



À COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

Ilmo. Sra. Patrícia Pereira da Silva – Coordenadora de Licitações

TCE/TO – Tribunal de Contas do Estado do Tocantins

Ref.: IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO 90004/2024

ZETRASOFT LTDA, pessoa jurídica de direito privado, situada à Alameda Oscar Niemeyer, N° 132, Salas 1101 e 1102, Bairro Vale do Sereno, Nova Lima/MG, CEP 34.006-049, e-mail: juridico@zetrasoft.com.br, telefone: (31) 3194-7700, inscrita no CNPJ/MF no 03.881.239/0001-06, por seu advogado que a esta subscreve, vem, por meio desse, respeitosamente, apresentar **IMPUGNAÇÃO** relativa ao processo em epígrafe nos seguintes termos:

I – DA TEMPESTIVIDADE

Preliminarmente, é de assinalar que o presente pedido é tempestivo, intentando que a data marcada para a Sessão Pública da Licitação é o dia 08/04/2024 (segunda-feira), e a data limite estabelecida para o envio da Impugnação é o dia 02/04/2024 (terça-feira), em observância à cláusula 18.1 do Instrumento Convocatório:

“18.1. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar este Edital por irregularidade na aplicação da Lei nº 14.133, de 2021, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data da abertura do certame.”

II – DOS FATOS E FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO

O TCE-TO publicou o presente Edital de Pregão Eletrônico nº. 90004/2024 - o qual tem como objeto a seleção de empresa especializada para fornecimento de solução web para gerenciamento, controle e automatização das operações de consignações em folha de

pagamentos do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, assim como da margem consignável dos membros, servidores efetivos, requisitados com ônus e ocupantes de cargo em comissão.

Ocorre que, existem vícios no Edital e seus anexos, que comprometem todo o certame, os quais serão a seguir apresentados:

II.a) DA MODALIDADE E DO TIPO DA LICITAÇÃO

Ao instaurar um processo licitatório, a Administração Pública e a Administração Indireta possuem um rol legal de modalidades de procedimento específicas para cada caso do processo de compras do órgão.

Como cerne à Administração Pública, a Constituição Federal, no *caput* do artigo 37, determinou que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)

Hely Lopes Meirelles define o princípio constitucional da eficiência como:

(...) o que se impõe a todo o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento profissional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”, e acrescenta que “o dever da eficiência corresponde ao dever da boa administração. (MEIRELLES, 2002).

Em suma, é **dever da Administração**, não somente respeitar a legislação, mas também **escolher o procedimento mais eficiente para obtenção de seu objeto**, da melhor forma possível, sempre perseguindo o interesse público.

Dentre as diversas modalidades de licitações regulamentadas pelo ordenamento jurídico, a modalidade escolhida pela Administração é aquela utilizada especificamente para a **“aquisição de bens ou serviços comuns”**, por meio de lances e propostas, em busca da melhor classificação. Os ‘bens e serviços comuns’ seriam caracterizados como sendo aqueles:

*“(...) cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital por meio de **especificações usuais de mercado**, tais como peças de reposição de equipamentos, mobiliários padronizados, bens de consumo, combustíveis e material de escritório, bem como serviços de limpeza, vigilância, conservação, locação e manutenção de equipamentos, entre outros.”*

Ora, o objeto do Pregão Eletrônico N° 90004/2024 é a “eleção de empresa especializada para fornecimento de solução web para gerenciamento, controle e automatização das operações de consignações em folha de pagamentos do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, assim como da margem consignável dos membros, servidores efetivos, requisitados com ônus e ocupantes de cargo em comissão.”, ou seja, este certame visa a aquisição de **software com particularidades e especificações únicas** que o diferenciam de outros sistemas e softwares do mercado - não se enquadrando, portanto, no conceito de “bens e serviços comuns”. Não é **software de prateleiras de lojas**, assim, a presente licitação não pode ser utilizada para bens ou serviços qualificados por inegável complexidade técnica ou dependentes de tecnologia sofisticada, visto que restrito unicamente à aquisição de bens ou serviços com especificações corriqueiras do mercado.

O software licitado possui, ainda, natureza predominantemente intelectual, que o torna incompatível com a modalidade escolhida, para os quais exige-se a realização de procedimento licitatório nos tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço”.

O certame não visa, ainda, unicamente a *aquisição* de um software; o que o TCE-TO busca é a contratação de empresa especializada que *implemente, gerencie e administre* referido software, tratando-se, dessa forma, de uma ‘obrigação mista complexa’, que envolve **a aquisição e a prestação de serviços diversos**, de modo que incompatível com o objeto estrito de uma licitação na modalidade Pregão, a qual se limita à *aquisição* de bens.

Com efeito, no certame em questão, a empresa contratada é responsável pela customização do software de acordo com as rotinas e necessidades próprias do Órgão, bem como pelo oferecimento de suporte técnico, treinamento de servidores e demais serviços vinculados ao gerenciamento e manutenção do sistema.

Diante do exposto, impossível enquadrar o objeto desta licitação na qualificação de “bens e serviços comuns”. A contratação em comento não é uma simples aquisição de um produto

de TI – que, inclusive, já se pacificou a utilização do Pregão para suas aquisições – mas de uma empresa que prestará um serviço individualizado de acordo com as necessidades particulares e peculiares da Infraero e ofertará um software que trará agilidade e eficácia à toda a prestação de serviços especializada que o objeto da licitação requer.

Assim, resta claro que o objeto licitado não se enquadra na definição de “bens e serviços comuns”. Neste diapasão, vejamos jurisprudência que se encaixa perfeitamente ao caso:

“Por ocasião da prolação do recente Acórdão 2.471/2008 – Plenário, da relatoria do próprio Ministro Benjamin Zymler, a questão foi finalmente pacificada, e esta Corte adotou o posicionamento pela obrigatoriedade da utilização da modalidade pregão para contratação de bens e serviços de informática considerados comuns, salvo se forem de natureza predominantemente intelectual, vez que, para estes, o art 46 da 8.666/93 exige licitação do tipo ‘melhor técnica’ ou ‘técnica e preço’ (incompatível com o pregão)” – Acórdão 237/209, Plenário, declaração de Voto Min. Augusto Sherman.

Trata-se de um sistema de natureza predominantemente intelectual nos mesmos moldes do julgamento do Ministro Augusto Sherman, **tanto que o INPI - Instituto de Propriedade Intelectual – concedeu aos detentores de cada sistema um certificado de Propriedade Intelectual, corroborando com a unicidade de cada um. Unicidade esta que, além de distingui-los, torna-os totalmente diferentes em seus requisitos funcionais.**

Destarte, não sendo serviço comum, não se cabe o processo licitatório na modalidade Pregão, conforme disposto por Benedicto de Tolosa Filho e adotado pelo ministro do Tribunal de Contas da União, senhor Benjamin Zymler:

*“A licitação na modalidade de pregão destina-se à contratação de bens e serviços comuns, estes definidos como padrão e tendo característica de desempenho e qualidade que possam ser estabelecidos de forma objetiva, ou seja, **sem alternativas técnicas de desempenho dependentes de tecnologia sofisticada.** [1]*

*Depreende-se que, para a caracterização de bens e serviços comuns, a Administração deve poder descrevê-los de forma objetiva e clara em edital, estabelecendo padrão de qualidade que atenda seus interesses, resultando, sua escolha na vantajosidade do menor preço. Na realidade, **nesses tipos de bens ou serviços não se configuram grandes variações técnicas que influenciem em suas qualidades.**”*

Concomitantemente, Marçal Justen Filho dita que há três grupos diversos no tocante a bem e serviço comum. Um deles é a certeza negativa absoluta, configurando “caso de não

adoção da modalidade de pregão para licitar, pois os bens ou serviços demandariam de certas especificidades e especialidades não oferecidas corriqueiramente no mercado”.

Desta feita, insistindo no pregão, **o TCE-TO ABRE MÃO da escolha da melhor empresa especializada para prestar o mencionado serviço, infringindo o princípio constitucional da eficiência e deixando de lado a escolha do melhor sistema disponível tecnicamente para disputar sobre preços a serem repassados a mesma.**

Perseguir o bem da coletividade e o interesse público não é poder discricionário da Administração, mas um *dever constitucional*, procurando sempre estabelecer a melhor forma de contratação dos serviços que necessita. Em respeito a isso, a Administração **deverá** levar em consideração o **FATOR TÉCNICO em detrimento de qualquer outro** para que seja capaz de escolher o melhor sistema que atenderá ao órgão, a fim de não prejudicar este Tribunal, **todos** os seus servidores e, conseqüentemente, as Instituições Financeiras Consignatárias, por contratar um sistema ineficiente.

Neste sentido, o posicionamento doutrinário do jurista Marçal Justen Filho:

*“(...) portanto, tem de interpretar-se o §4º de modo compatível com a Constituição, para evitar o resultado prático de a Administração ser obrigada a desembolsar valores superiores aos necessários. A licitação do **tipo melhor técnica** será aplicada sempre que a necessidade administrativa envolver alguma característica especial ou peculiar, que não possa ser satisfeita por meio de produtos padronizados”. É imperioso, por tudo isso, que a adoção de licitação de técnica e preço seja voltada a selecionar os bens e serviços que apresentem desempenho e qualidades técnicas mais significados.” (FILHO, Marçal Justen, Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, pág. 975, 17 edição, Revista dos Tribunais)*

Para ser mais preciso, até se pode admitir que a Administração possa adquirir produtos sob encomenda, não disponíveis no mercado, valendo-se de licitação de menor preço quando sua necessidade não exigir variações técnicas, qualidades especiais ou atributos diferenciados por parte dos bens e serviços que pretende adquirir.

Portanto, o objeto da presente Licitação, deverá ser, obrigatoriamente, na modalidade **melhor técnica**, tendo em vista a complexidade e a necessária apuração da capacidade técnica para a prestação de serviços, **não podendo ser considerado um bem ou serviço comum, não sendo um objeto padronizado, por meio de especificações usuais do mercado, até porque,**

conforme mencionado anteriormente, não se trata de um software ou produto TI disponível em prateleiras de lojas, frise-se, é software e serviço específico.

O § único do art.1º da lei 10520/02 trata especificamente do pregão, define com clareza quais os bens e serviços passíveis de serem licitados nesta modalidade de menor preço. Não sendo o objeto licitado considerado um bem comum, não podendo ser padronizado e definido por meio de especificações usuais do mercado.

Entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“Da leitura do art. 45, §4º, da lei 8666/1993, conclui-se que o legislador determinou que, nas hipóteses de licitação para aquisição de equipamentos e serviços de informática, deve ser adotado o tipo de licitação melhor técnica e preço, devido a exigência de especialidade técnica do objeto da licitação, excetuados os casos indicados em decreto do poder executivo. (...)”

Há que se ter em mente que o pagamento do valor da linha de processamento será de responsabilidade das **consignatárias (agente financeiro)**, sem qualquer ônus ao Tribunal, sendo que qualquer que seja o custo definido (logicamente dentro dos parâmetros de mercado), este não afetará os cofres do TCE.

Nas licitações do tipo de licitação **Melhor Técnica**, não haveria risco de contratação de empresa sem a devida capacidade técnica para a prestação dos serviços, sendo selecionadas aquelas que comprovadamente tenham condições mínimas de executar o serviço contratado, sendo eleito o sorteio em caso de empate.

Desse modo, **a escolha da modalidade Pregão para a contratação do objeto discriminado no Edital se mostra completamente incompatível com as características e as finalidades do referido procedimento licitatório**, de forma que necessária a alteração do Edital para posterior adequação do certame à modalidade legalmente admissível para o objeto delimitado.

II.b) DAS EXIGÊNCIAS QUE NÃO COADUNAM COM A MODALIDADE DE LICITAÇÃO ESCOLHIDA E DOS EQUÍVOCOS E OMISSÕES DO EDITAL

- Estabelece o TR no subitem 5.15.2:

5.15.2. Permitir parametrização que defina que o mesmo usuário poderá acessar simultaneamente a partir de 02 ou mais equipamentos;

Impugnamos a existência da disposição acima citada, tendo em vista que o sistema deve possuir parâmetro que restringe tal operacionalização, diante da possibilidade de roubo de sessão por pessoas mal intencionadas e, ainda, a dificuldade de garantir a autenticidade do login, levando em conta a possibilidade da utilização de engenharia social para coleta de credenciais.

Ante o exposto, tal item deve ser retificado, pois sua atual redação ocasionará grave queda no nível de segurança a ser ofertado ao Contratante.

Diante do exposto, impugna-se a presente Licitação, tendo em vista as exigências incabíveis ao serviço almejado e omissões e contradições constantes do Edital e seus anexos, devendo ser imediatamente retificados tais itens do Instrumento Convocatório.

II.e) DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA DAS EXIGÊNCIAS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - ATRIBUIÇÃO DE OBRIGAÇÕES ILEGAIS À CONTRATADA - CLÁUSULAS DE ANTICORRUPÇÃO E ANTISSUBORNO – ILEGALIDADE DO EDITAL

Inicialmente, é imperativo destacar que o Pregão Eletrônico 90004/2024 não contempla, de forma completa, disposições relativas ao tratamento de dados durante a prestação de serviços, caracterizando flagrante violação da exigência legal.

A Lei nº 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), estabelece, em seu art. 1º, o escopo de proteger os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o desenvolvimento da personalidade ao tratar dados pessoais. Dentre suas diretrizes, destaca-se a responsabilidade de observância por parte de pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas.

A LGPD abrange dados sensíveis, definindo como tal informações sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato, dados referentes à saúde ou à vida sexual, dados genéticos ou biométricos. O tratamento desses dados é regulamentado pela lei, que também estipula medidas de segurança (art. 46) e sanções em casos de infração (arts. 52, 53 e 54).

A omissão de cláusulas fundamentais para o tratamento adequado e legal dos dados pessoais representa uma grave negligência que coloca em risco não apenas os direitos dos titulares de dados, mas também a conformidade legal das partes envolvidas, conforme veremos abaixo:

Papeis de cada parte e Especificação dos Dados: É imprescindível que o contrato estabeleça claramente os papéis de cada parte envolvida no tratamento de dados, designando a prefeitura como controladora e a contratada como operadora, nos termos do art. 5º, VI e VII da Lei 13.709/18. Além disso, a especificação dos tipos de dados a serem tratados é crucial para garantir a transparência e o consentimento dos titulares.

Requisitos para Tratamento dos Dados Pessoais: A falta de definição dos requisitos para o tratamento dos dados pessoais deixa margem para interpretações vagas e potencialmente infratoras da legislação. É necessário que o contrato estabeleça de forma clara os critérios e procedimentos a serem seguidos no tratamento dos dados.

Cláusulas de Não Divulgação e Não Compartilhamento de Dados: A ausência de cláusulas que regulem a não divulgação e o não compartilhamento de dados com empresas terceiras representa uma lacuna significativa na proteção da privacidade dos titulares. Tais cláusulas são essenciais para garantir a confidencialidade e a segurança dos dados pessoais.

Controles de Segurança, Auditorias e Incidentes de Segurança: A falta de cláusulas que estabeleçam os controles de segurança adequados, a realização de auditorias periódicas e os procedimentos a serem seguidos em caso de incidentes de segurança compromete seriamente a proteção dos dados pessoais e a conformidade com a LGPD.

Responsabilidade Solidária e Violação de Instruções: A omissão de cláusulas que estabeleçam a responsabilidade solidária por violações à LGPD e as consequências para a violação de instruções legais compromete a accountability das partes envolvidas e abre espaço para impunidade em caso de infrações.

Apoio ao Atendimento das Solicitações dos Titulares de Dados e Encarregado de Dados: A ausência de cláusulas que definam o apoio ao atendimento das

solicitações dos titulares de dados e os contatos do encarregado de dados dificulta o cumprimento das obrigações legais e a garantia dos direitos dos titulares.

Diante do exposto, requer-se a retificação do presente edital e a inclusão imediata de cláusulas que abordem todos os aspectos mencionados acima, de modo a assegurar a conformidade do contrato com a LGPD e a proteção efetiva dos dados pessoais envolvidos. A negligência em relação a essas questões não pode ser tolerada em um contexto cada vez mais atento à proteção da privacidade e dos direitos dos servidores.

Nota-se ainda a ausência de previsão específica no edital que estabeleça compromissos e diretrizes claras para o cumprimento da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e legislação correlata, pelo que pugna pela retificação.

Neste sentido, ainda temos a seguinte ilegalidade no Edital:

- Estabelece o TR nos subitens 5.23.13.3 e 5.23.14:

5.23.13.3. Em caso de necessidade de coleta de dados pessoais indispensáveis à própria prestação do serviço/aquisição de bens, esta será realizada mediante prévia aprovação da Contratante, responsabilizando-se a Contratada por obter o consentimento dos titulares (salvo nos casos em que opere outra hipótese legal de tratamento). Os dados assim coletados só poderão ser utilizados na execução do objeto especificado no contrato, e, em hipótese alguma, poderão ser compartilhados ou utilizados para outros fins;

5.23.14. Eventualmente, as partes podem ajustar que a Contratada será responsável por obter o consentimento dos titulares, observadas as demais condicionantes descritas abaixo:

Impugnamos a existência das disposições acima citadas, haja vista que a responsabilidade de coleta e fornecimento dos dados pessoais indispensáveis à proteção dos serviços, bem como a obtenção do consentimento dos titulares destes dados é da Contratante TCE/TO, controladora dos dados de seus profissionais, regidos através do sistema de folha própria da empresa, não cabendo, portando a atribuição da referida responsabilidade à licitante contratada.

Não há que se falar ainda em eventualidade ou ajuste na coleta do consentimento dos titulares, sendo essa obrigação unicamente da Controladora Contratante.

As disposições da Lei Geral de Proteção de Dados são bem claras quanto a atribuição da responsabilidade de coleta do consentimento dos titulares dos dados, que é exclusiva do Controlador, senão vejamos:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

(...)

§ 5º O controlador que obteve o consentimento referido no inciso I do caput deste artigo que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas nesta Lei.

Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

(...)

§ 2º Cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei.

Portanto, pelo termo de referência pertencente ao edital violar as exigências da LGPD, se faz necessária uma imediata retificação do mesmo, para que esteja de acordo com as previsões dessa lei que é primordial para a segurança dos dados pessoais dos servidores.

III – DOS PEDIDOS

Em face do exposto, requer-se seja a presente IMPUGNAÇÃO julgada procedente, com efeito para:

1. Que seja dado provimento a esse Pedido de Impugnação ora apresentado com o deferimento de todos os pedidos da licitante;
2. Que seja SUSPENSO/ANULADO a LICITAÇÃO ELETRÔNICA N°. 90004/2024 para julgamento desse Pedido de Impugnação;
3. Que sejam reconhecidas as ilegalidades do Edital e seus anexos, para que se adeque o instrumento a legislação em vigor;
4. Caso o entendimento seja o de que o Edital não deverá ser revogado, que a SUSPENSÃO se mantenha até que haja sido realizada a reforma do Edital que deverá ser novamente publicado após escoimado os vícios apontados;
5. Que seja dado vista a Procuradoria Geral para manifestação do pleito.

Nova Lima/MG, 2 de abril de 2024.

**MOISES DO MONTE SANTOS
PROCURADOR
JURÍDICO
ZETRASOFT LTDA**