissionais não garante nem o efetivo exercício de determinada atividade nem a qualificação do profissional para o desempenho do objeto contratado.*

[...]

Assim verifico plausibilidade nas alegações da representante, quanto à exigência ser indevida. Presente o *fumus boni iuris*.

2.2.4 Registro do atestado no Conselho Regional de Administração

Questiona a representante a exigência de registro do atestado de capacidade técnica compatível com o objeto especificado junto ao Conselho Regional de Administração. Assim encontra-se disposto no Termo de Referência:

11.1.4. Atestado(s) de capacidade técnica compatível com o objeto compatível com o objeto especificado registrado e averbado junto ao Conselho Regional de Administração.

Com efeito, não se encontra na Lei 8.666/93, qualquer dispositivo que permita se constatar acerca da possibilidade de se exigir que o atestado de capacidade técnica a ser apresentado seja registrado e averbado em conselho profissional. Também é de se questionar se a atividade contratada refere-se a atividade relacionada às atribuições do Conselho Regional de Administração, devendo o responsável comprovar a legitimidade quanto a essa escolha.

Presente, portanto, o *fumus boni iuris*, pela aparência da inadequação da exigência.

2.2.5 Exigência restritiva de Propriedade Intelectual do Software

Penso que esse item poderá ser enfrentado, de forma adequada e detida, em momento oportuno, ou seja, quando da análise do mérito, após a devida instrução pela Área Técnica deste Tribunal, e depois da apresentação, pelo responsável, de suas justificativas.

2.2.6 Exigência restritiva da Apache License 2.0 e outras exigência relacionadas ao objeto

Penso que esse item, da mesma forma que o anterior poderá ser enfrentado, de forma adequada e detida, em momento oportuno, ou seja, quando da análise do mérito, após a devida instrução pela Área Técnica deste Tribunal, e depois da apresentação, pelo responsável, de suas justificativas.

2.2.7 Conclusão

À guisa de conclusão, verifica-se que há plausibilidade das afirmações da representante, conforme itens acima, no que tange à restrição à competitividade, e diante da aparência que é no sentido de que o objeto licitado não é próprio a ser contratado via pregão, em qualquer de suas formas. Também, de forma aparente, o Sistema de Registro de Preços estaria sendo utilizado mesmo fora dos permissivos do próprio Decreto municipal, conforme fundamentação acima.

Quanto ao perigo da demora, considerando que a licitação está em curso, e a sessão de disputa estava marcada para ocorrer em 18/02/2020, conforme item 2.3 do edital, verifica-se que esse requisito também está presente.

Diante da presença desses pressupostos cautelares, penso que a medida mais adequada é a suspensão do certame, até que o mérito seja oportunamente enfrentado, sob pena de um edital com exigências restritivas, e inadequado, se ultimar.

A Decisão em questão tem o seguinte dispositivo:

3. DISPOSITIVO

Diante de todo o exposto, com fulcro no art. 288, XI do Regimento deste TCEES, assim decido:

3.1 CONHECER DA PRESENTE REPRESENTAÇÃO, por cumprimento dos requisitos constantes dos artigos 177 c/c art. 186 do RITCEES.

3.2 EXPEDIR MEDIDA CAUTELAR, determinando ao atual gestor do município, que suspenda o **Pregão Eletrônico nº 05/2020**, na fase em que se encontrar, e, caso já tenha essa se ultimado, que suspenda a execução da ata e/ou contrato, ou se abstenha de assiná-los, bem como não emita qualquer ordem de serviço decorrente do certame até decisão ulterior deste Tribunal, para tanto, **NOTIFICANDO** o Prefeito Municipal, **Sr. Geraldo Luzia Júnior**, para que cumpra de imediato essa decisão, publicando extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão e comunicando, no prazo de 10 dias, as providências adotadas ao Tribunal.

3.3 NOTIFICAR o Prefeito Municipal, Sr. **Geraldo Luzia Júnior**, para que, nos termos do artigo 307, §3º, se pronuncie, no prazo de 10 dias.

À Secretaria Geral das Sessões para as comunicações devidas, via comunicação eletrônica, promovendo-se todos os demais impulsos necessários.

Após, sejam os autos encaminhados à Área Técnica para manifestação.

Considerando o teor do parágrafo único do artigo 376 do Regimento Interno desta Corte que determina que as decisões monocráticas relacionadas à cautelar devem ser levadas para ratificação do Tribunal na primeira sessão subsequente, sob pena de perda de sua eficácia, apresento o presente processo ao Colegiado do Plenário para ratificação da **Decisão Monocrática nº 00161/2020-5**, proferida por este Conselheiro, nos termos do art. 376, parágrafo único do Regimento Interno.

3. DO DISPOSITIVO:

Ante o exposto, com base na competência outorgada pelo inciso XI do artigo 288 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Contas, Resolução TC nº 261/2013, submetendo **ad referendum** a decisão, antes indicada ao Colegiado, no sentido de que aprove a seguinte minuta de Decisão que submeto à sua consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA
CONSELHEIRO RELATOR

1. DECISÃO TC 0396/2020-4:

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC nº 01136/2020-4, **DECIDEM** os Senhores Conselheiros deste Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, na Sessão Plenária ante as razões expostas pelo Relator, em:

1.1. RATIFICAR os termos da **Decisão Monocrática nº 00161/2020-5**, na forma do parágrafo único do artigo 376 do Regimento Interno;

1.2. ENVIAR os presentes autos à área técnica para a devida instrução.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 03/03/2020 - 5ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges e Rodrigo Coelho do Carmo.

4.2. Conselheiros Substitutos: Márcia Jaccoud Freitas (em substituição).

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador Geral Luis Henrique Anastácio da Silva.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente